

DIREITO PENAL DO INIMIGO

Bárbara Maria TONON¹

Fernanda de Matos Lima MADRID²

RESUMO: O presente artigo busca identificar as peculiaridades do Direito Penal do Inimigo, teoria idealizada por *Gunther Jakobs*, com a expectativa no julgamento da criminalidade. Diferenciando o Direito Penal do Inimigo do Direito Penal do Cidadão, onde o primeiro perde o *status* de pessoa ao praticarem delitos de forma habitual e profissional, tornando-se objeto de coação, não sendo mais protegido pela Constituição, enquanto os outros mantêm seu *status*, e são preservados seus direitos e garantias. Conhecido também como a Terceira Velocidade ou Direito de Máxima Repressão, destina-se aos inimigos do Estado. Não se analisa o fato criminoso em si, mas sim o grau de periculosidade apresentado pelo criminoso. Uma vez que o inimigo não apresenta segurança para a sociedade, passa a ser considerado como coisa, deixando de ser um sujeito processual, não havendo assim justificativa para um procedimento penal. O pensamento de *Jakobs* põe em discussão a real efetividade do Direito Penal, uma vez que haveria uma relativização e até mesmo desaparecimento de garantias até então trazidas como absolutas e imutáveis.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Direito Penal do Cidadão. Máxima Repressão. Terceira Velocidade.

1 INTRODUÇÃO

A Globalização acompanhou o aparecimento das novas formas de criminalidade, que vem se apresentando de forma mais qualificada, promovendo ameaça ao Estado e aos cidadãos. Vindo a confrontar, desta maneira, o Direito Penal Tradicional, que objetiva pela proteção do bem jurídico penal, o qual não é eficaz para repressão de tal criminalidade, sendo que não há legitimidade para que o Estado atue antes do aparecimento do ato criminoso.

¹ A autora é discente do 8º termo do curso de Direito do Centro Universitário Toledo Prudente.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal “Centro Universitário Toledo” de Presidente Prudente. Advogada criminalista.

Para suprir tal lacuna, apresenta-se o denominado Direito Penal do Inimigo, uma nova perspectiva do Direito Penal que visa fazer uma distinção com o Direito Penal do Cidadão, ou seja, diferenciar não pessoas e pessoas, para fins da política criminal. Desta forma, ocorre uma modificação quanto à proteção dos bens jurídicos, na dimensão em que se observa uma sociedade com grandes possibilidades de descontrolo social, diminuindo a aplicação do sistema punitivo garantista e aumentando a intervenção repressiva, com a diminuição de garantias constitucionais aos classificados como Inimigos.

Teoria de Gunther Jakobs, doutrinador alemão, também conhecida como Direito Penal de Terceira Velocidade. Tem como base de punição o autor que apresenta alta periculosidade, aqueles que praticam crimes de vasta crueldade.

O artigo primeiro trata do Direito Penal do Cidadão, que é o Direito Penal Clássico, posteriormente é analisado o Direito Penal do Inimigo de Jakobs, conceituando o inimigo, apresentando as principais características da teoria, e uma análise sobre a possível aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, utilizando a razão como meio para chegar a uma conclusão, analisando a teoria, bem como a conceituação do inimigo, centrando-se na possibilidade da aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Objetivou-se, portanto, pela fundamentação do tema, definindo quem seria o inimigo, diferenciando-o do Direito Penal tradicional, e avaliar a possibilidade de sua aplicação.

2 DIREITO PENAL DO CIDADÃO

O Direito Penal do Cidadão é a visão clássica do Direito, respeitando direitos e garantias legais constitucionalmente previstas, trata-se do Direito Penal Clássico.

O Direito Penal do Cidadão se atentará com os delitos realizados pelos indivíduos de maneira aleatória. A estas violações ao ordenamento, a pena será estabelecida com a finalidade de restituir a eficácia da norma e solidificar o ordenamento jurídico. Assim, o cidadão que pratica um ato ilícito, embora venha a agir de forma contrária ao ordenamento jurídico, tem resguardada a sua dignidade, podendo assim, voltar ao convívio social. Portanto, ao cidadão incumbirá o tratamento de pessoa, com todos os direitos e garantias constitucionais.

Direito Penal constitui-se como o conjunto de normas jurídicas aplicadas pelo Estado para repressão de fatos não tolerados pela sociedade que sejam praticados contra a segurança e ordem social.

Destinado a todos os indivíduos, ainda que nem todos se envolvam com práticas delitivas, visa preservar a paz pública, exercendo uma função educativa e motivadora ao impor ao agente, sanções na hipótese de vir a lesar determinado em jurídico. Como se as leis penais trouxessem em seu texto expressões como: “não furtar”.

Por se tratar do meio de controle mais gravoso, deve ser sempre aplicado em *ultima ratio*, tendendo continuamente ao interesse social. Desta maneira, não deve ser utilizado para conter atos ilícitos insignificantes, ou seja, o delito a ser punido deve ter gerado dano a algum bem jurídico, seja ele privado ou público.

Segundo Martín (2007, p. 82):

O delito de um cidadão “não surge como um princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como desgaste desta, como deslize reparável”, e, por isso – conclui *Jakobs* – “o Estado moderno vê no autor de um fato normal, ... não um inimigo que deve ser destruído, mas como um cidadão, uma pessoa que mediante sua conduta infringiu a vigência da normal e que por isso é chamada – de modo coativo, mas enquanto cidadão (e não como inimigo) a equilibrar o dano à vigência da norma”.

Aqueles que infringem o ordenamento jurídico, cometendo um deslize reparável, sem a intenção de desordenar a comunidade, permanecem com *status* de cidadão.

Uma pena apenas será atribuída a um cidadão após a realização de uma conduta ilícita, e tal sanção terá como objetivo de reestabelecer a norma que fora violada, não havendo criminalização prévia das condutas cometidas por aqueles que gozam do *status* de cidadão.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Conduzida pelo alemão *Gunther Jakobs*, a corrente defende que os inimigos não fazem *jus* a qualquer garantia fundamental, visto que, não são pessoas e então não são conduzidos pela Constituição.

Passa-se a apresentar o Direito Penal em três velocidades, onde a primeira baseia-se nas penas privativas de liberdade, a segunda velocidade, pós-segunda grande guerra, tratava das penas restritivas de direito e a terceira velocidade, também abordada como Direito Penal do Inimigo.

Segundo Gomes apud Moraes (2011, p. 230):

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.

O Direito Penal do Inimigo tem como embasamento o Direito Penal do Terror, presente na Idade Média, em que havia tribunais que julgavam os indivíduos considerados uma ameaça para a sociedade. Aqueles que fossem condenados eram presos e passavam por um processo inquisitivo.

A teoria do Direito Penal do Inimigo surgiu após o atentado terrorista às Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001, como uma solução. Dessa maneira, todo que colocarem em risco a ordem jurídica, ou viesse a contrariar uma regra do Estado, as normas penais aplicadas, extrairiam os direitos fundamentais (CANCIO MELIÁ, 2008, p. 53/54).

Portanto, o inimigo deveria ser condenado rapidamente, sem direito ao contraditório, ampla defesa, e todos os preceitos constitucionais presentes no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Preleciona o autor que: “Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas de descrever dois olhos num só contexto jurídico-penal” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 23).

Jakobs afirma que deve haver dois tipos de direito, um destinado ao cidadão e o outro para o inimigo.

Assim, conforme Jakobs, o Estado deve regularizar dois padrões distintos: um para a pessoa que cometeu um deslize em sua conduta, Direito Penal do Cidadão, e outro para o indivíduo que tem a intenção de destruir a ordem jurídica, Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo antecipa a tutela penal com o intuito de atingir até mesmo atos preparatórios, sem redução quantitativa da punição. Destarte, deve ser combatida a periculosidade do inimigo, atribuindo uma medida de segurança com a mera demonstração da futura prática de um crime, para a manutenção da ordem.

3.1 Conceito de Inimigo

Inimigo é o indivíduo que mostra um modo de vida contrário às normas jurídicas, afrontando a estrutura do Estado, com a intenção de destruir a ordem nele imperante.

Conforme Jakobs (2008, p. 49):

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrario, o inimigo é excluído.

Aquele que não oferece em seu comportamento segurança suficiente, o Estado não deve tratá-lo como pessoa, ao ponto de que, desta forma, colocaria em risco a segurança dos demais.

Diferentemente do cidadão que comete um deslize em seu comportamento, o inimigo emprega em suas práticas profissionalismo e habitualidade, não garantindo o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal.

Segundo Silva Sánchez (2002, p. 149), o cidadão passa a ser considerado inimigo, mediante a reincidência, habitualidade, profissionalismo ao delinquir, e a participação em organizações criminosas estruturadas.

Baseia filosoficamente sua teoria nas ideias de Jean Jacques Rousseau, uma vez que o inimigo ao desobedecer ao contrato social, contrariando o Estado, deixa de ser um de seus membros. Ao mesmo passo, Immanuel Kant, sustenta que uma pessoa que apresenta ameaça de forma frequente para a comunidade e ao Estado, deve ser tratada como inimiga.

O indivíduo que se torna um inimigo para o Estado, não é mais considerado como pessoa. Conseqüentemente, não é mais tratado como cidadão, perdendo o reconhecimento de seus direitos processuais, tendo em vista que, sendo uma ameaça à ordem pública, desconsidera-se sua posição de sujeito na relação jurídico-processual.

Por apresentar grande perigo para a sociedade, privilegia sua periculosidade para a fixação da repreensão imposta ao inimigo.

3.2 Principais características

Meliá *apud* Moraes (2011, p. 197):

Meliá sintetiza tais pontos cruciais, aduzindo que o 'Direito Penal do Inimigo' se caracteriza por três elementos básicos:

- a) ordenamento jurídico-penal prospectivo (adiantamento da punibilidade);
- b) penas desproporcionalmente altas, o que, equivale à constatação de que a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada e
- c) relativização ou supressão de determinadas garantias processuais.

A Antecipação da tutela penal é a repreensão de atos preparatórios e alastramento dos conceitos delitivos abstratos e de perigo. O indivíduo é incriminado antecipadamente, tendo em vista a falha na segurança cognitiva.

A majoração das repreensões pouco considera a gravidade do fato, mas sim, a necessidade em dominar a periculosidade do autor. Segundo afirma Luciana Tramontin Bonho, “como o Direito Penal do Inimigo pune o autor pela sua periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade das penas, que passam a ser demasiadamente desproporcionais”.

São deixadas de lado garantias como a proteção à intimidade, ampla defesa. Benefícios como a liberdade provisória, responder em liberdade, sursis, entre outros, são defesos. Frisa-se, ainda, o desrespeito a princípios constitucionais como da presunção de inocência, do devido processo legal e do *in dubio pro reo*.

As garantias processuais são analisadas como barreiras, limitações, frente à realização da lei e efeito no combate à prática de delitos. Aqueles que defendem direitos e garantias são apontados de limitar a ordem social.

3.3 O Estado Democrático de Direito e o Direito Penal do Inimigo

A prática do Direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro é irrealizável, já que, a teoria é conflitante com os princípios do Estado Democrático de Direito garantidos na Constituição Brasileira de 1988.

Estado de Direito é onde há soberania das leis, a separação de poderes e direitos e garantias fundamentais. O Estado Democrático é um aprimoramento do anterior, pois, na prática, firma a participação de todos, ainda que indiretamente, na vida política do país.

Portanto, é intolerável, que num Estado Democrático de Direito, haja indivíduos que não desfrutem dos direitos e garantias afirmados a todos. A distinção entre direito penal do inimigo e direito penal do cidadão, sugerida por Jakobs, é intolerável, uma vez que o Estado prega a igualdade entre todos. Como ressalva Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira (2008):

A teoria jakobsiana instiga a sempre se ter em mente a formulação contratualista de aceitação ou não do contrato social: aqueles que não aceitavam o contrato social tal qual posto pela maioria dos indivíduos, seriam à margem deste considerados, e, por conseguinte, à margem da sociedade. Contudo, é evidente a incompatibilidade com o Estado democrático de direito, haja vista que, além de haver uma classificação entre as pessoas, como fiéis ou não ao direito, há a errada formulação de que, segundo sua fidelidade ao direito, isto é, se constituem ou não fonte presente e futura de perigo para a sociedade: as pessoas serão julgadas de acordo com leis diferentes, embora estejam sujeitas a um mesmo Estado democrático de direito.

Luiz Gracia Martín (2007) tem entendido no mesmo sentido, tendo em vista que o Direito Penal é moderado pelo princípio da dignidade da pessoa humana:

Na medida em que o Direito Penal do Inimigo for apenas força e coação físicas para imposição e defesa da ordem social, entrará em uma contradição insanável com a dignidade do ser humano e deverá ser invalidada e deslegitimada de modo absoluto. O horizonte da democracia e do Estado de Direito não pode abarcar nenhuma coexistência entre um Direito Penal para cidadãos e um Direito Penal para inimigos. O Direito Penal do inimigo não tem lugar no horizonte da democracia e do Estado de Direito, porque só no horizonte de uma sociedade não democrática e de um Estado totalitário é imaginável a emergência de um Direito Penal do inimigo.

Ao mesmo tempo, a tentativa em individualizar o inimigo acaba por atingir a todos, sendo que a distinção nem sempre é clara. O tratamento individualizado resulta em prejuízo de direitos e garantias de todos, remetendo muito mais ao Estado Absoluto que ao Estado de direito.

3.4 Direito Penal do Inimigo e o Regime Disciplinar Diferenciado

A Lei de Execuções Penais Brasileira (Lei n.º. 7.210/1984) foi alterada pela Lei n.º. 10.792/2003, que traz a inclusão do Regime Disciplinar Diferenciado.

Ainda que a violação ocorra de forma indireta, tal regime infringe determinadas garantias fundamentais, especialmente quanto à humanidade de execução da pena.

Após a alteração, o artigo 52 sofreu uma mudança, incluindo dois parágrafos:

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

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

O preso será submetido a um isolamento, em cela separada, característica essa que não se enquadra no direito penal clássico, levando a acreditar em uma possível aplicação do direito penal do inimigo.

Tal isolamento tem o objetivo de impedir que os criminosos pratiquem mais crimes, por representarem um perigo administrativo ou social, como por exemplo, suspeita de envolvimento com organização criminosa.

O procedimento de considerar “suspeitas” na participação do ato ilícito, nada mais é do que o Direito Penal do Inimigo.

Com o Regime Disciplinar Diferenciado, o tratamento aplicado ao autor de um crime, vem confirmar com a diferenciação entre inimigos e cidadãos.

4 CONCLUSÃO

A aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo seria uma possibilidade de diminuir a criminalidade que vem crescendo no Brasil.

Uma vez que nosso sistema é falho, onde há a possibilidade de que inocentes sejam punidos, vedando-lhe direitos e garantias a ele ressalvados, enquanto verdadeiros criminosos são protegidos pelo devido processo legal, saindo muitas vezes imunes a repressão.

Por outro lado, é impraticável que ocorra uma distinção entre inimigos e cidadãos, ao passo em que a Constituição Brasileira traz como cláusula pétrea, igualdade entre todos os seres.

Portanto, seria necessária uma relativização de tais garantias processuais penais, aplicando mudanças ao Direito Penal, em busca de um sistema mais eficaz.

Há que se pensar em sanções penais mais firmes, mais persistentes, para certos atos ilícitos, assim como na tipificação de novos delitos, observado os novos fatos sociais.

Da mesma maneira que aparecem críticas quanto à aplicação do Direito Penal do Inimigo, o mesmo deve ser fonte de reflexões, podendo até mesmo ser a solução para o aumento da criminalidade brasileira.

Porém, não há a possibilidade de distinguir inimigo de cidadão dentro de um Estado Democrático de Direito.

Os atuais inimigos são os homicidas, traficantes, terroristas, que vem propagando medo na sociedade. A necessidade é de um sistema mais seguro e concreto, que traga sanções proporcionais e de efetiva solução para que fatos de gravidade alta não se repitam, tirando assim, a sensação de impunidade que permanece presente diariamente na vida de todos os brasileiros.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea, dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco.** São Paulo, IBCCRIM, 2007.

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

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Edição especial. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função, novos estudos de teoria do direito.** Barueri, Manole, 2007.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 3ª ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2006.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático).** 4ª Ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris. 2007.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”.** Revista Ibero-Americanas de Ciências Penais, ano 6, n.º. 11, 2005.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 4ª ed. Niterói, Impetus, 2009.

GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

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

JAKOBS, Gunther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal.** Barueri, Manole, 2003.

KREBS, Pedro. **Teorias a respeito da finalidade**

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes: princípios metafísicos da doutrina do Direito**. Lisboa, 2004.

KREBS, Pedro. **Teorias a respeito da finalidade da pena**. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, ano 6, n.º. 11, 2005.

Lei de Execução Penal. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília, 1984.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba, Juruá Editora, 2011.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo, Método

MORAES, Vinicius Borges de. **As teorias da finalidade da pena e o respeito às garantias fundamentais**. Revista Ibero-Americana de Ciências Pais, ano 6, n.º. 11, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Delinquência Organizada e o Direito Penal do Inimigo**. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, n.º. 12, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n.º. 47, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa Social e Direito Penal do Inimigo**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e dos fundamentos da desigualdade entre os homens**. Brasília, Atica, 1990.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10989/direito-penal-do-inimigo-e-controle-social-no-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 14 de abril de 2015.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Introdução ao estudo do Direito Penal, evolução histórica, escolas penais, valores constitucionais, princípios penais e processuais e valores humanos.** São Paulo, Saraiva, 2003.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **O funcionalismo sistêmico de Gunther Jakobs: possibilidades para uma nova missão do Direito penal.** Estudos Jurídicos, São Leopoldo. v. 37. Nº. 99. 2004.

TRAMONTIN, Luciana Bonho. **Noções introdutórias sobre direito penal do inimigo.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8439/noco-es-introductorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 13 de abril de 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro, Revan, 2007.