

## Direito Penal do Inimigo

Paulo Ricardo Cursino de Moura

### I Introdução

Sempre houve uma preocupação dos Penalistas com o delinquente habitual, aquele que reiteradamente desrespeita as normas vigentes.

Embora Jakobs tenha feito uma nova formulação da teoria direito penal do inimigo, percebe-se que não é algo novo. Lascano observou que Von Liszt, em seu Programa de Marburgo, empregou palavras semelhantes na análise do poder punitivo estatal como uma guerra à criminalidade 1.

Este autor também relata que Mezger, à época do nazismo, também fez distinção entre direito penal do cidadão e direito penal excepcional, distinção esta característica do direito penal do inimigo 2.

Algumas teorias existentes nos Estados Unidos também demonstraram a preocupação com o aumento da criminalidade como janela quebrada e tolerância zero.

Estas teorias, embora não possam ser consideradas direito penal do inimigo, já que são destinadas a pequenas infrações, demonstram políticas de enfrentamento da criminalidade.

O fato é que, com o aumento da criminalidade organizada, atos de terrorismo e da existência de delinquentes habituais de grande periculosidade, alguns penalistas, principalmente Jakobs, passaram a perceber que o Direito Penal, tal como ele está formulado, é insuficiente para coibir e afastar este tipo de perigo.

Em razão disso, nasceu a teoria do direito penal do inimigo, que não foi propriamente criada por Jakobs, mas ele, com base em preceitos antigos, procedeu à reformulação, adequando-a aos tempos atuais.

Günther Jakobs é catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha. É um dos mais respeitados penalistas da atualidade.

Jakobs, segundo a doutrina, possui três fases na teoria do direito penal do inimigo.

Em 1985, ele, ao analisar esta teoria, fazia críticas até em tom pejorativo. A partir de 1999 começou a descrever com certa neutralidade, até que, após 2003, principalmente em razão dos atentados de 11 de setembro, passou a defender esta teoria como legítima e passível de aplicação.

### II Conceito e Significado

Direito penal do inimigo é uma forma de aplicação do direito penal a determinados tipos de infratores.

Temos dois tipos de direito penal: Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo. O primeiro deve ser aplicado àquele que cometeu um erro, porém, com a pena, pode ser ressocializado. Já o segundo deve ser aplicado àquele que representa um perigo à sociedade. Este deve ser eliminado.

No direito penal do cidadão todas as garantias penais e processuais devem ser respeitadas. Já no outro, como veremos, não.

Jakobs sempre foi muito preocupado com a vigência da norma, no sentido de que o Direito Penal tem a função primordial de reafirmar sua vigência. Isto também é sustentado na Teoria dos Sistemas de Luhmann 3.

Em razão disso, Alexandre Rocha Almeida de Moraes sustenta que Jakobs idealizou a teoria, adotando um funcionalismo sistêmico, com base na Teoria dos Sistemas de Luhmann.

Dá-se prioridade ao sistema e depois à pessoa.

Por isso, sustenta-se que, quando se aplica o Direito penal do cidadão ao criminoso esporádico, está-se na verdade garantindo a vigência da norma e a sua validade. E, mais, ao delinquente perigoso, é possível fazer a sua despersonalização, retirar dele a condição de pessoa, o qual não terá mais os benefícios que o Estado concede às pessoas. Será tratado como inimigo.

As diferenças entre o Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão serão analisadas em tópico próprio.

### III Base Filosófica e Fundamento de Legitimidade do Instituto

Para admissão de um Direito penal do inimigo, recorre-se a autores com visão contratualista de Estado.

Pensadores que estipulam que vivemos em sociedade em contrato social, composto de direitos e deveres. Quando há um cometimento de um crime, o infrator quebra este contrato e, assim, não pode mais ter os benefícios da relação contratual.

Jakobs cita quatro filósofos: Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant.

Para os dois primeiros Rousseau e Fichte, a primeira quebra, ou seja, o primeiro delito cometido já caracteriza o infrator como inimigo.

Para Hobbes, necessário se faz que o réu pratique crimes de alta traição, ou seja, não é qualquer crime que faz de seu autor um inimigo.

Kant, por sua vez, não trata como pessoa aquele que ameaça constantemente a sociedade, bem como aquele que não adere ao contrato social.

Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão, já que para estes há dois tipos de infratores.

A teoria de Jakobs amolda-se melhor na concepção destes dois últimos filósofos.

Cabe ressaltar que, segundo Juarez Cirino dos Santos, Jakobs adota a definição formal de crime de Hegel, o crime como negação de validade da norma 4.

Alguns doutrinadores mencionam que, com base em Hegel, Jakobs elaborou a teoria do direito penal do inimigo.

Como vimos, desde 2003 Jakobs busca legitimar a teoria direito penal do inimigo.

Segundo Damásio de Jesus, Jakobs fundamenta a legitimidade da teoria em três alicerces: "1) o Estado tem direito a procurar segurança em face de indivíduos que reincidam persistentemente por meio da aplicação de institutos juridicamente válidos (exemplo: medidas de segurança); 2) os cidadãos têm direito de exigir que o Estado tome medidas adequadas e eficazes para preservar sua segurança diante de tais criminosos; 3) é melhor delimitar o campo do Direito Penal do Inimigo do que permitir que ele contamine indiscriminadamente todo o Direito Penal" 5.

#### IV Velocidades do Direito Penal

Para Silva Sánchez, existem três velocidades do Direito Penal 6:

1) A primeira trata do direito penal clássico, em que há a utilização de pena privativa de liberdade a um criminoso, o qual possui todas as garantias individuais preservadas;

2) A segunda velocidade trouxe ao direito penal alternativas à pena privativa de liberdade e relativizou certas garantias do acusado, como a Lei nº 9.099/95;

3) Na terceira, além da utilização das duas primeiras, há uma flexibilização de garantias materiais e processuais, agora no âmbito da punição. Exemplo: Lei dos crimes hediondos.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes caracteriza o direito penal do inimigo como terceira velocidade do direito penal 7.

#### V Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão

Para os defensores da teoria em estudo, o grande erro é não delimitar esses direitos (inimigo e cidadão), permitindo a mescla entre eles.

O direito penal do cidadão deve ser aplicado para aquele que violou a norma, mas com a pena será possível ressocializá-lo, além de garantir a vigência da norma. Faz-se um juízo de culpabilidade, ao analisar o fato pretérito praticado pelo autor.

Busca-se reprimir a conduta praticada.

Nesse direito penal do cidadão, o indivíduo continua a ser considerado pessoa e a ele devem ser preservadas todas as garantias individuais. Alguns doutrinadores dizem que este é o direito penal do fato.

O direito penal do inimigo deve ser aplicado para o criminoso perigoso, aquele que representa um risco ao ordenamento jurídico e à sociedade. Faz-se um juízo de periculosidade, ou seja, tomamos medidas para evitar fatos futuros e não punimos fatos passados. Analisa-se o autor e o risco que ele representa e não o fato pretérito praticado por ele. Segundo os mesmos doutrinadores que qualificam o

direito penal do cidadão como do fato, o direito penal do inimigo nada mais é do que direito penal do autor.

O direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o do inimigo combate perigos.

Segundo Jakobs, "O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra" 8.

Assim, continua Jakobs, "o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação" 9.

Porém, quem é o inimigo?

É aquele que com sua ocupação abandonou o Direito, como aquele que não garante nenhuma segurança à sociedade como os delinquentes organizados, autores de crimes sexuais, terroristas e criminosos econômicos.

## VI Características do Direito Penal do Inimigo

### 1) Antecipação da punibilidade para atos preparatórios.

No direito penal clássico, o indivíduo para ser punido deve percorrer o "*iter criminis*" (cogitação, preparação, execução e consumação) até pelo menos o início de execução, quando o bem jurídico começar a ser violado. Os atos de cogitação e preparação, como regra, não são puníveis.

No direito penal do inimigo, antecipa-se a punição para atingir atos preparatórios e, assim, evitar o fato futuro.

### 2) Ao inimigo aplica-se medida de segurança por prazo indeterminado e não pena.

Como quer prevenir o fato futuro, deve-se afastar o inimigo da sociedade e não reprimir a sua conduta para, após, reintegrá-lo na comunidade.

Não são retirados todos os direitos do inimigo. Alguns são preservados, aqueles que não expõem risco ao Estado, como o direito à propriedade.

### 3) Desproporcionalidade das penas.

A pena não é proporcional ao delito, pois não se aplica pena ao fato praticado e sim preserva o Estado deste inimigo. Além do mais, a sanção a atos preparatórios pode ser a mesma para consumados, não havendo uma redução proporcional.

### 4) O indivíduo não é punido em razão de sua culpabilidade e sim periculosidade.

Não se observa o que ele fez e sim o que poderá fazer.

5) Deve haver a criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato, também na ideia de se evitar a lesão a bens jurídicos.

### 6) Mudanças da lei de direito penal para lei de combate à delinquência.

7) A restrição ou supressão de garantias penais, processuais, bem como aquelas atinentes à execução.

Neste ponto é onde incidem as maiores críticas.

No que tange ao direito penal do inimigo, a doutrina diz que há uma flexibilização do princípio da legalidade, com a criação de tipos penais abertos e normas penais em branco; exclusão do princípio da proporcionalidade das penas e intervenção mínima, e supressões aos direitos do condenado.

## VII Críticas ao Direito Penal do Inimigo

Há dificuldade em encontrar penalista favorável a esta teoria.

Crítica comum entre os doutrinadores é a de que direito penal do cidadão é um pleonasma, já que direito penal é sempre para o cidadão, e direito penal do inimigo é uma contradição em seus termos, ou seja, direito penal é incompatível com direito penal do inimigo.

A grande preocupação dos penalistas seria a eleição deste inimigo, já que a história aponta que houve a escolha de inimigos apenas em razão de estes serem contrários à determinada ideologia do Estado, ou pior, a ideologia do governante estipulando os inimigos a serem combatidos, como os judeus inimigos do nazismo. Neste ponto está o perigo desta teoria, ou seja, todas as garantias adquiridas ao longo dos tempos serem suprimidas em razão de determinada ideologia.

O problema está nas seguintes indagações:

a) quem são os inimigos? b) quem os define? No interesse de quem serão assim considerados?

Zaffaroni expõe: "O poder instrumentaliza as ideologias na parte em que estas lhe são úteis e as descarta quanto ao resto" 10.

A isto dá-se o nome de manipulação ideológica.

Outra crítica feita é que a punição exarcebada não reduz a criminalidade e sim o que faz é a certeza da punição. O direito penal do inimigo é um direito simbólico, ou seja, aquele que apenas dá uma sensação na sociedade de segurança e promove o governante, porém sem qualquer utilidade.

Direito penal do inimigo é ineficaz uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzindo a criminalidade.

E, mais, o crime deve ser combatido com políticas públicas e não com o direito penal.

Há ofensa à Constituição, vez que ela não permite a colocação de alguém como objeto de coação, despido de sua condição de pessoa.

Luiz Flávio Gomes diz que quem defende direito penal do inimigo na verdade é inimigo do direito penal 11.

Juarez dos Santos encerra dizendo que o direito penal do inimigo fere o princípio da igualdade ao tratar de forma desigual dois seres humanos, além do que promove um modelo autoritário de controle social, que acaba por inviabilizar o Estado Democrático de direito 12.

#### VIII Reflexos para o Direito Penal Brasileiro

O direito penal do inimigo não é adotado no Brasil. No entanto, ao observar a legislação brasileira, encontramos algumas de suas características, ainda de forma tímida é verdade.

Encontramos crimes de perigo abstrato tipificados na legislação pátria como:

Art. 253 do Código Penal que dispõe:

"Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".

Punimos, também, ainda que de maneira excepcional, atos preparatórios, como:

"Art. 291 – Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa".

E como antecipação da punição:

"Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado".

Podemos citar ainda a Lei original dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) que para alguns feria o princípio da dignidade da pessoa humana, individualização da pena e humanidade e a Lei nº 9.034/95, a qual dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Porém, a característica mais marcante do direito penal do inimigo em nossa legislação é o regime disciplinar diferenciado, introduzido na Lei nº 7.210/84 pela Lei nº 10.792/03.

Nesse regime de cumprimento de pena, o condenado fica em cela individual, com saída diária para banho de sol por duas horas, podendo receber visitas semanais de, no máximo, duas pessoas sem contar as crianças, por período de duas horas. Esta lei também estipula o prazo máximo de duração ("*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*").

Esta lei estabelece as hipóteses em que o condenado pode ser inserido nesse sistema. Contudo, encontramos as características mais marcantes do direito penal do inimigo nos parágrafos do Art. 52 da referida lei.

"§ 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".

Percebe-se neste artigo o direito penal do autor, preocupado com o perigo que o condenado representa. Aplica-se o regime disciplinar diferenciado visando evitar riscos futuros à sociedade.

Constata-se também a antecipação do direito penal para atingir presos provisórios.

"§ 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".

Mais uma vez se preocupa com o perigo representado pelo indivíduo e antecipa-se o direito penal ao preso provisório.

Observa-se que não se faz necessário que o indivíduo seja o chefe da organização criminosa, basta participar dela "a qualquer título".

Outra característica marcante do direito penal do inimigo é que não precisa certeza de que um indivíduo faça parte de organização criminosa, basta fundada suspeita de envolvimento para que ele seja colocado em regime disciplinar diferenciado.

## IX Conclusão

Não seria possível aplicar a teoria direito penal do inimigo, tal como ela fora elaborada, no Brasil.

Termos dois tipos de indivíduos, cidadão e inimigo, feriria o princípio constitucional da igualdade.

Despersonalizar uma pessoa e tratá-la como inimigo atingiria um fundamento de nossa Constituição que é a dignidade da pessoa humana.

Medida de segurança por tempo indeterminado iria de encontro ao art. 5º, inciso XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal, que veda pena de caráter perpétuo.

A morte do inimigo também não poderia ser aceita, já que a Constituição veda a pena de morte, admitida apenas em guerra declarada e, mais, atingiria o *caput* do art. 5º que diz ser a vida inviolável.

No entanto, embora entender pertinentes todas as críticas elaboradas no item VII, deste trabalho, principalmente no que tange à dificuldade de estabelecer o inimigo, bem como o fato de poder existir influência da ideologia sobre a sua eleição, entendo que alguns reflexos desta teoria, como os elencados no item anterior, podem e devem ser aplicados.

Não acredito que apenas políticas públicas resolveriam o problema da criminalidade. O Direito Penal tem sim uma função social.

Em alguns casos, excepcionais é claro, punir crimes de perigo abstrato e atos preparatórios protegeria melhor o bem jurídico tutelado, como dismantelar uma quadrilha antes de sua atuação e proibir o sujeito de ter a máquina que falsifique o dinheiro, para mais distante ficar a falsificação.

Hoje, com a criminalidade altamente organizada e dentro do sistema prisional, seria impossível descartar o regime disciplinar diferenciado. Cabe ressaltar que alguns dizem que os ataques de facções criminosas a autoridades e prédios públicos só foram contidos pelo temor do preso quanto a esse regime.

A Constituição Federal também protege a segurança de todos e não apenas estabelece princípios ao acusado como sua proteção ao abuso e arbítrio estatal.

Em seu art. 5º, *caput*, coloca a segurança como uma garantia inviolável. E, em uma melhor interpretação, as garantias previstas no *caput*, ao constituinte, são mais importantes do que as constantes dos incisos deste artigo.

Como destaca Luciano Feldens:

"Trata-se, em realidade, de encarar os direitos fundamentais a partir de uma perspectiva constitucionalmente orientada de dupla face. Ao tempo em que a Constituição contém os princípios fundamentais de defesa do indivíduo frente ao Estado, de forma a coibir o arbítrio, por outro lado, preocupada com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais – como, de resto, os de natureza social – para que se façam efetivados, não se bastam com a mera inação estatal, senão que devem ser protegidos também em face de ataques de terceiros (particulares), a Constituição pressupõe – e impõe – uma ação estatal na defesa desses valores fundamentais". 13

E prossegue: "*os direitos não são, em si, direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado*" 14.

Em suma, o direito penal do inimigo, embora seja uma teoria de grande valor doutrinário, não tem espaço em nosso Ordenamento Jurídico, salvo algumas de suas características, em casos excepcionais, para preservar a garantia constitucionalmente inviolável que é a segurança.