

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS

CAROLINE DUARTE OLIVEIRA

DIREITO PENAL DO INIMIGO “*FEINDSTRAFRECHT*”: a teoria
do direito penal do inimigo e aplicado no ordenamento jurídico
brasileiro

Paracatu

2020

CAROLINE DUARTE OLIVEIRA

DIREITO PENAL DO INIMIGO “*FEINDSTRAFRECHT*”: a teoria do direito penal do inimigo e aplicado no ordenamento jurídico brasileiro

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Msc. Diogo Pereira Rosa

Paracatu

2020

CAROLINE DUARTE OLIVEIRA

DIREITO PENAL DO INIMIGO “*FEINDSTRAFRECHT*”: a teoria do direito penal do inimigo e aplicado no ordenamento jurídico brasileiro

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Msc. Diogo Pereira Rosa

Banca Examinadora:

Paracatu- MG, _____ de _____ de 2020.

Prof. Msc. Diogo Pereira Rosa
Centro Universitário Atenas

Prof. Msc.
Centro Universitário Atenas

Prof.
Centro Universitário Atenas

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus pela força e coragem durante toda esta longa caminhada, aos meus pais Alberto e Iracema, pelo estímulo carinho e compreensão, pessoas realmente maravilhosas em minha vida que em nenhum momento me negaram auxílio, amor e carinho, nos momentos mais difíceis somaram suas experiências e me fizeram crer que na vida só vence através da união e do amor incondicional. Dedicação eterna e meu lema.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pois sem ele não teria força para essa longa jornada, pois o que seria de mim sem a fé que tenho nele.

Aos meus pais pelo apoio e dedicação. Obrigado por me ajudarem na realização deste curso.

Ao meu eterno namorado pela compressão e força nos momentos difíceis, obrigada por cada palavra de incentivo e pela presença forte nos momentos de ausência.

Agradeço também ao professor Dr. Diogo Pereira Rosa, pelo exemplo de vida e dedicação, obrigado por exigir tanto de mim, isso me fez tornar melhor do que sou valho-me de sua sabedoria e amizade constante.

A certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade [...].

Beccaria, 1764

RESUMO

Direito penal do inimigo e uma teoria criada pelo professor e jurista alemão Jakobs, em 1985, onde seria um direito penal de terceira velocidade, mais ríspido e prático, em prol da coletividade. Jakobs faz uma individualização entre Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão, onde os considerados inimigos do Estado a estes não seriam resguardados nenhuma garantia Constitucional de modo que ao serem identificados como inimigos deviam ser excluídos do ordenamento jurídico, sob a justificativa de punição e proteção a sociedade, sendo assim necessário confronta-la com a Carta Magna de 1988, para averiguar sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Ordenamento Jurídico. Carta Magna. Cidadão.

ABSTRACT

Enemy criminal law is a theory created by German professor and lawyer GUNTER JAKOBS in 1985, where it would be a harsher and more practical third-speed criminal law for the benefit of the community. Jakobs makes an individualization between the Enemy's Criminal Law and the Citizen's Criminal Law, where those considered enemies of the State to them would not be protected by any Constitutional guarantee, so that when identified as enemies they should be excluded from the legal system, under the justification of punishment and punishment. protection of society, so it is necessary to confront it with the Magna Carta of 1988, to ascertain its applicability in the Brazilian legal system.

Keywords: *Enemy's Criminal Law. Legal system. Magna Carta. Citizen.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.1 PROBLEMA DE PESQUISA	10
1.2 HIPÓTESE DE PESQUISA	10
1.3 OBJETIVOS	10
1.3.1 OBJETIVO GERAL	10
1.3.2 OBJETIVO ESPECÍFICO	11
1.4 JUSTIFICATIVA	11
1.5 METODOLOGIA DE ESTUDO	11
1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO	12
2 ORIGEM HISTORICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	13
2.1 CARACTERISTICAS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	13
3 INDIVIDUALIZAÇÃO DO INIMIGO	15
3.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO X DIREITO PENAL DO CIDADÃO	15
4 AMEÇA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO AOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS	17
4.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA	17
4.1.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	17
4.1.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DE PENA	18
4.1.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO	18
4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO DE TERCEIRA VELOCIDADE	19
4.3 APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	19
4.3.1 ORDENAMNETO JURIDICO BRASILEIRO	19
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	21
REFERÊNCIAS	22

1 INTRODUÇÃO

A teoria Direito Penal do inimigo foi desenvolvida pelo professor e jurista alemão Jakobs, em 1985, que conceitua o “inimigo” como indivíduo que não se sujeita ou não admite fazer parte do Estado, e assim não deve gozar da condição de cidadão, não podendo assim usufruir dos direitos e garantias resguardados na Constituição Federal de 1988. Portanto, o inimigo para Jakobs, seria o indivíduo contraventor que não se adapta aos modos exigidos pela sociedade.

A teoria apresentada possui três bases sendo elas a antecipação da punição, a desproporcionalidade das penas e relativização e ou supressão de certas garantias processuais, e criação de leis severas direcionadas a quem se quer atingir, assim seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios e garantias fundamentais, pois não estaríamos diante de um cidadão, mas sim de inimigos do Estado, e por serem inimigos da sociedade, assim não conservam todas as proteções penais e processuais penais que são dadas aos demais indivíduos “cidadãos”.

Traz duas evidencias sobre o chamado direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. No primeiro o cidadão é quem com sua conduta feriu a norma ou seja e um deslize reparável, já o segundo permite a suspensão de certas leis justificada pela necessidade de proteger a sociedade ou o Estado, ou seja qualquer pessoa que desrespeite as leis ou pretenda avexa-las, deve assim perder todos os seus direitos e garantias como cidadão, permitindo assim que seja usado qualquer meio disponível para punir o inimigo, e não seriam resguardados a eles as garantias básicas da Constituição Federal, vez que não deveriam receber tais medicamentos entre outros, e seria uma forma severa de punir o criminoso, e com o tratamento rígido e evitar a sua propagação.

O direito penal do inimigo possui uma tutela jurisdicional mais célere e o Direito Penal do Inimigo de terceira velocidade e veio para conter, prevenir o avanço da criminalidade e uma de suas características, é a antecipação da punição do inimigo. O Direito Penal do inimigo se translada em uma resposta punitiva da pós- modernidade. Por isto, impõe um tratamento jurídico diferente entre o oponente e o cidadão fundamentado na alegação de que o Direito Penal comum é inoperante para aqueles que recusam a vigência do sistema.

1.1 PROBLEMA DE PESQUISA

A teoria do Direito Penal do Inimigo e aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 HIPÓTESE DE PESQUISA

A teoria do direito penal do inimigo se baseia na ideia de que o criminoso deve ser considerado inimigo do Estado pois age contra as normas estabelecidas no ordenamento jurídico , assim como punição do Estado não será considerado cidadão comum, pois para Jakobs existem indivíduos que são incapazes de serem ressocializados, devendo assim ter um tratamento diversificado, e cogita-los como verdadeiras ameaças ao estado democrático de direito ou seja, aos inimigos do estado deveriam ser aplicados o chamado Direito Penal do Inimigo, sendo este um procedimento sumário com condenações severas e muitas irreversíveis.

Há exemplos evidentes da tese de direito penal do inimigo no Código Penal brasileiro, podendo afirmar que o mesmo trouxe uma grande tendência mundial de expansão legislativa no âmbito penal que têm como objetivo combater ostensivamente à criminalidade, por meio da aplicação Direito penal do inimigo, teoria bastante criticada por doutrinadores, por ser muito ostensiva ao indivíduo e inconstitucional segundo a Constituição Federal.

Por tudo isso, pode-se concluir que, tendo em vista Declaração Universal de Direitos Humanos sobre o princípio da dignidade Humana e a Constituição Federal de 1988 que eleva os direitos e garantias fundamentais e exigem a sua observância, torna-se impossível a aplicação da tese de Jakobs no nosso ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVO GERAL

Analisar a teoria do direito penal do inimigo e sua compatibilidade no Direito Penal e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) estudar a origem histórica da Teoria do direito penal do inimigo;
- b) averiguar posicionamentos dos demais Doutrinadores;
- c) explorar seu cabimento no Código Penal e sua aplicabilidade do ordenamento jurídico Brasileiro;

1.4 JUSTIFICATIVA

O crescente avanço da criminalidade que afligi a sociedade brasileira, entre os crimes de terrorismo, associação criminosa, tráfico de drogas. A falta de responsabilização penal severa faz-se mister entender a amplitude dos delitos praticados por aqueles perpetrados e se, de fato, serão responsabilizados penalmente pelo ato ilícito praticado devido a exasperação de penas.

Vale salientar que o criminoso representa um risco eminente e futuro a sociedade num todo, devendo esta conhecer o chamado direito penal do inimigo, pois, não se pode olvidar que a todo tempo os inimigos do Estado esquivam-se de uma responsabilização penal derivada dos seus atos por uma pena menos severa.

Entretanto, o presente estudo tem o intuito de inovar o ordenamento jurídico, afim de punir os inimigos do Estado, e evitar a propagação de crimes contra a sociedade num todo, pois com penas mais severas, os cidadãos pensariam antes de cometer qualquer infração assim diminuindo o avanço da criminalidade com aplicação da tese de Jakobs. A presente pesquisa traz uma discursão sobre a importância para o meio acadêmico e social.

1.5 METODOLOGIA DE ESTUDO

A pesquisa a ser realizada neste projeto classifica-se como descritiva e explicativa. Isso porque busca proporcionar maior compreensão sobre o tema abordado com o intuito de torná-lo mais explícito.

Quanto à metodologia fez-se a opção pelo método dedutivo. Esta opção se justifica porque o método escolhido permite uma análise aprofundada acerca do tema. E em relação ao procedimento optou-se por uma abordagem direta.

E por fim, utilizar-se-á de pesquisas bibliográficas, com análises de livros, artigos e outros meios impressos e eletrônicos relacionados ao assunto (GIL, 2008).

1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO

O primeiro capítulo apresentou a introdução com a contextualização do estudo; formulação do problema de pesquisa; as proposições do estudo; os objetivos geral e específico; as justificativas, relevância e contribuições da proposta de estudo; a metodologia do estudo, bem como definição estrutural da monografia.

O segundo capítulo abordamos a teoria de Jakobs, desde sua criação até sua exposição, onde sofreu várias críticas por diversos doutrinadores e filósofos, pois vai contra a Constituição Federal, com tratamento rígido e cruel, trata-se de um direito penal de terceira velocidade por ser um tratamento mais célere.

O terceiro capítulo abordou a aplicabilidade da teoria de Jakobs, no ordenamento jurídico brasileiro e sua afronta aos princípios e garantias fundamentais à Constituição da República Federativa do Brasil.

2 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal do inimigo teoria criada pelo doutrinador e jurista alemão Jakobs, foi exposta em uma palestra na Universidade de Bonn, na Alemanha em 1985, onde conceitua inimigo como contraventor, aquele que não admite fazer parte do Estado, assim não deve gozar das condições de cidadão.

Em 2003 Jakobs lança seu primeiro livro onde trás as bases e fundamentos da sua teoria. Jakobs, cria o seu próprio conceito de inimigo, que já avia sido exposto antes pelos filósofos, Thomas Hobbes, Immanuel Kant, Rousseau e Fichte, tendo assim uma base filosófica para a teoria Do Direito Penal do Inimigo, buscando agregar valor e força aos seus argumentos.

Para Rousseau (NOÇÕES & CRÍTICAS, 2008 p. 25) “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”. No mesmo sentido aduz Fichte (NOÇÕES & CRÍTICAS, 2008 p. 26) “Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”.

Com o conceito formado pelos filósofos na obra de “Contrato Social”, a teoria de Jakobs sua teoria ganha forças embora muito criticada por doutrinadores e filósofos, por ter punições severas e fazer uma drástica divisão entre cidadão e inimigo, por ser esta incompatível com o Estado Democrático de Direito.

2.1 CARACTERÍSTICAS DA TEORIA DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria de direito penal do inimigo sustentada por Jakobs, é direcionada sobre três pilares sendo:

a) A antecipação da punição do inimigo: onde preconiza que não importa, basicamente, o cometimento fático de qualquer crime, sendo puníveis inclusive atos preparatórios, mesmo que não constituam crimes autônomos, em modelo antagônico ao brasileiro;

b) Desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais: o autor de tal teoria acredita que as penas em si não pretendem significar nada, senão serem efetivas, de maneira a extirpar da sociedade

o indivíduo perigoso, para tanto, existe um acirramento na dosimetria das penas, buscando afastar o agente transgressor pelo maior período de tempo possível do convívio social, retirando-se do mesmo, garantias processuais normalmente aplicadas ao cidadão comum (JAKOBS, 2009, 22);

c) O autor em sua teoria também defende a criação de leis mais severas a serem aplicadas especificamente aos agentes considerados inimigos: teria assim dois direitos penais materiais, absolutamente opostos, sendo um visando o cidadão comum (*BURGERSTRAFRECHT*), e assim prevaleceriam todos os direitos processuais e a integralidade do devido processo legal, e por outro lado, o direito penal direcionado ao inimigo (*FEINDSTRAFRECHT*), com penas desproporcionais, contra aqueles que atentam contra o Estado, caminhando de uma coação física, até mesmo a um estado de guerra, visando o restabelecimento da norma e a separação do inimigo do seio da sociedade, bem como servindo como meio de intimidação de outras pessoas (JAKOBS, 2009, 23).

3 A INDIVIDUALIZAÇÃO

3.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO X DIREITO PENAL DO CIDADÃO

A teoria apresentada por Gunther Jakobs faz uma diferenciação entre o direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. No primeiro o cidadão é quem com sua conduta feriu a norma, ou seja, e um deslize reparável, já o segundo permite a suspensão de certas leis justificada pela necessidade de proteger a sociedade ou o Estado, ou seja qualquer pessoa que desrespeite as leis ou pretenda avexa-las, deve assim perder todos os seus direitos e garantias como cidadão, permitindo assim que seja usado qualquer meio disponível para punir o inimigo, podendo este ser abatido ou segregado, e não seriam resguardados a eles as garantias básicas da Constituição Federal, nem mesmo processual penal, assim seria uma forma severa de punir o criminoso, com tratamento rígido e evitar a sua propagação, pois assim acreditava Jakobs que o inimigo não voltaria a delinquir novamente. Jakobs cita como exemplo de “inimigos” os criminosos que atentam contra a ordem econômica, os terroristas, os líderes de organizações criminosas.

O conceito de inimigo da teoria de Jakobs, para (SANCHES, 2002, pag.149):

O inimigo é um individuo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente mediante sua vinculação a uma organização criminosa, abandonou o direito de modo supostamente duradouro e nao garante minima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse deficit por meio de sua conduta [...] Se a característica do inimigo e o abandono duradouro do Direito e ausencia da minima segurança cognitiva em sua conduta, entao seria plausivel que o modo de afronta-lo fosse com o emprego de meios de asseguramneto cognitivo desprovidos de penas.

Assim pra se considerar um inimigo não e necessário estar ligado ao crime, pois e observado aqui a sua periculosidade, nesse sentido trás (NEUMANN, 2007, p. 159-1161) “para evitar o dano futuro, seria preciso utilizar-se da prevenção, sendo que se deve caracterizar previamente os possíveis Inimigos, e assim os “excluir” da sociedade”. Paulo Queiroz tras as diferenças entre cidadão e inimigo (QUEIROZ, 2005, p.45):

o inimigo não é pessoa, mas inimigo (não pessoa), logo a relação que com ele

se estabelece não é de direito, mas de coação, de guerra; b) o direito penal do cidadão tem por finalidade manter a vigência da norma; o direito penal do inimigo, o combate de perigos; c) o direito penal do cidadão reage por meio de penas; o direito penal do inimigo por meio de medidas de segurança; d) o direito penal do cidadão trabalha com um direito penal do fato; o direito penal do inimigo, com um direito penal do autor; e) por isso, o direito penal do cidadão pune fatos criminosos; o direito penal do inimigo, a periculosidade do agente; f) o direito penal do cidadão é essencialmente repressivo, o direito penal do inimigo, essencialmente preventivo; g) por essa razão, o direito penal do cidadão deve se ocupar, como regra, de condutas consumadas ou tentadas (direito penal do dano), ao passo que o direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal, para punir atos preparatórios (direito penal do perigo); h) o direito penal do cidadão é um direito de garantias; o direito penal do inimigo, um direito antigarantista.

Segundo Gomes (2004, p. 02):

Como devem ser tratados os inimigos? o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, 'ainda que de modo juridicamente ordenado. Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas).

No mesmo sentido aduz Jakobs (2007, p.30), que “se tem afastado, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa”, devendo serem tratados como inimigos”. Em acréscimo tras Ferrajoli (2002, p. 667):

Na jurisdição o fim não justifica os meios, dado que os *meios*, ou seja, as regras e as formas, são as garantias de verdade e de liberdade, e como tais têm valor para os momentos difíceis, assim como para os momentos fáceis; enquanto o *fim* não é mais o sucesso sobre o inimigo, mas a verdade processual, a qual foi alcançada apenas pelos seus meios e prejudicada por seu abandono.

Assim afirma Jakobs que Direito Penal do Inimigo combate perigos, pois existem muitas formas intermediárias, já o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, portanto isso podemos entender que inimigo é todo aquele que oferecer perigo a sociedade. Então com sua teoria Jakobs pretende manter a paz e ordem na sociedade, fazendo com que os cidadãos sintam-se seguros sem sentimento de medo e impunidade.

4 AMEÇA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A teoria de Jakobs faz afronta a diversos princípios Constitucionais, não oferecendo nenhuma garantia aos indivíduos, pois tem como base a antecipação da punição, a desproporcionalidade das penas e relativização e ou supressão de certas garantias processuais, sendo assim uma teoria um tanto injusta.

4.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Aduz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5º).

Assim fica evidente mais uma afronta do Direito Penal do Inimigo ao princípio da isonomia vez que Jakobs faz uma diferenciação entre “cidadãos” e “inimigos”.

4.1.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em respeito ao Princípio da Presunção de Inocência, discorre Siqueira (2010, p.10).

O tratamento diferenciado dado pela doutrina de Jakobs ao inimigo choca-se com o princípio da presunção de inocência, pelo que o acusado só será considerado culpado quando contra ele pesar uma sentença condenatória definitiva. Portanto, a presunção de inocência é impedimento a que a liberdade de certo indivíduo seja restringida até que se tenha certeza de sua responsabilidade, salvo em caso de situações excepcionais (por exemplo, prisão preventiva e prisão temporária). Gustavo Badaró destaca, aliás, que "o princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana". Desse modo, é de se dizer que o desrespeito ao princípio da presunção de inocência anda de mãos dadas com o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Eduardo Ferrari, no mesmo sentido, observa: "De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, nenhum cidadão pode ser sancionado desnecessária ou ilimitadamente, devendo haver restrições temporais máximas quanto à sua punição, respeitando-se o homem e seus atributos no instante da enunciação e aplicação dos preceitos primários bem como das sanções penais". Assim, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio máximo do Estado Democrático de Direito, deve ser sempre respeitada, sob a possibilidade de que, se o poder estatal não a respeitar, seja nula qualquer condenação, a tomar por base o brocardo *nulla poena sine humanitate* (grifos nossos).

Este princípio é exposto no ordenamento jurídico brasileiro como um guia relevante do processo penal materializado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição

Federal de 1988, e estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2016, p. 214).

4.1.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DE PENA

Princípio da Individualização da pena serve para que cada cidadão seja julgado de maneira distinta, e tem a finalidade de analisar cada criminoso e as circunstâncias que o levaram a cometer tal delito, para que não seja praticado uma injustiça, antagônico ao Direito Penal do inimigo que visa julgar qualquer pessoa considerada inimigo da mesma maneira.

Segundo NUCCI (2013, p. 330):

O Direito Penal para ser considerado a última ratio (última opção), instrumento derradeiro da força estatal de contenção e composição dos mais sérios conflitos existentes, precisa abster-se de posturas radicais. De nada adianta a criminalização exagerada, tornando o delito toda e qualquer lesão a bem jurídico protegido, uma vez que seria invadir em demasia a vida privada do indivíduo, promovendo o inadequado gigantismo punitivo do Estado, incompatível com a proteção as direitos e garantias individuais prometidas pelo texto constitucional. Ser humano sem vida privada, sem intimidade assegurada, enfim, sem liberdade mínima para agir, pensar e inclusive errar, é pessoa infeliz e tolhida na sua natural maneira de existir.

O princípio da individualização da pena está previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988. Desta forma, pode-se dizer que a pena deve ser sempre única para cada condenado; assim cada infrator deve ter sua pena individualizada, mesmo que tenham concorrido para a mesma infração.

4.1.4 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO

O princípio da intervenção mínima consiste que o Direito Penal só deve ser aplicado quando houver extrema necessidade, mantendo-se como instrumento subsidiário, na intervenção mínima, a pena deve ser usada como último recurso, e como recurso coercitivo e não como meio a impedir futuros delitos como trás o Direito Penal do Inimigo.

O Estado Democrático de Direito veio para garantir a liberdade, e as garantias fundamentais através do estabelecimento de uma proteção jurídica, pois o Estado não deve só criar as leis bem como ser servidor delas.

Assim ninguém será taxado como inimigo nem terá suas garantias arrancadas ou será excluído do ordenamento jurídico, pois o Estado Democrático, garantias e deveres se estende a todos os indivíduos sem nenhuma discriminação.

4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO DE TERCEIRA VELOCIDADE

O direito penal do inimigo possui uma tutela jurisdicional mais célere, sendo considerado direito penal de terceira velocidade, pois ele veio para conter e prevenir o avanço da criminalidade, uma de suas características, é a antecipação da punição do inimigo. O Direito Penal do inimigo, se translada em uma resposta punitiva da pós-modernidade.

Por isto, impõe um tratamento jurídico diferente entre o *oponente* e o cidadão fundamentado na alegação de que o Direito Penal comum é inoperante para aqueles que recusa a vigência do sistema.

Considerado assim, um direito penal de terceira velocidade pois pode punir o que considera um ser um mero ato preparatório, não sendo necessário a consumação de qualquer delito.

4.3 APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

4.3.1 ORDENAMNETO JURIDICO BRASILEIRO

A teoria de Direito Penal do Inimigo não e aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, pois e inconstitucional. Mas resquícios dessa teoria no Código Processo Penal.

No Código Penal Brasileiro a exemplo tipificado no artigo 288 desse diploma legal segundo o qual:

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Assim podemos observar que uma das características do direito penal do inimigo e a antecipação da punição, o legislador quis se antecipar a formação de

organizações criminosas, punindo o que pode ser considerado um mero ato preparatório, sendo neste caso a “associação”.

A teoria também tem resquícios na (LEP), Lei de Execução Penal, onde introduzindo o chamado (RDD), Regime Disciplinar Diferenciado, que abrigará conforme o parágrafo 2º do artigo 52, “presos provisórios ou condenados sob o qual recai *suspeita* de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Podemos encontrar vestígios da tese defendida de direito penal do inimigo na lei do Abate, Crimes Hediondos e ainda quando o juiz vai fixar a pena base, com isso podemos concluir que a intenção de Jakobs quando do legislador é prevenir a criminalidade antecipando assim a punição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se após o presente estudo da teoria de Jakobs, que o presente é inconstitucional, pois vai contra os princípios e garantias constitucionais, e dignidade da pessoa humana.

Ainda assim é inconstitucional, pois faz distinção entre direito penal do inimigo e direito penal do cidadão, dividindo a população, e assim formando dois tipos de Direito Penal, o do “cidadão” e “inimigo”, por tanto teria de ter dois ordenamentos distintos, para não ser uma teoria um tanto injusta com a sociedade.

Adotar essa teoria seria um retrocesso e mitigação dos Direitos Fundamentais, pois eles consistem em uma conquista da humanidade, que deve ser protegida, promovida e até melhorada pelo Estado.

Nesse sentido o Direito Penal do inimigo é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que o jus puniendi do Estado não pode ser exercido de forma discricionária, encontrando seus limites nos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, preservando-se, assim, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O direito penal deve ser reestruturado para responder as exigências dos cidadãos por atenuar a segurança e proteção, apesar de o Estado progressista ser mantido, mantendo-se, o apoio com a Constituição Federal de 1988 e o conteúdo material e formal da Carta Magna.

Utilizando-se do discurso do Meliá, discípulo de Jakobs “o direito penal do inimigo não é direito. Uma vez que se aceite o direito penal do inimigo, haverá apenas o termo inicial, mas nunca saberemos em que ponto poderá chegar”.

O direito penal do inimigo é absolutamente sustentável, mas não sustentável. A sensação de insegurança prevalece sobre a vida de todos, contudo, o Estado deve se manter racional e dominar a situação (JUNQUEIRA, 2004). O ser humano, em sua individualidade, se torna exposto pelo medo, entretanto o Estado deve agir constantemente congruentemente.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília DF: Senado Federal, 1988.

BRITO, Thammy Islamy Carlos. **Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44783/o-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jakobs>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

COSTA, Fernanda Otero. **Uma linha abissal no Estado Democrático de Direito: O Direito Penal do Inimigo**. Rev. Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/92/0>>. Acesso em: 14 out. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Lígia M. Pondé Vassalto. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIL, Antonio Carlos. **Metodos e técnicas de pesquisa social**, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/mestradoDireito/2006/Marlene%202.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

JAKOBS, Gunther, CANCIO MELEIÁ. Manual. **Direito Penal do Inimigo – Noções e críticas**. Tradução André Luís Callegari e Nereu Jose Giacomoli. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2010.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. São Paulo: Manole. 2004.

MATOS, Bruno Florentino de. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5138/Direito-Penal-do-inimigo>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

MEDEIROS, Paulo Henrique. **Direito Penal do Inimigo e sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54554/direito-penal-do-inimigo-e-sua-aplicacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

TOMÉ, Semiramys Fernandes; NETO, José Afonso de Lima. **Reflexões Sobre a Aplicação do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jackobs na Guerra Contra o Terror**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51860/reflexoes-sobre-a-aplicacao-do-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jackobs-na-guerra-contra-o-terror>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Do Contrato Social**. Editora Ridento Castigat Mores