

# DIREITO PENAL DO INIMIGO E NOVOS RUMOS PARA A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Wilton Boigues Corbalan TEBAR<sup>1</sup>

**RESUMO:** Mesmo se tratando de um tema aparentemente já saturado no campo dos debates jurídicos, o presente artigo tentará abordar o tema direito penal do inimigo de forma imparcial e clara, uma vez que o tema é também carregado de muita emoção. Mesmo parecendo difícil imaginar um direito penal “contra” os inimigos (infratores), há de se esclarecer acerca de grandiosas influências positivas que esta corrente de pensamento incide sobre a política criminal.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Estado Democrático. Política Criminal.

## DESENVOLVIMENTO

“A política criminal, objetiva, primordialmente, a análise crítica (metajurídica) do direito posto, no sentido de bem ajustá-lo aos ideais jurídico-penais e de justiça. Está intimamente ligada à dogmática, visto que na interpretação e aplicação da lei penal interferem critérios de política-criminal. Baseia-se em considerações filosóficas, sociológicas e políticas, e, de oportunidade, para propor modificações no sistema penal vigente, abrangendo, então, ”o conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”. (PRADO, 2007, p.55).

O Direito Penal está amparado por princípios Constitucionais, tais como: Dignidade da Pessoa Humana, Humanidade, Individualização da Pena, etc...Tais direitos são fundamentais e devem ser garantidos pela Constituição

---

<sup>1</sup> Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

Federal a todos os cidadãos do país, são encontrados no famoso rol de direitos do art. 5.

Não se pode falar sobre mudanças no que tange a política criminal com base no Direito Penal do Inimigo, sem antes, delimitá-lo.

Günter Jakobs, tido como um dos mais brilhantes discípulos de Welzel, foi o criador do funcionalismo sistêmico (radical), que sustenta que o Direito penal tem a função primordial de proteger a norma (e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais). No seu mais recente livro (*Derecho penal del enemigo*, Jakobs, Günter e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003), abandonou claramente sua postura descritiva do denominado Direito penal do inimigo, passando a empunhar, a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.

Resumidamente, dos seus escritos podemos extrair o seguinte: Quem são os inimigos? Criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (Jakobs, ob. cit., p. 39). Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo.

Silva Sanches:

A nomenclatura direito penal do inimigo, também é conhecida como direito penal de terceira velocidade, que significa a punição com base no autor e não no ato praticado. Contudo, atualmente, esta denominação ganhou um maior destaque, devido à onda de terrorismo que assola o mundo. Desta maneira, determinados países começaram a adotar uma forma de punição bastante radical, na qual a maioria dos direitos humanos é restringida de modo absoluto, inclusive o direito a vida.

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 – p. 45” (sic). 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).

Fundamentos (filosóficos) do Direito penal do inimigo: (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant). Características do Direito penal do inimigo: (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

De acordo com a tese de Jakobs, existem dois Direitos Penais: o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na

integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia. A pena de prisão tem duplo significado: um simbólico e outro físico: (a) o fato (criminoso) de uma pessoa racional significa uma desautorização da norma, um ataque à sua vigência; a pena, por seu turno, simbolicamente, diz que é irrelevante ter praticado essa conduta (para o efeito de se destruir o ordenamento jurídico); a norma segue vigente e válida para a configuração da sociedade, mesmo depois de violada; (b) a pena não se dirige ao criminoso, sim, ao cidadão que atua com fidelidade ao Direito; tem função preventiva integradora ou reafirmadora da norma; (c) A função da pena no Direito penal do cidadão é contrafática (contrariedade à sua violação, leia-se, a pena reafirma contrafaticamente a norma); (d) no Direito penal do inimigo procura predominantemente a eliminação de um perigo, que deve ser eliminado pelo maior tempo possível; (e) quanto ao significado físico, a pena impede que o sujeito pratique crimes fora do cárcere. Enquanto ele está preso, há prevenção do delito (em relação a delitos que poderiam ser cometidos fora do presídio).

Nas palavras de Marcel Figueiredo Ramos :

O direito penal do inimigo é na realidade uma forma de direito que serve para combater determinadas classes, ou seja: a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida.

Apenas um comportamento que perturbe já objetivamente, isto é, externamente, que vá além dessa esfera privada do autor, pode vir a ser relevante para o direito penal. Se for necessário recorrer a dados subjetivos ou internos para chegar à dimensão perturbadora do comportamento, se o comportamento parecer externamente inofensivo, só vindo a revelar-se problemático a partir de nosso

conhecimento do que pensa ou deseja o agente, então será o dado subjetivo que na verdade está fundamentando a punição. Noutras palavras, está-se violando o princípio de que não se podem punir pensamentos: cogitationis poenam nemo patitur. Jakobs parte para uma interpretação ou redução teleológica de diversas normas de direito positivo, no intuito de adequá-las às exigências do direito penal do cidadão. Nos casos em que tal não se mostra possível, a norma é declarada ilegítima. Exemplo de interpretação restritiva / redução teleológica: Jakobs restringe a extensa punibilidade da tentativa segundo o direito alemão (que considera puníveis quase todas as tentativas inidôneas) exigindo um adicional pressuposto objetivo, a saber, que o “autor se irroque no direito de organizar algo que cabe à vítima,” noutras palavras, que o autor intervenha na esfera juridicamente protegida da vítima.

O conceito de direito penal do inimigo com propósitos primariamente críticos: a opinião dominante é atacada por sua atitude “despreocupadamente positivista.” O direito penal do inimigo “só se mostra legítimo como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional”, e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação. Normas são, em primeira linha, parâmetros de interpretação, que fazem do mundo da natureza um mundo de sentido ou de comunicação. É a norma que faz da causação de uma morte um homicídio, é ela que fundamenta a expectativa e a confiança em que tais fatos não serão cometidos pelos outros, possibilitando, assim, a orientação num mundo complexo, e é ela que faz de um sistema psico-físico uma pessoa, que pode ser autor ou vítima de um delito. Tais atribuições não ocorrem no plano da natureza, e sim no da comunicação, não sendo, portanto, falsificáveis em razão de contingências relativas aos dados naturais ou fáticos – elas vigoram, portanto, também contra a natureza, contra os fatos: contrafaticamente.

Mas apesar desta estrita separação entre natureza e sentido, o plano do sentido não é tão independente do plano da natureza quanto se poderia à primeira vista imaginar. Por ex., se homicídios fossem cometidos repetidamente, em algum momento estaria afetada a confiança na vigência da proibição do homicídio. E o mesmo vale para a personalidade do autor. Pessoa, em Jakobs, é um termo técnico, que designa o portador de um papel, isto é, aquele em cujo comportamento conforme a norma se confia e se pode confiar. “Um indivíduo que não se deixa

coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa.” Inimigos são “a rigor não-pessoas,” lidar com eles não passa de “neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem.” Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança, a custódia de segurança e as prisões de Guantánamo.

Quem não garante de modo suficientemente seguro que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tampouco tendo o estado o direito (darf) de tratá-lo como pessoa, pois doutro modo estaria violando o direito à segurança das outras pessoas. Seria portando completamente errado demonizar aquilo que está se chamando de direito penal do inimigo.

Uma passagem um tanto obscura poderia ser mesmo entendida como uma defesa das guerras do Iraque e do Afeganistão, ou da caçada a Bin Laden: “(...) contra os violadores de direitos humanos, que não oferecem, de certo, garantia suficiente de que se comportarão como pessoas em sentido jurídico, é em si permitido tudo aquilo que é permitido no estado de natureza. Será útil uma tal categoria descritiva como o direito penal do inimigo, a ponto de merecer ela um lugar entre o aparato conceitual de que se vale a ciência do direito penal? Dificilmente. O problema do conceito descritivo do direito penal do inimigo é que ele mal parece possível. Afinal, a palavra “inimigo” é tão carregada valorativamente, que parece muito difícil empregá-la apenas para descrever. A mera utilização da palavra já parece criar automaticamente divisões e polarizações. A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional. Neste estudo, tentou-se, através de precisão analítica e de diferenciações conceituais, lidar racionalmente com um conceito sobremaneira irracional, porque carregado de emoções.

Como nos ensina Luiz Flávio Gomez :

A liberdade humana é um dos valores mais importantes. A prisão de qualquer pessoa, dessa forma, está cercada de inúmeras garantias, principalmente quando decretada antes da condenação final. Recorde-se que todo réu é presumido inocente, até que a condenação penal se torne firme e definitiva (até que transite em julgado). Ninguém, de outro lado, pode ser detido por tempo indeterminado. Todo réu tem direito de ser julgado em prazo razoável (sem demora injustificada). O ordenamento jurídico brasileiro não ficou afastado da terrível onda legisferante em torno do

chamado direito penal do inimigo. Surge em 2003 a lei 10.792 que alterou a Lei de Execuções Penais e introduziu entre nós o chamado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, que é característica marcante do chamado direito penal de terceira velocidade. A referida lei trouxe a possibilidade de o RDD “abrigar o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Pensamos tratar tal situação específica da punição não pelo fato praticado, regra do nosso ordenamento jurídico, mas pela análise do autor como característica marcante do direito penal do inimigo. O professor Rômulo de Andrade Moreira em artigo publicado afirma que tais dispositivos do RDD são inconstitucionais. Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluimos com absoluta tranquilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art.5º., XLVII, “e”, CF/88), assegurando-se ao preso (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art.5º., XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art.5º., III).

Não se pode olvidar que, no estudo de 1985, Jakobs aplica o conceito de direito penal do inimigo predominantemente neste sentido, chegando a conclusões interessantes e no mínimo plausíveis no que se refere a várias questões. Por ex., foram no mínimo bem felizes as suas reflexões sobre o conceito de tentativa, que levam a uma crítica da posição dominante e de sua “teoria da impressão,” teoria essa que legitima amplamente a tradicional punição da tentativa inidônea consagrada no direito alemão.

Nas palavras de Luis Grecco:

[...] parece importante é esclarecer de que modo o conceito de direito penal do inimigo pode ser útil, por indicar que determinados dispositivos só podem explicar-se a partir de finalidades inconfessadas e inconfessáveis. O conceito de direito penal do inimigo poderia abrir os caminhos para uma espécie de auto-psicanálise da ciência do direito penal, iluminando seus aspectos obscuros e caçando motivações ilegítimas, mas ainda assim inconscientemente ativas.

Dois aspectos ficam, assim, claros. Primeiro, o conceito de direito penal do inimigo pode ser utilizado no sentido de denunciar criticamente certos institutos

do direito penal. Segundo, uma severa autocrítica é algo de que a ciência do direito penal urgentemente necessita.

Portanto nota-se em uma análise superficial que o direito penal do inimigo rompe com todo e qualquer tipo de direito fundamental (art.5 CF), sendo, portanto, uma ameaça ao Estado Democrático de Direito. Porém nota-se também que, mesmo, carregado de valoração estritamente emocional o direito penal do inimigo nos faz refletir sobre a seguinte questão: As normas penais, que certamente, deveriam ser dotadas de uma capacidade única de coação em prol da justiça, não possuem atualmente essa virilidade. Neste contexto pode-se afirmar que atualmente são os cidadãos de bem, que temem o direito penal, uma vez que, as normas perderam seu efeito de obstrução à prática criminosa, deixando a seu próprio destino os cidadãos que mais precisam do Direito Penal.

## **BIBLIOGRAFIA**

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

GOMES, Luís Flávio. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/{5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D}\\_8.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/{5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D}_8.pdf)>. Acesso em 09/ago/2007.

\_\_\_\_\_. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/{3971CBDC-8395-4372-8A33-DA8DD393B795}\\_terrorismo-luiz-flavio.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/{3971CBDC-8395-4372-8A33-DA8DD393B795}_terrorismo-luiz-flavio.pdf)>. Acesso em 08/ago/2007.

\_\_\_\_\_. **LEGISLAÇÃO INGLESA ANTITERROR NÃO VALE**. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/{3971CBDC-8395-4372-8A33-DA8DD393B795}\\_terrorismo-luiz-flavio.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/{3971CBDC-8395-4372-8A33-DA8DD393B795}_terrorismo-luiz-flavio.pdf)>. Acesso em 09/ago/2007.

\_\_\_\_\_. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/{3971CBDC-8395-4372-8A33DA8DD393B795}\\_terrorismo-luiz-flavio.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/{3971CBDC-8395-4372-8A33DA8DD393B795}_terrorismo-luiz-flavio.pdf)>. Acesso em 07/ago/2007.

\_\_\_\_\_. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/{5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D}\\_8.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/{5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D}_8.pdf)>. Acesso em 07/ago/2007.

JAKOBS, Günter e CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro; Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.