

## O DIREITO PENAL DO INIMIGO E COMBATE A CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Murilo Agutoli PEREIRA<sup>1</sup>

**RESUMO:** O respectivo estudo, leva em conta o aumento da violência e da criminalidade, principalmente com relações aos delitos cometidos pelas organizações criminosas, e tal aumento acaba decaindo o Direito Penal Brasileiro. Pode-se notar que a criminalidade se tornou audiência na maioria dos telejornais, fazendo com que a população fique angustiada e com medo das atrocidades cometidas. O objetivo desse trabalho é mostrar qual seria a melhor aplicação do direito penal do inimigo, excepcionalmente nas organizações criminosas e como deveria ser feito o combate contra essas instituições, se essas deveriam ser tratadas como coisas que fazem mal a sociedade voltando assim a uma ideia de direito penal nazista, ou se deveriam essas ser tratadas como pessoas, sujeitos processuais com as respectivas garantias constitucionais. O estudo abaixo trás a tese seguida na teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada por Gunther Jakobs, como também as críticas acerca desta teoria. Cabe destacar que o estudo apresentado, fora complementado com conceitos e textos publicados.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo. Criminalidade Organizada. Repressão ao Crime Organizado.

### 1 INTRODUÇÃO

Primeiramente antes de adentrar ao estudo específico do Direito Penal do Inimigo é necessário classificar o Direito Penal tradicional, esse tem objetivo a proteção dos bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, liberdade e propriedade. O Direito Penal garante aos delinquentes aqueles direitos da pessoa humana com relação ao poder punitivo do Estado, fazendo com que o estado de polícia não sobreponha ao estado de direito.

---

Em contra partida surgiu em 1985 à teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs. O combate à criminalidade vem ganhando espaço na atualidade, e sendo destaque na mídia, nos meios de comunicação em geral. Os atentados causados por elementos infiltrados nessas organizações geram uma grande dúvida no ordenamento jurídico em relação à aplicação do direito, se esses deveriam ser tratados como cidadãos de direito ou se não mereciam ter o mesmo tratamento que o restante da sociedade por serem causadores de condutas típicas que afetam a segurança da sociedade.

Essa teoria defendida por esse doutrinador alemão prega que a punição teria que ser com base no autor e não com relação ao ato praticado por ele.

Um dos mais preocupantes problemas da policia criminal mundial é o chamado crime organizado, esse trás muita apreensão e medo para a sociedade.

No Brasil já tem desde 2003 uma legislação especial para o combate ao crime organizado que é a lei nº 10.792/2003, tendo esta aceita alguns conceitos da teoria que será debatida no decorrer do estudo.

Para a teoria do Direito Penal do Inimigo existem dois tipos de criminosos, o primeiro é aquele criminoso classificado como criminoso cidadão que pratica um delito por um fator qualquer e o segundo o criminoso inimigo que atenta diretamente contra o Estado. Nessa segundo classificação se enquadram as condutas praticadas pelas organizações criminosas, sendo esses inimigos do Estado.

Com relação aos agentes infiltrados nessas organizações, existe a seguinte indagação: - como ficaria a aplicação do direito, se esses mereciam ser tratados como cidadão ou se não mereciam ter o mesmo tratamento que o restante da sociedade, os criminosos são causadores de condutas que afetam a segurança da sociedade. As organizações criminosas estão elencadas naqueles inimigos que atuam contra o Estado.

Para aqueles que combatem o crime, que buscam intensamente reprimir o crime organizado, entendem que esses infiltrados devem ser tratados como coisas que fazem mal a sociedade, voltando até a ideia de um direito penal nazista.

Em contra partida existem aqueles que entendem que esse tipo de delinquente deve ser tratado como pessoa, sujeito processual com as respectivas garantias constitucionais.

Existem aqueles que aceitam a teoria do direito penal do inimigo ou de direito penal de terceira velocidade, como também indivíduos que são contra.

## **2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO JAKOBS**

Essa teoria surgiu em meados dos anos 80, idealizada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs. Primeiramente tem de ser feita uma exposição quanto à história dessa teoria, em que se inspirou evolução e entre outras indagações.

Segundo Jakobs em sua ideia: “Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas de descrever dois pólos de um só contexto jurídico-penal” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 23.)

A ideia do direito penal do inimigo surgiu no período da Santa Inquisição, aproximadamente no século XIII, com o domínio da igreja católica romana, que julgavam em tribunais aqueles que eram considerados uma ameaça à sociedade. Inspirou-se também tal teoria no direito penal nazista.

Após essa época, e com os atentados mais recentes cometidos especialmente aqueles praticados por organizações criminosas Jakobs trouxe como solução, um novo direito penal, o chamado Direito Penal do Inimigo.

Gunther Jacobs sustenta essa teoria com base nas políticas públicas que combatem ao crime organizado mundial. O direito penal do inimigo também pode ser chamado de direito penal de terceira velocidade.

*Jacobs (2003) propõe um direito diferenciado a pessoas de alta periculosidade, visto que para estas o direito penal do cidadão não se faz eficaz, assim, de forma, os inimigos seriam os sujeitos criminosos, que cometem delitos de ampla truculência, como crimes econômicos, crimes organizados, infrações penais perigosas, crimes sexuais, bem como terroristas. “Em suma, é inimigo do Estado todo aquele que abduz com caráter inalterável do Direito, e, portanto, não apresentar garantias estáveis de que continuará fiel a norma”. GOMES, (2005, p.215).*

No Brasil a Lei n 10.792/2003, especificada ao Crime Organizado em seu artigo 52, § 1º e 2º, trás expressamente aspectos da teoria do direito penal do inimigo:

Artigo 52: A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitas o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo de sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – recolhimento em cela individual;

III- visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV – o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Estes parágrafos do dispositivo acima mencionado levam em conta a ideia da teoria de Jakobs que reflete a periculosidade do indivíduo e não o delito.

Os direitos fundamentais somente pertenceriam aos cidadãos de bem, tais direitos, de outra sorte seria abjurado para inimigos. Segundo Hobbes (2003):

*[...] os indivíduos que não fossem capazes de se adaptarem a uma vida em um estado comum de direito, deveria, ser expelido a custódia de segurança, devendo tratá-los não como pessoas, mais como inimigo. (Hobbes, 1998, p.93)*

Aqueles que com seus delitos violem ou infringem uma norma do Estado, colocando em risco a sociedade em modo geral, devem ser tratados de maneira diferente.

Segundo Gunther Jakobs (2008, p.37):

*O direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se 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. Um exemplo de primeiro tipo pode constituir o tratamento dado a um homicida, que, se é processado por autoria individual só começa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo (p.22,21StGB), um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado a cabeça (chefe) ou quem está por trás (independente de quem quer que seja) de um associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a correspondente ao autor de uma tentativa de homicídio, já quando funda a associação ou leva a cabo atividades dentro desta (p 129 a StGB), isto é eventualmente anos antes de um fato previsto com maior ou menor imprecisão. Materialmente é possível pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina pena.*

No momento de aplicar a lei penal devem-se extrair direitos fundamentais porque o individuo que afronta a Estado de direito não esta agindo da maneira que deveria agir dentro de um estado democrático de direito, não devendo esse ter o mesmo beneficio quando ao conceito da pessoa, como o restante da sociedade que se respeita.

Jakobs (2007, p.67) preleciona:

*“quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não ‘deve’ tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”.*

O direito penal do inimigo é aquele motivado pelo direito emergencial, que visa satisfazer a vontade de vingança da sociedade, cansada de ser refém desses inimigos do Estado.

## **2.1 CRITICAS A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

A teoria de Jakobs tem sido motivo de muita discussão, principalmente quando se discute fundamentos da dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos individuais, que são cláusulas pétreas da nossa Constituição Federal, que vigora desde 1988.

Alguns doutrinadores entendem que deve-se respeitar prerrogativas e garantias concedidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Para Luis Flávio Gomes:

*Quem sustenta o chamado "Direito penal" do inimigo (que é uma espécie de "direito emergencial"), na verdade, pode ser caracterizado como um grande inimigo do Direito penal garantista, porque ele representa um tipo de Direito Penal excepcional, contrário aos princípios liberais acolhidos pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito GOMES (2005, Jus Navigandi nº 826).*

Nesta vertente:

*O raciocínio é bem simples, como num passe de mágica: a todos aqueles que afrontarem as regras do Estado, que colocarem em risco a ordem jurídica, como na prática terrorista, ser-lhes-á aplicado um conjunto de normas penais, postergando os direitos fundamentais. O que denota que o inimigo do Estado deveria ser condenado, sumariamente, sem contraditório, ampla defesa, devido processo legal, ou quaisquer outros preceitos ínsitos a dignidade humana. Aliás, os difusores dessa vertente do Penal e Processual, liderados pelo alemão Günther Jakobs, chegam ao absurdo ao afirmarem que os inimigos não merecem a incidência dos direitos e garantias fundamentais, pois, não são serem humanos BELINA FILHO (2006, Direitonet).*

A classe de alguns criminosos está no mundo da criminalidade porque cresceram no meio da marginalidade, em situações precárias, em alguns casos nem

tendo a oportunidade de estudar e ter uma vida digna e sem oportunidade acaba indo para o mundo deprimente que é o crime.

Porém dentro dessa classe não existe apenas indivíduos que estão no mundo adverso do crime por conta das situações acima descritas, alguns criminosos preferem viver na marginalidade por escolha própria, violando e lesionando direitos alheios.

Com essas considerações surge a discussão que tem de um lado os adeptos a teoria do Direito Penal do Inimigo e de outro os opositores a tal teoria. Deve ser feita a seguinte indagação; poderia esses criminosos ser tratados como todos os demais que vivem dentro das regras e obrigações sociais?

Manuel Cancio Melia apresenta uma visão crítica a teoria do Direito Penal do Inimigo, entendendo que esse direito viola a Constituição Federal de 1988, pois essa trata o indivíduo como objeto não observando e respeitando o indivíduo como pessoa.

*“[...] como Direito positivo, o Direito penal do inimigo só integra nominalmente o sistema jurídico-penal real: Direito penal do cidadão é um pleonasma; Direito penal do inimigo, uma contradição em seus termos”.*

Ainda assim entende o professor alemão Winfried Hassemer, *“a todas as penas, sem quaisquer distinções, são assegurados direitos e garantias fundamentais, ou seja, independentemente do crime cometido e da reincidência, ocorra esta antes ou após o cumprimento da pena imposta ao indivíduo, o indivíduo mantém um mínimo essencial de seus direitos, a fim de que tenha respeitado sua dignidade humana”.*

Outro doutrinador alemão também opinou de forma crítica quanto à teoria de Jakobs, como argumento de que é a favor da instrumentalização da Justiça Penal.

Em palestra realizada pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, afirmou que:

*O Estado deve encontrar formas de combater o terrorismo, mas sem abandonar as conquistas do Estado de Direito Penal;...frente ao delito organizado, se deve reforçar a força instrumental da chamada Justiça Penal, mas sem anular a condição de “sujeito” do chamado inimigo;...o Direito Penal do século XXI terá como tarefa primordial desenvolver instrumentos contundentes, porém, controláveis (por novas instituições que permitam o controle da legalidade) contra o terrorismo, respeitando, acima de tudo, o chamado Estado de Direito. (SCHUNEMANN, 2006, s.p.).*

Para aqueles doutrinadores que criticam a teoria de Gunther Jakobs, esses concluem que aplicar a teoria não diminuirá os delitos ocorridos na sociedade. O Direito Penal do Inimigo fere aos princípios constitucionais, levando em conta o princípio da proporcionalidade, conforme menciona o artigo 5º da Carta Magna.

*“Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:*

*III-Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”*

Para os críticos da teoria do Direito Penal do Inimigo, tem que levar em conta vários princípios constitucionais como o princípio da proporcionalidade, da dignidade humana.

Conforme o artigo 5º, inciso XLVII, é proibido as penas:

- a) *De morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX;*

- b) *De caráter perpetuo,*
- c) *De trabalhos forçados;*
- d) *de banimento;*
- e) *cruéis.*

No Brasil por conta da hierarquia normativa tudo tem que estar de acordo com a Constituição Federal, aquilo que confrontar a Carta Magna como por exemplos penas que não levam em conta o principio da razoabilidade e da proporcionalidade, estará totalmente de forma irregular, ou seja, inconstitucional.

Jakobs entende que determinados delinquentes não são considerados pessoas e opositores a sua tese entendem que isso foge da realidade, pois qualquer individuo é pessoa, independente do crime que cometer mais cruel, menos cruel, esse delinquente tem que ter direitos e garantias fundamentais.

### **3 CONCLUSÃO**

A população sempre exigiu do Estado maior combate, uma maior repressão contra as organizações criminosas, principalmente nos últimos anos, onde os delitos cometidos por essas organizações, máfias, milícias, tem passado dos limites, destruindo famílias e o bem estar da população. Porém, muitas vezes afeta-se a causa, não afetando o crime diretamente em sua essência, ou melhor teria que afetar o autor.

Com o estudo desenvolvido concluímos que para aplicar o direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro deveria primeiramente ser feita algumas mudanças na teoria proposta por Jakobs.

Não se deve fazer criticas quanto à teoria e sim alternativas, propostas que tornem essa aplicável no sistema brasileiro.

Em minha opinião, por conta do sistema penal brasileiro não permitiria a aplicação do direito penal do inimigo. Não tem como fazer distinção de cidadãos com inimigos.

A criminalidade brasileira só aumenta nos últimos tempos, os inimigos dos Estados estão cada vez mais abusados, aproveitando das falhas no sistema brasileiro, trazendo muito medo e apreensão a todos nós.

Sem contar que o Estado nacional nos últimos anos vem gastando muito mais com os criminosos, em banca-los nas penitenciárias e repreção ao crime organizado como, por exemplo, as unidades de pacificação feitas nas principais favelas do estado do Rio de Janeiro. Dinheiro que poderia estar sendo investido em outros aspectos sociais como a educação e saúde.

A aplicação dessa teoria de Jakobs poderia contribuir para a redução da criminalidade em todo território nacional.

Especificamente com relação às organizações criminosas alguns aspectos da teoria do direito penal do inimigo. Com o advento da Lei nº 10.792/2003, que veio para alterar a Lei das Execuções Penais trazendo o Regime Disciplinar Diferenciado. O artigo 52 da referida lei verifica-se uma situação que se leva em conta a ideia da teoria de Jakobs, punindo não pelo ato ilícito cometido, mais sim a punição de acordo com a periculosidade do individuo.

Para que seja possível essa aplicação deveria ter um meio termo entre os deptos a corrente e os críticos, devendo a proposta ser revista para ser melhorada em alguns aspectos e que fossem revistos direitos e garantias fundamentais.

O que todos desejam é que os crimes cometidos, em especial aqueles cometidos por terroristas como o de 11 de setembro nas torres gêmeas, por traficantes que destroem famílias, matando inocentes e entre outros delitos diminuem e conseqüentemente acabem.

A sociedade muda com o passar do tempo, os criminosos também mudam, adquirem novas formas para conseguirem seus objetivos, passando por cima das leis e dos cidadãos de bem. O ordenamento jurídico não pode esperar acontecer para depois se movimentar, o que deve ser feito é uma mudança radical no sistema penal brasileiro, o direito não para, tem que o ordenamento jurídico mudar junto com as mudanças da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**CREMASCO**, Karine Pires, O DIREITO PENAL DO INIMIGO – PERSPECTIVAS DOUTRINARIAS E PRÁTICAS NA JUSTIÇA BRASILEIRA. Presidente Prudente, 2008.

**JAKOBS**, Gunther, Direito Penal do Inimigo: noções e críticas, Porto Alegre, 2008.

**ZAFFARONI**, E.R, Direito Penal, parte geral. Ediar.

**GOMES**, Luiz Flávio. *Muñoz Conde e o Direito Penal do Inimigo*. Jus Navigandi, Teresina, n. 826, 7 out. 2005,

**MORAES**, Alexandre Rocha Almeida: Direito Penal do Inimigo – A terceira velocidade do direito penal, Juriá. 1ª edição.

**BELINA FILHO** (2006, Direitonet).

**Bernd Schunemann**, Em palestra proferida em 02 de outubro de 2006, promovida pela EMARF (Escola de Magistratura Regional Federal da 2ª Região), no auditório do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

**HOBBS**, Thomas, O elemento da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político, São Paulo, Ícone, 2003.

Lei n 10.792/2003 – Criem Organizado.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.