

A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL E A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Ariani Marqueti RIBEIRO¹
Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI²

RESUMO: Ao cometer um ilícito penal, o cidadão participa de um processo legal que observa seus direitos e garantias fundamentais, recebendo, ao final, uma pena como sanção pelo ato ilícito cometido, chamado de devido processo legal, sendo este um dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988. O inimigo, diferente do cidadão, é um perigo que deve ser combatido, devendo o direito penal antever o efetivo cometimento do crime, considerando desde início a periculosidade do agente. Inicialmente, o presente estudo fará uma breve análise das velocidades do direito penal, com enfoque na terceira velocidade, que se enquadra na chamada teoria do direito penal do inimigo, tema central do presente estudo. A teoria do direito penal do inimigo ganhou forças após a publicação da obra “O Direito Penal do Inimigo” de um Alemão chamado Günther Jakobs. Na leitura, Jakobs faz distinção entre o cidadão e o inimigo da sociedade, sendo que as regras penais e processuais penais aplicadas ao cidadão não podem ser aplicadas ao inimigo, pois, para esses, temos regras e leis próprias, e cabe aos representantes do Estado os tratar como assim o desejarem.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Velocidades do Direito Penal. Günther Jakobs.

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o homem médio entende que o direito penal tende a tutelar e proteger os bens jurídicos fundamentais, ou seja, bens importantes para o funcionamento harmonioso da sociedade, bem como valores reconhecidos pelo direito. A sociedade, assim como o direito penal, vem evoluindo ao longo dos tempos, o que faz com que os crimes, conseqüentemente, evoluam na mesma proporção. Nesse contexto, além da proteção dos bens jurídicos considerados fundamentais para os seres humanos e para o direito, também existe o

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. E-mail: ariih_marqueti@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP desde 2003. Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2002), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (1996) e graduado em Direito pela Toledo de Presidente Prudente-SP. Desde 1996 é Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. E-mail: marcusvinicius@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

entendimento de que o direito penal deve garantir os direitos da pessoa humana (cidadão) frente ao poder punitivo do Estado.

Por essa premissa, o direito penal desempenha a sua função na tutela e proteção dos bens jurídicos fundamentais, sendo à vida, à liberdade e a propriedade a tríplice fundamental tutelada, e seu papel é desempenhado a fim de reprimir a prática de crimes, imputando penas àqueles que os pratica com a finalidade de preservar e proteger a sociedade, proporcionando o seu bom desenvolvimento.

O presente estudo visa constituir uma breve análise das velocidades do direito penal, com enfoque na terceira velocidade, pois se trata da velocidade em que se enquadra a chamada teoria do direito penal do inimigo. Esta teoria revolucionou o direito penal, pois faz uma distinção entre os cidadãos e os inimigos, ressaltando que os mesmos não podem ser tratados da mesma maneira pelo direito. As leis brasileiras, por exemplo, são aplicadas apenas aos cidadãos, enquanto que para os inimigos são aplicadas outras regras e leis próprias.

Em 1985, um jurista Alemão professor de direito penal e filosofia do direito na Universidade de Bonn³, na Alemanha, chamado Günther Jakobs, começou a escrever sobre a revolucionária teoria do direito penal do inimigo. Em uma sociedade, segundo Jakobs, existem algumas pessoas que são consideradas inimigas da sociedade e do Estado, e não devem deter todas as proteções jurídicas penais e processuais penais que são auferidas aos demais membros da sociedade, os chamados cidadãos. Em sua teoria, Jakobs propõe a distinção entre um direito penal do cidadão, que se caracteriza pela vigência e o cumprimento das normas Estatais e um direito penal para inimigos, que são aqueles que não cumprem tais normas, orientando que seja usado qualquer meio disponível para puni-los. Isso significa que algumas leis e normas aplicadas aos cidadãos comuns devem ser suspensas, pela necessidade de proteger a sociedade e o Estado contra os inimigos que colocam em risco a segurança e a paz social.

A teoria do direito penal do inimigo inspira na ideia de “contrato social”, baseando-se na premissa de que muitos assinarão o contrato (os cidadãos), sendo

³ A Universidade de Bonn está localizada na cidade de Bonn, na Alemanha. É uma instituição pública, fundada em 18 de outubro de 1818 pelo então rei da Prússia Frederico Guilherme III, que governou a Renânia, que fazia parte da Prússia desde 1815. Hoje a Universidade de Bonn tem como presidente Jürgen Fohrmann. Informação Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Universidade_de_Bonn. Wikipédia. Acesso em: 25 Abr. 2017.

estes processados e punidos de acordo com as normas, ou seja, serão processados e punidos como cidadãos. No entanto, haverá aqueles que não assinarão este contrato (os inimigos), pois são indivíduos que são contra a existência do mesmo, como por exemplo, o terrorista. Portanto, este terrorista vai ser processado não pela lei, mas vai ser vencido e eliminado, como em uma guerra. Para Jakobs, a pena serve para passar confiança à sociedade, e o direito penal não serve para prevenir crimes (sendo essa, sua função secundária), mas sim, para manter as expectativas sociais confiáveis.

Se a sociedade e o Estado confiam em um determinado indivíduo, este será processado e julgado como um cidadão. Por outro lado, se a sociedade e o Estado não confiam neste indivíduo, o mesmo não deve ser processado, julgado e punido com cidadão, mas sim eliminado, vencido, como fonte de perigo que é. Neste caso, as leis penais e processuais penais são suspensas, podendo haver punição mesmo sem lei e sem processo, pois se trata de um inimigo da sociedade, ou seja, este indivíduo não é fonte de expectativas sociais confiáveis.

Em 2003, Günther Jakobs escreveu a obra *O Direito Penal do Inimigo*. Na leitura, Jakobs propõe que qualquer indivíduo que não respeite às leis e a ordem legal de um Estado deve perder todos os seus direitos como ser humano e como cidadão, e que o Estado deve permitir, utilizando de todos os meios disponíveis, que este indivíduo seja perseguido, vencido e eliminado, como em uma guerra.

Todos os seres humanos nascem como cidadãos, e o inimigo é um indivíduo que deixa de ser cidadão e se “transforma” em inimigo da sociedade e do Estado. Um exemplo: um terrorista que queira perturbar a ordem legal do Estado ou um criminoso que ignore as leis deve ser designado como “não pessoa”, e não merece ser tratado como cidadão, mas como inimigo da sociedade.

Temos o direito penal do inimigo instalado, e precisamos construir um “muro” para separar o inimigo do cidadão, pois, ao reconhecer que o inimigo existe, o cidadão estará protegido.

O primeiro tópico do presente estudo fará uma abordagem das velocidades do direito penal. De início, havia somente a primeira e a segunda velocidade, porém, atualmente, existe a terceira velocidade, sendo esta o destaque do presente estudo, pois se trata da velocidade em que se enquadra a teoria do direito penal do inimigo. Além da terceira velocidade, a doutrina menciona, ainda, uma quarta velocidade do direito penal.

O segundo tópico dá ênfase à teoria do direito penal do inimigo e a terceira velocidade do direito penal, sendo este o objeto central do presente. Este tópico faz, ainda, um estudo sobre o conceito e as características do inimigo do direito penal.

Por fim, será feita uma distinção entre o cidadão e o inimigo, diferenciando o direito penal aplicado ao cidadão e o direito penal aplicado ao inimigo.

2 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

O direito penal, assim como a sociedade, tem sofrido grandes avanços ao longo dos tempos, sendo chamado a resolver os problemas sociais. São regras comportamentais e de conduta que devem ser seguidas para o desenvolvimento harmônico do homem em sociedade. Ao violar uma norma penal, o indivíduo quebra a expectativa que o Estado possuía a seu favor e, para evitar a reiteração desta violação, o Estado impõe penas como forma de coação, ou seja, pune o indivíduo para evitar que este cometa uma violação a norma penal novamente.

Em busca de expandir e dar enfoques diferentes ao direito penal, Jésus-Maria Silva Sánchez⁴, um dos maiores penalistas na atualidade, visualizou velocidades no que tange a aplicação do direito penal. De início, Sánchez falava em somente duas velocidades, sendo estas as mais aplicadas. Entretanto, Sánchez já menciona uma terceira e quarta velocidades do direito penal, que serão abordadas a seguir.

2.1 Primeira Velocidade

⁴ Jésus-Maria Silva Sánchez é de origem Espanhola, professor catedrático (ou titular, sendo esta a categoria docente universitária considerada mais elevada no Brasil) da Universidade de Pompeu Fabra de Barcelona.

MAGALHÃES, Alex Pacheco. A 4ª (quarta) velocidade do direito penal. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11272. Âmbito Jurídico. Acesso em: 25 Abr. 2017.

A primeira velocidade do direito penal se refere às penas privativas de liberdade, sendo apelidada de direito penal da prisão. Esta velocidade faria um “círculo pequeno” no direito penal, pois a minoria dos crimes se encaixa nesta velocidade. Os crimes possuem as penas de reclusão, detenção e etc., e se o indivíduo se envolver nesta velocidade, um dia ele vai perder o seu direito fundamental de liberdade.

Um exemplo: o indivíduo pratica um crime de estupro, tipificado no artigo 213⁵ do Código Penal brasileiro, em que prevê uma pena privativa de liberdade de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos, ou seja, esse tipo penal coloca a liberdade deste indivíduo “em jogo”. Para esta velocidade, portanto, ao final do processo penal o agente perde o seu direito fundamental de liberdade, sendo fixada uma pena privativa de liberdade.

O direito penal de primeira velocidade é um direito penal lento, pois é extremamente garantista. Este tipo de direito penal é aquele que respeita os direitos e garantias dos seres humanos, previstos em lei. Temos um processo penal moroso, repleto de garantias penais e processuais penais e, por esta razão, o direito penal de primeira velocidade caminha lentamente, pois é necessário cautela para suprimir o direito fundamental de liberdade do agente.

Porém, mesmo moroso, o indivíduo tem a consciência de que possuiu um processo repleto de garantias. Temos como exemplo o Tribunal do Júri, sendo este um processo muito solene do direito penal brasileiro, porém, ao final do rito, o sujeito pode ter o seu direito de liberdade suprimido.

Destarte, não é em todo e qualquer crime que o direito penal vai ter essa mesma cautela, e aqui entra a segunda velocidade do direito penal.

2.2 Segunda Velocidade

A segunda velocidade se refere às penas restritivas de direitos e multa (pena pecuniária). Esta velocidade faria um “círculo grande” no direito penal, pois a maioria dos crimes se encaixa nesta velocidade. Um exemplo: a Lei nº 9.099/95 (Lei

⁵ Art. 213 do Código Penal: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

dos Juizados Especiais) prevê penas restritivas de direitos, proposta de transação penal (evita o processo penal mediante o cumprimento de determinadas condições estabelecidas), suspensão condicional da pena, etc., ou seja, são medidas alternativas à prisão.

Esta velocidade faz uma flexibilização de algumas garantias penais e processuais penais e não fixa penas privativas de liberdade, mas penas restritivas de direitos. O sujeito jamais terá o seu direito fundamental de liberdade suprimido para essa velocidade, tratando-se de um rito mais célere, não solene. O rito para esta velocidade caminha rapidamente, pois há uma flexibilização de garantias, o réu não vai para a cadeia, são penas alternativas a prisão. Portanto, o direito penal nesta velocidade é um direito penal rápido, pois flexibiliza os direitos e garantias penais e processuais penais.

2.3 Terceira Velocidade

A terceira velocidade é um combinado entre as duas velocidades anteriores. Há pena privativa de liberdade, mas permite a flexibilização de garantias penais e processuais penais. Temos a teoria do direito penal do inimigo como exemplo.

A teoria do direito penal do inimigo, conforme já mencionado, é criação de um Alemão chamado Günther Jakobs, que começou a escrever sobre ela na década de 1980. Nesta teoria pune-se, por exemplo, a fase preparatória do crime, pois o sujeito é inimigo do Estado, ou seja, não observou as regras do chamado “contrato social”, sendo esta a ideia central da teoria do direito penal do inimigo. Sendo considerado um inimigo do Estado, este indivíduo não precisa gozar de todas as garantias dos cidadãos. Há uma separação entre o cidadão e o inimigo, valendo ressaltar que nem todo cidadão é inimigo, pois o inimigo é a minoria.

O direito penal do cidadão é garantista, é um direito penal que pune, mas respeita os direitos e garantias, ou seja, se fundamenta na culpabilidade. É um direito penal do fato, do fato praticado ser fato típico e ilícito. Já o direito penal do inimigo é aplicado apenas aos inimigos, sendo um direito penal autoritário, que elimina os direitos e garantias fundamentais (como por exemplo, a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição) baseando-se na periculosidade do agente.

É um direito penal não do fato, mas do autor. O direito penal do inimigo é um direito penal de guerra, e em uma guerra o que basta é vencer o inimigo, por esta razão, o inimigo tem que ser vencido e combatido.

O direito penal do inimigo, conforme já mencionado, é de terceira velocidade por tratar-se de uma mistura das duas velocidades já existentes, pois inimigos não tem direitos e garantias, e esta afirmação não fere a Constituição Federal de 1988, pois temos outras duas velocidades, e as leis brasileiras são aplicáveis ao cidadão, e para o inimigo temos regras e leis próprias.

2.4 Quarta velocidade

Além das três velocidades anteriores, a doutrina menciona, ainda, uma quarta velocidade do direito penal. Esta velocidade diz respeito ao Neo Punitivismo ou Pantenalismo (direito penal totalitário), sendo um direito penal mais arbitrário que o direito penal do inimigo. É aplicado aos Chefes de Estado pela prática de crimes de guerra.

Esta quarta velocidade está adstrita ao direito internacional, sendo, conforme já mencionado, aplicada aos Chefes de Estado pela prática de crimes de guerra, ou seja, é aplicada a todos os Chefes de Estado que violam gravemente tratados internacionais de direitos humanos. Esta velocidade consagra Tribunais de Exceção, que são Tribunais posteriores ao fato para julgar e, nestes casos, a lei retroage para incriminar, violando o sistema acusatório.

No próximo tópico será dado especial enfoque à terceira velocidade do direito penal e a teoria do direito penal do inimigo, sendo este o objeto central do presente estudo.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

O direito penal não pode ser uma ciência meramente teórica, tem que funcionar de fato, não bastando somente debater, devendo ser funcional. Uma das

funções primordiais do direito penal é tutelar e proteger os bens jurídicos relevantes da sociedade, e a pena deve possuir caráter preventivo, evitando a agressão a estes bens. Destarte, o direito penal possui o caráter preventivo geral, em que a pena deve transmitir que se o indivíduo cometer um crime será punido, ou seja, o direito penal tem uma função preventiva de provocar medo através da coação (aplicação de penas).

A terceira velocidade do direito penal vem ganhando forças nos últimos anos e, conforme já mencionado, para esta velocidade do direito penal o criminoso deve ser retirado da sociedade e ir para a cadeia, ou seja, deve ter a sua liberdade suprimida, além de ter suas garantias penais e processuais penais flexibilizadas, tratando-se do chamado direito penal do inimigo.

O indivíduo que comete um delito gera instabilidade social, devendo ser ressocializado para retornar à sociedade. O criminoso que não obedece às normas se torna inimigo da sociedade, pois sua conduta é uma ação humana que quebra a confiança da sociedade em relação a este e, quando a expectativa da sociedade é violada, o direito penal conserta essa disfunção social.

O direito penal se interessa pelo fato que o indivíduo praticou, ou seja, se interessa por aquilo que ele fez. O direito penal brasileiro é um direito penal do fato, pois o crime é um fato típico e antijurídico, não podendo haver punição de um indivíduo por ele ser feio, gordo, negro, pobre, e etc., ou seja, não pode haver punição pela pessoa ser quem ela é, mas pelo o que ela faz. Já o direito penal do inimigo pune a pessoa pelo que ela é (um criminoso muito perigoso), sendo esta uma exceção à responsabilidade pelo fato.

A terceira velocidade do direito penal possui enfoque na privação da liberdade do indivíduo, cujas garantias penais e processuais penais são flexibilizadas, se enquadra perfeitamente na teoria do direito penal do inimigo, por ser uma filosofia de combate à criminalidade. Günther Jakobs acredita na pena como forma de sanção e como forma de combate ao crime, fazendo distinção entre os cidadãos e os inimigos, dizendo que a lei deve ser desigual, ou seja, os cidadãos e os inimigos não podem ser tratados ao mesmo rigor pela lei.

Existe uma expectativa de estabilização normativa, a sociedade espera que a lei seja eficaz e, quando alguém fere o direito do Estado, essa pessoa está em guerra com o Estado, abala a lei e a expectativa social com relação à eficácia desta.

O Estado deve corresponder à expectativa da sociedade, mas nem sempre consegue ter sucesso.

O Estado deve suprimir o legalismo e o garantismo (garante os direitos do indivíduo acima de tudo, como a ampla defesa, o devido processo, provas ilícitas, etc.) do inimigo. Um exemplo: um ladrão de galinhas tem direito a ampla defesa, ao devido processo legal, a provas lícitas, etc., porque este indivíduo deve ser sancionado por fatos passados, pois não está ferindo a ordem Estatal, a sociedade tem uma expectativa de cumprimento normativo dele, essa pena pode gerar uma reflexão para o indivíduo não delinquir mais.

O inimigo não pode gozar destas garantias, portanto, o Estado deve suprimi-las destes. Ao invés do método investigativo onde é garantido aos indivíduos certos amparos da lei, quando se trata do inimigo isso não existe. Pode haver, por exemplo, escuta telefônica quando é o inimigo, suprimindo suas garantias legais. O direito penal do inimigo trata as pessoas de maneira isonômica (tratar os desiguais na medida de suas desigualdades). Não podemos tratar o inimigo como tratamos o ladrão de galinhas, pois ele é um inimigo da sociedade, e não um cidadão.

O inimigo não trás expectativa de obediência normativa, por esta razão, devemos combatê-lo para não praticar atos futuros. Ele tem um *modus vivendi* criminoso, ou seja, tem um hábito criminoso que fere demasiadamente a ordem social que ele é reconhecido como um inimigo da sociedade, e não como um cidadão.

Jakobs desconsidera a personalidade jurídica dos inimigos, ou seja, desconsidera a personalidade cidadã, e o Estado deve declarar guerra contra estes, transformando o sistema em um sistema inquisitorial para garantir os direitos e garantias dos cidadãos. Para os inimigos não há presunção de inocência, mas sim, presunção de culpa. Jakobs não leva em consideração o motivo pelo qual o indivíduo cometeu o crime, pois é adepto ao contrato social (o contrato social tem expectativas e deve ser honrado pelas pessoas em sociedade). Uma vez descumprido o contrato, esse indivíduo é um inimigo da sociedade, pois quebrou o contrato social, ou seja, ele é um traidor aos olhos de Jakobs. Segundo ele: “eis o crime e eis o inimigo”, portanto, devemos caçá-lo.

O direito penal do inimigo não é aplicado a um indivíduo que cometeu um crime passional, por exemplo, pois este não tem hábito de conduta criminosa, não causou um dano social tão elevado que atingisse a coletividade. Então esse

indivíduo é considerado cidadão, e a este será garantido todos os direitos e legalidades.

A seguir será abordado o conceito do inimigo do direito penal e suas características.

3.1 O Inimigo

O conceito de inimigo, segundo Günther Jakobs em sua teoria do direito penal do inimigo é de que, os indivíduos que são delinquentes, cometem delitos e provocam ameaça e perigo à sociedade e a paz social são inimigos do Estado.

Resumidamente, consagra Alexandre Rocha Almeida de Moraes:

O “inimigo” é o indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social. Para ele, dirá Jakobs, deve-se pensar em um Direito Penal excepcional, de oposição, um Direito Penal consubstanciado na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais. Há que se pensar em um novo tratamento que a sociedade imporá àquele que se comporta, cognificamente, como seu inimigo. Um tratamento que não se amolda às diretrizes do Direito Penal clássico, mas que poderia ser, em tese, legitimado constitucionalmente.⁶

Outros filósofos também se empenharam em conceituar o inimigo, tais como Immanuel Kant, em sua obra “A Paz Perpétua” e Thomas Hobbes, em “Leviatã”.

O posicionamento do que venha a ser o inimigo segundo Günther Jakobs, Immanuel Kant e Thomas Hobbes possuem certa semelhança. Ambos procuram um Estado ideal a ser respeitado e vivido pelos homens em sociedade. A seguir será feita uma breve explanação do que cada um destes pensadores defende sobre o conceito de inimigo.

Immanuel Kant faz a defesa de que em um Estado Civil espera-se que não haverá risco à segurança na relação entre os homens em sociedade, ou seja,

⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. Página 30.

espera-se a partir do contrato social que não haverá hostilidade por parte de outros homens, e um considerará o outro como seu inimigo por este não assegurar a segurança que se busca na vida entre os homens em sociedade em razão da ausência de sua participação na ordem legal do Estado.

Em verdade, Kant espera o chamado “Estado de Paz” que, para ele, este é o Estado ideal que deve existir entre os homens que vivem em sociedade, pois estes devem viver de forma pacificada e harmônica para que haja segurança e paz social. Este “Estado de Paz”, segundo Kant, é um Estado diferente do Estado Natural, pois o Estado Natural é visto como um Estado de guerra, no qual nota-se uma constante ameaça entre os homens em sociedade.

Portanto, o Estado de Paz deve ser instaurado, pois qualquer ação que seja hostil em relação aos homens em sociedade, mesmo que não tenha cometido ilícitos ou delitos, será considerado como ameaça a segurança e à paz social, por estar fora da ordem legal do Estado.

Thomas Hobbes faz a defesa de que, quando um determinado indivíduo quebra seus vínculos com a sociedade civil e retorna a um Estado de Natureza é considerado um inimigo. Para Hobbes, o Estado de Natureza é o Estado Natural do homem, sem leis a serem cumpridas, sendo que cada homem detém a liberdade de usar e gozar, da maneira que bem entender, de seus poderes para a preservação de sua vida (ou seja, sua natureza).⁷

Destarte, este Estado de Natureza é considerado, também, como um Estado de Guerra, pois os homens podem tudo uns contra os outros, e em um Estado de Guerra não há regras, normas ou leis, não há injusto ou justo nem sequer o bem e o mal. Por esta razão, para Thomas Hobbes, em um Estado de Natureza (ou de Guerra) os homens são, entre si, inimigos.

Com a intenção de harmonizar a sociedade, a relação entre os homens e possibilitar à paz social, os homens se uniram e criaram o Estado a partir do contrato social. Para os cidadãos que foram a favor da constituição e da ordem legal deste Estado, foram feitas as leis civis, que são aplicadas e dirigidas apenas aos cidadãos, que são adeptos e respeitam o contrato social.

⁷ JÚNIOR, Almério Vieira de Carvalho. O Direito Penal do Inimigo. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11101&revista_caderno=3. Acesso em: 26 Abr. 2017.

Para os inimigos que negaram a constituição, a ordem legal do Estado e que não respeitam o contrato social, estas leis não se aplicam, e estes podem ser tratados de qualquer forma, sem nenhuma proteção legal, ou seja, podem ser tratados conforme os representantes do Estado almejam.

O inimigo, portanto, é um indivíduo perigoso, que deve ser excluído do convívio social, pois este não se importa com os outros homens, se importando somente com o seu eu. Por esta razão, os inimigos da sociedade e do Estado não usufruem do *status* de cidadão e/ou de pessoa, não podendo ter o mesmo tratamento de um cidadão comum frente ao Estado.

4 CIDADÃO VERSUS INIMIGO

Segundo Günther Jakobs existem dois tipos de direito: aquele dirigido ao cidadão que, ao violar uma norma tem a oportunidade de reestabelecer a vigência desta através da pena (neste caso, mesmo havendo punição, o indivíduo é punido como um cidadão) mantendo, frente ao Estado, o *status* de pessoa (cidadão), sendo este o Estado ideal reconhecido pelo direito. O direito penal do cidadão é um direito penal garantista, que aplica sanções e punições, mas respeita os direitos e garantias fundamentais, se fundamentando na culpabilidade. O direito penal do cidadão é, em verdade, um direito penal do fato, ou seja, o fato praticado deve ser típico, ilícito e culpável.

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.⁸

Para Cesare Beccaria:

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam

⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011. Página 185.

à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.⁹

O posicionamento de Beccaria reafirma a ideia central do direito penal brasileiro, que preconiza que o cidadão, ao cometer um delito, deve participar de um processo legalizado em que suas garantias fundamentais são observadas, recebendo, ao final, uma pena como sanção/punição pelo ato ilícito cometido, chamado de devido processo legal, sendo este um dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, o inimigo é um indivíduo que deve ser combatido, vencido e eliminado, assim como é feito nas guerras, por tratar-se de um perigo iminente. O direito, por sua vez, deve agir antevendo a consumação do crime quando se trata deste indivíduo considerado perigoso (inimigo), considerando desde início a sua periculosidade.

Este é o segundo tipo de direito preconizado por Günther Jakobs, que é aplicado àqueles indivíduos que pelo seu comportamento, práticas ou ocupação têm se afastado, de maneira duradoura, do direito e da norma, isto é, este indivíduo não proporciona cognitivamente a garantia mínima necessária para gozar de um tratamento digno como cidadão e pessoa. Este tipo de direito é o chamado direito penal do inimigo, que é dirigido ao indivíduo que não aceita as regras da sociedade e, havendo punição, este indivíduo será punido como inimigo, e não como cidadão. Este tipo de direito é aplicado apenas aos inimigos. É um direito autoritário, elimina os direitos e garantias fundamentais como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, etc. Baseia-se na periculosidade do agente. É um direito penal de guerra, e em uma guerra o que basta é vencer o inimigo. O direito penal do inimigo é um direito penal não do fato, mas do autor. O inimigo deve ser vencido e combatido de qualquer maneira.

Para Jakobs:

A periculosidade do agente serve à caracterização do inimigo, que contrapõe-se ao cidadão (cujo ato, apesar de contra o direito, tem uma personalidade voltada ao ordenamento jurídico devendo ser punido

⁹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 6. ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Página 42.

segundo sua culpabilidade), enquanto que o inimigo deve ser combatido segundo sua periculosidade. Não há vistas há uma conduta realizada, ou tentada, mas pressupõe-se o âmbito interno do indivíduo, o perigo de dano futuro à vigência da norma.¹⁰

Após a análise geral do que venha a ser o cidadão e o inimigo para o direito penal, a seguir, será feita uma breve distinção específica do direito penal aplicado ao cidadão e o direito penal aplicado ao inimigo.

4.1 Direito Penal Aplicado ao Cidadão

No direito penal do cidadão nós temos indivíduos que não cometem delitos de maneira persistente, com habitualidade. Neste tipo de direito, o indivíduo comete um “erro”, um desvio na sua conduta, pratica algo que vai contra as normas e regras do Estado e da sociedade, porém, não persiste e não tem habitualidade no cometimento do ato e, por esta razão, mantém sua condição de cidadão.

Para estas pessoas que cometem um erro sem habitualidade, o Estado os espera agir e, ao cometer um delito, dá início ao processo penal com todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e, após o devido processo legal, com a oportunidade de recurso e após o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal, o Estado-Juiz aplica uma pena a este indivíduo para reafirmar o direito e dar uma nova chance deste cumprir as normas e leis vigentes.

4.2 Direito Penal Aplicado ao Inimigo

No direito penal do inimigo temos pessoas que fazem do crime uma habitualidade, um estilo de vida e por isso devem ser tratados como inimigos.

Um dos efeitos do direito penal do inimigo é a antecipação da tutela penal, punindo os atos preparatórios do crime, antecipando a tutela penal para punir

¹⁰ JÚNIOR, Almério Vieira de Carvalho. O Direito Penal do Inimigo. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11101&revista_caderno=3. Acesso em: 26 Abr. 2017.

os atos preparatórios com a mesma pena do crime consumado. Baseia-se na ideia de que, “porque esperar matar para punir se já sabemos que vai matar?”. O direito penal do inimigo não espera, pune os atos preparatórios para evitar o crime fim.

No direito penal, um dos principais meios de prova é a confissão (assumir a culpa), e para ter a confissão, é necessário que o interrogatório seja mais rígido. A tortura como meio de prova é ilícita, mas não para o direito penal do inimigo. A proibição da tortura no Brasil é, portanto, relativa, pois inimigos não tem direitos e garantias fundamentais. Esta afirmação não fere a Constituição Federal de 1988, pois as normas ali prescritas são aplicáveis ao cidadão, e para o inimigo temos leis próprias.

Portanto, para os inimigos não há o devido processo legal com os direitos e garantias tutelados pela Constituição Federal de 1988, como para os cidadãos. Para os inimigos não são aplicadas as regras processuais penais, pois estes não são cidadãos, portanto, a eles são aplicadas outras regras, diferente das aplicadas aos cidadãos.

5 CONCLUSÃO

A relevância da teoria do direito penal do inimigo mostra-se evidente e indeclinável em um mundo contemporâneo que busca cada vez mais o bem estar, a harmonia e a paz social.

Conforme já mencionado, a teoria do direito penal do inimigo não é recente. Jakobs começou a escrever sobre a mesma na década de 1980, e somente em 2003 essa teoria começou a ganhar forças, após a publicação do livro “O Direito Penal do Inimigo”, de Günther Jakobs.

A teoria do direito penal do inimigo prevê punições mais severas, com normas e leis diferenciadas e uma tutela jurisdicional penal mais célere ao indivíduo que se torna inimigo do Estado. A teoria prevê, ainda, a separação de criminosos em duas categorias, sendo que o primeiro continuaria a ter *status* de cidadão, já o segundo seria chamado de inimigo do Estado e da sociedade, cabendo a este um tratamento rigoroso comparado ao que se dá ao cidadão.

O presente estudo visou abordar uma breve análise das velocidades do direito penal e os aspectos gerais da teoria do direito penal do inimigo, trazendo suas principais características e peculiaridades.

O problema da teoria do direito penal do inimigo está na sua interpretação e aplicação pelo Estado-Juiz. Os magistrados devem ter o máximo de cautela ao aplicar esta teoria, pois há o risco de interpretar qualquer pessoa que esteja em sua frente como um inimigo, por exemplo, negros, pobres, etc., olhando o indivíduo com discriminação. Portanto, o dilema da teoria do direito penal do inimigo é no que tange a sua aplicação, e esta deve ser feita de forma discreta pelos magistrados, não podendo ser “escancarada”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 159 p.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 03 de out. de 1941.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

Consulta na internet, **O Direito Penal do Inimigo**. Wikipédia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_penal_do_inimigo. Acesso em: 25 Abr. 2017.

Consulta na internet, **Universidade de Bonn**. Wikipédia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Universidade_de_Bonn. Acesso em: 25 Abr. 2017.

DAHRENDORF, Ralf. **A Lei e a Ordem**. Brasília: Instituto Tancredo Neves: Fundação Friedrich Naumann, 1985. 172 p.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 189 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 615 p.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 118 p.

JÚNIOR, Almério Vieira de Carvalho. **O Direito Penal do Inimigo**. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11101&revista_caderno=3. Acesso em: 26 Abr. 2017.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Tradução: Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008.

KLEIN, Aaron J., **Contra-ataque**. Marilena Moraes e Iva Sofia. 2006, Rio de Janeiro, Ediouro.

MAGALHÃES, Alex Pacheco. **A 4ª (quarta) velocidade do direito penal**. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11272. Acesso em: 25 Abr. 2017.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011. 353 p.

MORENO, Sebastián Dozo. **“El enemigo tiene menos derechos”, dice Günther Jakobs**. La Nacion. Disponível em: <http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>. Acesso em: 23 Abr. 2017.