



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito Penal do Inimigo e o Garantismo Penal

Paula de Andrade e Souza

Rio de Janeiro
2012

PAULA DE ANDRADE E SOUZA

O Direito Penal do Inimigo e o Garantismo Penal

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Guilherme Sandoval
Mônica Areal
Néli Fetzner
Nelson Junior
Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2012

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O GARANTISMO PENAL

Paula de Andrade e Souza

Graduada pela Universidade Cândido Mendes -
Niterói. Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo abordar aspectos da teoria do Direito Penal do Inimigo criada pelo professor alemão Günther Jakobs principalmente no que concerne ao garantismo presente no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de política criminal de grande polêmica na atualidade na medida em que afronta garantias constitucionais, sobretudo no que diz respeito ao modo de tratamento conferido ao delinquente. Tal teoria sofreu ferrenhas críticas, contudo é importante discutir até que ponto seria possível sua aplicação com a consequente mitigação, já que a teoria originária é dotada de bastante rigor.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Garantismo. Fins da pena.

Sumário: Introdução. 1. O Direito Penal do Inimigo segundo Jakobs. 2. As três velocidades do direito penal. 3. Conceito de Direito Penal no Inimigo. 3.1. Direito Penal do Inimigo como conceito afirmativo-legitimador. 3.2. Direito Penal do Inimigo como conceito descritivo. 3.3. Direito Penal do Inimigo como conceito denunciador-crítico. 4. Direito Penal do Inimigo e o garantismo na ordem jurídica brasileira. 5. Críticas ao Direito Penal do Inimigo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto tem por objetivo abordar alguns aspectos sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo que, num primeiro momento, pode parecer simples e totalmente explicada, contudo merece que sejam feitas reflexões principalmente em relação ao modo como o indivíduo é por ela tratado.

A Constituição Federal Brasileira possui como base de todo ordenamento jurídico pátrio o princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo a todos os cidadãos, inclusive aos delinquentes, a dignidade mínima para sua subsistência, bem como garantias aplicáveis ao caso de cometimento de crimes, tais como ampla defesa, contraditório e presunção de

inocência.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo criada pelo alemão Jakobs sofreu ferrenhas críticas no ordenamento jurídico brasileiro por ser extremamente dura e intolerante como os indivíduos que praticam crimes, entendendo inclusive que estes deveriam ser totalmente excluídos da sociedade, sem que a eles seja garantido benefícios de ordem material e processual.

Devido ao radicalismo da teoria esta foi pouco aderida no Brasil que é país garantista. Contudo, alguns de seus adeptos entendem que esta deveria ser colocada em prática como uma forma de combater a violência urbana que tem crescido alarmadamente.

O assunto desperta grandes discussões na esfera acadêmica e diferentes opiniões haja vista que os defensores do garantismo penal são contra sua aplicação em contrapartida alguns a defendem como alternativa à diminuição da criminalidade.

Fato é que o assunto é pouco abordado pelos doutrinadores brasileiros, merecendo maior enfoque para que sejam sanadas dúvidas que eventualmente possam surgir a respeito do que consiste a teoria e quando esta deveria ser aplicada segundo Jakobs.

Dessa maneira, busca-se esclarecer alguns pontos sobre o assunto, tratando principalmente de sua abordagem numa estrutura garantista como o caso do Brasil.

1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO JAKOBS

A teoria foi criada pelo professor alemão Günther Jakobs em meados da década de 80 do século passado com o propósito de fixar limites materiais à “criminalizações no estágio prévio à lesão a bem jurídico”¹

Basicamente o que Jakobs propõe é a implantação de um direito penal rigoroso

¹ JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in: ZStW 97 (1985), p. 751 e ss. (p. 753 e ss.).

destinado àqueles que cometem crimes graves, de acordo com a sua periculosidade, diferente do direito penal comum aos demais cidadãos.

Em sua teoria originária Jakobs distingue o cidadão comum do inimigo. Para o autor o cidadão é aquele que respeita o ordenamento jurídico, conduzindo sua vida de acordo com as leis, que vem a delinquir, sendo, contudo, passível de ser reeducado, podendo ser regenerado mesmo após a prática de crimes.

O autor defende que em alguns casos os delinquentes não teriam como ser reintegrados à vida em sociedade, considerados tais sujeitos como sendo “inimigos”, que são vistos como um não cidadão, não podendo gozar das garantias aplicáveis aos demais cidadãos, tendo em vista que as condutas por eles praticadas são de tamanha gravidade que nem mesmo podem ser considerados cidadãos, mas verdadeiros inimigos.

Segundo Jakobs “O Direito Penal do inimigo otimiza proteção de bens jurídico, o direito penal do cidadão otimiza esferas de liberdade”². Para o autor ao inimigo não deve ser reconhecida nenhuma garantia constitucional haja vista que lhe é aplicado um direito penal diferente ao direito penal do autor cujas garantias constitucionais são aplicáveis, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um estado democrático de direito.

Para Jakobs inimigo é todo aquele que insiste em reincidir na prática de crimes ou que comete delitos que ameacem a própria existência do Estado, como por exemplo, o terrorista. Segundo o autor aquele que se recusa a entrar num estado de cidadania não pode usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa, pois se a indivíduo age de tal maneira não pode ser tratado como alguém que cometeu um simples “erro”, mas deve ser visto com uma verdadeira ameaça à sociedade e ao estado.

² JAKOBS. Op. cit., p. 756.

Em um estado democrático direito a dignidade da pessoa humana é um valor inerente ao próprio estado social, já preenchido *a priori* por todos que nele vivem hipótese não vislumbrada na teoria do direito penal do inimigo, uma vez que a este é assegurada uma categoria autônoma que não se conhece tal valor, razão principal das inúmeras críticas feitas a tal teoria.

Kant e Hobbes, entre outros filósofos, há muito tempo elaboraram conceitos de inimigos, que hoje fundamentam o atual Direito Penal do Inimigo desenvolvido por Jakobs³.

De acordo com Kant, o estado de natureza é o estado de guerra, onde a paz só é possível através do estado civil. No estado natural os homens se ameaçam mutuamente sem revelarem suas hostilidades, pondo em risco a segurança uns dos outros. Ao ingressar no estado civil, um homem dá aos demais garantia de não hostilizá-los. Assim, um homem pode considerar o outro seu inimigo em decorrência de não assegurar-lhe segurança por não participar do estado legal comum, tornando-se uma ameaça perpétua⁴. Sendo que, nas palavras de Kant, “posso obrigá-lo, ou a entrar comigo num estado legal comum, ou mesmo a ou afastar-se de meu lado”⁵. Assim, se um homem permanece em estado de natureza, torna-se inimigo, sendo legítima qualquer hostilidade contra ele. Para tanto, não é necessário que cometa delitos, pois estando fora do Estado civil, ameaça constantemente a paz⁶.

É em Hobbes que a doutrina de Jakobs encontra guarida. Para Hobbes, o inimigo é aquele indivíduo que rompe com a sociedade civil e volta a viver em estado de natureza, ou seja, homens em estado de natureza são todos iguais. O estado de natureza, segundo Hobbes, “é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira que quiser, para

³ ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?* Doutrina Penal - primeira seção. *Revista dos Tribunais*. n. 790. agosto de 2001, ano 90, p. 468-9.

⁴ Ibid

⁵ Ibid

⁶ KANT. Op. cit., p. 46.

a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida”⁷. Portanto, para este autor, o estado natural dos homens é o estado de guerra, onde todos os homens são inimigos um dos outros, e um homem pode tudo contra seus inimigos⁸. Pois na guerra não há lei e onde não há lei, não há justo ou injusto, nem bem, nem mal⁹.

Com o fim de abandonar o estado de natureza, ou seja, de guerra, os homens se reuniram em sociedade¹⁰ e instituíram o Estado, orientados pelo medo e pela busca de uma vida mais segura. Portanto, os homens uniram-se entre si, em cidades, contra seus inimigos comuns pela busca da paz duradoura, renunciando de parte de seus direitos uns aos outros e ao Estado, tornando-se cidadãos¹¹.

Para Hobbes, as leis civis foram criadas para os cidadãos e não se aplicam aos inimigos, já que estes negaram a autoridade do Estado desrespeitando suas normas, podendo então sofrer sanção por este descumprimento. Sendo assim, consideram-se inimigos os que renegam o poder do Estado, sendo que estes não devem ser punidos pela lei civil, e sim pela lei natural, isto é, “não como súditos civis, porém como inimigos do governo, não pelo direito de soberania, mas pelo de guerra”¹².

Assim como Hobbes, Jakobs também traça a necessidade de distinção entre dois tipos de Direito, um aplicável ao cidadão e outro aos ditos inimigos. Segundo o autor, “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de um só contexto jurídico-penal”¹³.

Jakobs usa o critério da periculosidade do agente para caracterizar o inimigo, contrapondo-o ao cidadão que, apesar de seu ato criminoso, oferece garantia de que poderá se

⁷ HOBBS. Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. [s.l.]. Nova Cultural, 1997, p. 113.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2004. Cap. V, 10 e 11. Não paginado.

¹¹ Ibid.

¹² HOBBS. *Do cidadão*. Cap. XIV, 22. Não paginado.

¹³ JAKOBS. In JAKOBS; CANCIO MELIÁ. Op. cit., p. 21.

regenerar, atuando com fidelidade ao ordenamento jurídico. Já o inimigo não oferece esta garantia, e por isso deve ser combatido de acordo com a periculosidade por ele oferecida e não punido segundo a sua culpabilidade. Diferentemente do sistema penal acusatório e dos instrumentos de garantia, no Direito Penal do Inimigo a punibilidade avança para o âmbito interno do agente e da preparação, e a pena se dirige à segurança face atos futuros, caracterizando o direito penal do inimigo como um direito do autor e não do fato. O inimigo é avaliado e punido de acordo com critérios de personalidade e não através dos atos por ele cometidos.

O direito penal voltado para o cidadão assegura as garantias penais e processuais, enquanto para os considerados “inimigos” deve combater o perigo, e para isso, poderá e deverá valer-se de medidas radicais como, por exemplo, diminuição das garantias constitucionais, aumento desproporcional das penas, flexibilização do princípio da legalidade, exagerada antecipação da tutela penal, limitação das possibilidades de defesa, dentre inúmeras outras medidas.

O dito direito penal do inimigo tem foco no futuro, ou seja, o chamado inimigo é punido pelo delito que possa vir a cometer futuramente e não pelo ilícito já cometido; é uma espécie de prevenção à prática de novos crimes. O inimigo perde seu *status* de cidadão e é visto como um perigo para toda a coletividade; o inimigo é punido pela sua periculosidade e não pela sua culpabilidade; as garantias processuais e penais são minimizadas, podendo inclusive ser abolidas. Senão vejamos:

En el derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden Quien por principio se conduce de modo desviado no ser legítimos. (...) ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido. (...) Un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del

*Estado de derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo.*¹⁴

2. AS TRÊS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL:

Com o avanço da sociedade e propagação de ideias sobre direitos humanos ao redor do mundo, a tendência do direito penal moderno é tornar-se cada vez mais efetivo com uma consequente administrativização do direito através do surgimento de novas formas de penas, mais brandas que a pena privativa de liberdade, principalmente com o intuito de ressocialização do delincente no meio social. Em contrapartida a esta série de garantias liberais encontramos a tese do direito penal do inimigo, que ter por objetivo precípua excluir direitos e garantias processuais dos indivíduos classificados como inimigos, inaugurando uma nova velocidade do direito penal.

O professor Silva Sanchez¹⁵ classifica como Direito Penal de primeira velocidade ao Direito Penal caracterizado pela pena de prisão. Para o renomado professor, a dita velocidade é o modelo de Direito Penal liberal-clássico, que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais inarredáveis.

Sustenta Silva Sanchez que a teoria de segunda velocidade do direito penal leva em conta que aos delitos socioeconômicos são imputadas penas privativas de liberdade, sendo que para estas devem ser respeitadas todas as garantias e princípios processuais. A segunda velocidade cuida do modelo que incorpora duas tendências: a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliadas à adoção das medidas alternativas à prisão. No Brasil, começou a ser introduzido com a Reforma Penal de 1984 e se consolidou

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 150-151.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Op. Cit., p. 40.

com a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95).

O autor defende a ideia de um direito penal que seja ao mesmo tempo funcional e garantista, com a preservação das garantias individuais para os delitos cuja pena prevista é a prisão. Contudo, para as novas modalidades de delitos, os quais não colocam um perigo real a bens individuais, sustenta a flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro) como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o princípio de culpabilidade).

Diametralmente oposto a todas essas formas mais brandas de penas está a teoria do direito penal do inimigo que, segundo Silva Sanchez, seria uma terceira velocidade do direito penal. Na qual o "Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais"¹⁶.

Defende o citado autor que o direito de terceira velocidade deve ser utilizado apenas em casos de necessidade absoluta. Todavia, conclui que o mesmo é inevitável frente a determinados delitos mais graves como, por exemplo, o terrorismo, delinquência sexual violenta e reiterada e criminalidade organizada¹⁷.

Silva Sanchez constata em sua obra o fenômeno social do retorno da teoria da neutralização seletiva, resultante da administrativização do Direito Penal, que vem de encontro com a teoria do Direito Penal do Inimigo. A teoria da neutralização seletiva consiste

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Ibid.* p.148

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Justiça Constitucional e Justiça Penal*. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 330-334.

em que é possível identificar-se um número pequeno de delinquentes que são responsáveis por um grande número de delitos e que tendem a continuar delinquindo, partindo-se para tanto de critérios estatísticos. Dessa forma, neutralizando-se os delinquentes – mantendo-os na prisão pelo máximo de tempo possível – ter-se-ia uma radical redução do número de delitos, importante benefício a baixo custo¹⁸. A neutralização tem-se manifestado de várias formas, como por exemplo, na adoção de medidas de segurança tais como, privação da liberdade e liberdade vigiada, que visam manter o indivíduo sob controle do Estado mesmo após cumprida a pena de acordo com a sua culpabilidade, além da adoção de medidas prévias à condenação em excesso¹⁹.

Como o inimigo de Jakobs é uma “não pessoa”, a qual o Estado visa combater, neutralizar, e livrar a sociedade de todo o mal que este possa causar, a ele não são previstos os direitos e garantias processuais a que os cidadãos têm direito, motivo pelo qual o inimigo não pode ser tratado como sujeito processual²⁰, pois “com seus instintos e medos põem em perigo a tramitação ordenada do processo”²¹.

Diferentemente do que ocorre com os cidadãos, aos inimigos não são previstos no curso do processo, várias garantias tais como o acesso aos autos do inquérito policial, o direito de solicitar a prática de provas, de assistir aos interrogatórios, de se comunicar com seu advogado. Além de que, são admitidas contra ele provas obtidas por meios ilícitos.

O autor entende o direito penal do inimigo como sendo a terceira velocidade do direito penal, tendo em vista que seriam infrações penais mais graves, com previsão de pena privativa de liberdade mais rigorosas, mas que ainda assim admitiriam uma reforma e sensível redução de garantias penais e processuais. Por outro lado Günther Jakobs também aponta para um Direito Penal menos formalista e garantista com relação a certos infratores, dando forma

¹⁸ SILVA SANCHEZ. Op. cit., p. 130-131.

¹⁹ SILVA SANCHEZ. Ibid. p 134-135

²⁰ JAKOBS. In JAKOBS; CANCIO MELIÁ. op. cit., p. 39.

²¹ JAKOBS. In JAKOBS; CANCIO MELIÁ. Ibid. p. 40.

ao que chama de um “Direito Penal do Inimigo” em contraposição a um “Direito penal do Cidadão”.

3. CONCEITO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO

É difícil estabelecer um conceito preciso de Direito Penal do Inimigo devido à grande complexidade. No que consiste a expressão “Direito Penal do Inimigo”? Segundo Luis Greco em estudo sobre o assunto, “de um ponto de vista semântico, sim: o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo. Mas se o conceito é claro do ponto de vista semântico, permanece ele deveras obscuro no que diz respeito ao seu significado pragmático, isto é, às finalidades ou funções que se tentam alcançar com sua utilização no discurso científico. A rigor, podem-se almejar ao menos três finalidades com o conceito de direito penal do inimigo, o que levará a três conceitos de direito penal do inimigo”²².

3.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO CONCEITO AFIRMATIVO – LEGITIMADOR

Conforme mencionado acima, segundo Luis Greco faz-se necessário estabelecer mais de um conceito de Direito Penal do Inimigo, de acordo com cada uma de suas vertentes.

No que concerne ao conceito afirmativo- legitimador pode-se afirmar que a revolta que surgiu com a teoria se deu principalmente na afirmação por Jakobs de que o estado tem o dever de não respeitar alguns seres humanos como pessoas devido ao fato destes praticarem delitos e agirem totalmente em desacordo com os padrões sociais.

²² LUIS GRECO, *Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo*. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, n° 7, 2005.

Segundo Luis Greco, a rigor o conceito legitimador-afirmativo de direito penal do inimigo é insustentável por duas razões, a primeira de índole epistemológica, a segunda de índole pragmática. A estas duas razões poder-se-ia adicionar uma terceira – na verdade, um feixe delas – de caráter mais retórico, que, por um lado, não tem a meu ver importância tão decisiva, mas, por outro, pode ser útil para convencer os que não estiverem dispostos a acatar a teoria de limites ao direito penal da qual parto. Primeiro vejamos a *razão epistemológica* da recusa ao direito penal do inimigo legitimador.

Apesar de esta palavra soar um pouco deslocada num estudo de direito penal, uso-a em seu sentido literal. O conceito de direito penal do inimigo aponta para um dado empírico: a existência de um potencial para o cometimento de delitos. Se este dado empírico estiver presente, torna-se legítima a intervenção do poder punitivo estatal. Mas aqui há um problema epistemológico: do empírico não deriva nada de modo necessário, mas apenas de modo contingente; o que é empiricamente X, pode sempre ser algo diverso, um Y. Se forem utilizados exclusivamente dados empíricos, serão entregues ao autor às contingências do empírico, e serão fechadas todas as portas para a construção de uma teoria dos limites inultrapassáveis do poder estatal de punir. Afinal, estes limites só poderão ser de fato inultrapassáveis se forem necessários, o que exige que eles sejam fundados não no empírico, mas em considerações de caráter apriorístico, livres de qualquer dado da experiência.²³

O direito penal do inimigo deve ainda ser conceituado de acordo com o conceito descritivo e conceito denunciador-crítico.

3.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO CONCEITO DESCRITIVO

²³ GRECO. Op. cit., p. 232

É muito difícil estabelecer um conceito descritivo do direito penal do inimigo sobretudo pelo significado da palavra “inimigo” nas lições de Jakobs. Tal conceito prende-se literalmente à ideia de inimigo trazida por Jakobs em sua obra.

Como dito anteriormente Jakobs considera inimigo para fins de aplicação deste direito penal aqueles que representam perigo eminente para a sociedade, que caracterizam um risco contínuo na medida em que vivem em desacordo com o sistema jurídico, ignorando suas regras e aterrorizando a sociedade.

Como toda a teoria, surgem críticas ainda ao chamado Conceito descritivo de direito penal do inimigo dentre as quais podemos citar a do professor Luis Greco que em artigo sobre o tema escreveu:

[...] um conceito descritivo de direito penal do inimigo não parece possível, porque o uso de um termo tamanhamente carregado de valorações como o “inimigo” força tanto a ciência (normativa) do direito penal, como o discurso cotidiano sobre os fenômenos do crime e da pena a valorarem; e esse conceito tampouco é necessário, enquanto não for explicitado em que medida ele pode contribuir para uma melhor compreensão do direito vigente se comparado a conceitos tradicionais de que já dispomos.²⁴

3.3 – DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO CONCEITO DENUNCIADOR-CRÍTICO

Um direito penal garantista sempre terá certa dificuldade em compreender o motivo de punição das ações que não afetem bens jurídicos não lhes causando prejuízos, sendo apenas consubstanciada na esfera da vontade criminosa. É complicado ainda para um ordenamento garantista aceitar a divisão do direito penal em direito penal dos cidadãos e dos inimigos, talvez por este motivo o conceito denunciador-crítico seja o menos complicado de se construir.

Mais uma vez vale utilizar-se das palavras do Luis Greco na conceituação do instituto:

²⁴ GRECO. *Ibid.*, p. 233

O conceito crítico-denunciador do direito penal do inimigo apresenta uma sensível desvantagem: cumprir muito mais do que aquilo que promete. Ele não é apenas crítico, mas excessiva e exageradamente crítico. Ele vai tão longe em sua condenação, que se torna praticamente impossível prosseguir num debate sóbrio depois que alguém o utiliza. Aqueles cujos posicionamentos são atacados com esse conceito – concretamente, todos os autores que defendem a teoria da impressão, na tentativa – têm de compreender uma tal objeção não apenas como dirigida a suas ideias enquanto juristas, mas sim e principalmente a seu caráter enquanto seres humanos. Quem vê criminosos como inimigos, não os reconhece como pessoas, mas se alia ao autoritarismo e se torna seu porta-voz. Com isso, corre-se muito rapidamente o risco de institucionalizar um maniqueísmo, no qual alguns, os juristas bonzinhos, combatem os demais, seus colegas malvados, os juristas “terríveis.” Os primeiros vêm em si próprios combatentes da liberdade, nos outros pessoas vendidas ou, na melhor das hipóteses, ingênuas. Os segundos, colocados na defensiva, vêm-se por sua vez diante da opção de ou recorrer a similares expedientes difamatórios, ou de simplesmente ignorar a crítica. O principal problema do conceito crítico do direito penal do inimigo é que ele escorrega inevitavelmente da opinião criticada para o caráter de quem opina, de modo *que ele dificilmente pode ser empregado, sem que com isso se formule um reproche pessoal e moral ao defensor de determinada opinião*. Uma tal atitude não parece de modo algum útil para uma discussão sóbria e objetiva.²⁵

4. DIREITO PENAL DO INIMIGO E O GARANTISMO PENAL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A República Federativa do Brasil estabelece topograficamente na Constituição Federal de 1988, através de seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do sistema constitucional, servindo de princípio norteador para os direitos individuais e coletivos, além de revelar-se um princípio maior para a interpretação dos demais direitos e garantias conferidos aos cidadãos.

O principal valor tutelado pela atual Constituição é a dignidade da pessoa humana. É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo este princípio basilar e orientador de todo o sistema jurídico brasileiro.

²⁵ GRECO. *Ibid.*, p. 237

Segundo Ingo Sarlet “a dignidade da pessoa humana está vinculada à ideia de que não é possível a submissão do homem à condição de mero objeto do Estado e de terceiros. Elevá-la como direito significa considerar o homem como o centro do universo jurídico”²⁶.

Por sua vez, Canotilho classifica o ser humano como fundamento da República, e ressalta a importância da dignidade da pessoa humana:

[..] perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.²⁷

Cada vez mais tem-se defendido a existência de um direito penal mínimo, onde o poder punitivo estatal seja utilizado apenas como *ultima ratio*, ou seja, quando não existirem mais alternativas em solucionar o problema. Quando se fala em atividade repressora do estado em relação aos fatos penalmente relevantes é preciso fazer uma análise entre o que se chama Estado Social Mínimo e o Estado Penal máximo.

No Estado social Mínimo o estado apenas interfere nas relações sociais quando houver imperiosa necessidade, não se manifestando o poder público em casos onde os conflitos possam ser resolvidos ou as infrações penais forem irrelevantes. Já o Estado Penal Máximo é aquele que se preocupa até mesmo com as infrações penais irrelevantes ao bem jurídico tutelado, devendo ser punida qualquer conduta que possa atingir bem jurídico tutelado pelo ordenamento.

A ideia de estado social mínimo atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana fundamentam o garantismo penal existente hoje no Brasil. Atualmente somente admite-se a aplicação de pena privativa de liberdade por exemplo se a reprimenda não puder

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 59.

²⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: [s.n.], 1998, p. 221.

ser substituída por um mal menor, sendo certo que qualquer tipo de penalização já é por si invasiva ao ser humano.

Diante da ideia de garantismo penal consagrada pela Constituição Federal e abraçada pelos julgadores do país, o direito penal do inimigo tem sido rechaçado completamente pelos Tribunais por afronta aos princípios constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a teoria é reflexo do rigorismo do estado e populismo penal.

No direito penal do inimigo identifica-se uma realidade política cujo objetivo é aumentar o poder do estado em detrimento do cidadão para que seja provida a paz social, ou seja, retira a importância do sujeito visto individualmente em prol da sociedade, o que se faz mediante exclusão de direitos e garantias, sobretudo os de ordem processual. Através do direito penal do inimigo o Estado enxerga o cidadão como um perigo em potencial que deve ser contido e não como sujeito de direitos, desconsiderando a essência humana.

Sem prejuízo das demais garantias processuais que porventura possam existir na Constituição Federal e demais leis infra constitucionais, de acordo com Greco a teoria garantista sustenta-se em dez axiomas, quais sejam:

- 1 — *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime);
- 2 — *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei);
- 3 — *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade);
- 4 — *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa);
- 5 — *Nulla injuria sine actione* (não há ofensa sem ação);
- 6 — *Nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa);
- 7 — *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo);
- 8 — *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação);
- 9 — *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas);

10 — *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa)²⁸.

Atualmente existem basicamente juristas defensores de um Direito Penal mais atuante e rigoroso, mesmo que isto acarrete a preterição de alguns direitos individuais quando houver interesse coletivo exigindo rápida e exemplar punição (minoritários), enquanto há outros defendem a existência de um direito penal mais humano, onde haja a efetiva sanção ao infrator, mas com critérios rígidos de respeito à dignidade da pessoa humana e que garantam um julgamento justo com ampla garantia dos direitos individuais, principalmente devido processo legal, ampla defesa e contraditório, ainda que estes venham a conflitar com o interesse estatal.

Sendo assim, percebe-se que o garantismo penal e o direito penal do inimigo são completamente antagônicos e não convivem, pois enquanto o primeiro prioriza a democracia positiva com a preservação das liberdades públicas e principalmente respeito aos princípios que norteiam a moderna visão de Estado, o segundo defende a tolerância zero, com o desprezo das garantias inerentes ao ser humano.

Existem poucos julgados que utilizam a teoria do direito penal do inimigo, dentre os quais podemos destacar:

**RECEPTAÇÃO DOLOSA
EXCLUSÃO DO CRIME
PORTE DE ARMA
RÉU BENEFICIADO PELO SURSIS
ALVARÁ DE SOLTURA**

Penal. Receptação dolosa. Elemento normativo. O mero porte de arma. A vedação à presunção de culpa. A garantia constitucional do *ne bis in idem*. As limitações ao *ius puniendi* do Estado. O Direito Penal do inimigo. Réu primário, menor imputável e de bons antecedentes. Aplicação da medida penal do *sursis*. 1. O fato do imputado ter cometido crime de porte de arma qualificado não significa que *ipse iure* deva ser condenado por receptação dolosa em concurso real de tipos penais coexistentes, pois inexistem pressupostos de que sabia que a arma deveria ser (presunção) produto de crime, principalmente quando a arma estava com o número de registro intacto, sem quaisquer alterações ou

²⁸ GRECO. Op. cit., p. 12-13

raspagens. 2. De outro lado, o réu-apelante, primário e menor de 21 anos à época do fato (art. 65, I, do CP) não há quaisquer informações por participação em crime de contrabando ou descaminho. 3. diante do direito de punir do Estado há limites inscritos na Carta Política e derivados que formam o modelo garantista no Estado Democrático de Direito, assim o Juiz penal não pode olvidar o *ne bis in idem* e o *in dúbio pro reo*, que vedam a corrente reacionária do denominado Direito Penal do inimigo. 4. Substituída a pena privativa de liberdade no crime de porte de arma qualificada pela medida penal do *sursis*. 5. Provisão parcial²⁹.

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. SÚMULA N.º 444/STJ. INDEVIDA CONSIDERAÇÃO QUANTO ÀS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PRODUTOS ROUBADOS QUE FORAM RESTITUÍDOS. IMPOSSIBILIDADE DE A POBREZA SER CONSIDERADA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. BEM ASSIM A ASSISTÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA. VEDAÇÃO À INCIDÊNCIA DO QUE A DOCTRINA DENOMINA DIREITO PENAL DO INIMIGO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Por tal razão fora editada a Súmula n.º 444/STJ: "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". 2. A gravidade do crime também não pode ser considerada como circunstância desfavorável, se não há indicação de elementos concretos. Especialmente na hipótese, em que os produtos roubados foram restituídos pela polícia, não tendo havido indicação de maiores prejuízos. 3. Não enseja nenhum tipo de mácula ao ordenamento penal o fato de o Paciente não ter boas condições econômicas, ou ser assistido pela Defensoria Pública, sendo evidente que tais circunstâncias não podem ser consideradas como desfavoráveis. Admitir-se o contrário seria referendar verdadeira prática do que a doutrina denomina Direito Penal do Inimigo. 4. Ordem concedida para estabelecer a pena privativa de liberdade do Paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão, mantida, nos demais termos, a condenação.³⁰

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO A REGIME DE CUMPRIMENTO PENAL MAIS BRANDO - POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 08 (OITO) ANOS (CP, ART. 33, § 2º, "b").

²⁹ Brasil. TJ/RJ – www.tjrj.jus.br - *Apelação* 0052721-53.2002.8.19.0001 (2003.050.00485). DES. ÁLVARO MAYRINK DA COSTA - Julgamento: 13/05/2003 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL. Acesso em 12 de abril de 2011.

³⁰ Brasil. STJ – www.stj.jus.br - HC 152144/ES *HABEAS CORPUS*. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgamento: 06/03/2012. Acesso em 18 de julho de 2012.

ESTIPULAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO - FUNDAMENTAÇÃO BASEADA APENAS NOS ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL, NO RECONHECIMENTO DA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA FORMULAÇÃO DE JUÍZO NEGATIVO EM TORNO DA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. - Revela-se inadmissível, na hipótese de condenação a pena não superior a 08 (oito) anos de reclusão, impor, ao sentenciado, em caráter inicial, o regime penal fechado, com base, unicamente, na gravidade objetiva do delito cometido, especialmente se se tratar de réu que ostente bons antecedentes e que seja comprovadamente primário. O discurso judicial, que se apoia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime - e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciários meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do "direito penal simbólico" ou, até mesmo, do "direito penal do inimigo" -, culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País. Precedentes.³¹

Conforme observado através dos acórdãos acima, os Tribunais rechaçam a teoria do direito penal do inimigo sob o fundamento de que esta fere o ordenamento jurídico, a constituição e a ordem democrática brasileira. Ademais, tal teoria afronta ainda o princípio penal do fato através do qual é obrigatória a exteriorização de um fato criminoso para que o agente seja punido (*nullum crimen sine actione*).

Cancio Meliá define o princípio penal do fato como aquele que, na doutrina tradicional, é “genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um direito penal orientado na atitude interna do autor.”³²

5. CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO:

³¹ Brasil. STF - www.stf.jus.br - HC 85531/SP *HABEAS CORPUS*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/03/2005. Acesso em 12 de abril de 2011.

³² JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81

Este tema desperta grandes debates e principalmente inúmeras críticas por se tratar de doutrina estrangeira que visa aniquilar os inimigos do estado ignorando a espécie humana e comparando tais seres a objetos ofensores que devem ser abolidos da sociedade.

Segundo o professor Luis Flávio Gomes “quem sustenta o chamado "Direito penal" do inimigo (que é uma espécie de "direito emergencial"), na verdade, pode ser caracterizado como um grande inimigo do Direito penal garantista, porque ele representa um tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais acolhidos pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito.”³³

De acordo com Luis Greco “Se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo”³⁴.

Juarez Cirino dos Santos entende que “se o princípio de igualdade perante a lei é substituído pelo princípio da desigualdade legal, ou se as garantias constitucionais do processo legal devido são casuísmos dependentes do tipo de autor – aplicadas ao cidadão e negadas ao inimigo, conforme preferências idiossincráticas dos agentes de controle social –, então o Estado Democrático de Direito está sendo deslocado pelo estado policial”.³⁵

Afirma ainda Eugenio Zaffaroni que “embora exista um amplo consenso a respeito da descrição do fenômeno de endurecimento da legislação penal nas últimas décadas, não há acordo quanto à resposta que o saber jurídico penal deve dar a esse fenômeno. (...) A proposta tática de contenção que provocou mais amplo debate foi a formulada por Günther Jakobs. O Professor de Bonn chamou de direito penal do inimigo o tratamento diferenciado de alguns delinquentes – em especial os terroristas –, mediante medidas de contenção, como tática destinada a deter o avanço desta tendência que ameaça invadir todo o campo penal”³⁶.

³³ http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050926124904851. Acesso em 12 de abril de 2011.

³⁴ GRECO. Op. cit., p. 247.

³⁵ <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf> Acesso em 28 de abril de 2012.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 893.

De acordo com Luiz Gracia Martín, “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”³⁷.

É imperioso ressaltar que a teoria de Jakobs não encontra lugar para existir na ordem jurídica brasileira por ser radical e ignorar as garantias constitucionais. Dentre as várias críticas que podemos elencar encontra-se o fato do direito penal do inimigo pressupor a aplicação do direito penal do autor e não do direito penal do fato, ou seja, o autor do delito é punido por ser quem é e não pelo que efetivamente fez. A aplicação do direito penal do autor além de afrontar a garantia da materialização do fato, significa um retrocesso típico dos regimes totalitários, o que não pode ser permitido.

³⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 189

CONCLUSÃO

Em sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito onde vigoram os direitos e garantias aos indivíduos, é completamente inviável a aplicação do direito penal do inimigo, tendo em vista sua incompatibilidade com a ordem jurídica.

O direito penal do inimigo tem como principais características o adiantamento da punibilidade; penas desproporcionalmente altas; garantias processuais relativizadas ou suprimidas; e a divisão entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. É inadmissível, no Estado democrático de direito, que existam indivíduos que não gozem dos mesmos direitos e garantias assegurados a toda pessoa humana. A divisão entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, proposta por Jakobs, é impossível neste tipo de Estado, fundado na igualdade entre os seres humanos, razão pela qual não poderia ser implantado no Brasil.

Jakobs vê no “inimigo” uma ameaça à sociedade e à própria soberania estatal, já que segundo ele aquele que age em desacordo com as normas criadas pelo poder público está ferindo a soberania e deve ser punido. Ainda segundo o autor é imprescindível que os inimigos sejam tratados de forma diferenciada e conseqüentemente com maior por parte do estado que deve proteger a sociedade deste mal constante.

Jakobs defende uma total dicotomia entre o próprio ordenamento jurídico, com a aplicação de duas formas distintas de direito, sendo uma para o cidadão infrator e outra para o inimigo, não existindo, nesta última, observância das garantias constitucionais.

Entende-se ser impossível a conciliação entre Estado de direito e Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que aquele é pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana enquanto este ignora até mesmo a qualidade de ser humano de algumas pessoas, devendo a teoria manter-se apenas no campo doutrinário, sem aplicação no Brasil.

REFERÊNCIAS

- CALLEGARI, André Luiz. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 2008.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: [s.n.], 1998.
- CIRINO, Juarez. www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf
Acesso em 28 de abril de 2012.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. Do iluminismo ao “direito penal do inimigo”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 97. 2008.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. *RT Códigos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GRECO, Luis. *Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 13, nº 56, SP, RT, 2005.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 224