

Fábio Agne Fayet\*  
Ingrid Bays\*\*  
Isadora Bays\*\*\*  
Ketlin Ballerini\*\*\*\*

## DIREITO PENAL DO INIMIGO

*Independentemente da gravidade da conduta do agente, este, há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade. A conduta, por mais desumana que pareça, não autoriza o Estado a tratar o ser humano como se um irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano.<sup>1</sup>*

---

**Resumo:** A presente pesquisa versa sobre a criação de uma terceira velocidade no Direito Penal globalizado, chamada Direito Penal do Inimigo, que com fundamento no Contrato Social, estabelece a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas) diante do cometimento de delitos que atentem contra o Estado, tais como o terrorismo e a criminalidade organizada. À presença disso verifica-se a implementação desta teoria na legislação brasileira e, principalmente, a constitucionalidade dos institutos que possuem inspiração no Direito Penal do Inimigo.

**Palavras-chave:** Contrato Social. Direito Penal do Inimigo. Regime Disciplinar Diferenciado.

**Abstract:** This research focuses on the creation of a third gear in the globalized criminal law called Criminal Law of the Enemy, on the grounds that the Social Contract establishes the distinction between citizen (people) and enemies (non-persons) before the commission of offenses threaten the state, such as terrorism and organized crime. The presence of this, it turns out the implementation of this theory in the Brazilian legislation and mainly the constitutionality of the institutes that have inspiration in the Criminal Law of the Enemy.

**Keywords:** Criminal Law for the Enemy. Social Contract. Differentiated Disciplinary Regime.

---

### Introdução

O presente artigo inicia-se com uma breve exposição acerca da expansão do Direito Penal na concepção de Silva Silva Sánchez, introduzindo-se a teoria de Günther Jakobs, notadamente para os apontamentos que diferenciam o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

Adiante, o estudo baseia-se em concepções previstas no livro “Do Contrato Social” de Rousseau, bem como outros estudiosos da época. Nesse momento intenta-se demonstrar a

---

\* Mestre e doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS; Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal; Professor de Direito Penal; Advogado criminalista com endereço profissional à Rua Múcio Teixeira, nº 660, Bairro Menino Deus, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, CEP: 90.150-090; e-mail: prof.fabio@fayet.adv.br; Professor de Direito Penal da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG.

\*\* Acadêmica do curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha - FSG.

\*\*\* Acadêmica do curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha - FSG.

\*\*\*\* Acadêmica do curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha - FSG.

<sup>1</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17.

ligação entre o estudo citado com a teoria do Direito Penal do Inimigo. Após, caracteriza-se o inimigo fazendo um comparativo entre o período inquisitorial e os dias atuais, distinguindo os crimes considerados perigosos àquela época e hoje, sempre atentando para o fato de que a classificação de inimigo é algo cultural, diferenciando-se em diversos locais do mundo. Remete-se, então, à análise da periculosidade, visto que é necessário identificar o seu nível no delito cometido pelo inimigo, a qual justifica a imposição de uma medida de segurança como pena.

Por fim, apresenta-se a análise de um indício do Direito Penal do Inimigo no Direito Penal brasileiro, apontando especificadamente o Regime Disciplinar Diferenciado, previsto na Lei de Execução Penal.

## 1 Direito penal do inimigo

A expansão do Direito Penal, para Silva Silva Sánchez, é dividida em três grandes esferas, de acordo com a intensidade do rigor dos princípios de garantia e das regras de imputação<sup>2</sup>. O primeiro setor, nomeado como Direito Penal Nuclear, baseia-se em princípios garantísticos extremamente inflexíveis e em inexoráveis regras de atribuição da responsabilidade. O Direito Penal Moderno, verificado no segundo setor, se particulariza pela flexibilização dos princípios de garantia e de imputação da responsabilidade, apoiando-se em sanções penais alternativas à pena de prisão.<sup>3</sup> Feita brevíssima colocação acerca das duas primeiras velocidades,<sup>4</sup> denota-se de suma importância para a presente pesquisa uma análise profunda no que diz respeito ao Direito Penal de Terceira Velocidade – denominado Direito Penal do Inimigo.

---

<sup>2</sup> No que tange à expansão, doutrina Silva Sánchez: “Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil ao problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva)”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

<sup>3</sup> MOURA, Bruno. **A expansão do direito penal: modelos de (des)legitimação**. Disponível em: <[http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2014.

<sup>4</sup> Não é o objetivo deste trabalho abordar a Expansão do Direito Penal de forma abrangente visto que apenas a sua terceira velocidade (Direito Penal do Inimigo) será analisada como enfoque principal da pesquisa. Sobre a Expansão do Direito Penal indica-se a leitura de Jesús-María Silva Silva Sánchez, **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, São Paulo, 2002; Luis Gracia Martín, **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**, Porto Alegre, 2005; Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, **O Direito Penal na era da Globalização**, São Paulo, 2002 e também Bruno Moura, **A expansão do Direito Penal: modelos de (des)legitimação**, Goiás, 2009.

Jakobs ao doutrinar a respeito do tema reforça a tese inaugurada por Hobbes e Kant, indicando que existe o Direito Penal do Cidadão, aplicado para as pessoas que não tem por princípio delinquir de maneira assídua, e, em contraposição, o Direito Penal do Inimigo, criado para aquele que se desvirtua por princípio.<sup>5</sup>

Por isto, antes de adentrar na teoria do Direito Penal do Inimigo, se faz necessário entender a definição de Direito Penal do Cidadão, caracterizado por ser aquele que, mesmo após ter cometido determinado delito, apresenta garantias de que vai se administrar como pessoa da sociedade e ainda, atuar com total zelo ao Direito.<sup>6</sup> Este é autor de crimes regulares, afinal ele resguarda uma conduta de fidelidade jurídica intrínseca, mantendo seu atributo de cidadão portador de direito porque não se opõe ao sistema social.<sup>7</sup> Como modelo de um crime cometido pelo cidadão, Jakobs exemplifica uma situação em que um sobrinho, visando antecipar a herança do seu tio, o mata. Para o Direito Penal do Cidadão, este é considerado um crime regular, pois, nas palavras de Jakobs “o ato não se dirige contra a permanência do Estado, e nem sequer contra a de suas instituições”. Este ato é visto como um fato passado que irá reafirmar a validade da norma, e após isto o autor começará a atuar com fidelidade ao direito.<sup>8</sup> Uma classificação de Direito Penal do Cidadão pode dar-se em: a) autores de fatos normais (regulares); b) uma pena que assegure a validade da norma; c) punição contra fatos anteriores; d) um não afronto ao sistema social e ao Estado; e) um autor capaz de orientação normativa; e f) um cidadão que comete apenas deslizes.<sup>9</sup> Em complemento, Dias elucida que o cidadão que comete uma infração conserva-se pessoa em sentido formal, motivo pelo qual as garantias previstas nas leis e na Constituição devem ser observadas no momento da aplicação da pena.<sup>10</sup> Quanto às penas, sabe-se que estas não possuem o condão de inibir delitos futuros nem mesmo exercem função retribucionista, assim, visam “antes à manutenção

---

<sup>5</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 29.

<sup>6</sup> GOMES, Luís Flávio; BIANCHINI, Alice. “**Direito Penal**” do Inimigo e os Inimigos no Direito Penal. Disponível em: <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_inv\\_criminologica/revista/articulos\\_revista/2006/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.zip](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/articulos_revista/2006/direito_penal_do_inimigo.zip)>. Acesso em: 22 set. 2014.

<sup>7</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2014.

<sup>8</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 32/33.

<sup>9</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2014.

<sup>10</sup> DIAS, Augusto Silva. **Os criminosos são pessoas?** Eficácia e garantia no combate ao crime organizado. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 72, p. 201-215, mai.-ago., 2012.

da confiança na norma, ameaçada pelo ato que a transgride”.<sup>11</sup> Moura, ainda, destaca que no modelo supracitado de Direito Penal as garantias materiais e processuais são resguardadas e, para que haja interferência do Estado, é necessária a manifestação de um conflito no campo jurídico.<sup>12</sup> O devido processo legal, nessa situação, deve ser integralmente respeitado, já que o Direito Penal do Cidadão é um Direito Penal de todos.<sup>13</sup>

Superado o conceito de cidadão, faz-se necessário adentrar na caracterização da ótica do Direito Penal do Inimigo. Os inimigos, ao contrário dos cidadãos, abandonam o Direito de modo permanente, e é justamente neste momento que perdem o seu *status* de cidadão.<sup>14</sup> Silva Sánchez estabelece que é por meio da reincidência, da habitualidade, da delinquência profissional e da associação em organizações delitivas estruturadas que ocorre a passagem do “cidadão” ao “inimigo”.<sup>15</sup> O Direito Penal do Inimigo deve ser abordado como fonte de perigo e mecanismo para intimidar outras pessoas.

O denominado “Direito Penal” do Inimigo, como se vê, não é propriamente um sistema penal ordenado e lógico. É o conjunto de todas as normas espalhadas pelo ordenamento jurídico-penal que se caracterizam por violar os direitos e garantias fundamentais da pessoa. Não tem como eixo um “fato” criminoso, senão um determinado tipo de autor. Não pode, ademais, ser identificado como mais um movimento punitivista ou retribucionista ou prevencionista autônomo. É, na verdade, uma forma de tratar determinados criminosos que, por não apresentarem “garantias cognitivas” de que vão permanecer fiéis ao Direito não são consideradas pessoas. São não-pessoas (Feinde sind aktuell Unpersonen).<sup>16</sup>

É uma etapa em que a intervenção penal é antecipada com o intuito de evitar danos futuros que possam prejudicar a sociedade, principalmente interferindo nas garantias de segurança desta.<sup>17</sup> Em síntese, o Direito Penal do Inimigo tem como visão a coerção dos indivíduos que se inserem na sociedade e se desvirtuam incessantemente, acreditando que

<sup>11</sup> NEUMANN, Ulfrid. **Direito penal do inimigo**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 69, p. 156-177, nov.-dez., 2007.

<sup>12</sup> MOURA, Bruno. **A expansão do direito penal: modelos de (des)legitimação**. Disponível em: <[http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2014.

<sup>13</sup> GOMES, Luís Flávio; BIANCHINI, Alice. **“Direito Penal” do Inimigo e os Inimigos no Direito Penal**. Disponível em: <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_inv\\_criminologica/revista/articulos\\_revista/2006/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.zip](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/articulos_revista/2006/direito_penal_do_inimigo.zip)>. Acesso em: 22 set. 2014.

<sup>14</sup> MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 86.

<sup>15</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 149.

<sup>16</sup> GOMES, Luís Flávio; BIANCHINI, Alice. **“Direito Penal” do Inimigo e os Inimigos no Direito Penal**. Disponível em: <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_inv\\_criminologica/revista/articulos\\_revista/2006/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.zip](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/articulos_revista/2006/direito_penal_do_inimigo.zip)>. Acesso em: 22 set. 2014.

<sup>17</sup> MOURA, Bruno. **A expansão do direito penal: modelos de (des)legitimação**. Disponível em: <[http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2014.

esses sujeitos não merecem que o Estado os trate efetivamente como pessoas, já que são os responsáveis pela vulnerabilidade do mesmo. Distintamente do cidadão, o inimigo recebe um direito chamado de exceção, que é aquele completamente embasado em medidas extremas e totalmente oposto a um regime constitucional de direito, podendo até ser denominado um “direito de guerra” em que tudo é possível contra o inimigo.<sup>18</sup> Entende-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo é constituído em um gênero de direito penal do autor que se contrapõe ao direito penal do ato,<sup>19</sup> pois o indivíduo denominado inimigo deixa de ser classificado como tal pela sua conduta lesiva ao bem jurídico e passa a ser visto pela maneira que se porta perante o ordenamento jurídico.<sup>20</sup> Sobre o direito penal do autor e sua consequência na dogmática penal, Carvalho expõe:

Se a perspectiva do direito penal do inimigo, na esfera da política criminal, forja a reconstrução teórica do discurso do direito penal do autor, demasiado ingênuo pensar que o mesmo não ocorra no nível científico (dogmática penal). Qualquer aproximação, portanto, será contaminada, visto serem os horizontes políticos de (não)intervenção absolutamente incompatíveis e influenciadores do plano teórico-dogmático.<sup>21</sup>

No que tange a classificação dos doutrinadores Zaffaroni, Batista, Alagia e Skolar sobre o direito penal do autor, ressaltam estes que o criminalizado se vê apenado porque é um ser inferior, sendo que “o discurso do direito penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoas”,<sup>22</sup> o que caracteriza perfeitamente uma sensação de ser inimigo. Cancio Meliá cita que há duas distinções estruturais entre o Direito Penal Comum e o Direito Penal do Inimigo, consistente no fato de que o Direito Penal do Inimigo intitula determinados grupos de infratores ao invés de fixar normas (prevenção geral positiva),

<sup>18</sup> DIAS, Augusto Silva. **Os criminosos são pessoas?** Eficácia e garantia no combate ao crime organizado. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 72, p. 201-215, mai.-ago., 2012.

<sup>19</sup> Na concepção dos excepcionais doutrinadores Zaffaroni, Batista, Alagia e Skolar, (...) o direito penal do ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) que pode ser censurado e, por conseguinte a quem pode ser retribuído o mal na medida de sua culpabilidade (ou seja, da autonomia de vontade com que atuou). (...) O direito penal do ato deve reconhecer, porém, que não há características ônticas que diferenciem os conflitos criminalizados dos resolvidos por outras vias ou dos que não se resolvem. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio Janeiro: Revan, 2003, p. 133/134).

<sup>20</sup> GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. “Direito Penal” do Inimigo e os Inimigos no Direito Penal. Disponível em: <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_inv\\_criminologica/revista/articulos\\_revista/2006/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.zip](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/articulos_revista/2006/direito_penal_do_inimigo.zip)>. Acesso em: 22 set. 2014.

<sup>21</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70/71.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio Janeiro: Revan, 2003, p. 132/133.

o que tem como efeito o fato de que o Direito Penal do Inimigo não é um direito penal do fato, mas do autor.<sup>23</sup>

No que diz respeito a introdução da terceira velocidade no Direito Penal, resta evidenciada enquanto “semelhantes regulações implicam a introdução de novas figuras delitivas, a ampliação das existentes, o adiantamento das barreiras de proteção de bens jurídicos e também uma agravação às vezes desproporcional das penas”.<sup>24</sup> Dessarte, em capítulo oportuno analisar-se-á a incidência do instituto no Direito Penal Brasileiro.

## 1.1 Do Contrato Social

A tese de Jakobs teve como uma de suas raízes o pensamento filosófico das teorias contratualistas radicais. Tendo em vista as variadas imagens de Estado que foram formadas a partir da metáfora do contrato, bem como todas as antropologias filosóficas que foram fundadas nesta época, surgiram vários contratualistas com suas diferentes concepções sobre o tema.<sup>25</sup> Primeiramente é necessário deixar claro que o contrato social não passa de uma metáfora, ou seja, uma figura da imaginação de cada um que representa a essência ou a natureza da sociedade e do Estado.<sup>26</sup> Para ilustrar, Zaffaroni evidencia que “nenhum destes pensadores acreditava seriamente que uns tantos seres humanos, adornados com folhinhas de parreira nas partes pudendas houvessem se reunido num escritório para firmar um contrato e fundar a sociedade”.<sup>27</sup>

Para estipular o Contrato Social, Rousseau buscou uma forma de associação que se destinasse a proteger e defender todos os associados e seus bens, tendo como cerne a união de todos. Asseverando-se disto, estipulou uma cláusula que dispunha que “cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros”, ou seja, cada associado deverá ter seus direitos e irá exercê-lo em favor de toda a comunidade, não podendo ser privilegiado em coisa alguma. Quanto aos membros, denota-se que estes são partes indivisíveis do todo que se encontram reunidas em um corpo e que devem se auxiliar de forma recíproca para que os contratantes mantenham

---

<sup>23</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

<sup>24</sup> MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 89.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 63.

<sup>26</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 59.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 59.

seus deveres e interesses igualmente. Ainda, Rousseau afirma que “não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, menos ainda ofender o corpo sem que os membros disso se ressintam”.<sup>28</sup>

Para Rousseau, a consequência ao culpado era que ele morreria não mais como um cidadão, mas sim como um inimigo. Jakobs diz não querer adotar a concepção de Rousseau e, conseqüentemente a de Fichte que se assemelha a anterior, pois estes não mantêm o criminoso dentro do direito.<sup>29</sup> Para o referido autor, Rousseau e Fichte enxergam todos os criminosos como inimigos, coisa que o Estado moderno não admite, afinal, aqueles autores de fatos normais poderão equilibrar o dano que causaram quando voltarem a validar a norma.<sup>30</sup>

## 1.2 Caracterização do Inimigo

Em tempos remotos, aqueles que refutavam a autoridade dos inquisidores e, conseqüentemente, o poder das bruxas, eram os piores inimigos, visto que para o período inquisitorial a bruxaria era considerada um crime mais devastador do que o pecado genuíno. Assim, as mulheres eram as maiores inimigas do referido período, considerando que havia a crença absoluta de que estas faziam pacto com Satã e “seu pecado era maior que o original, porque Adão e Eva, apesar de terem caído em tentação, não haviam celebrado um pacto com o maligno”.<sup>31</sup> Nesse diapasão, Zaffaroni corrobora os ensinamentos destacando que após o pecado original surgiram outros que se sobrevieram no tempo, como por exemplo, a subversão, o terrorismo, o uso de drogas e etc. Outrossim, a gravidade do crime é enaltecida ao extremo “porque dela depende o grau de perigo da emergência e do poder correspondente do repressor”, sendo que apenas através de uma guerra é possível combater a emergência.<sup>32</sup>

Em retrospectiva de alguns conceitos brasileiros históricos, assevera Carvalho:

Em rigor, bem delimitado por suas matrizes ibéricas constitutivas, o sistema penal brasileiro seria já desde o início marcado pela produção dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, refletida pela construção sistemática de inimigos públicos e medos coletivos. Desde a figura jurídica do estranho, herdada

---

<sup>28</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/download/9de94078-ad72-4181-b5ba-10202f6f5f00/1090324>>. Acesso em: 29 set. 2014.

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

<sup>30</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 32.

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 86/87.

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 35/36.

das práticas penais germânicas antigas, assim como do tratamento punitivo do servo e do judeu no reino visigótico, e também da perseguição e eliminação de hereges, judeus, bruxas, prostitutas, leprosos e homossexuais presentes no direito penal e penitencial canônico medieval, o sistema penal brasileiro trabalharia afinal, prodigiosamente a partir do legado dos emblemas do rebaixamento político e da desqualificação jurídica de indivíduos, grupos, classes e segmentos sociais.<sup>33</sup>

Na atualidade, o inimigo não é qualquer indivíduo infrator, visto que possui características próprias bem definidas e é possível classificá-lo diante dos delitos que comete. Jakobs rotula como inimigos aqueles que atuam no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada dentre outras.<sup>34</sup> Aqui se observa o autoritarismo de Jakobs ao etiquetar quem seriam os inimigos, considerando que acata “meramente a antagonismos religiosos, a clivagens culturais, a diferenças étnicas, a disparidades econômicas e sociais, e no limite, a opções políticas e ideológicas que culminam na criminalização do embate político”.<sup>35</sup>

O indivíduo que não consente em ingressar no estado de cidadania perde o direito de usufruir de benefícios garantidos àqueles que mantêm o status de cidadão. Portanto, o inimigo é considerado uma não-pessoa, não possuindo nem ao menos direitos processuais, visto que se os possuísse poderia colocar em risco a vida de outras pessoas.<sup>36</sup>

Zaffaroni identifica o inimigo como “ente perigoso ou daninho”, o qual é privado de direitos pura e simplesmente por assim ser classificado, devido a sua condição.<sup>37</sup> Há, ainda, normas de como o inimigo deve ser tratado, partindo do princípio de que o inimigo é objeto de coação e não um sujeito de direito. O que importa ao verificar o delito cometido pelo inimigo é a análise de sua periculosidade, que significa “um estado mais ou menos duradouro de antissociabilidade, em nível subjetivo”.<sup>38</sup> A periculosidade do inimigo legitima a

<sup>33</sup> CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”**: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*. Vitória, v. 5, n. 5, p. 209-258, 2006.

<sup>34</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35.

<sup>35</sup> CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”**: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*. Vitória, v. 5, n. 5, p. 209-258, 2006.

<sup>36</sup> GOMES, Luís Flávio; BIANCHINI, Alice. **“Direito Penal” do Inimigo e os Inimigos no Direito Penal**. Disponível em: <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_inv\\_criminologica/revista/articulos\\_revista/2006/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.zip](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/articulos_revista/2006/direito_penal_do_inimigo.zip)>. Acesso em: 22 set. 2014.

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 18 e 25.

<sup>38</sup> No Direito Penal brasileiro a periculosidade é verificada nos casos de inimputáveis sujeitos à aplicação de medida de segurança, visto que não sofrem juízo de culpabilidade. Nucci explica os casos de periculosidade real e presumida: “é real quando há de ser reconhecida pelo juiz, como acontece nos casos de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, CP). Para aplica uma medida de segurança ao semi-imputável, o magistrado precisa verificar, no caso concreto, a existência de periculosidade. É presumida quando a própria lei a afirma, como ocorre nos casos de inimputabilidade (art. 26, caput, CP). Nesse caso, o juiz não necessita demonstrá-la,



interceptação ainda em seu espaço de organização privada,<sup>39</sup> ou seja, dá fundamento a punição dos atos preparatórios, momento no qual destaca Jakobs que “a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos”.<sup>40</sup> Sobre o assunto supracitado, resplandece Zaffaroni:

Em síntese, pode-se afirmar que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de periculosidade presumida, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada.<sup>41</sup>

Denota-se, enfim, que há uma distinção notável entre o cidadão (pessoa) e o inimigo (não-pessoa), razão pela qual o primeiro continua tendo todas as suas garantias constitucionais, processuais, etc. resguardadas, enquanto o segundo não teria direito a elas por ter a intenção de desfragmentar o Estado de maneira duradoura.

## 2 Índícios do direito penal do inimigo no direito penal brasileiro: O regime disciplinar diferenciado

Em que pese verifique-se inconstitucional a aplicação do Direito Penal do Inimigo no Brasil, inclusive porque Zaffaroni<sup>42</sup> ressalta que o Direito Penal que consente as chamadas *medidas de segurança* (penas ou algumas penas como mera contenção de um ente perigoso) viola o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>43</sup>, é possível verificar alguns indícios deste em nossos diplomas legais.

---

bastando concluir que o inimputável praticou um injusto (fato típico e antijurídico) para aplicar-lhe a medida de segurança.” NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral; parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 597/598.

<sup>39</sup> MOURA, Bruno. **A expansão do direito penal**: modelos de (des)legitimação. Disponível em: <[http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2014.

<sup>40</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35/36.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 71.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Traduzido por Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 18.

<sup>43</sup> Dispõe o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

O primeiro exemplo a ser analisado é o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, implementado pela Lei nº 10.792/03, que alterou a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) e o Decreto-Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal). O artigo 52 da LEP dispõe acerca do RDD, determinando que quando cometido crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas o condenado, além da sanção penal cabível, estará sujeito a tal instituto. Ademais, é aplicado para os presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, bem como para aqueles que recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Quando preenchidos os requisitos mencionados, estarão os presos inseridos no Regime Disciplinar Diferenciado, com as seguintes características: a) duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; d) o preso terá direito à saída da cela por 02 (duas) horas diárias para banho de sol.

Ao analisar a aplicação do RDD é prudente questionar a sua constitucionalidade, uma vez que parece notável a violação às garantias constitucionais, principalmente no que se refere à humanidade da execução da pena e o princípio da igualdade.<sup>44</sup> Conforme doutrina José Afonso da Silva, “(...) o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei (...)”.<sup>45</sup> Destaca Sobreira, em complemento, que os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade também são afetados, sendo que o primeiro é o principal argumento para a tese da inconstitucionalidade do instituto.<sup>46</sup> Portanto, ao aplicar uma regra específica e diferenciada para certo sujeito que possua determinadas características se mantém a substituição de um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal do autor.

O surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado está diretamente relacionado à ascensão do crime organizado e, diante de uma mega rebelião realizada pelo Primeiro Comando da Capital (PCC)<sup>47</sup> em 2002 e desestruturação da Segurança Pública, o governo

---

<sup>44</sup> BUSATO, Paulo Cesar. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 218.

<sup>46</sup> SOBREIRA, Vinícius Catein. **Regime Disciplinar Diferenciado: constitucional ou inconstitucional?** Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/viniussobreira.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/viniussobreira.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2014.

<sup>47</sup> Conceitua Christino: “A adoção da sigla “PCC” emblemática de sua origem com veios políticos ligada aos ensinamentos de quem teve contato com a repressão, os termos indicam também hierarquia (Primeiro),

paulista e a sua secretaria de Administração Penitenciária tiveram que reagir imediatamente . Dessa forma, restou editada em julho de 2002 a Resolução nº 26 que previu o isolamento absoluto de até 180 dias para presos provisórios e já condenados que eram considerados perigosos. Portanto, como forma de desestabilizar as estruturas da organização, surgiu o RDD. Após, com a aprovação da Lei nº 10.792/03, restou instituído em todo o território nacional.<sup>48</sup>

Levando em consideração que a nossa Constituição Federal ordena, em seu artigo 5º, inciso III que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, cabe o debate sobre a admissibilidade do RDD. Nesse aspecto, a doutrina encontra-se dividida. Nucci entende que proclamar a inconstitucionalidade do RDD é uma imensa contradição, levando em conta a situação imunda em que se encontram os presídios hoje.<sup>49</sup> Quanto a Gomes, este manifesta que o RDD é um movimento punitivista que visa somente a punição do autor pelo que ele é, e não pelo que ele fez, o que integra um processo seletivo que incide em um direito discriminatório que não se atenta a um Estado Constitucional e Democrático de Direito.<sup>50</sup>

Além do Regime Disciplinar Diferenciado, para exemplificar, existe na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) uma disposição de que os crimes previstos na Lei em questão deverão observar que as penas serão cumpridas inicialmente em regime fechado, independente do caso em concreto. No que diz respeito a essa previsão legal, em que pese ainda não se encontre revogada, o Plenário do STF já decidiu pela inconstitucionalidade da mesma, alegando que:

Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.<sup>51</sup>

---

organização de uma sociedade (Comando) e base de atuação (Capital).” Para aprofundar o tema, indica-se: CHRISTINO, Mário Sérgio. **Por dentro do crime**. São Paulo: Fiuza Editores, 2001.

<sup>48</sup> NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 100.

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral; parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>50</sup> GOMES, Luís Flávio; BIANCHINI, Alice. **“Direito Penal” do Inimigo e os Inimigos no Direito Penal**. Disponível em: <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_inv\\_criminologica/revista/articulos\\_revista/2006/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.zip](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/articulos_revista/2006/direito_penal_do_inimigo.zip)>. Acesso em: 22 set. 2014.

<sup>51</sup> BRASIL. STF. Pleno. **HC 111.840/ES**. Relator Dias Toffoli. DJ n. 152, de 03/08/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=152&dataPublicacaoDj=03/08/2012&incidente=4187084&codCapitulo=2&numMateria=20&codMateria=4>>. Acesso em: 24 set. 2014.

Desta forma, mesmo que parte da doutrina entenda que ocorre a violação de direitos e garantias fundamentais ao aplicar o Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrou-se acima que nem sempre este é efetivamente declarado inconstitucional, visivelmente adotando-se uma aplicação do direito penal do autor.

### **Considerações Finais**

Demonstrou-se no decorrer da pesquisa que o possível surgimento da teoria exposta ocorreu ainda com os contratualistas Rousseau, Fichte, Kant e Hobbes: os dois primeiros alegando que o delinquente deve perder todos os seus direitos como cidadão e os dois últimos baseando-se na ideia de que somente àqueles que traírem efetivamente o Estado deverão enfrentar tal perda. A partir daí, surge Jakobs reforçando a ideia do Direito Penal do Inimigo com base em Kant e Hobbes.

Restou evidente a diferenciação entre o cidadão (pessoa) e o inimigo (não-pessoa), sendo que o primeiro é aquele que comete delitos regulares e que não atentam contra o Estado, enquanto o segundo comete justamente crimes que são responsáveis pela vulnerabilidade do Estado. Diante dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, conclui-se como insensata essa classificação, pois é inadmissível, independente do nível do delito cometido pelo ser humano, que este seja tratado como uma não-pessoa. O seu *status* de cidadão é inerente a sua condição, devendo existir um limite na intervenção estatal.

Além disso, o Estado Constitucional de Direito deve se orientar pelos critérios de proporcionalidade e imputação, o que não ocorre quando o indivíduo é considerado *inimigo*, visto que admite-se qualquer tipo de punição, inclusive e principalmente de seus atos preparatórios, através de uma medida de segurança, o que se distancia efetivamente da aplicação da pena no Direito Penal Comum.

Como exemplo, abordou-se o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, adotado no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 10.792/03, que demonstra a introdução da terceira velocidade na norma brasileira, considerando que o sujeito é punido pelo que “é” e não pelo que “fez”, caracterizando-se o direito penal do autor no lugar do direito penal do fato.

Assim, em que pese o Direito Penal do Inimigo ser uma velocidade do Direito Penal bem estruturada por Jakobs, não se verifica recomendável e nem ao menos constitucional

inserir-la em nosso ordenamento jurídico, considerando todas as conquistas efetivadas para que tenhamos um sistema efetivamente garantista conforme prevê a Constituição Federal de 1988.

### Referências

BUSATO, Paulo Cesar. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal de inimigo.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. STF. Pleno. **HC 111.840/ES.** Relator Dias Toffoli. DJ n. 152, de 03/08/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=152&dataPublicacaoDj=03/08/2012&incidente=4187084&codCapitulo=2&numMateria=20&codMateria=4>>. Acesso em: 24 set. 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”:** exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.* Vitória, v. 5, n. 5, p. 209-258, 2006.

CHRISTINO, Mário Sérgio. **Por dentro do crime.** São Paulo: Fiuza Editores, 2001.

DIAS, Augusto Silva. **Os criminosos são pessoas?** Eficácia e garantia no combate ao crime organizado. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.* Porto Alegre, n. 72, p. 201-215, mai.-ago., 2012.

GOMES, Luís Flávio; BIANCHINI, Alice. **“Direito Penal” do Inimigo e os Inimigos no Direito Penal.** Disponível em: <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_inv\\_criminologica/revista/articulos\\_revista/2006/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.zip](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/articulos_revista/2006/direito_penal_do_inimigo.zip)>. Acesso em: 22 set. 2014.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo:** noções e críticas. Traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

MOURA, Bruno. **A expansão do direito penal:** modelos de (des)legitimação. Disponível em: <[http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2014.

NEUMANN, Ulfrid. **Direito penal do inimigo.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, n. 69, p. 156-177, nov.-dez., 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral; parte especial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Adeildo. **Da execução penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/download/9de94078-ad72-4181-b5ba-10202f6f5f00/1090324>>. Acesso em: 29 set. 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais.** Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOBREIRA, Vinícius Catein. **Regime Disciplinar Diferenciado: constitucional ou inconstitucional?** Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/viniussobreira.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/viniussobreira.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Traduzido por Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro.** Rio Janeiro: Revan, 2003.