

DIREITO PENAL DO INIMIGO¹

*Lígia Inoue Martins*²

*Fernando Bonfim Duque Estrada*³

Resumo: O presente trabalho tem por objeto uma análise crítica sobre o Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, visando demonstrar, de forma sucinta, quais são as principais idéias defendidas por esse doutrinador alemão, em sua teoria, quais são as principais críticas direcionadas a essa tese e porque ela é incompatível com os ditames de um Estado Democrático de Direito, ressaltando assim, os principais aspectos que nos levam a afirmar que o Direito Penal do Inimigo não existe no Brasil, apesar de alguns doutrinadores se posicionarem em sentido contrário.

Palavras-chave: Direito penal do Inimigo. Punitivismo penal. Garantismo.

Abstract: *This paper is a critical object on the Law of Criminal Enemy of Günther Jakobs, which aims to demonstrate, in summary form, what are the main ideas advocated by the German indoctrinated in his theory, what are the main criticisms directed to this thesis and because it is incompatible with the dictates of a democratic state of law, thus highlighting the main aspects that lead us to say that the criminal law of the enemy does not exist in Brazil, although some indoctrinated position is in the opposite direction.*

Keywords: *Criminal law of the enemy. Punitive criminal. Guaranteed.*

1. Introdução

Devido aos constantes atentados terroristas contra a humanidade, alguns doutrinadores, como Günther Jakobs, vem defendendo a aplicação de uma legislação penal de emergência, a qual ele denomina de Direito Penal do Inimigo, onde, na busca de se conter esse tipo de criminalidade, ele apresenta uma proposta que permitiria ao Estado criar uma resposta punitiva diferenciada às infrações de elevada gravidade ofensiva.

Esta proposta parte da idéia de que a sociedade, por ter sofrido várias transformações, exige que o Direito Penal esteja atualizado, pois, segundo Jakobs:

¹ O presente artigo é resultado da monografia jurídica defendida no Curso de Direito da Unigran, sob a orientação do Professor Fernando Bonfim Duque Estrada.

² Graduanda do 9º Semestre, do Curso de Direito da Unigran. Estagiária credenciada no Ministério Público Estadual de Dourados-MS.

³ Graduado e Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela UNIGRAN. Professor de Direito Processual Penal na UNIGRAN. Procurador de Entidades Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul e advogado.

(...) hoje em dia, uma teoria do delito, com consistência interna, tem que partir do conceito de “pessoa” e de “lesão jurídica”. Portanto, aquele “que pretende ser tratado como pessoa deve dar em troca certa garantia cognitiva de que se comportará como pessoa. Se não existe essa garantia, ou ainda, se é negada, expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade ante o fato de um de seus membros, e passa a ser uma reação contra o inimigo.⁴

Dessa forma, verifica-se que os atentados terroristas, a criminalidade organizada, a incerteza dos riscos e a sua imprevisibilidade, fizeram nascer na sociedade um sentimento de absoluta insegurança, fazendo com que todos clamem por soluções rápidas e eficazes. Com isso, muitas pessoas acreditam que a solução se encontra num direito penal mais rígido, que seja capaz de conter efetivamente essa criminalidade, e isso, fez com que a doutrina penal revelasse uma política criminal que Jakobs denomina de Direito Penal do Inimigo.

2. Direito Penal do Inimigo segundo Günther Jakobs

Direito Penal do Inimigo é uma teoria desenvolvida por Günther Jakobs, em 1985, onde defende a idéia de que devem existir dois tipos de Direito: um direito penal que esteja voltado para o *cidadão* e outro para o *inimigo*, sendo ambos, no entanto, pertencentes ao mesmo contexto jurídico-penal.

Nessa época, ele apenas apresentava essa teoria de forma crítica e descritiva, alegando que o único direito penal legítimo seria o Direito Penal do Cidadão, visto que o mesmo garante ao indivíduo que cometeu uma infração e que oferece garantias de que irá voltar a se conduzir de forma fiel e obediente à norma, o *status de pessoa* e o direito a ter acesso a todos os seus direitos penais e processuais previstos em lei, o que não ocorreria com o Direito Penal do Inimigo.

Contudo, a partir de 1999, ele mudou drasticamente de posição, passando assim, a defender a aplicação do Direito Penal do Inimigo, alegando que ele não seria ilegítimo, visto que essa distinção entre Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão seria necessária para se proteger, bem como para se manter a legitimidade do Estado de Direito e da ordem jurídica, sendo que, para ele:

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 (...) [Assim] O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (...) combate perigos (...)⁵

Dessa forma, na concepção desse doutrinador alemão, o Direito Penal do Cidadão seria aquele aplicado contra indivíduos que, a princípio, não delinqüem persis-

⁴ JAKOBS, Günther apud RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc. *Os Fundamentos Epistemológicos da Construção do Direito Penal do Inimigo na Contemporaneidade: Aspectos Nacionais e Transnacionais*. Disponível em: www.freixinho.adv.br. Acesso em: 20/08/08.

⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 2008. p. 30.

tentemente, e que oferecem certa garantia cognitiva mínima de que terão um comportamento pessoal, demonstrado através da obediência e fidelidade ao ordenamento jurídico. Já o Direito Penal do Inimigo seria aquele aplicado contra indivíduos que se desviam por princípio, e que não demonstram, de forma objetiva, que atuarão como pessoas.

Com isso, percebe-se que essa teoria de Jakobs é estruturada sobre o conceito de *pessoa* e de *não-pessoa*, onde o inimigo é uma não-pessoa, pois um sujeito que não apresenta condições de que possa voltar a ser respeitador da norma, não é digno de possuir *status de pessoa*, e assim de ter assegurado seus direitos fundamentais, e ainda por que:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas que o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.⁶

Desse modo, verifica-se que a distinção entre pessoa e inimigo depende não apenas das características individuais, mas principalmente comportamentais dos indivíduos, sendo que com base nessa distinção é que surge o Direito Penal do Cidadão, para os indivíduos que se comportam como pessoas, e o Direito Penal do Inimigo, para os que se conduzem de forma desviada, sem dar garantias de um comportamento pessoal adequado.

Assim, com base nessa distinção, Jakobs alega que deve ser aplicada pena ao cidadão, por ser o modo mais apropriado de se proceder contra os transgressores da norma, visto que a pena é a coação portadora da resposta penal adequada ao fato delituoso de uma pessoa racional; e por meio de medida de segurança, contra os criminosos por tendência, por ser esta a coação portadora da resposta penal adequada ao fato delituoso de um indivíduo perigoso, tendo em vista que as “*medidas de segurança são penas sem os limites nem as garantias das penas*.”⁷

Dessa forma, percebe-se que:

a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. (...) [Assim] quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas (...).⁸ (grifos nossos).

Assim, se um indivíduo é considerado pessoa, esse *status* lhe concede direitos, sendo-lhe negado, ele perde seus direitos, se tornando um sujeito perigoso, que deve ter sua conduta interceptada no estágio prévio, para evitar a concretização de um mal maior e supostamente previsível para a sociedade.

Dessa forma, o Estado, conforme proposta apresentada por Jakobs, poderá proceder de duas formas contra os transgressores da norma: pode vê-los como pes-

⁶ JAKOBS, Günther. *Op.cit.* p. 42.

⁷ *Idem.* p. 97.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2007. p. 18

soas que agiram de modo errado, ao delinquir, e assim, deve ser aplicado a eles uma pena na busca de se restabelecer a vigência da norma; ou como indivíduos que visam destruir o ordenamento jurídico, devendo ser aplicado contra estes um procedimento de guerra, mediante a coação, com aplicação de penas desproporcionais, adiamento da punibilidade e flexibilização ou até supressão das garantias penais e processuais previstas legalmente, sendo essas, portanto, as características primordiais do Direito Penal do Inimigo.

3. Críticas à Tese do Direito Penal do Inimigo

Um dos argumentos utilizado pelos doutrinadores para criticar o Direito Penal do Inimigo, se refere ao fato de, Jakobs, defender em sua teoria, que o indivíduo deve ser punido pelo o que ele é ou representa ser, ou seja, por ser ele um inimigo, por ele representar um perigo à sociedade, e não necessariamente pelo fato criminoso que ele tenha cometido, o que implica, portanto, na constatação de que o Direito Penal do Inimigo nada mais é do que um direito penal do autor, em detrimento ao direito penal do fato.

Com isso, tem-se alegado que, o que Jakobs pretende com sua teoria, ao visar a punição de alguém pelo que é ou representa ser, sem precisar mais do que isso para ser punido, muito se assemelha ao projeto desenvolvido por Mezger durante o regime nazista, de Hitler, posto que, naquele período, se punia as pessoas pelo que elas eram (negros, judeus, deficientes físicos, homossexuais, etc), e não pelo fato criminoso que elas tinham cometido, dando azo, assim, à criação de um direito penal “discriminatório, racista e preconceituoso, uma vez que passa a tratar um cidadão possuidor de direitos como mero objeto e não como pessoa.”⁹

Além disso, o direito penal do autor atuaria de modo tão repressivo que acabaria punindo o agente pela simples cogitação do crime, ou seja, puniria o indivíduo por um mero pensamento, por ele ter tido pensamento contrário à norma. Com isso, “o direito penal passaria a controlar, inclusive, tudo o que se passa na cabeça das pessoas, o que fere vários princípios penais, como o da lesividade, da ofensividade e da materialização do fato”, conforme ressalta Francisco Sannini Neto.¹⁰

Ainda, cabe considerar que o Direito Penal do Inimigo visa tão-somente, aplacar o clamor público por soluções rápidas e eficazes na contenção da criminalidade (direito penal simbólico), por meio da adoção de uma política criminal mais preocupada em punir consideravelmente o acusado (punitivismo), sob a alegação de que, com o endurecimento das legislações penais, com uma maior punição para determinados indivíduos (aos inimigos), seria possível evitar que os crimes mais infames acontecessem em meio à sociedade, ou então, se já tiverem acontecido, que tais indivíduos sejam punidos como merecem ser punidos: por meio da coação e sem garantias, na busca de eliminá-los, ante sua periculosidade.

⁹ SANNINI NETO, Francisco. *Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito: compatibilidade*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 05 janeiro 2009.

¹⁰ SANNINI NETO, Francisco. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 05 de jan. 2009

Assim, verifica-se que essa teoria de Jakobs, ao invés de ser progressiva, é manifestamente regressiva, pois objetiva repetir tudo aquilo que o direito penal já aplicara antigamente e que não deu certo, servindo tão somente para excluir ainda mais os marginalizados, ou até mesmo exterminá-los, pois conforme alegado outrora, o Direito Penal do Inimigo almeja *eliminar perigos*.

Destarte, cabe questionar a legitimidade dessa “suposta tendência”, tendo em vista que, além de ser totalmente contrária ao modelo atualmente adotado por nossa legislação penal, ao invés de se ter segurança frente aos inimigos do Estado, todos passariam a ser alvo dele, pois, na medida que são relativizadas ou até mesmo suprimidas as garantias individuais, mesmo sobre a alegação de que se direcionam apenas aos que possuem personalidade voltada à delinquência (inimigos), todos acabariam por ser prisioneiros dele também, pois, ao ser confundido com um inimigo passar-se-ia a ser processado sem nenhuma garantia, e sem ter como provar inocência, tendo em vista que tudo poderia ser usado contra tal indivíduo, e assim, todos ficariam ao pleno jugo do Estado.

Zaffaroni, a propósito, observa que a redução de direitos e garantias processuais, não ficaria limitada apenas aos inimigos, mas seria estendida a todos os cidadãos, devido ao fato de não existir conceito definido de inimigo. Dessa forma, ele considera que, o que deveria estar efetivamente em discussão:

não é se podemos tratar alguns estranhos de maneira diferenciada, porém se o estado de direito pode limitar as garantias e a liberdade de todos os cidadãos. Pois, ao permitir a intervenção das comunicações privadas se afeta a intimidade de todos; ao limitar garantias processuais se coloca todos em risco, de serem indevidamente processados e até condenados por terrorismo; ao tipificar atos preparatórios equívocos com pena, se atinge a todos, por condutas que na maioria dos casos são inofensivas.¹¹

Com efeito, percebe-se que, se fosse legitimado o Direito Penal do Inimigo, o Estado deixaria de ser Democrático de Direito para ser um Estado Totalitário, onde as conquistas de direito, as quais levaram séculos, seriam suprimidas em pouco espaço de tempo, e ainda pior, de forma legitimada, o que não se pode aceitar.

Assim, essa tendência deve ser rechaçada por nosso ordenamento jurídico-penal, pois conforme alertam Gomes e Cervini, a reação do Estado contra os crimes de alto grau de ofensividade não pode ter por base medidas ou mecanismos inconciliáveis com o Estado Constitucional de Direito, pois segundo esses autores:

tudo ‘direito de exceção’ configura sério risco para o cidadão, pois é sempre construído em detrimento dos direitos e garantias individuais. Constitui também sério risco para o Estado Democrático porque, pouco a pouco, vai se incorporando ao direito comum e geral. Nem tudo que a política criminal sugere, em suma, encontra abrigo no *ius positum*.¹²

¹¹ ZAFFARONI *apud* RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc. Disponível em: www.freixinho.adv.br. Acesso em: 20 ago. 2008.

¹² Cf. GOMES E CERVINI *apud* MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’*. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. 19 ago. 2008.

Portanto, o Direito Penal do Inimigo, da forma como fora proposto por Jakobs, é incompatível com o Estado Democrático de Direito, visto que, com sua adoção, não se respeitariam as garantias de direito consagradas constitucionalmente, no combate a criminalidade, o que configuraria um verdadeiro retrocesso no âmbito penal, com reflexos negativos em todo o campo do Direito.

Dessa forma, por não existir essa conciliação, com a adoção do Direito Penal do Inimigo, na forma concebida por Jakobs, tornar-se-ia inviável a manutenção do Estado Democrático de Direito uma vez que todos os princípios constitucionais que fazem com que nosso Estado seja Democrático de Direito desapareceria, na busca ineficaz de conter a criminalidade, por meio da violação em massa de seus princípios fundamentais.

Por isso, o Direito Penal do Inimigo não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, não sendo, portanto, admissível sua adoção, uma vez que o nosso sistema penal deve respeitar os princípios constitucionais e se voltar para “os direitos humanos, embasado em um direito penal da culpabilidade, num direito penal mínimo e garantista,”¹³ como defende Bitencourt, com o qual se concorda de pleno direito, uma vez que sem essas garantias de direito, todos estariam sujeitos ao poder ilimitado do Estado, de modo a não ser possível se defender contra ele, o que não se pode admitir.

Nessa esteira, acredita-se que a melhor solução não é a adoção do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, no combate à criminalidade, mas sim a adoção do Direito Penal do Equilíbrio, de Rogério Greco, com aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*, devendo o Direito Penal ser usado somente quando esgotadas todas as possibilidades de controle extra penal no combate à criminalidade, devendo assim, intervir apenas em casos de extrema necessidade, e com observância e respeito às nossas garantias de direito, sob pena de assim não procedendo, tornar-se um Direito Penal ilegítimo.

4. Bom comportamento como condição do *Status de Pessoa* e a dignidade da pessoa humana

Jakobs alega que quem não se comporta conforme a norma deve perder seu *status de pessoa* e seus direitos fundamentais, por ter se tornado um inimigo, uma não-pessoa.

Dessa forma, esse doutrinador, com seu Direito Penal do Inimigo, nega expressamente qualquer valor a dignidade da pessoa humana.

Com isso, verifica-se que tal teoria – por mais esse motivo –, não se coaduna com Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, pois tal princípio é um de seus fundamentos, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Portanto, num Estado Democrático de Direito, como o Brasil, não existem indivíduos que não tenham assegurados para si, os direitos fundamentais e inerentes a toda e qualquer pessoa humana.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. V.I. 2002. p. 9-10.

Assim, percebe-se que, em nosso país, não é possível dizer, como pretende Jakobs, que cidadão ou pessoa é apenas aquele que se mostra fiel e obediente à norma, pois isso equivaleria a dizer que “o inimigo não seria um sujeito de direito, e sim apenas um objeto deste”. Ou seja: a conclusão jakobsiana é incompatível com o Estado democrático de direito atual.”¹⁴

Com efeito, não existe a possibilidade de haver uma compatibilização entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito, conforme já alegado acima, pois excluir o *status de cidadão* de um indivíduo seria o mesmo que excluir o seu *status de pessoa*.

Luigi Ferrajoli, a propósito, salienta que:

a razão jurídica do Estado de direito não conhece inimigos e amigos, e sim apenas culpados e inocentes”, de modo que “quando se fala em direito penal do inimigo se está a falar de um oxímoro, de uma contradição terminológica, a qual representa, de fato, a negação do direito penal: a dissolução de seu papel e de sua íntima essência.”¹⁵

Dessa forma, para Ferrajoli é impossível haver um Direito Penal do Inimigo e um Direito Penal do Cidadão, pois para ele, o Direito Penal é e deve ser apenas um só para todo aquele que viola um bem jurídico tutelado.

Como exposto por Luigi Ferrajoli, para o Direito Penal devem existir apenas indivíduos culpáveis e indivíduos inocentes, de maneira a permitir que a uns e a outros seja aplicado o mesmo tipo de controle social: mesmas normas jurídico-penais e sanções, e mesmo respeito aos direitos humanos fundamentais.¹⁶

Assim, para esse doutrinador, o Direito Penal não possui amigos nem inimigos, mas seres humanos, pessoas inocentes ou culpadas, visto que, por possuir o objetivo precípuo de manter a ordem e a paz sociais, ao dividir o Direito Penal em duas esferas, uma voltada para os inimigos e outra voltada para os amigos do Estado Democrático de Direito, negar-se-ia não apenas o Direito Penal, como também o próprio Estado Democrático de Direito, pois, se o Estado de direito é marcado por ser democrático, não se pode conceber uma diferenciação entre pessoas para poder puni-las.¹⁷

Por isso, devido ao princípio da dignidade da pessoa humana, se concedem certos direitos a todo cidadão sem se analisar, sem se levar em conta seu comportamento social, e se “reconhecem determinados princípios categóricos, cuja obrigatoriedade independe de que aquele que é por ele protegido tenha “merecido” que sejam respeitados.”¹⁸

Portanto, a nossa Constituição Federal reconhece a todo ser humano, independente de seu comportamento social, um *status de pessoa*, que proíbe o Estado de tratá-lo segundo critérios meramente de oportunidade¹⁹, ou melhor, tratá-lo como um “animal irracional.”

¹⁴ SÁNCHEZ, Bernardo Feijó apud SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <www.clubjus.com.br>. 28 dez. 2008.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi apud SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Disponível em: <www.clubjus.com.br>. Acesso em: 28 dez. 2008.

¹⁶ *Idem*. Disponível em: <www.clubjus.com.br>. Acesso em: 28 dez. 2008.

¹⁷ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Disponível em: <www.clubjus.com.br>. Acesso em: 28 dez. 2008.

¹⁸ ULFRID NEUMANN. *Direito Penal do Inimigo*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais: IBCCRIM*. Nov./dez. 2007.V.15, n° 69. p. 174.

¹⁹ *Idem*. p. 176

Ainda, é de se considerar a definição do inimigo, como ensina a experiência histórica, não pode ser controlada na praxe da persecução estatal de grupos de pessoas. Assim, no discurso político-jurídico, deve-se renunciar ao conceito.²⁰

Destarte, preservar os direitos humanos significa preservar um mínimo ético de cada pessoa, para que não seja tratado como objeto de coação, mas como um ser humano.

O valor da pessoa humana deve prevalecer sobre qualquer argumento utilitário e deve impor limites à qualidade e a quantidade da pena. Ou seja, jamais poderá ser perversa ou mesmo prevente o réu. A compreensão da dimensão dos direitos humanos consiste em uma importante estratégia de enfrentamento da seletividade e da punição fomentadas pelo discurso do Direito Penal do Inimigo,²¹ uma vez que, sem se respeitar os direitos humanos, estar-se-ia negando a própria essência do Estado Democrático de Direito.

5. Reflexos do Direito Penal do Inimigo no Brasil

Jakobs alega que dentro de nosso ordenamento jurídico-penal já existe traços do Direito Penal do Inimigo, o que pode ser constatado por meio da análise feita às novas leis elaboradas nos últimos tempos, que trazem em seu bojo, características tais que as denunciam como seguidoras do Direito Penal do Inimigo -, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90); a Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), as Leis de Drogas (Lei nº 11.343/06); dentre outras.²²

Isso porque, tais leis se apresentam com parâmetros penais e processuais diversos do modelo liberal-clássico, sendo verdadeiros instrumentos de antecipação da tutela punitiva, as quais tipificaram novos delitos, delinearam novos criminosos, trouxeram um procedimento penal e uma punição muito mais rigorosa para aqueles que cometem esses tipos de crime, e ainda porque tais leis preconizam uma crescente relativização das regras e das garantias de direito, no combate a criminalidade, como forma de atender ao anseio social.

Devido a isso, constata-se, ao se analisar a lei dos crimes hediondos, que a mesma trouxe uma série de proibições que acabou por flexibilizar as garantias de direitos dos infratores, fazendo surgir, assim, um regime penal muito mais rigoroso do que o previsto para as demais infrações penais.

Por essa razão, Daniel Andrés Raizman e Roberta Duboc Pedrinha, alegam que:

A Lei de Crimes Hediondos: consiste no diploma penal que de maneira mais rigorosa se enquadra nos moldes do Direito Penal do Inimigo, pois os crimes naquela inscritos possuem uma série de vedações que geram um regime mais rigoroso que o previsto para o restante das infrações.²³

²⁰ ULFRID NEUMANN. *Op. cit.* p. 177.

²¹ RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc. Disponível em: <www.freixinho.adv.br>. Acesso em: 20 ago. 2008.

²² Cf. GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2005. p. 23.

²³ RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc. Disponível em: <www.freixinho.adv.br>. Acesso em: 20 ago. 2008

Assim, por impor um rigorismo maior, com evidente relativização de garantias de direito, a lei dos crimes hediondos, na concepção de alguns doutrinadores, nada mais é do que uma lei de Terceira Velocidade do Direito Penal, que aparentemente segue os ideais preconizados pelo Direito Penal do Inimigo de Jakobs.²⁴

De igual modo, a Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), a qual pre-screve que aos indivíduos que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa não serão concedidos alguns direitos, tais como, a liberdade provisória e possibilidade de apelar em liberdade, bem como o início do cumprimento da pena seria em regime fechado.

Portanto, numa forma de aplicar uma maior punição aos indivíduos que com-tem esse tipo de delito, se restringem várias garantias de direito para, a princípio, difi-cultar a volta desses transgressores ao seio social.

No mesmo sentido, foi editada a nova Lei de Drogas (lei nº 11.343/06), que aumentou a pena para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, para aqueles que cometessem o trá-fico de drogas e entorpecentes, por acreditar que, com a adoção de uma maior punição conseguiria conter a prática dessa conduta delituosa.

Ainda cabe destacar outra elaboração legislativa, supostamente tendente ao Direito Penal do Inimigo, no Brasil, a lei n. 10.792 de 1º de dezembro de 2003, que alter-ou a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210 de 11 de junho de 1984), para incluir o Regime Disciplinar Diferenciado, como uma das formas de sanção disciplinar (art. 53, inciso V), aplicado ao preso provisório ou condenado que cometer falta grave, ao praticar fato previsto como crime doloso, e quando este ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, LEP), onde, de acordo com os §§ 1º e 2º, do art. 52, da LEP, o regime disciplinar diferenciado poderá também abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentarem *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*, bem como estarão igualmente sujeitos 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.

Dessa forma, verifica-se que a submissão ao regime disciplinar diferenciado deriva apenas da presença de um “*alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*”, preceito esse que, aliás, é preconizado na teoria de Jakobs, para poder punir o “inimigo”, onde não precisaria ter necessariamente a realização de um novo delito, ou de uma falta grave que ocasionasse a subversão da ordem ou da disciplina

²⁴ Quando se fala que “aparentemente as leis no Brasil seguem os ideais preconizados pelo ‘Direito Penal do Inimigo’ de Jakobs,” se deve ao fato de que não se concorda efetivamente que nossas leis sejam seguidoras do ‘Direito Penal do Inimigo’, posto que apesar de serem relativizadas algumas garantias de direito dos presos, em nosso país, não chega a ser tão brusca ao ponto de suprimi-las; desse modo, verifica-se que ainda são garantidos alguns direitos; em nosso país certos indivíduos são presos como forma de repreendê-los pelo seu ato delituoso, por terem cometido alguma violação ao bem jurídico tutelado, e não pelo que eles representam ser; e o fim da pena é a ressocialização e não a eliminação do encarcerado, como defende Jakobs.

interna da penitenciária ou da sociedade, pois a mera *suspeita* de participação em bandos ou organizações criminosas justificaria o tratamento penal diferenciado.

Nesse sentido, ressalta José Miguel Zugaldía Espinar que:

todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são “suspeitas” de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal de autor, onde “não importa o que se faz ou omite (o fato) e sim quem— personalidade, registros e características do autor —faz ou omite (a pessoa do autor).²⁵

Dessa forma, Busato constata que:

a imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massas não é mais do que um “Direito Penal do Inimigo”, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos”.²⁶

Assim, verifica-se que, no regime disciplinar diferenciado, visa-se, a princípio, punir o indivíduo, com base em suspeitas, não precisando mais que isso para que o preso seja levado a esse regime diferenciado, o que muito embora, vem trazendo fortes discussões sobre sua constitucionalidade, uma vez que, esse regime:

[...] mais do que um retrocesso, apresenta-se como autêntica negação dos fins objetivados na execução penal, constituindo um autêntico *bis in idem*, uma vez tida a imposição da pena como ajustada à natureza do crime praticado – considerados todos os seus elementos constitutivos e os respectivos motivos, circunstâncias e conseqüências –, à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente.²⁷ (grifos nossos).

Assim, ao se verificar a finalidade atual do Direito Penal (punitivismo), se chega a *aparente* conclusão de que a nova tendência do Direito Penal no Brasil vem seguindo o ideal preconizado no Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, que visa a atender o clamor público por mais segurança, por meio da edição de leis penais mais rígidas, nos levando assim, ao fenômeno de endurecimento da legislação penal.

Essa tendência, aliás, mais punitiva e repressora, que vem sendo adotado no Brasil, já vinha sendo constatada por Luiz Flávio Gomes e por Raúl Cervini, os quais, no

²⁵ ESPINAR, José Miguel Zugaldía apud BUSATO, Paulo César. *Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 21 set. 2008.

²⁶ BUSATO, Paulo César. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 set. 2008.

²⁷ TUCCI apud MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Regime disciplinar diferenciado (RDD): inconstitucionalidade. Jurisprudência comentada*. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br>. Acesso em 24 nov. 2008.

entanto, alegaram que a política criminal repressiva do Brasil, se baseia em duas premissas: “(a) incremento de penas (penalização); e (b) restrição e supressão de garantias do acusado.”²⁸

Dessa forma, para eles “a lei dos crimes hediondos e, agora, a lei de ‘combate’ ao crime organizado, dentre outras, são expressões desse modelo exclusivamente ‘dissuasório’, isto é, modelo que confia na “força ameaçadora da lei” (na linha da coação psicológica de FEUERBACH).”²⁹

É de se considerar ainda que, esse movimento mais punitivista e repressor que vem sendo adotado no Brasil, para “tentar atender ao anseio social”, que impressionado pela mídia, acredita que a solução para todos os seus problemas se encontra na aplicação de um Direito Penal mais rígido, faz surgir a edição de leis punitivistas e simbólicas, uma vez que servem apenas para aplacar o clamor público por soluções que possam efetivamente conter a criminalidade, que em verdade não tem eficácia alguma, ante a sua falta de incidência no caso concreto.

Se assim não fosse, esse tipo de criminalidade teria diminuído com decorrer do tempo, e não aumentado a sua incidência.

Percebe-se, com isso, que o Direito Penal, muitas vezes, serve apenas para *simbolizar* que alguma atitude esta sendo tomada no combate da criminalidade.

Assim, apesar de ser inegável que tais leis seguem uma tendência antiliberal, punitivista e simbólica, aparentando serem seguidoras do Direito Penal do Inimigo, ainda assim dá para se constatar que, em nosso país, essa teoria de Jakobs, não é aplicada da forma como prevista por ele, pois houve apenas o rigorismo penal e a relativização de direitos em algumas leis, mas não foram suprimidos.

Ainda cabe considerar que este doutrinador peca em excessos, uma vez que defende a idéia de que se deve retirar o *status* de pessoa do delinqüente para poder punilo de forma mais repressora, o que não se coaduna com a política criminal de nosso país, ante o princípio da dignidade da pessoa humana; não se aplica ao infrator medida de segurança por sua conduta de elevado grau de ofensividade, punindo, nesse caso, o imputável por sua periculosidade, em detrimento a sua culpabilidade, vez que nosso sistema penal segue o modelo vicariante e não duplo binário; apesar de ser aplicado um procedimento mais rigoroso contra tais tipos de criminosos, não chega a ser semelhante a um procedimento de uma guerra; não se pune o indivíduo por ser ele apenas reincidente, por ele aparentemente ter uma certa tendência a delinqüir, o que equivale a dizer, que não se pune o infrator pelo o que ele é ou representa ser em nosso país, mas sim pelo efetivo dano que ele causou a um bem jurídico tutelado.

Portanto, apesar de aparentemente já existir uma certa influência do Direito Penal do Inimigo no Brasil, ele não é tão devastador – como pretende Jakobs com sua teoria - ao ponto de ameaçar não só as garantias de direito dos inimigos mas de todos

²⁸ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>.

²⁹ Idem. <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 19 ago. 2008.

os cidadãos, posto que todos ficariam ao pleno jugo do Estado, na medida que seriam relativizados ou até mesmo suprimidos as garantias de direito, com base em argumentos infundados e vagos, muitas vezes difundido, no calor das emoções.

Destarte, verifica-se que, em verdade, no Brasil, vem sendo adotado um modelo de política-criminal mais repressora e punitivista no combate à criminalidade, contudo não chega a ser tão devastadora dos direitos humanos e de nossas garantias fundamentais, como pretende Jakobs, com seu Direito Penal do Inimigo, posto que, na medida do possível, tais direitos são preservados e resguardados.

Com efeito, percebe-se que no Brasil não é e nem deve ser adotado o Direito Penal do Inimigo, como proposto por Jakobs, uma vez que, se isso ocorresse, todos os princípios constitucionais que fazem com que nosso Estado seja um Estado Democrático de Direito desapareceria, na busca ineficaz de conter a criminalidade, por meio da violação em massa de seus princípios fundamentais, o que não pode ser admitido, pois, senão, estar-se-á propenso ao retrocesso, o que equivale dizer que, em vez de se ter segurança por parte do Estado, todos passariam a ser objeto de coação por parte dele, sem nenhum direito ou garantias.

6. Considerações Finais

Conforme posto em evidência, a teoria de Jakobs sobre o Direito Penal do Inimigo é incompatível com a política criminal pautada nos Estados Democráticos de Direito, haja vista ser inadmissível que se retire o *status de pessoa* do indivíduo transgressor da norma, para poder puni-lo sem nenhuma garantia, pois isso representaria um verdadeiro retrocesso no âmbito penal, pois tal procedimento se assemelharia ao processo inquisitorial, onde se cometiam várias atrocidades contra o indivíduo, por não se respeitar a dignidade da pessoa humana, por não serem considerados como pessoas.

Por isso, acredita-se que a melhor solução para combater a criminalidade seria a aplicação de um Direito Penal do Equilíbrio, devendo assim, o Direito Penal intervir apenas em casos de extrema necessidade, e com observância e respeito às nossas garantias de direito, uma vez que a intervenção do Estado através do Direito Penal deve ser limitada pela Constituição Federal, estabelecendo um tratamento penal que preserve as garantias constitucionais, sob pena de assim não procedendo, tornar-se um direito penal ilegítimo.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. 21 set. 2008.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. RJ: Impetus, 2005.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções Críticas**. 3. e. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 19 ago. 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime disciplinar diferenciado (RDD): inconstitucionalidade. Jurisprudência comentada. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br>. Acesso em 24 nov. 2008.

RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc. Os Fundamentos Epistemológicos da Construção do Direito Penal do Inimigo na Contemporaneidade: Aspectos Nacionais e Transnacionais. Disponível em: <<http://www.freixinho.adv.br>>. Acesso em: 20/08/08.

SANNINI NETO, Francisco. Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito: compatibilidade. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 05 janeiro 2009.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br>>. Acesso em 28 dez. 2008.

ULFRID NEUMANN. Direito Penal do Inimigo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais: IBCCRIM**. V.15, nº 69. p. 176. Nov./dez. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.