



CAIO ANTUNES DE ASSIS

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: DIREITO PARA O CIDADÃO E SANÇÃO AO
CRIMINOSO**

Ji-Paraná

2019

CAIO ANTUNES DE ASSIS

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: DIREITO PARA O CIDADÃO E SANÇÃO AO
CRIMINOSO**

Artigo apresentado no Curso de Direito, em Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário São Lucas 2019, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Oscar Francisco Alves Junior

Ji-Paraná

2019

A848d

Assis, Caio Antunes de Assis

Direito penal do inimigo: direito para o cidadão e sanção ao criminoso / Caio Antunes de Assis. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2019.
20 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Oscar Francisco Alves Junior

1. Direito Penal do Inimigo. 2. Apelo Jurídico. 3. Segurança Cognitiva. I. Alves Junior, Oscar Francisco. II. Direito penal do inimigo: direito para o cidadão e sanção ao criminoso. III. Centro Universitário São Lucas.

CDU 343.2

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário José Fernando S Magalhães
CRB 11/1091

CAIO ANTUNES DE ASSIS

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: DIREITO PARA O CIDADÃO E SANÇÃO AO
CRIMINOSO**

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Oscar Francisco Alves Junior

Ji-Paraná, ____ de _____ de 2019.

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

_____ Centro Universitário São Lucas

Titulação e Nome

_____ Centro Universitário São Lucas

Titulação e Nome

_____ Centro Universitário São Lucas

Titulação e Nome

DIREITO PENAL DO INIMIGO: DIREITO PARA O CIDADÃO E SANÇÃO AO CRIMINOSO¹

Caio Antunes de Assis²

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de analisar o que a doutrina caracteriza como direito penal do inimigo, identificando as fontes históricas que caracterizam o indivíduo como inimigo. Tem como base para a pesquisa acadêmica a obra de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2007). O estudo retrata a distinção entre cidadãos e inimigos, separando os inimigos das relações formuladas pelo direito dos cidadãos e aplicando à coação. É formulado o conjunto de ideias, que funcionarão no âmbito científico como uma espécie de apelo jurídico utilizado para combater aquele que não apresenta segurança cognitiva nenhuma e, caso não seja separado das relações dos cidadãos apresentará um risco iminente a sociedade.

Palavras-chave: direito penal do inimigo, apelo jurídico, segurança cognitiva.

CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: RIGHT TO CITIZEN AND SANCTION TO CRIMINAL

ABSTRACT: This article aims to analyze what the doctrine characterizes as the criminal law of the enemy, identifying the historical sources that characterize an individual as an enemy. It is based on academic research by Günther Jakobs and Manuel Cancio Meliá (2007). The study portrays the distinction between citizens and enemies, separating enemies from relations formulated by citizen law and applying to coercion. The set of ideas is formulated, which will function in the scientific field as a kind of legal appeal used to combat the one that does not present any cognitive security, and if not separated from the relations of citizens will present an imminent risk to society.

Keywords: enemy criminal law, legal appeal, cognitive security.

¹ Artigo apresentado no curso de graduação em Direito do Centro Universitário São Lucas 2019, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Oscar Francisco Alves Junior. E-mail:oscarprof1@gmail.com.

² Graduando do 10º período do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná. E-mail:caio_antunes.net@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico versa sobre a concepção polêmica de Günther Jakobs, introduzida no final do século XX a qual ele descreveu como direito penal do inimigo. Uma proposta de direito penal apresentada pela primeira vez em 1985. Seu tema teve grande repercussão, pois além de dividir o direito penal separa o indivíduo denominado de inimigo das relações do direito.

A interpretação do direito já é uma ação complexa, formulada por varias ciências para a obtenção da norma jurídica. Quando o cientista estuda o direito penal do inimigo, a obtenção de uma concepção é através de sacrifícios, pois no direito penal do inimigo, além de toda a dogmática jurídica do direito o cientista ainda precisa estudar e entender o propósito idealizado por Günther Jakobs.

Nesse sentido, a articulação de todo estudo envolvendo o direito penal do inimigo é complexa, envolvendo ramos do direito natural, estado de natureza, direito consuetudinário e o direito positivo, sendo o último um trabalho realizado por Hans Kelsen.

A evolução da sociedade necessita de mudanças no mundo jurídico. Como todos os outros ramos da ciência o direito necessita de inovação. A pesquisa amadurece a ideologia de Günther Jakobs, traçando um estudo cronológico histórico com pontos ainda no passado que mesmo assim, nos reflete uma síntese do direito penal do inimigo e como ele poderia estruturar um ordenamento jurídico.

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO - BREVES RELATOS HISTÓRICOS.

A concepção de um direito penal mais severo buscando a distinção na aplicação legal da pena ao delinquente tem a sua fonte histórica através de Günther Jakobs.

Em 1999 Günther Jakobs inovou o sistema jurídico penal com a ideologia fundada na divisão de dois ordenamentos jurídicos penais em base de uma constituição, tema divulgado por ele pela primeira vez em 1985. Para ele a aplicação da lei penal deve atender a classes de indivíduos, definida através de seus delitos. Seu tema teve grande repercussão e grande impacto perante a sociedade moderna, indagando-se a pergunta: como que “sociedades democráticas” poderiam admitir um direito penal que exclui um individuo de determinadas garantias constitucionais?

Desde que em outubro de 1999, durante um congresso realizado em Berlim, o professor Günther Jakobs, então catedrático de Direito Penal na Universidade de Bonn, anunciou ao mundo, urbi et orbi, a 'má notícia' de que nas sociedades democráticas haveria que se admitir, ao lado de um Direito Penal do cidadão, um 'Direito Penal do inimigo' (Feindstrafrecht), em cujo âmbito, a fim de manter a 'segurança cognitiva', dever-se-iam limitar ou excluir alguns dos princípios característicos do Direito Penal de um Estado de Direito, muito se escreveu e muitos foram os autores que tanto fora como dentro da Alemanha se pronunciaram sobre o tema (Conde, 2009, p. 8).

João Paulo Arrosi (2010, p. 28) "Agora, em 1999, o tom de advertência quanto ao perigo de um possível direito penal do inimigo havia se transformado em estandarte levantado a favor da adoção da clara distinção entre cidadãos e inimigos".

Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2007), ainda sugerem que qualquer indivíduo que não respeite as leis legais do Estado agindo com intenção de destruí-las devem ser considerados como inimigos e não como cidadãos. Sendo assim, o Estado poderá outorgar perseguição ao inimigo para que este não venha provocar danos à sociedade criando situação jurídica de Direito para acompanhar a evolução dos criminosos.

Observe que Günther Jakobs distingue o cidadão do inimigo e oprime qualquer conduta delituosa realizada pelo inimigo.

Entretanto, apesar da repercussão favorável em relação ao tema, o mesmo, sofre impugnação pela ideologia de um direito penal garantista afirmando que não existe meio concreto para caracterizar uma pessoa como inimigo do Estado, sendo a caracterização genérica, ferindo desse modo os princípios básicos do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, intelectualmente diz Eser:

[...] Inimigo como 'não pessoa' é uma consideração que já conduziu à negação do Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios utilizados para determinar quem é 'cidadão' e quem é 'inimigo'. Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? Aquele que por razões políticas e acreditando atuar pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro, ou aquele que, minando a base econômica do Estado e aproveitando qualquer possibilidade de sonegar impostos, cometer delito fiscal ou fraude de subvenções? Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por mais coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas consequências que deles possam derivar – e isso não é menos importante no âmbito da responsabilidade científica (*apud* CONDE, 2011, p. 9).

O direito penal do inimigo nos traz a reflexão: que o mesmo ainda não integrou o sistema jurídico brasileiro, devido à possibilidade de causar resultados de instabilidade jurídica. Visto que as razões da negatização do indivíduo como um não cidadão possa atender critérios pessoais do juiz, afastando algumas garantias constitucionais, o estado democrático de direito e colocando o agente em um *status* de inferioridade social.

É importante ressaltar que a teoria de Günther Jakobs surge em um período marcado pelo início do comércio global de entorpecentes e o crime organizado. Em uma realidade inevitável, em que o Estado busca com todo o seu poder constranger a conduta delituosa.

Em que pese o Estado atribuir para si as riquezas oriundas da sociedade e a empregar em recursos de segurança pública, o mesmo não consegue igualar seu poder ao crime organizado e, por conseguinte, garantir a segurança pública.

Ocorre então uma realidade inevitável, uma situação jurídica fragilizada, e através disso, surge o direito penal do inimigo, que para alguns possui aspectos repugnantes, porém sua aplicação tende a sanções com características fortes, e tem o condão de punir o delinquente que haja com interesse de viver em um estado de guerra e fora das leis penais.

Nesse sentido, (Jakobs *apud* Conde, 2009, p. 11) define as características do direito penal do inimigo, são:

- a) Aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive 'penas draconianas';
- b) Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si própria, à defesa técnica, etc.;
- c) Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do Direito Penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito.

Ainda em consonância, Jakobs:

Tudo isso é agrupado em uma espécie de programa ou declaração de guerra contra 'inimigos', os quais Jakobs não define, e sim apenas descreve vagamente como membros de organizações criminosas, narcotraficantes, terroristas, delinquentes sexuais e multirrecorrentes. A tais inimigos o autor declara 'não pessoas' (Unpersonen), que se situam de um modo claro e permanente fora do ordenamento jurídico, devendo-se,

portanto, privá-los dos direitos que referido ordenamento concede apenas às 'pessoas' (*apud* Conde, 2009, p. 11).

Günther Jakobs busca uma espécie de guerra contra condutas criminosas, em outras palavras um apelo jurídico para proteger o cidadão de bem e afastar o enumerado como inimigo. Para ele, o inimigo sempre será um inimigo e ele nunca irá cumprir a pena, cabendo a vítima o prejuízo ao qual o agente deu causa.

O prejuízo da vítima estende a toda sociedade, porque se um delinquente não é responsabilizado por seus delitos, continuando as atividades delituosas, nos traz a reflexão que esse agente causará danos a outras pessoas, através de condutas semelhantes ou distintas.

Em consonância, (Arrosi, 2010, p. 31) argumenta seu entendimento:

Se à pessoa impõe-se uma pena para que sofra por ter cometido um delito, àquele mero indivíduo que não lhe é conferido o atributo de pessoa resta uma pura coação institucional. Pois não se trata mais de uma dívida a cargo da pessoa do infrator, mas de uma garantia assecuratória para o conjunto da população (ou para o Estado) diante de um perigo. Não há mais uma relação sinalagmática entre a pessoa do criminoso e as demais pessoas, relação que propriamente mostra a estrutura e o funcionamento da sociedade. Essa estrutura social deve agora ser assegurada contra um perigo que a ameaçaria enquanto estrutura:

Traduz que o indivíduo que age com intenção de destruir a paz social através de delitos constantes, o Estado tem o dever de agir com pura coação contra esse criminoso, eliminando o perigo da sociedade. A concepção do direito penal do inimigo busca uma punição contra aqueles que nunca teriam uma sanção justa, caso se a sanção a ele imposta fosse analisada através do equilíbrio nas consequências causadas a vítima ou a sociedade.

Uma realidade inevitável, buscando alternativas secundárias, com peso na coação estatal. Porém, na necessidade de mudanças legislativas, através de um apelo institucional buscando restringir determinadas garantias com a preservação da justiça.

Através de seu entendimento *jus filósofo*, (Hobbes, 1651, p. 105):

Por último, os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como penas. Dado que esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e portanto não pode transgredi-la, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que possa transgredi-la, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade

declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. De onde se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Porque ao negar a sujeição ele negou as penas previstas pela lei, portanto deve sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante. Porque as penas são estabelecidas pela lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, deliberadamente se revoltam e negam o poder soberano.

Thomas Hobbes (1651), através de uma interpretação jus filósofa considera que o inimigo não está sujeito à lei imposta aos cidadãos. Para ele, o indivíduo que aja em estado de natureza, seguindo suas próprias razões e leis, nunca vai buscar respeitar as determinações legais pelo ente estatal. Torna-se uma situação de caos a sociedade, uma vez que o inimigo vive em conjunto com as pessoas de bem, refletindo o perigo constante.

Em consonância, (Hobbes, 1651, p.47) disserta sobre o “direito de natureza”:

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim. Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem.

Os indivíduos que negam as determinações legais do Estado, não podem ser considerados como cidadãos de bem, a não ser como inimigos. Considera-se um estado de natureza, a qual todos os indivíduos possam agir conforme suas vontades, sem observância de normas pré-constituídas. Afasta-se então a paz social almejada pelo conjunto majoritário de uma sociedade democrática de direito, princípio base da relação jurídica.

O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (*status naturalis*), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre todavia uma ameaça constante. Deve, pois, instaurar-se o estado de paz; a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e, se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num estado legal), cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança (KANT, 1795, p. 10).

Immanuel Kant em 1795, já nos trazia uma breve concepção do direito penal do inimigo em sua obra “a paz perpétua”. Em sua obra sintetizava uma realidade constante do século XVIII, afirmando que a paz social e o estado de natureza não conseguem caminhar juntos. Ainda, seu pensamento é semelhante a do fundador do direito penal do inimigo Günther Jakobs, afirmando que garantia da paz em uma sociedade só é possível quando o inimigo é totalmente repelido.

O inimigo tem o desejo permanente de viver em um estado de natureza, sendo assim, não restam alternativas senão a coação. Considera-se inimigo aquele indivíduo de alta periculosidade e que passou por todas as fases do direito, porém, sem solução. O Estado sem alternativas e buscando a proteção dos cidadãos de bem só poderá então coagi-lo.

‘Direito’ é o vínculo entre pessoas que, por sua vez, são titulares de direitos e deveres, enquanto a relação com um inimigo é determinada não pelo Direito, mas pela coação. Contudo, todo Direito está ligado à autorização para coagir, e a coação mais pungente é a do Direito Penal. Por isso, poderíamos argumentar que toda pena e, até mesmo, que toda legítima defesa dirige-se a um inimigo. Essa argumentação não é de modo algum nova; pelo contrário, ela tem modelos filosóficos proeminentes (MOREIRA e OLIVEIRA, 2009 p.3).

Nesse panorama considera que o inimigo tem a sua relação jurídica formulada pela coação institucional, ordenada por sanções de cunho totalmente punitivo no âmbito do direito penal.

3. A IMPARCIALIDADE LEGISLATIVA

Günther Jakobs descreve as ações que o agente precisa cometer para ser considerado um inimigo apesar de sua descrição não ser complexa, já traz uma idéia que tipos de crimes o agente precisa cometer para se enquadrar no rol de inimigos. Uma vez pré-constituído o rol enumerativo das condutas consideradas de maior reprovação social, cabe ao agente decidir se pretende agir cometendo tais crimes ou não.

Observa que a idéia é ser imparcial, pré-constituindo as condutas, observando o principio do juiz natural, enumerado no Art. 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal de 1998, “não haverá júízo ou tribunal de exceção”.

O legislador poderia descrever as condutas típicas do direito penal do inimigo no sistema jurídico penal brasileiro, utilizando o mesmo método que o legislador utiliza para descrever os crimes considerados como hediondos da lei 8.072/90.

Para sintetizar o método utilizado pelo legislador para caracterizar os crimes hediondos surge (Silva, 2018):

O primeiro, chamado de sistema legal (ou enumerativo), define que o legislador tem de enunciar, de forma exaustiva (*numerus clausus*), os delitos que devem ser considerados hediondos. Deste modo, através de um rol taxativo de crimes, não é dado ao magistrado qualquer discricionariedade para declarar a natureza hedionda do crime. Ou seja, se o delito praticado pelo agente estiver inserido no rol dos crimes hediondos, não haverá outra saída que não seja a do reconhecimento de sua natureza hedionda, mesmo que, no caso concreto, a conduta delituosa não se mostre tão gravosa. Com isso, embora o crime não seja repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, horroroso, se estiver etiquetado pelo legislador como crime hediondo, deverá ser assim tratado pelo juiz.

A luz do sistema jurídico brasileiro, o método utilizado pelo legislador a caracterizar os crimes hediondos da lei N^o 8.072/1990 poderia ser utilizado na teoria de Günther Jakobs. Utilizando um método “exaustivo e taxativo”, com aplicação por meio de lei, ou seja, “*ex auctoritate legis* pela força da lei”. Sistema esse que além da sanção ao criminoso alcança a paz social da comunidade.

Uma aplicação dogmática, por meio de lei, descrevendo as condutas que em tese seriam descritas como condutas de maior reprovação social, como também certa quantidade de reincidência por crimes considerados de maior periculosidade. E caso mesmo assim o agente viesse a cometer, o Estado seria obrigado a repelir o inimigo.

Em consonância, (Moreira e Oliveira, 2009 p.17):

[...] Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa, como tampouco o Estado está *autorizado* a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança. Assim, pois, seria totalmente incorreto condenar o que se está chamando aqui de Direito Penal do Inimigo; isso não resolve o problema de como se devem tratar os indivíduos que não se deixam coagir a uma constituição civil [...].

Em contrapartida, para a integração do tema na norma jurídica, esse deve atender um método objetivo para a descrição normativa das condutas de Jakobs, seguindo a legalidade na construção normativa. Observa-se (KELSEN, 2003, p.5):

Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano [...].

A tipificação dos crimes que compõe a teoria de Günther Jakobs deve atender uma ordem normativa positiva. Hans Kelsen (2003) determina que o direito deva ser direcionado a interpretação objetiva, para ele uma interpretação extensiva do direito, compromete a aplicação da dogmática jurídica.

4. A JUSTIÇA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

A cogitação que um delinquente possa ser privado de seus direitos gera desprezo para os direitos humanos. Motivo pelo qual fere o princípio da igualdade entre as pessoas e essa restrição de direitos utiliza métodos objetivos de concretização funcionando como apelo jurídico de segurança as pessoas de bem. Aplica-se então, uma prevenção de delitos futuros e sanção aos crimes passados.

O indivíduo que não demonstra um grau mínimo cognitivo de segurança a um grupo deve ser repellido. Interessa demonstrar que a distinção entre direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, são de importante caracterização nesse ponto, exemplificando que, o direito para o cidadão será aplicado ao individuo que suporta um grau mínimo de segurança aos demais e do inimigo quando esse não apresentar nenhuma possibilidade de viver em conjunto com outras pessoas sem comprometer a segurança delas.

A exposição não seria completa se não se agregasse a seguinte reflexão: como se tem mostrado, só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva-suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da idéia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real. E desta contestação tampouco fica excluído o ordenamento jurídico em si mesmo: somente se é imposto realmente, ao menos em linhas gerais, tem uma vigência mais que ideal, isto é, real. [...] (JACKOBS e MELIÁ, 2007, p. 45).

Em relação ao combate do hostil que se destrói, levando consigo a paz social da sociedade, (Moreira e Oliveira, 2009 p. 28) ressalta:

O veemente princípio de que cada um, ao menos atualmente, deve ser tratado como sujeito de direito necessita, pois como já se pode imaginar aqui, um complemento: se esse 'cada um', por seu lado, cumprir seus deveres ou se, não os cumprindo, estiver sob controle, de forma a não poder se tornar perigoso. Mas, se ele assola, é preciso combatê-lo, e, se houver a possibilidade de ele causar danos, é preciso se precaver. O princípio assim complementado até agora, naturalmente, de maneira apenas intuitiva e ainda carente de fundamentação continua sendo abstrato. Que todos *devem* ser tratados como pessoa é um mero *postulado*, um *modelo* para uma sociedade, mas nem por isso constitui parte de uma sociedade *realmente operante*.

É preciso tomar providências visando à proteção dos cidadãos. O Estado organiza um modelo de civilização e impõe deveres a serem cumpridos, funcionando como um modelo de regras a serem seguidas na qual garante uma justiça em abstrato. Justiça que utiliza uma legislação que não adequa com os problemas enfrentados por aquela sociedade.

Através de um sistema histórico, garante a todos os indivíduos o *status* de pessoa. Colocando em igualdade cidadãos e malfeitores. Entretanto esse modelo não deve prosperar, tendo em vista que os malfeitores rompem o pacto legislativo. E empregar os mesmos direitos dos cidadãos não parece ser justo e sim um caminho contínuo para injustiça.

Nesta lei de natureza reside a fonte e a origem da justiça. Porque sem um pacto anterior não há transferência de direito, e todo homem tem direito a todas as coisas, conseqüentemente nenhuma ação pode ser injusta. Mas, depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. E a definição da injustiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto. E tudo o que não é injusto é justo. (HOBBS, 1651, p.52)

A separação de cidadão e inimigo só pode ocorrer depois de constituído o pacto, observando o princípio do juiz natural. Pois, não sendo constituída a lei, estamos diante de um estado de natureza e, em nenhum momento haverá o rompimento do pacto que nunca foi feito, em decorrência não haverá injustiça.

Para que as pessoas pratiquem justiça e não a injustiça, é necessário suportar alguma espécie de medida punitiva no ato injusto, conforme explica (Hobbes, 1651, p.52):

Ora, como os pactos de confiança mútua são inválidos sempre que de qualquer dos lados existe receio de não cumprimento (conforme se disse no capítulo anterior), embora a origem da justiça seja a celebração dos pactos, não pode haver realmente injustiça antes de ser removida a causa desse medo; o que não pode ser feito enquanto os homens se encontram na condição natural de guerra. Portanto, para que as palavras "justo" e "injusto"

possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento de seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto, e capaz de fortalecer aquela propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, como recompensa do direito universal a que renunciaram. E não pode haver tal poder antes de erigir-se um Estado. O mesmo pode deduzir-se também da definição comum da justiça nas Escolas, pois nelas se diz que a justiça é a vontade constante de dar a cada um o que é seu. Portanto, onde não há o seu, isto é, não há propriedade, não pode haver injustiça. E onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há Estado, não há propriedade, pois todos os homens têm direito a todas as coisas. Portanto, onde não há Estado nada pode ser injusto. De modo que a natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos, mas a validade dos pactos só começa com a instituição de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-los, e é também só aí que começa a haver propriedade.

Desse modo, a justiça é a percepção genérica que o Estado entrega as pessoas, sem enfrentar quais são os problemas reais que determinada sociedade vivencia. Utiliza então modelos pragmáticos de leis adquiridas de gerações anteriores, fazendo pequenas alterações legislativas, utilizando como fontes, ordenamentos jurídicos de outros países, para que seja entregue uma justiça a vítima. Entretanto por essa justiça equiparada não compreender exatamente os problemas sociais da sociedade, nem sempre atinge o verdadeiro significado de justiça, utilizando a pena para esse fim.

A pena é um mecanismo utilizado pelo Estado para coagir o infrator que viola as determinações legais. Seu aspecto é didático e punitivo, buscando a preservação da lei.

Thomas Hobbes (1651) entende que o ato de coagir só pode ter a nomenclatura de pena, quando é realizado pela autoridade pública. Para ele a coação realizada por qualquer outra força que não seja a autoridade pública é um ato considerado “hostil”.

O Estado atrai para si o poder de regular a vida das pessoas. E a pena é uma coação que apenas o Estado pode utilizar. Essa tem o condão de punir o homem que age com transgressão da lei e fazer com que ele obedeça às normas legais.

Interessante formular a pergunta, quando o direito entra na vida das pessoas? Salienta que quando o Estado é instituído, leis são constituídas e o estado de natureza é substituído pela regulamentação do direito, na qual a autoridade pública formula o que se deve ou não fazer. Constitui então um contrato, entre o poder estatal e as pessoas. No primeiro o Estado regulamenta a vida das pessoas

para que essas vivam em paz, e às pessoas a responsabilidade de obedecer às leis constituídas pela autoridade pública.

Nesse sentido Thomas Hobbes (1651) considera; quando o Estado é constituído o homem renuncia seu direito de se proteger e transmite ao Estado para que esse exerça a sua proteção. Desse modo, quando o indivíduo viola a regulamentação legal, o Estado tem a responsabilidade de punir o infrator para que ele obedeça às normas.

Thomas Hobbes (1651, p. 105) ainda descreve penas advindas da força “humana” como “As penas humanas são as que são infligidas por ordem dos homens, e podem ser corporais, pecuniárias, a ignomínia, a prisão, o exílio ou uma mistura destas.”.

A pena que interessa discutir no direito penal do inimigo é a prisão. O inimigo é hostil declarado e a ele não resta alternativa a não ser separa-lo das demais pessoas.

A prisão ocorre quando alguém é privado da liberdade pela autoridade pública, e pode ser imposta tendo em vista dois fins diferentes: sendo um deles a segura custódia do acusado, e o outro a aplicação de uma penalidade ao condenado. No primeiro caso não se trata de uma pena, pois a ninguém tal se pode aplicar antes de ser judicialmente ouvido e declarado culpado. Portanto, seja qual for o dano infligido a um homem, por prisão ou confinamento, antes de sua causa ser ouvida, para além do que for necessário para garantir sua custódia, é contrário à lei de natureza. Mas no outro caso trata-se de uma pena, porque é um dano infligido pela autoridade pública, em virtude de algo que foi pela mesma autoridade considerada transgressão da lei. A palavra prisão abrange toda restrição de movimentos causada por um obstáculo exterior, seja uma casa, a que se dá o nome geral de prisão, seja uma ilha, caso em que se diz que as pessoas lá ficam confinadas, seja um lugar onde as pessoas são obrigadas a trabalhar, como antigamente se condenavam as pessoas às pedreiras, e atualmente se condenam às galés, seja mediante correntes ou qualquer outro impedimento. (HOBBS, 1651, p.106).

No entanto, segundo o entendimento de Liszt, a utilização da pena não trás resultados positivos:

Suscita - sucedendo a von Jhering, para quem o Direito Penal desempenhava apenas um papel marginal - a ‘idéia finalista no Direito Penal’, o que significa, sobretudo, que a pena não tem qualquer sentido ao infrator, mas apenas o coage: ‘a pena é coação’ na forma de ‘correção’, ‘intimidação’ ou ‘neutralização’, esta última aplica-se aos ‘incorrigíveis’, que são descritos como ‘tumores cancerosos’, como ‘manifestações de doença social’, como ‘Estado-Maior...dos adversários por princípio do ordenamento social’ etc., ou seja, como - *sit venia* verbo – cabeças de gado inteligentes. A exclusão não é menos intensa do que em Fichte, mas,

observando-se mais atentamente, é uma exclusão de uma `sociedade' segmentada em indivíduos possuidores de bens: a infração penal perturba a sociedade a atribuição de bens; a estrutura normativa da `sociedade' e da `pessoa' é um mero derivado da estrutura das relações de posse de bens. Voltar-se-á à questão do infrator como adversário (*apud* MOREIRA e OLIVEIRA, 2009, p. 75).

Portanto, entende-se que a pena não resulta benefícios, nem para o criminoso, nem para a vítima. A privação de liberdade ou a restrição de direitos do delinquente não repara o dano causado à vítima, como também, seguindo o entendimento de Liszt *apud* Moreira e Oliveira (2009, p.75) não irá trazer mudanças em suas ações, porque o inimigo é um “tumor canceroso” e, se observarmos sobre o câncer vamos verificar que não tem cura. Como também o inimigo, esse é um indivíduo que apenas destrói uma civilização, causando o caos e a guerra, restando apenas à alternativa de separa-lo das pessoas de bem.

5. DIREITO PENAL: A EVOLUÇÃO E A MISTURA

O direito é uma ciência que está em evolução constante, seus aspectos evolutivos trazem mudanças na vida das pessoas. Interessante salientar que uma ação pode ser considerada repugnante e passar a ser considerada normal, apenas pela evolução do tempo e do direito.

A autoridade pública tem o papel fundamental na evolução do direito, com a instituição normativa a autoridade pública estrutura a vida coletiva, busca-se então efetivar o interesse do Estado. Pode-se dizer que a autoridade pública exerce o poder coercitivo com o propósito de que se cumpra a lei.

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica. (KELSEN, 1999, p. 50).

Dentre os fatores que causam a evolução do direito, destaca o fator histórico. Utilizando uma linha do tempo de comparação, na idade antiga o direito era considerado a realização da vontade divina, um poder superior determinando as penalidades, nesse período, ainda com o direito prematuro, regia fortemente o estado de natureza, sintetizado em códigos antigos, como o de Hamurabi.

É preciso saber que **a primeira concepção da justiça penal** deve-se à **criação religiosa**, tendo como suporte a expiação do criminoso culpado por **haver atentado contra a Divindade**. O crime suscitava a **cólera dos deuses**, que só seria escoimada com o castigo correspondente. Essa tendência é bem visível no Código de Hamurabi. Pune-se, com rigor, o agente, a fim de satisfazer o Deus atingido, obtendo o seu perdão. Tal concepção de justiça penal coincide com o estágio de organização alcançado pela sociedade, superando o pensamento da repressão à criminalidade com a **pura vingança privada**. A sanção penal não está a serviço do homem que sofreu com o crime, mas sim de Deus, tendo o Direito Penal índole teocrática e sacerdotal, havendo uma mesclagem do crime (pecado) e a ofensa com pressupostos religiosos. (JÚNIOR, p.7 sd)

A mistura da religião com o estado de natureza no direito formava normas mais rígidas, com penas fortes e uma opressão social contra aquele delinquente, pois esse além de cometer um crime instituído pelo Estado ainda comete uma transgressão divina.

Nesse contexto, Platão (2004, p. 394) na filosofia clássica nos confirma como a religião, direito e estado de natureza eram interligados:

[...] E o observador que testemunhar o fato, sendo nativo - homem, mulher ou menino - deverá rechaçar o atacante, clamando contra sua impiedade; e aquele que deixar de rechaçá-lo estará sujeito por lei à maldição de Zeus, deus guardião dos direitos dos pais e parentes. [...].

Com a evolução da sociedade, surge à necessidade da transferência do poder centralizado em cada pessoa de se defender para o Estado, a religião ainda é associada ao direito e o Rei é considerado a autoridade estatal e autoridade divina. A transformação de direito é ininterrupta, chegando à fase de direito contemporâneo, na qual a religião é cada vez mais separada do direito.

Fundamentando a concepção de que o direito é a instrumentalização de normas para reger a vida das pessoas em determinado tempo, surge (Moreira e Oliveira, 2009 p.97):

A Ciência Penal, como ciência, realiza não só a compilação – ou seja, ordena, “de alguma forma” – das normas penais de uma sociedade segundo critérios externos, mas também a demonstração da necessidade e dos

limites dessas normas para a sua época e, nesse sentido, reúne Direito Penal e época sob uma *única* noção.[...].

Interpreta que o direito penal é o conjunto de vários ramos da ciência social, adequando esse ramo do direito a necessidade jurídica conforme o tempo em que uma sociedade se organiza.

Essa mistura de vários ramos da ciência para formulação do direito tem pontos controvertidos. Hans Kelsen (2003) em sua obra “a teoria pura do direito” entende que o direito deve ser separado de outras ciências que não seja o direito, pois caso haja a mistura da ciência jurídica ela poderá ser comprometida e atender ideologias políticas.

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranho. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2003, p. 1).

A lei tende a ser objetiva, separando o interesse pessoal do legislador. Só existe crime se o fato típico for antijurídico, ou seja, se o agente cometer um ato que seja considerado como uma infração legal. Entende que a aplicação do direito em tempos modernos aproxima cada vez mais com o princípio da impessoalidade, para que resguarde uma maior segurança jurídica.

A segurança jurídica é alcançada quando o inimigo é repellido da sociedade, nesse sentido, é importante destacar quem é o inimigo.

Inimigo é o delinquente que de modo transparente e permanente enseja viver longe das regras do direito penal. Suas ações podem ser consideradas como espécies de guerras contra o direito, pois, o inimigo é um perigo que leva o caos para as pessoas e também contra a segurança jurídica.

No entendimento transparente, (Moreira e Oliveira, 2009, p.104) esclarece:

[...] O inimigo é um indivíduo que, de modo não apenas passageiro, em sua postura (crimes sexuais; e também o antigo criminoso inveterado ‘perigoso’, nos termos do art. 20a do Código Penal), ou em sua vida ativa (criminalidade econômica, criminalidade organizada, especialmente a narcocriminalidade) ou, principalmente, através da associação a uma organização (terrorismo, criminalidade organizada, novamente, a narcocriminalidade e também o antigo ‘complô assassino’) ou seja, em todo caso, de forma supostamente duradoura, afastou-se do Direito e, nesse sentido, não garante segurança cognitiva mínima de um comportamento

típico de pessoa, demonstrando esse *deficit* por meio de seu comportamento.

Aplicar as mesmas regras de direito penal entre cidadão e inimigo é injusto. No primeiro, o delinquente sendo denominado como cidadão pratica um delito ocasionalmente ou pelo espírito de natureza do homem. A título de exemplo; um pai que visualiza sua filha sendo estuprada, em casos assim o espírito de natureza do homem é superior com a razão, podendo esse pai causar lesões no agente ou até mesmo o mata-lo. No entanto, o segundo caso é diferente, o inimigo pratica delitos reiteradamente, ele não transmite segurança cognitiva nenhuma para o direito. Aplicar as mesmas regras jurídicas do direito penal do cidadão a esse indivíduo é injusto, tanto com a vítima como a sociedade.

O inimigo, devido sua alta periculosidade contra a segurança jurídica deve ser aplicado um rito processual diferenciado, atendendo a critérios objetivos e com a máxima aplicação da norma jurídica, para que a lei seja cumprida e ele seja separado das pessoas de bem.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo da obra de Günther Jakobs na qual trouxe a público pela primeira vez no ano de 1999 descrevendo como direito penal do inimigo, reflete que o direito penal deve ter normas jurídicas para o cidadão e outras para o inimigo.

A sua concepção surge em um período de situação jurídica fragilizada em que o poder público não tem o condão de preservar a paz social, Günther Jakobs apela juridicamente com o propósito maior de busca a justiça para a vítima mas, retrocedendo a certo ponto, lembrando até o estado de natureza.

Cidadãos e inimigos não podem ter o mesmo rito processual, porque o inimigo é um perigo que a sociedade enfrenta constantemente e o cidadão que rompe o pacto legislativo é apenas o infrator da lei. Sua concepção baseia-se na coação institucional, punindo arduamente o delinquente, com penas severas e até penas consideradas draconianas.

Entretanto, Von Liszt *apud* Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira (2009) entendem que a coação não é a solução, para ele a sanção não traz benefício nenhum, nem para a sociedade nem para o criminoso.

Coagir um criminoso é retroceder todo o aspecto ressocializador que a pena deveria ter, é a aplicação ininterrupta de sanção aquele que antes era considerado como pessoa e deixou de ser. Esse idealismo subjetivo de Günther Jakobs separa o inimigo das relações constituídas pelo direito sendo que suas relações devem ser organizadas por outra ciência que não seja o direito.

Chega-se ao entendimento, então, que o direito penal do inimigo é um apelo jurídico em tempos de guerra contra aquele que não demonstra uma segurança cognitiva mínima, através de uma filosofia idealizadora formada por uma concepção de direito penal baseada na coação. Separando o inimigo das relações do direito, porque o inimigo apresenta um perigo iminente.

REFERÊNCIAS

ARROSI, João Paulo. **Direito Penal Do Inimigo: Uma leitura a partir da obra de Giorgio Agamben.** Curitiba, 2010. Disponível em <<: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/22970/joao%20paulo.pdf?sequence=1>>> Acesso em: out. de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: out. de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.** Disponível em <<: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8072.htm>> acesso em: out. de 2019.

CONDE, Francisco Muñoz. **As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo.** Curitiba: revista justiça e sistema criminal, v.1 n.2, 2009. Disponível em<<: http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.4.pdf#page=7>> acesso em: out. de 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã Ou Matéria, Forma E Poder De Um Estado Eclesiástico E Civil.** P.230. Disponível em <: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf> acesso em: out. de 2019.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas.** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **As Correntes Filosóficas na Formação do Direito Penal.** Disponível em <<: <https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/doutrina104.doc>>> acesso em out. de 2019.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projecto filosófico. Covilhã: lusosofia: Express, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2004..

OLIVEIRA, Guilherme Bianchini. **Expressões em Latim mais utilizadas pelos operadores do Direito**. Jusbrasil, 2017. Disponível em <: <https://guilhermebo94.jusbrasil.com.br/artigos/444134158/expressoes-em-latim-mais-utilizadas-pelos-operadores-do-direito>:> acesso em out. de 2019.

PLATÃO. **As Leis**. Editora Independente, 2004.

SILVA, Matheus passos. **A Lei nº 8.072/90**: o critério do legislador em definir o crime como hediondo. Revista Jus Navigandi, 2018. Disponível em<<: <https://jus.com.br/artigos/66996/a-lei-n-8-072-90-o-criterio-do-legislador-em-definir-o-crime-como-hediondo>:> acesso em: out. de 2019.