

DIREITO PENAL DO “INIMIGO” – A DIFERENÇA ENTRE OS CRIMINOSOS ORDINÁRIOS E OS INIMIGOS DO ESTADO

Suelen Marques Turquetto¹

Mario Coimbra²

RESUMO: Este artigo visa fazer uma breve análise sobre a distinção entre o direito penal do “inimigo” e o direito penal do “cidadão”. Embora seja um preceito inovador já existem várias opiniões mundo afora com intuito de confrontá-lo e rechaçá-lo. É feita uma dissociação entre o *cidadão* e o *inimigo*. Existem pessoas que cometem infrações de forma incidental, ou seja, cometem deslizes reparáveis, sendo assim o estado enxerga este indivíduo como pessoa “normal” e que receberá a devida sanção, porém será conservado o seu status de cidadão e terá o direito de voltar a se entender com a sociedade. Existem também aqueles indivíduos que não oferecem garantia de seu comportamento pessoal. Eles mesmos revelam que seu comportamento não são próprios de um cidadão e sim de inimigo hostil ao direito e a sociedade. Assim sendo esse indivíduo deverá ser punido pela sua periculosidade e não pela sua culpabilidade. Com base nesta distinção, a função manifesta da pena no direito penal do cidadão é a contradição e no direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo à sociedade.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Direito Penal do Cidadão. Sociedade. Estado. Sanção. Princípios.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho foi motivado pelas recentes discussões e opiniões sobre a distinção entre o direito penal do “inimigo” e o direito penal do “cidadão”.

Esta distinção foi enunciada primeiramente por Günther Jakobs, um doutrinador alemão que sustenta tal teoria desde 1985, com base nas políticas públicas de combate à criminalidade mundial.

Porém esta tendência vem contaminando o Direito Penal devido aos frequentes ataques de facções criminosas e atentados terroristas, como podemos citar a tragédia ocorrida em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos.

¹ Discente do curso de Direito da Associação Educacional Toledo - suelenmturquetto@hotmail.com

² Docente do curso de Direito da Associação Educacional Toledo – mariocoimbra@terra.com.br

A distinção destes dois direitos ressalta a configuração entre duas idéias, ou seja, dois pólos de um só mundo ou de duas tendências opostas que na realidade nunca se expressão de modo puro.

O trabalho enfoca a idéia de que em um mesmo contexto jurídico-penal exista a figura do “cidadão” e do “inimigo”. De um lado o cidadão, que são pessoas que estão sujeitas a cometerem delitos de forma incidental, estes são chamados a restabelecer a sua vigência por meio da imposição sancionatória, que tem por finalidade restaurar o cidadão que cometeu tal delito, e mesmo assim estarão aptos para usufruir de seus direitos e garantias.

Já o inimigo é o indivíduo que devido o seu comportamento ele rompe, destrói a ordem normativa vigente. Para este inimigo a sua sanção tem por finalidade assegurar a própria existência da sociedade, eliminando um perigo. Por essa razão esse indivíduo perde o seu status de cidadão.

Já existem várias críticas sobre essa distinção, alguns estudiosos exprimem a inexistência de um direito penal do inimigo, pois seria um não direito pelo fato de que o indivíduo perderia o seu status de cidadão e conseqüentemente seus direitos e garantias.

Outros dizem ainda que o direito penal do inimigo ofende os princípios constitucionais, e assim como estas existem várias outras críticas sobre o assunto que serão estudadas no decorrer do trabalho.

A metodologia utilizada para a pesquisa deste artigo foram livros e dados retirados da internet, permitindo, assim, uma pesquisa atualizada com as últimas notícias e movimentos lançados a respeito da distinção entre o direito penal do “inimigo” e o direito penal do “cidadão”.

2 DESENVOLVIMENTO

O Direito Penal do Inimigo é também conhecido como terceira velocidade do direito penal. A idéia atual desse Direito Penal do Inimigo teria sido

introduzida segundo a compreensão de *GÜNTHER JAKOBS*. Essa nova tendência do direito penal trata-se de uma Política Criminal que vem causando grande polêmica na atualidade, e está se espalhando pelo mundo todo.

JAKOBS acredita que exista um Direito Penal bipartido, ou seja, dois direitos que caminham em um mesmo plano jurídico, são eles: O Direito Penal do “inimigo” e o Direito Penal do “cidadão”.

Sobre estes dois direitos melhor os explicou Jakobs (2008, p.37):

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

Essa teoria citada por JAKOBS possui também fundamentos filosóficos e muito mais antigos. As raízes históricas desse pensamento, como as de Rousseau, Fichte e Hobbes, remontam, principalmente, a certas concepções da filosofia moderna, cuja contribuição foi imprescindível para impor ao Direito Penal do inimigo os conceitos de "estado de natureza", "contrato" e "direito de guerra" contra os inimigos.

Assim sendo, a teoria introduzida por JAKOBS, tem por objetivo diferenciar o tratamento dos considerados “cidadãos de bem” dos “delinqüentes ou inimigos do Estado”, segundo a proporção de seus atos, devendo esse último ser tratado de forma mais rude devido a sua periculosidade.

Neste sentido podemos distinguir o Direito Penal do Cidadão como aquele que irá dar a sanção para os delitos cometidos de forma incidental ou considerados simples expressões do abuso pelos indivíduos.

Alguns até o nomeiam de “pequenos delinqüentes”, pois são os responsáveis por crimes de menor gravidade, ou mesmo havendo uma maior gravidade do delito, o fizeram por violenta emoção, por inimputáveis ou até semi-imputáveis.

Os delitos cometidos por estes indivíduos são considerados como simples desgastes ou deslizos por parte destes, mesmo não sendo destacada a periculosidade destes delitos, de certa forma o “cidadão” ao praticar determinado

ato, infringiu a vigência da norma e por isso será chamado para que de forma coativa repare o dano por ele causado.

Outrossim, esses indivíduos considerados “cidadãos” deveram ter seu *status* de pessoa conservado, pois mesmo que tenha praticado um fato delituoso oferece garantias ao nosso ordenamento jurídico de que se portará como cidadão e também terá o direito de voltar a se entender com a sociedade.

Acerca deste período de reflexão manifestou-se Eugenio Raúl Zaffaroni (La legitimación del control penal de los “extraños”l, 2006, p. 01-3):

La propuesta de Jakobs es de la más absoluta buena fe, pues cuando propone distinguir un derecho penal del *ciudadano* y otro para el *enemigo*, lo hace imaginando que ambos funcionen en un estado de derecho”, ainda que não perceba a contradição inarredável que tal distinção implica para a sobrevivência deste modelo de Estado.³

Já o Direito Penal do Inimigo se volta a sancionar os indivíduos que através de seu comportamento foram capazes de demonstrar uma ruptura com a ordem normativa do Estado, perdendo assim o seu *status* de pessoa e cidadão.

São considerados “inimigos” aqueles que não cometeram um simples erro e sim aqueles que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Podemos citar como exemplo de “inimigos” os terroristas, supostos líderes de facções criminosas, traficantes, sem-terra, homem-bomba entre outros.

Neste caso as sanções têm mais a finalidade de combater o perigo, assegurando a existência da sociedade frente a esses indivíduos e não de restaurar a vigência normativa.

Em alguns casos esse Direito atua como uma forma de antecipação da punibilidade, na qual é feita a interceptação do “inimigo” em um estado inicial, devido ao perigo que ele pode alardear a sociedade.

Esses indivíduos não oferecem a mínima segurança cognitiva para que sejam considerados como “cidadãos”.

O “inimigo” não é mais visto como um sujeito de direitos, pois ele perdeu o seu *status* de “cidadão”. Eles se recusam a entrar num Estado de

³ A proposta de Jakobs é da mais absoluta boa fé, pois quando propõe distinguir um direito penal do cidadão e outro para o inimigo, o faz imaginando que ambos funcionem em um estado de direito, ainda que não perceba a contradição inarredável que tal distinção implica para a sobrevivência deste modelo de Estado.

“cidadão”, sendo assim não podem utilizar das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa.

Eles põem em risco a existência de seu próprio Estado e não oferece garantia alguma de que vai se mostrar fiel as normas.

Sobre o “inimigo” ressalta Eugenio Raul Zaffaroni (La legitimación del control penal de los “extraños”¹, 2006, p. 18):

La admisión de la categoría jurídica del *enemigo* en el derecho ordinario (penal y/o administrativo) introduce el germe de la destrucción del estado de derecho, porque sus instituciones limitantes y controladoras pasan a ser un obstáculo para la eficacia eliminatória: *quien estorba en la guerra es un traidor*.⁴

Em suma, no Direito Penal do Inimigo a pena aplicada é contra pessoas perigosas para o Estado e não para pessoas culpáveis.

Diante desta distinção entende-se que o indivíduo taxado como cidadão receberá a sanção que terá como finalidade a contradição, já a sanção imposta ao “inimigo” tem como finalidade a eliminação de um perigo á sociedade.

JAKOBS ainda complementa que (2008, p.30):

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos e o Direito penal inimigo é daqueles que constituem contra o inimigo: frente o inimigo, é só a coação física, até chegar à guerra.[...] O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos.

Para realizar esta distinção JAKOBS se baseia em autores (em especial Kant e Hobbes) que elaboram uma fundamentação “contratualista” do Estado.

A escolha pelo contrato social significa o estabelecimento de uma rede de segurança cognitiva para o comportamento de outrem. Consiste no fato de que a renúncia à violência recíproca é apresentada como contrapartida o direito de gozar dos benefícios do conceito de pessoa.

Simplificando, essa idéia consiste no fato de aquele que participa da violência não será beneficiado com os direitos inerentes a pessoa, já que não oferece garantia nenhuma de suas condutas.

⁴ A admissão da categoria jurídica do inimigo no direito ordinário (penal e/ou administrativo) introduz o germe da destruição do estado de direito, porque suas instituições limitantes e controladoras passam a ser um obstáculo para a eficácia eliminatória: quem estorva na guerra é um traidor.

Nos dizeres de JAKOBS (2008, P.43):

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.⁵

Segundo o professor Luís Regis Prado, o Direito Penal do inimigo é elaborado com fundamento na pessoa do delinqüente e não do fato delituoso, como ocorre com o Direito Penal do Cidadão.

JAKOBS seleciona os dois maiores beneficiados com esta distinção de direitos sendo eles a sociedade e o delinqüente comum (cidadão).

A sociedade, pois com a distinção ocorrerá à diminuição de riscos mediante as atividades preventivas impostas aos criminosos. Já o delinqüente comum, ou seja, o “cidadão” passará a ser diferenciado daquele que é considerado inimigo do Estado.

A legitimidade deste Direito Penal do Inimigo é sustentada por três pilares: que são eles: 1) o direito que o Estado tem de procurar a segurança em face de indivíduos que reincidam por meio da aplicação de institutos juridicamente válidos. 2) o direito que os cidadãos tem de exigir que o Estado tome medidas adequadas e eficazes para preservar a sua segurança. 3) a idéia de que seria melhor delimitar o campo deste Direito do que permitir que de forma indiscriminada contamine todo o nosso Direito Penal.

Contudo para que seja aplicado de forma correta o Direito Penal do Inimigo deve ser usado o principio da proporcionalidade, pois não se pode afirmar que todos os delitos cometidos devam ser tratados da mesma forma.

A aplicação deste princípio exige adequação ao crime e ao sujeito, necessidade e ponderação da medida. Cada caso concreto revelará o uso correto ou o abuso da aplicação do Direito Penal do Inimigo, mesmo muitas vezes sendo difícil a distinção o uso lícito do ilícito.

O fundamental é atentar para que se busque o equilíbrio, da proporção e da razoabilidade.

⁵ Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, como também o Estado não deve tratar-lo como pessoa, já que o contrario vulneraria o direito a segurança das demais pessoas.

De acordo com JAKOBS, o Estado pode proceder de dois modos o tratamento contra os delinqüentes: podendo vê-los como pessoas que delinqüem (delinqüentes comum ou “cidadãos) ou como indivíduos que geram algum nível de periculosidade para o Estado.

O próprio Estado utilizando de seus mecanismos poderá possibilitar à perseguição e punição mais eficiente as determinadas formas de criminalidade.

O tratamento para estes indivíduos que não admitem fazer parte de um estado de cidadania deve ser diferenciado dos outros rechaçados como “inimigos” do Estado.

Contra eles não se aplica um procedimento penal e sim um procedimento de guerra. Como esses indivíduos não oferecem a segurança suficiente não tem o direito de serem tratados como pessoas.

Os “inimigos” não podem participar dos benefícios do conceito de pessoa, por conseguinte também não são sujeitos processuais, logo, não poderão contar com os direitos processuais, como por exemplo, o direito de se comunicar com seu advogado constituído.

Basicamente essa tese introduzida por JAKOBS deverá se fundar em três alicerces onde deverão os “inimigos” do Estado ter antecipada a sua punição, haverá uma desproporcionalidade das penas, relativização e a obstrução de certas garantias processuais, como também a criação de leis severas direcionados a clientela dessa especifica engenharia de controle social.

São vários os estudiosos que apóiam a aplicação deste tratamento diferenciado entre “cidadãos” (Direito Penal do Cidadão) e os considerados “inimigos” do Estado (Direito Penal do Inimigo), porém a também um grande número de estudiosos que criticam essa teoria introduzida por JAKOBS.

Muitos autores debatem pela igualdade de direitos e tratamentos dos seres humanos.

Amparado nesse fundamento ressalta André Callegari e Nereu Giacomolli:

“[...] 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

humanok como se um irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano.”

No mesmo sentido TÚLIO VIANNA afirma que (Transparência pública, opacidade privada, 2007. p.156):

Apesar de o nosso Estado adotar, implícita e silenciosamente, o “direito penal do autor inimigo”, acredita-se que este não é o melhor caminho para reverter o coma do sistema penal, pois somente semeia mais ódio e segregação, não querendo imaginar-se a futura colheita.

Outras considerações feitas pelos opositores desta teoria são que: O Direito Penal do Inimigo ofenderia a constituição, pois não se admite que o indivíduo seja tratado pelo nosso ordenamento como mero objeto de coação.

Outros dizem que a periculosidade trazida pelos considerados “inimigos” diante do Estado, dá-se mais no plano simbólico do que no real.

Dizem também que como pode ser chamado de Direito Penal do Inimigo uma teoria que irá extinguir os direitos dos indivíduos, e são várias as outras críticas a essa teoria.

Sendo assim podemos perceber que essa nova tendência do Direito Penal tem vários estudiosos a favor e vários contra, causando uma grande discussão sobre essa nova teoria.

3 CONCLUSÃO

O “Direito Penal do Inimigo” de forma discreta e silenciosa vem conquistando espaço em nosso ordenamento jurídico. Neste trabalho foi ressaltado os principais pontos sobre a distinção entre esses dois direitos que segundo JAKOBS caminham juntos em um mesmo plano jurídico.

Foi ressaltado a distinção e a classificação dessas duas tendências, o modo de aplicação como também as críticas sobre essa nova teoria.

Amoldando-se a teoria formulada por JAKOBS, entende-se que existe um Direito Penal do Cidadão, encarregado de sancionar os indivíduos

culpáveis que cometeram delitos e terá como finalidade a contradição, já no Direito Penal do Inimigo tem como finalidade a eliminação de um perigo a sociedade, o indivíduo será punido pela sua periculosidade.

Os indivíduos considerados “inimigos” do Estado não serão tutelados com os direitos inerentes ao indivíduos taxados como “cidadão”.

Os “inimigos” serão sancionados de forma diferente dos “cidadãos”, eles terão a sua punição antecipada e ainda serão criadas leis mais severas para essa clientela, além de outras distinções.

Para esse autor os maiores beneficiados com a distinções desses dois direitos são a sociedade e o delinquente considerado “cidadão”, pois a sociedade terá mais segurança, e os indivíduos que praticam crimes simples, que não oferecem perigo a sociedade serão diferenciados daqueles que praticam crimes contra o Estado com um elevado teor de periculosidade.

Existem varios autores que não concordam com a introdução dessa nova teoria em nosso ordenamneto jurídico, porém ao invés dos opositores repudiar essa tese alegando alto teor ofensivo e antigarantista, seria melhor que eles passassem a pensar na abrangente esfera de proteção que ele proporcionaria.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONDE, Francisco Muñoz. **De la tolerancia cero, al Derecho penal del enemigo**. Managua, Nicaragua: APICEP-UPOLI, 2005.

DIREITO PENAL DO INIMIGO: ANÁLISE DE UM PARADIGMA CONTEMPORÂNEO DE POLÍTICA CRIMINAL. Disponível em:< http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=835>. Acesso em 22 de junho de 2009.

DOMÍNIO PÚBLICO. Disponível em: < [http://www.dominiopublico.gov.br/downlo ...008973.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/downlo...008973.pdf)>. Acesso em 22 de junho de 2009.

FREIXEDO, Xacobe Bastida. Los barbaros en el umbral. **Fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo – el discurso penal de la exclusión**. Vol.1.

Madrid, España: EDISOFER S.L; Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L; Montevidéo, Uruguai: B de F, 2006.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. V.10. São Paulo: RT, 2007.

SILVA SANCHES, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução de Luis Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Origen y evolucion del discurso crítico en el derecho penal.** 1ª Ed. Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **El Enemigo en el Derecho Penal.** 1ª Ed. Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 2006.

NUNES, Rizato. **Manual de filosofía do direito.** São Paulo: Saraiva, 2004.

REVEL, Jean- François. **O Estado e o Indivíduo.** São Paulo: Serviço Social do Comercio, 1895.