



O DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

JAHNS, Alexia Emely¹
BOEIRA, Adriana²

RESUMO

O ensaio teórico visa expor o Direito penal do inimigo e suas críticas, chegando a uma análise em face da norma constitucional. Partindo da definição do termo e histórico, demonstrar-se-ão as discussões e a polêmica em torno do assunto. Jakobs explana que o Direito penal do inimigo é algo necessário para proteger o Estado e a sociedade, enquanto a maioria dos autores o refuta por pensar que é ilegítimo e inconstitucional, por mitigar direitos essenciais. Para a conclusão deste artigo, foi utilizado o método indutivo, através de buscas em materiais virtuais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal do inimigo. Direito penal. Análise constitucional. Princípios fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade as sociedades tinham aqueles que eram considerados "inimigos" para a sociedade. Esse conceito sofreu suas modificações e perdurou até o momento, especialmente com a globalização e a modificação social, o que culminou na necessidade de uma interferência diferenciada pelo Direito penal, haja vista a criminalidade globalizada e crescente, para evitar grandes perigos à sociedade.

Partindo dessa premissa, o discípulo de Welzel, Günther Jakobs, elaborou o Funcionalismo Sistêmico, surgindo também o Direito Penal do Inimigo, ou Feindstrafrecht em alemão, como uma forma de reafirmar a vigência da norma.

A tese de Jakobs foi e ainda é objeto de fervorosa discussão e de uma gama de opiniões quanto à constitucionalidade, respeito aos Direitos Humanos e, ainda, a possibilidade da sobreposição de ideias em uma só esfera jurídico-penal. É a partir desse contexto que surge a problemática do artigo: a compatibilidade do Direito penal do inimigo com a Constituição brasileira.

Há muitos autores que vieram a exteriorizar sua opinião, em sua maioria em oposição à ideia de Jakobs, sobre o sistema do Direito penal do inimigo. Percebe-se que há diversas análises e críticas

¹ Acadêmica do 5º período do curso de Direito do Centro Universitário FAG. Email: Alexia.Jahns@hotmail.com

² Docente orientadora do Centro Universitário FAG. Email: adrianasilva@fag.edu.br



sobre a maneira como acontece uma diferenciação entre "cidadãos" e "inimigos" e a supressão de direitos.

Sob a visão constitucional, o que se põe em questão são a garantia dos direitos fundamentais a todos e a anulação destes por esta extensão do Direito penal. Dentre os direitos questionados estão a dignidade da pessoa humana, o princípio de igualdade e da legalidade.

Como objetivos deste artigo, portanto, estão a apresentação das ideias e argumentações do autor e opiniões avessas ao uso do Direito Penal do Inimigo, além de analisar se este mecanismo tem possibilidade de ser utilizado em momentos fortuitos sem contrariar a Constituição brasileira.

Além disso, propõe-se externar o conceito do tema abordado e um breve histórico, a fim de proporcionar melhor contextualização da ideia a ser transmitida, o que resultará no maior entendimento sobre este objeto de estudo.

Dessa forma, vê-se a relevância do tema deste trabalho, uma vez que, além de possibilitar uma análise da sua compatibilidade com a norma constitucional brasileira, permitirá uma expansão quanto ao conhecimento das divergências sobre o assunto, possibilidade de aplicação e o amadurecimento da opinião subjetiva.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Para melhor entendimento do tema abordado por este artigo, faz-se mister iniciar uma apresentação com o significado do conceito de Direito penal do inimigo, sua base filosófica, como também suas características peculiares e o processo histórico pelo qual se desenvolveu no decorrer dos séculos.

Conforme Damásio de Jesus (2008), o Direito penal do inimigo representa uma terceira velocidade do Direito penal. Essas "velocidades", elaboradas por Silva Sánchez, apresentam-se em três níveis. A primeira velocidade é um modelo que se desenvolve num longo processo, destinado às infrações penais mais graves. Utiliza-se da pena privativa de liberdade, mas, em contrapartida, assegura todos os direitos e garantias fundamentais.



A segunda velocidade, por sua vez, é aplicada nos casos de crimes com menor potencial lesivo. Alguns direitos e garantias do indivíduo são mitigados, mas, ao final, ele recebe pena diversa da prisão, como prestação de serviços e sanções de valor pecuniário.

Já a terceira velocidade é uma composição da primeira com a segunda velocidade, utilizando a celeridade desta com o rigor daquela. É vista em algumas leis brasileiras, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8072/90), que aumentou o tempo e a rigorosidade das penas e tentou suprimir alguns direitos, e a Lei do Crime Organizado (Lei n. 9034/95). Esta velocidade trata-se da hipótese doutrinariamente conhecida como Direito Penal do Inimigo (JESUS, 2008, apud SÁNCHEZ, 2002).

Soma-se a esta explicação a ideia de Jakobs (2007), que estabelece uma diferenciação entre o considerado cidadão e aquele rotulado como inimigo. Para tanto, contrapõe duas esferas opostas que estão em um só plano no Direito Penal. O Direito Penal do cidadão seria aplicado àqueles que delinquem, cometem erros, mas não necessariamente apresentam um grande perigo à sociedade. Já o Direito Penal, destinado aos considerados inimigos, é a coação aplicada ao indivíduo perigoso, que representa uma ameaça.

A fundamentação filosófica do autor para desenvolver a sua teoria, está enraizada nas ideias de Rousseau (o indivíduo nega sua existência em sociedade após quebrar o pacto social), Hobbes (eram inimigos aqueles que cometiam condutas de alta traição ao Estado), Kant (defendia a aplicação de pena àquele que ameaçava a vida em sociedade) e Fichte (para ele o indivíduo que renunciava o contrato social, da mesma forma renunciava seus direitos como cidadão) (GARCIA, 2009).

2.1 CARACTERÍSTICAS

O Direito Penal do Inimigo, conforme Jakobs: Objetiva o combate às ameaças para com a sociedade; tem a possibilidade de punição já nos atos de preparação para a prática delituosa; além de visar aplicar uma sanção ao fato já praticado e propor maior segurança contra futuros delitos, através da expansão das penas (JESUS, 2008).

Segundo Prado, (200-?), ainda, há uma objeção ao Direito penal garantista e liberal, característicos do Estado democrático de Direito. Como exemplos estão a desigualdade de penas, sem nenhum atenuante para redução destas; ab-rogação ou diminuição de direito e garantias individuais além de dificultar a possibilidade de obtenção de qualquer benefício; supressão de direitos do



indivíduo considerado não-cidadão; criminalização antecipada da conduta e aumento do controle e poder estatal.

Outra característica de relevância é punição anterior à conduta delitativa. No Brasil, o *iter criminis* é dividido em quatro fases: cogitação, preparação, execução e consumação. Com fulcro no artigo 31 do Código penal, os dois primeiros fatores, via de regra, não são punidos, exceto quando a preparação constitui crime autônomo. Para o Direito penal do inimigo, pune-se a conduta antes mesmo de ser executada, a atitude interna do indivíduo (OLIVEIRA, 2016).

2.2 BREVE HISTÓRICO

A ideia de punir aqueles que atentavam contra a segurança do Estado já se fazia presente na época de Atenas. O considerado inimigo era exilado de sua cidade por anos, não perdendo, contudo, os direitos civis. Naquele momento histórico também se cogitava a ideia de um inimigo interno, aquele que ia contra as leis do seu local de habitação, traindo sua pátria (VALE, 2014).

Em Roma, a figura do inimigo se concretizava naquele que cometia atos de indisciplina ou traição contra o Estado (VALE, 2014). Aos inimigos, fazia-se referência com o termo *hostis*, para os quais o julgamento era feito através das ordálias, sendo a sua culpa ou inocência dada pelo poder divino (OLIVEIRA, 2016).

Na Idade Média, por sua vez, o inimigo era aquele que praticava atos de heresia ou contra os dogmas da igreja, desta forma, num contexto religioso. Este recebia como resposta aos seus atos pena capital ou infamante, através de meios diversos de penitência. O contraventor tinha a resposta aos seus atos marcada no corpo, uma forma de identificá-lo e tentar prevenir uma reincidência (VALE, 2014).

Essa época ficou conhecida como a Inquisição (séc. XIII – XVIII), período este que teve o famoso nome de "caça às bruxas", no qual as mulheres eram as principais penalizadas, por serem consideradas mais frágeis e propensas a serem influenciadas por demônios. Este momento foi marcado pela presença de torturas para se alcançar a verdade a todo custo (OLIVEIRA, 2016).

Na era iluminista, a corrente do contratualismo, defendido por autores como Hobbes, Locke e Rousseau, ainda com as contribuições das ideias de Fichte e Kant, muito contribuiu para a tese que Günther Jakobs posteriormente desenvolveria (VALE, 2014). Eles defendiam que aquele que desacatasse o contrato social, não era digno também dos direitos fundamentais concedidos por este (OLIVEIRA, 2016).



Partindo desse referencial teórico, Jakobs começou, na década de 80, a sustentar políticas do governo que afrontassem a delinquência num âmbito nacional e internacional. Em 90, começou a propagar a ideia do endurecimento das penas no Direito Penal e Processual Penal em suas palestras. (JUNIOR, 2013)

Já no século atual, prossegue Junior (2013), a defesa de Jakobs ganhou força com os diversos casos de terrorismo que têm ocorrido, a exemplificar o caso de 11 de setembro. Desta maneira, diversos países iniciaram uma forma punitiva com mais rigor, deixando de observar até mesmo alguns direitos individuais.

Nos dias contemporâneos, o sistema de punição para o “inimigo” pauta-se na segurança do Estado, os valores e direitos individuais tornaram-se submissos à segurança da sociedade. Neste pensamento, o Direito Penal do Inimigo fundamenta-se na supressão e inobservância de algumas garantias do indivíduo em prol de um bem maior: a segurança nacional. (JUNIOR, 2013).

2.3 MANIFESTAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Jakobs deixa explícito a existência de um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. Estes são conceitos separados, porém difíceis de serem afastados totalmente. Em Kant, o primeiro seria o direito de todos, uma punição (contradição) para o cidadão que delinuiu; o segundo, para aqueles que se apresentam como inimigos do Estado, a fim de se eliminar um perigo, já que aquele que "não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal “não deve ser tratado pelo Estado como pessoa, pois assim “vulneraria o direito à segurança das demais pessoas” (JAKOBS, 2007, p. 42).

Na visão de Rogério Greco (2012), essa diferenciação, assim como as atitudes propostas, provoca uma semelhança com o projeto nazista, desenvolvido por Megzer e executado por Hitler.

Ainda, tratando estes últimos de forma diferenciada, restringindo, ou, por vezes, abolindo direitos, "como se houvesse um estado de guerra".

A pena, para Jakobs (2007), é denominada como coação, uma resposta ao ato ilícito de uma pessoa racional, que se comportou de forma contrária à lei. Além disso, é uma medida de segurança contra aquele indivíduo que representa um risco à sociedade.

Através de estudos baseados em ideias de pensadores clássicos, como Kant, Hobbes, Rousseau e Fichte, Jakobs entende que não há como o Estado proporcionar o mesmo tratamento do delinquente



cidadão para aquele que representa uma ameaça ao Estado e à sociedade. Este que rompeu com o contrato social, que comete alta traição contra o Estado, que se desvia por princípio (JAKOBS e MELIÁ, 2007).

Adiante, Jakobs reitera:

Portanto, o Direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade (2007, p. 37).

De maneira geral aquele que não oferece garantia em seu comportamento pessoal, que está em "guerra" com a sociedade, deve ser tratado como inimigo, perdendo, portanto, seus direitos de cidadão, em prol da segurança nacional.

Em contrapartida, Rogério Greco (2012) julga insensata a atitude de eleger inimigos do Estado e tratá-los como delinquentes irremediáveis. Ao contrário, ele propõe a possibilidade de uma segunda chance, pois julga possível haver uma recuperação.

Fazendo uma objeção ao Direito penal do inimigo, o referido autor faz uma crítica à relatividade do conceito de inimigo, uma vez que este pode ser interpretado de forma ampla, daí utilizado, por exemplo, pela pessoa que estiver no poder para se livrar de adversários. Dessa forma, em muitos casos, os direitos e garantias fundamentais são abalados.

Corroborando com este pensamento, Luis Greco afirma que o Direito penal do inimigo é incompatível com o Direito penal, pois na sua percepção:

Ele não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário (2005, p. 246).

Na opinião de Cabette (2013), desconsiderar a personalidade do indivíduo eleito inimigo seria um precedente para despersonalizar toda uma sociedade e, posteriormente, a humanidade. Isso levaria à desproteção de todos pelo Direito pois, com a desconsideração de pessoa geral e mútua entre os grupos sociais, estria aberto um caminho para o genocídio, o que seria inaceitável. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo 6º, determina: “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.”

Manuel Cancio Meliá (2007), um grande crítico desta teoria, diz que o Direito Penal do inimigo



é a fusão do Direito penal simbólico, em que o legislador elabora normas com o intuito de apaziguar os ânimos da população, com o positivista, pautado no endurecimento e efetividade das penas, como forma de reagir com firmeza contra a criminalidade.

Diante do exposto, cabe ressaltar esta definição com suas próprias palavras:

O Direito Penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal (...) persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como outros, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do outro. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. A seguir, pode ser examinado o que surge de sua união: o Direito Penal do inimigo (MELIÁ, 2007, p.65).

Como já mencionado o Direito penal do inimigo como uma terceira velocidade, o mesmo autor diz que é um Direito mais amplo, direcionado especialmente à prática terrorista. Ainda, quanto às carências deste Direito, o indivíduo identificado como inimigo não é apenas visto como perigoso, mas demonizado; a partir do momento que se sobrepõe ao plano fático e recorre à outras características que possam caracterizar o agente como inimigo, deixa-se de lado o princípio da legalidade e suas inferências como base da tipificação penal (JAKOBS e MELIÁ, 2007).

Na visão de Meliá, o Direito penal do inimigo é incompatível com o Direito penal do fato, conforme cita Joos (2015, apud JAKOBS e MELIÁ, 2007, p.114/115). Além disso, “o Direito Penal (do cidadão) não pode absorver (nem conviver com) o discurso defensivista-demonizador do ‘Direito Penal’ do inimigo”.

Entre as críticas à tese colocada em pauta, Garcia (2009) aponta que por ser um direito prospectivo, não estabelece ligação entre o indivíduo e o resultado, culminando na derrocada de todo o estudo levantado em torno da teoria geral do delito. Dentro deste Direito penal do fato, como diz, o agente não usufrui dos direitos processuais, é condenado com penas "desproporcionais" e "indeterminadas", além de ferir o princípio da legalidade, pela novidade dos "delitos de intenção".

Garcia (2009) também coloca em questão a disparidade de tratamento a depender do poder aquisitivo dos delinquentes. Ela afirma que o eleito inimigo é, majoritariamente, aquele que possui a menor renda, usando como exemplo a diferença de tratamento quanto aos crimes contra ao patrimônio e os crimes tributários.

Por fim, reforça o pensamento de que o Direito penal do inimigo fere diversos princípios constitucionais, tanto explícitos como implícitos. Ainda ressalta:

Se o Direito Penal somente pode ser aquele vinculado com a Constituição Democrática, conclui-se que o Direito Penal do cidadão é um pleonismo, enquanto o Direito Penal do Inimigo é uma contradição em razão deste ser um "não Direito", inconcebível dentro do nosso regramento jurídico (GARCIA, 2009, p.19).



Portanto, na opinião desta autora, a solução para a criminalidade não está na rigorosidade da pena e quantidade de mandamentos proibitivos, mas na qualidade dos programas de prevenção, tanto formais quanto informais, voltados para áreas como da segurança, educação ou no sistema penitenciário. Tendo seu pensamento inspirado em Cesare de Beccaria, a autora defende a criação de sistemas mais humanitários, a utilização do Direito penal como *ultima ratio* e, fundamentalmente, o respeito aos princípios constitucionais.

2.4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CONSTITUIÇÃO

Visto que a Constituição é a lei máxima, todo ordenamento jurídico deve estar em conformidade com ela, adaptando-se às suas leis e princípios. A partir disto, cabe analisar se o Direito penal do inimigo está em conformidade com a nossa Carta Magna.

A Constituição federal tem como umas das matrizes principiológicas a dignidade da pessoa humana e a cidadania, como se constata já no seu primeiro artigo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

II – a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

[...] (BRASIL, 1988).

JJJ

A partir disso, já pode-se entender que o Direito penal do inimigo deixa de observar a Constituição em seus primeiros incisos, dado que aquele considerado inimigo tem o seu título de cidadão desconsiderado, enquanto para as penas, a garantia da sua dignidade tem menor importância.

Conforme Brandão (2009), o Direito penal do inimigo não possui característica de constitucionalidade, visto que seu método consiste em alhear certos direitos que são fundamentais (entre eles, a dignidade) aos indivíduos considerados ameaças ao Estado. Portanto, não há possibilidade de ser aplicado em nosso país.

Além disso, continua o autor, a segregação realizada entre cidadãos e inimigos resulta na inobservância do artigo 5º, caput, da Constituição Federal (1988), que diz serem todos "iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Concluindo seu pensamento, Brandão (2009, apud Martín, 2007, p. 154-155), menciona mais uma incongruência com a norma constitucional. Observa que o Direito penal do inimigo, sendo um direito prospectivo, é inconcebível, pois fere o princípio da legalidade, previsto tanto na constituição como no próprio Código Penal Brasileiro: "Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não



há pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, 1984). Portanto, este instituto também não encontra amparo no Direito penal.

Para somar à ideia, Garcia (2009), menciona diversos princípios desrespeitados quando aplicada a teoria do Direito penal do inimigo, entre eles estão o princípio da reserva legal, dada a desproporção entre o delito e a pena; os princípios da exteriorização do fato, da culpabilidade e da lesividade, pelo seu caráter prospectivo; o princípio da ofensividade, ao considerar apenas a periculosidade do autor; e os princípios da dignidade humana e da humanização da pena, ao admitir tortura.

Apesar das diversas objeções ao Direito penal do inimigo e da sua nítida incompatibilidade com a nossa Constituição, há quem diz que existem resquícios dele na legislação brasileira. Como menciona Nogueira (2014), dentre as leis que possuem essas características, um grande exemplo está na Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei de Execuções Penais brasileira (Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984) e implantou o Regime Disciplinar Diferenciado.

Para maior esclarecimento, a referida lei (Lei nº 10.792) foi alvo de críticas por violar garantias fundamentais, como a humanidade da execução de pena e o princípio de igualdade. O criminoso, por sua vez, é punido pela periculosidade que representa, pelas suas características, não pelo fato exteriorizado, o que é característico do Direito penal do inimigo.

Ainda, conforme Nogueira (2014), alguns doutrinadores dizem ser o Regime Disciplinar Diferenciado inconstitucional, por ser considerado uma pena cruel, cominada pelo artigo 5º, XLVII, alínea “e”, CF/88. Ainda prossegue mencionando que há um problema na aplicação do RDD, citando o artigo 5º, III, CF/88, para dizer que deve-se assegurar a integridade física do indivíduo, o respeito à dignidade humana e que deve ser excluído tratamento desumano ou degradante.

Os direitos humanos foram formulados justamente para dar maior apoio e proteção ao indivíduo, contra as irregularidades citadas previamente citadas. Conforme Nogueira (2014),

surgiram para se valerem contra o Estado. E o inimigo, em relação ao Direito Penal do Inimigo, é a pessoa que põe em risco a existência do Estado, por isso que é tratado de uma maneira diferenciada, causando uma quebra no artigo 5º da CF. Ele é punido pelo que ele é, levando em consideração o direito penal do autor, chocando com o direito penal de fato, que julga relevante a conduta, analisando o autor no momento do estudo da culpabilidade.

Portanto, pode-se reafirmar que as leis brasileiras que possuem traços do Direito penal do inimigo podem ferir a Constituição, bem como os princípios normativos e os direitos humanos. Em contrapartida, existem diversas garantias cuja função é proteger o indivíduo de um punitivismo desumano e degradante, regalias estas que compõem o chamado garantismo penal.

2.4.1 O garantismo penal

O garantismo penal é um instituto que visa a proteção do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, tendo Luigi Ferrajoli como seu propulsor, quem elaborou os dez axiomas do Direito penal e Processo penal, que são valores que resguardam os direitos mínimos e legitimam a punição.

Cada axioma refere-se aos princípios basilares do Direito penal. Conforme introduz Ferrajoli (2002), são eles: *Nulla poena sine crimine* (Não há pena sem crime); *Nullum crimen sine lege* (Não há crime sem lei); *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (Não há lei penal sem necessidade); *Nulla necessitas sine injuria* (Não há necessidade sem ofensa a bem jurídico); *Nulla injuria sine actione* (Não há ofensa ao bem jurídico sem ação); *Nulla actio sine culpa* (Não há ação sem culpa); *Nulla culpa sine judicio* (Não há culpa sem processo); *Nulla judicium sine accustone* (Não há processo sem acusação); *Nulla accusatio sine probatione* (Não há acusação sem prova); *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa).

Por eles expressam-se, respectivamente:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Convém destacar o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação (não há ofensa ao bem jurídico sem ação), que permite a imputação de pena após a realização de uma conduta delitiva, seguindo o Direito penal do fato. Neste mesmo raciocínio, cabe considerar que não há pena se não existe crime (*Nulla poena sine crimine*), e, portanto, se não há crime, não há necessidade da aplicação da lei penal (*Nulla necessitas sine injuria*).

O Direito penal do inimigo vai de encontro às ideias citadas, pois segue o Direito penal do autor, tendo em vista que há aplicação de pena anterior à conduta ou apenas à representação de perigo.

Também se faz mister acrescentar que o axioma *nullum crimen sine lege*, pelo qual não há crime sem lei, está previsto tanto na Constituição federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX, como no Código penal, no seu artigo 1º.

Finalmente, o princípio da intervenção mínima, ou *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, faz alusão ao minimalismo do Direito penal, a ser considerado como *ultima ratio*, que então só seria



utilizado quando fosse relevante, tutelando bens jurídicos em casos que outros ramos do Direito não obtiveram êxito em lidar.

A partir desse pressuposto, percebe-se a incompatibilidade presente entre o Direito penal do inimigo, de Jakobs, e a Teoria do garantismo penal, de Ferrajoli, visto que este enaltece a democracia, os princípios constitucionais e direitos garantidos ao indivíduo, ao passo que aquele reforça o poder punitivo da lei e deixa de observar as garantias fundamentais.

3 METODOLOGIA

Para se concretizar a proposta de elaboração deste artigo, foi traçado uma linha de pesquisa, com os primeiros passos sendo realizados no pré-projeto, em fevereiro deste ano.

Todo o artigo foi embasado no trabalho anterior, o qual já possuía um tema delimitado, a justificativa do assunto, o problema a ser discorrido, a hipótese e os objetivos almejados, além da base para a fundamentação teórica.

A partir de então, o artigo começou a tomar forma no início de junho do presente ano, sendo acrescentado a ele, além das informações já adquiridas com os estudos anteriores, um maior aprofundamento na exploração do tema.

Quanto aos recursos utilizados para a execução do trabalho, foi-se utilizado do método indutivo, utilizando-se livros e artigos virtuais, como também a legislação brasileira e internacional.

É conveniente destacar, como exemplos das obras referenciadas: "Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas", de Günther Jakobs e Cancio Meliá; "Direito penal do inimigo: Breves considerações", de Damásio de Jesus; "Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra", de Luiz Regis Prado e "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal", de Luigi Ferrajoli.

Por fim, foi recorrido à legislação nacional e internacional para dar maior sustentação aos argumentos apresentados. Foram utilizadas a Constituição brasileira de 88, leis infraconstitucionais e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.



4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito penal do inimigo não é algo novo, visto que já se manifestava de diferentes formas desde a antiguidade e perpetuou-se através dos séculos. O que se considera novidade, entretanto, é a discussão da sua presença e legalidade em face do nosso ordenamento jurídico, em especial na matéria constitucional.

Apesar de existirem vestígios deste direito em algumas leis brasileiras, como resta demonstrado, pode-se inferir, através de todo o exposto, que o Direito penal do inimigo não encontra guarida na Constituição federal de 1988, haja visto que ele deixa de observar diversas garantias do indivíduo e abnega direitos fundamentais, como exemplo essencial, a dignidade da pessoa humana.

Certamente, o manifesto artigo ainda não foi suficiente para sanar todas as dúvidas, dado que existem diversas correntes de pensamento que interpretam o Direito penal do inimigo de maneiras divergentes, cada uma com seu mérito e respeitosa fundamentação.

Além das vertentes aqui expostas, contrárias ao uso do Direito penal do inimigo, e qualquer atributo que dele provenha, em nosso país pelos motivos outrora citados, também existem doutrinas que defendem este instituto e argumentam a legitimidade dos seus resquícios presentes em nossas leis infraconstitucionais.

Estes pensamentos os quais não foram pertinentes citar, dado a delimitação deste trabalho, se fazem também de grande importância estudar para um melhor aprofundamento no assunto e adquirir capacidade de comparar as teses e formular opinião própria.

Por fim, faz-se mister dizer que o assunto abordado neste artigo ainda necessita de diversos debates e grandes adaptações para adquirir legalidade em nosso ordenamento jurídico. Este é um dos inúmeros assuntos que são passíveis de discussão para uma possível aplicação em nosso país, dado as modificações sociais que vêm ocorrendo e o surgimento de novas necessidades de proteção contra a criminalidade globalizada.



REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Promulgada em 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 11 jun 2018.

BRANDÃO, Marcus Vinícius Mascarenhas. **O Direito Penal do Inimigo e a Dignidade da Pessoa Humana na**

Constituição Brasileira de 1988. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 07 dez. 2009. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25650&hl=no>>. Acesso em: 25 mai 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2018.

_____. **Decreto-Lei N° 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 mai 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O direito penal do inimigo – Günther Jakobs**. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937787/direito-penal-do-inimigo-e-gunther-jakobs>>. Acesso em: 11 jun 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

GRECO, LUÍS. **Sobre o chamado Direito penal do inimigo**. Disponível em:

<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 23 mai 2018.

GRECO, ROGÉRIO. **Direito penal do inimigo**. Disponível em:

<<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 23 mai 2018.

JAKOBS, GÜNTHER; MELIÁ, MANUEL CANCIO. **Direito penal do inimigo: Noções e críticas**. 2. ed. Porto Alegre.

Livraria do Advogado. 2007.

JESUS, DAMÁSIO E. DE. **Direito penal do inimigo: Breves considerações**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862,

Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em: 15 mai 2018.



JUNIOR, CÍCERO JOSÉ FRANZEN. **Direito penal do inimigo**. Disponível em:
<https://monografias.brasescola.uol.com.br/direito/direito-penal-inimigo.htm#capitulo_3.1>. Acesso em: 24 mai 2018.

NOGUEIRA, MARDEN DE CARVALHO. **Direito penal do inimigo: uma análise sob a perspectiva dos direitos humanos**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 nov. 2014. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50583&seo=1>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

OLIVEIRA, YOKO APARECIDA NAKAMURA DE. **Direito penal do inimigo: análise do direito penal do inimigo face à constituição de 1988**. Disponível em:
<<http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/40>>. Acesso em: 12 jun 2018.

PRADO, LUIZ REGIS. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra**. Disponível em:
<[http://regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.p df](http://regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.p%20df)>. Acesso em: 11 jun 2018.

VALE, IONILTON PEREIRA DO. **O direito penal do inimigo: introdução e breve histórico**. Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/143454436/o-direito-penal-do-inimigo-introducao-e-breve-historico>>. Acesso em: 16 mai 2018.