



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos controvertidos e críticas à aplicação do Direito Penal do Inimigo

Jessica Moraes dos Santos da Costa

Rio de Janeiro

2013

JESSICA MORAES DOS SANTOS DA COSTA

Aspectos controvertidos e críticas à aplicação do Direito Penal do Inimigo

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:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2013

ASPECTOS CONTROVERTIDOS E CRÍTICAS À APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Jessica Moraes dos Santos da Costa

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Advogada.

Resumo: O presente trabalho possui como objetivo a análise da teoria do Direito Penal do Inimigo, visto as controvérsias que sua aplicabilidade gera na comunidade jurídica e também a sua extrema relevância para a sociedade. Para uma melhor compreensão do tema, o trabalho será dividido em três partes. Primeiramente, serão feitas algumas considerações acerca das bases filosóficas que lhe foram anteriores, bem como a delimitação do conceito de inimigo e o tratamento a ele proposto. Em uma segunda parte, analisar-se-á seu extremo oposto, qual seja o Direito Penal Garantista. Por fim, em uma terceira parte, serão apresentadas as principais críticas elaboradas contra a teoria.

Palavras-chave: Direito penal. Direito Penal do Inimigo. Críticas. Garantismo.

Sumário: Introdução. 1. Fundamentos Filosóficos. 2. Garantias no direito penal. 2.1. Estado democrático de direito. 2.2. Conceito de direito penal. 2.3. Finalidade do direito penal. 2.4. Flexibilização do direito penal e suas garantias. 3. Críticas ao direito penal do inimigo. 3.1. Direito penal do fato e direito penal do autor. 3.2. Penas desproporcionais e punitivismo ao extremo. 3.3. Utilização de figuras típicas de um estado de guerra. 3.4. Dissonância com o estado democrático de direito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a teoria do Direito Penal do Inimigo (*Feinstrafrecht*, no original em alemão), elaborada pelo doutrinador Günther Jakobs, cuja principal finalidade é a construção de uma forma considerada mais efetiva de combate aos crimes perpetrados por determinados indivíduos que, em virtude de sua conduta extremamente perigosa à sociedade, não merecem receber o mesmo tratamento proposto àqueles que não geram um grande grau de insegurança.

Para o autor, a função primeira do Direito Penal não seria a simples proteção aos bens jurídicos essenciais, ou seja, aqueles indispensáveis para que haja a coexistência pacífica dos homens, mas sim teria como objetivo a proteção da própria norma penal. Sendo esta devidamente resguardada, sua autoridade restaria reafirmada e como consequência, seus destinatários tomam conhecimento de que ela ainda encontra-se vigente e que por isso, deve ser observada no âmbito do convívio social. Nesse sentido, reflexamente, ter-se-ia também como protegidos tanto a sociedade quanto os bens jurídicos.

De acordo com a teoria, a diferença entre cidadão e inimigo reside na periculosidade do sujeito ativo que praticou o delito. Isso significa dizer que toda e qualquer pessoa pode vir a incorrer em uma infração penal, mas somente o inimigo pratica condutas que ameaçam o bem-estar da sociedade, assim como a manutenção do ordenamento jurídico e do próprio Estado. Logo, não haveria que falar-se em desproporcionalidade entre os tratamentos conferidos, eis que igualmente desproporcionais são os riscos apresentados pelo cidadão e pelo inimigo.

Para Luiz Regis Prado¹,

o "inimigo" é considerado o "irreconciliavelmente oposto", isto é, aquele que apresenta um distanciamento *duradouro* e não *incidental* das regras de Direito, verificado pelo seu comportamento pessoal, profissão, vida econômica, etc. As relações sociais desses indivíduos desenvolvem-se à margem do Direito e, por isso, não oferecem a segurança cognitiva mínima necessária para que sejam considerados como *pessoas*. Essa condição de inimigo radica, sobretudo, em sua desconsideração enquanto *pessoa*, conceito que, segundo essa teoria, tem um viés normativo. Assim, *pessoa* não é um dado natural, inerente a todo e qualquer indivíduo, mas está relacionado ao destino das expectativas normativas. É dizer: a atribuição dessa condição social - *pessoa* - a um indivíduo depende do grau de satisfação das expectativas normativas que ele é capaz de prestar. O inimigo, portanto, seria incapaz de atender o mínimo de expectativas normativas, pois, em realidade, ele não só refuta a legitimidade do ordenamento jurídico, como busca a sua destruição.

Sendo assim, diante da prática eventual de um crime, o Estado deve limitar-se tão somente a oferecer uma reação apta a repelir a conduta que contrariou a vigência da norma e com isso, garantir sua manutenção. Contudo, para aquele considerado inimigo, a aplicação de

¹ REGIS PRADO, Luiz. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-penal-do-inimigo/3624>>. Acesso em: 2 out. 2012.

sanções severas também tem como objetivo a proteção da norma jurídica, mas, além disso, também pretende a prevenção contra futuras infrações. Nesse sentido, enquanto que o direito penal do cidadão possui efeitos retrospectivos, ou seja, preocupa-se com os fatos praticados, o direito penal do inimigo possui natureza eminentemente prospectiva.

Deve-se ressaltar que a idéia de inimigo nada mais é do que uma elaboração da sociedade, que amedrontada pela violência, cria estereótipos para tentar atribuir-lhes a culpa de danos a ela causados. Uma vez que sejam diferenciados aqueles que são fontes de perigo dos que não oferecem ameaça, fica mais fácil vigiá-los e afastar-se deles, para garantir sua segurança.

O tema é dotado de grande relevância social. Não se pode negar que a questão envolve interesses relevantes, tanto sociais quanto jurídicos, visto que a teoria cria a possibilidade da aplicação de um direito penal de guerra coexistindo com um direito penal cercado de garantias. Tal fato cria uma situação absurdamente conflitante, bem como possibilita que o *ius puniendi* do Estado ultrapasse determinadas barreiras e conseqüentemente, tende a tornar-se um direito penal de guerra em sua integralidade, e não mais somente para as condutas criminosas mais destoantes.

A proposta de Jakobs é a sua introdução como forma de contenção do avanço da criminalidade, sobretudo em sua forma organizada, que atenta contra a ordem vigente. Contudo, a medida não significa ausência de direitos aos que foram declarados como inimigos, nem a adoção de um regime totalitário, em que todos ficarão submetidos aos mandos e desmandos do estado, sem a garantia de defesa contra atrocidades. Ao contrário, por também se tratar de Direito, deve ser aplicado dentro do Estado Democrático de Direito.

De acordo com a tese de Jakobs², o Estado pode proceder de dois modos contra aqueles que infringiram uma norma penal: pode enxergá-los delinqüentes eventuais ou então

² GUNTHER, Jakobs. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 12.

como representação de perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os direitos penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais e para o qual vale com integralidade o devido processo legal. O outro, é o do inimigo, que deve ser tratado como fonte constante de perigo.

Nesse sentido, o direito penal do cidadão apresenta-se como a regra, ou seja, é o direito penal que normalmente deve ser utilizado para combater as infrações penais eventualmente praticadas e o direito penal do inimigo deve ser encarado como exceção a ser aplicada tão somente contra aqueles que se portarem de forma particularmente perigosa.

1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

Neste tópico, examinar-se-á a interpretação realizada por Jakobs referente a determinadas teorias filosóficas, a fim de demonstrar-se como sua concepção do Direito Penal do Inimigo, uma ferramenta utilizada para lutar contra ameaças, se encaixa com as referidas construções conceituais.

Alguns teóricos contratualistas, a exemplo de Rousseau³, alegam que quando um indivíduo comete alguma conduta delituosa, o mesmo viola o contrato social e como conseqüência, não pode ter participação nos benefícios que lhe são próprios. Nesse sentido, pode-se afirmar que aqueles que atacam as normas provenientes do contrato firmado pela sociedade com o Estado não mais podem ser considerados como membros deste, uma vez que contra ele encontram-se em guerra.

De modo semelhante, Fichte⁴ afirma que aquele que, voluntariamente, ou por negligência, abandona o contrato estabelecido pela sociedade a respeito de uma questão na qual era-se legítimo esperar que agisse com prudência, perde todos os seus direitos como

³ Ibid., p. 9.

⁴ Ibid., p. 9.

cidadão, bem como ser humano e entra em situação na qual lhe faltam todos os direitos. Contudo, o teórico geralmente suaviza tal estado através de uma espécie de contrato de penitência. Ademais, Fichte sustenta que dada a falta de personalidade do criminoso considerado como inimigo, executá-lo não se mostra como sanção penal, mas apenas como um meio de segurança.

Conforme demonstrado, as construções de Rousseau e Fichte fazem uma separação radical entre aqueles que são tidos como cidadãos e aqueles como criminosos. De um têm-se inimigos e periculosidade; do outro, cidadãos e lei. Observe-se, contudo, que Jakobs não segue o modelo proposto por tais filósofos, justamente devido a esta distinção drástica. O sistema jurídico deve incluir os criminosos dentro da lei devido a duas razões. Primeiramente, o infrator tem o direito de reconciliar-se novamente com a sociedade e para que tal fato se torne possível, deve manter seu status como cidadão. Em segundo lugar, este tem o dever de reparar os danos causados por sua conduta essa obrigação pressupõe a existência de personalidade.

Hobbes⁵ também elabora uma definição para quem deve ser considerado e tratado como inimigo e para ele, o Estado não deve ser perturbado em sua forma de auto-organização. Nesse sentido, Hobbes geralmente deixa intacto o status de cidadão daquele que cometeu crimes considerados comuns. Entretanto, a situação é diferente quando se lida com questões de rebeliões, tidas como manifestações de alta traição. Isso porque a natureza desta ofensa consiste em resistência a sujeitar-se ao Estado, o que configuraria a recaída em condição de guerra. Sendo assim, aqueles que cometem tal ofensa não devem ser punidos como cidadãos, mas sim como inimigos.

⁵ Ibid., p. 10.

Por fim, de acordo com as construções teóricas de Kant⁶, o conceito de inimigo está diretamente relacionado aos conceitos de estado de natureza e estado civil. O primeiro seria a caracterização da guerra, onde não há limites para as ações dos indivíduos e o segundo, a caracterização do estado onde os indivíduos podem conviver em paz. No estado natural, os homens se ameaçam mutuamente, pondo em risco a segurança uns dos outros. Ao ingressar no estado civil, o indivíduo dá aos demais a garantia de não hostilizá-los. Nesse sentido, um indivíduo incapaz de ficar em paz com a sociedade e assim assegurar aos demais um grau mínimo de segurança, torna-se uma ameaça perpétua e assim o sendo, permanece em constante estado de natureza e legitima a adoção de medidas hostis.

2. GARANTIAS NO DIREITO PENAL

Neste capítulo, tem-se como objetivo a análise do direito penal por intermédio de uma ótica garantista, que assegura a todos direitos e garantias considerados essenciais. Para tal, analisar-se-á a relação do Estado Democrático de Direito com o próprio conceito do direito penal e suas finalidades e posteriormente, suas flexibilizações.

2.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com o advento da revolução francesa e a criação das primeiras constituições escritas (Estados Unidos, em 1787 e França, 1789), houve o surgimento do chamado Estado de Direito, em oposição aos ideais do absolutismo, ocorrendo verdadeira transferência do centro de gravidade da figura de Deus para a figura do homem. Nesse sentido, nesta nova visão, pregava-se que tanto os governantes como os governados deviam obediência às leis. Todavia,

⁶ Ibid. p. 10.

em virtude do positivismo, que afirmava que tal sujeição deveria ser exata e total, bem como após o genocídio ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial, esse conceito foi modificado. Isso porque tal fato encontrava autorização dentro da legislação alemã, o que resultou na necessidade de considerar-se não somente a lei, na sua forma crua, mas também princípios que pudessem lhe garantir validade.

Sendo assim, surgiu o Estado Democrático de Direito, o qual pode ser conceituado como sendo aquele em que todos, inclusive o próprio Estado, devem obediência ao ordenamento jurídico legitimamente estabelecido, desde que este atenda a determinados valores estabelecidos dentro de uma sociedade, tais quais igualdade, liberdade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana. Desse modo, o poder do Estado passou a ser limitado, respeitando-se o Estado de direito⁷.

Dentro do Estado Democrático de Direito não ocorre a cega obediência à lei, mas também leva-se em consideração diversos outros fatores, ainda que não escritos, tais quais os costumes. A lei passa também a ter como função a proteção de direitos e garantias dos integrantes de uma sociedade, devendo dirigir-se indistintamente a todos, não podendo ser aplicável unicamente a um grupo ou indivíduo.

O processo penal, dentro deste contexto, representa não somente um simples instrumento que possibilita a aplicação do Direito Penal, mas sim deve funcionar também como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado⁸. Princípios garantistas, dentre os quais pode-se citar o devido processo legal, não devem ser entendidos como sinônimos de formalismo, mas sim como uma rede de garantias que têm como objetivo proteger o indivíduo contra possíveis excessos do Estado.

⁷ SANNINI NETO, Francisco. *Direito Penal do Inimigo e Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32170/31397>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

⁸ ANDRADE MOREIRA DE, Romulo. *O processo penal como instrumento de democracia*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5224/o-processo-penal-como-instrumento-de-democracia>>. Acesso em: 1 mar. 2013.

2.2. CONCEITO DE DIREITO PENAL

De forma ampla, pode-se conceituar o Direito Penal como sendo o ramo do direito apto a controlar e planejar a vida em comum, ou seja, aquele utilizado para fins de preservação da tranqüilidade jurídica que o homem necessita para conviver pacificamente em sociedade. Representa também o conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o devido exercício do poder sancionador e preventivo do Estado, onde estabelece-se o conceito de crime como pressuposto e anterior à ação estatal, bem como a responsabilidade do sujeito ativo e por último, associando-se à infração da norma penal uma sanção, que tanto pode ser uma pena quanto uma medida de segurança.

Para Luiz Régis Prado⁹,

Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas conseqüências jurídicas — penas ou medidas de segurança (conceito formal). Enquanto sistema normativo, integra-se por normas jurídicas (mandatos e proibições) que criam o injusto penal e suas respectivas conseqüências. De outro lado, refere-se, também, a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (conceito material).

Por fim, pode-se afirmar que o Direito Penal, em razão de seu caráter e também para não ser considerado como um ato de violência contra o cidadão, é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em conseqüência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação¹⁰.

⁹ RÉGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 51.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 34.

2.3. FINALIDADE DO DIREITO PENAL

A principal finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos considerados mais relevantes, proteção essa que se dá por intermédio da aplicação de sanções às condutas humanas previamente tipificadas pelo legislador como criminosas, procurando-se assim, obter uma convivência social minimamente ordenada. A pena, nesse sentido, apresenta-se como um instrumento utilizado exclusivamente pelo Estado para garantir a proteção de tais bens.

A função do Direito Penal não é unicamente aplicar sanções aos indivíduos que cometeram um crime, mas também oferecer uma proteção aos bens juridicamente relevantes, proteção essa que se dará por intermédio da utilização da ameaça que a sanção estatal contém. Nesse sentido, pode-se afirmar que a principal finalidade do Direito Penal consiste na proteção dos bens jurídicos, ou seja, trata-se de uma forma de tentar prevenir a lesão desses.

Contemporaneamente, entende-se que a aplicação do Direito Penal não pode ser dissociada das garantias fundamentais asseguradas aos indivíduos, o que possui como consequência direta o fato de que princípios como o contraditório e a ampla defesa não surgem apenas como formalidades, mas como verdadeira barreira de contenção daquele.

É necessário observar que o Direito Penal, em virtude de materializar o poder punitivo do Estado, bem como configurar-se como o mais grave meio de controle social, deve ser usado sempre quando não houver alternativas diversas, em último caso e visando sempre ao interesse social, não devendo ser acionado para reprimir atos ilícitos insignificantes para a sociedade, de caráter estritamente privado e sem valor para a sociedade local¹¹.

Conforme preleciona Luiz Régis Prado¹²,

a norma jurídico-penal tem a natureza imperativa e endereça-se a todos os cidadãos genericamente considerados, através de mandados (imperativo positivo) ou proibições (imperativo negativo) implícita e previamente formulados, visto que a lei penal modernamente não contém ordem direta (v.g., não deixar de; não matar; não

¹¹ RÉGIS PRADO, Luiz. op. cit. 53.

¹² Ibid. p. 55.

ofender a integridade corporal), mas sim vedação indireta, na qual se descreve o comportamento humano pressuposto da consequência jurídica.

2.4. FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E SUAS GARANTIAS

Conforme preceitua Silva Sánchez, o Direito Penal possui três velocidades distintas, que caracterizam-se cada qual pela sanção imposta ao infrator da norma penal¹³. Nesse sentido, no modelo tradicionalmente adotado pelo Direito Penal, ou seja, naquele em que a preocupação é focada na própria proteção do indivíduo contra a expansão indesejável do poder punitivo estatal e que caracteriza-se pela infração à norma e conseqüente sanção é classificado como um Direito Penal de primeira velocidade.

O Direito Penal de segunda velocidade incorpora duas tendências aparentemente antagônicas: a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão, tais quais podemos citar as penas restritivas de direito, as penas pecuniárias, etc. Este fato decorre da administrativização e da implementação de acordos no âmbito do processo penal, onde as penas privativas de liberdade são substituídas por penas alternativas, como restritivas de direito e de multa. No Brasil, tais fundamentos começaram a ser introduzidos com a Reforma Penal operada em 1984 e consolidou-se com a edição da Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º. 9.099, de 26 de setembro de 1995)¹⁴.

Por fim, há o Direito Penal de terceira velocidade, cuja punição ocorre não em função da conduta típica, antijurídica e culpável praticada, mas sim em função do indivíduo que a praticou. Logo, tem-se a aplicação da sanção não com base no ato praticado, mas sim no

¹³ JESUS DE, Damásio. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/10836/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

¹⁴ TRAMONTIN BONHO, Luciana. *Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo*. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/8439/nocoes-introdutorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

autor. Essa foi a nomenclatura adotada por Silva Sanchez para referir-se ao Direito Penal do Inimigo¹⁵. Não se tem em conta, ao menos parece ser irrelevante para o tribunal, o fato, senão a personalidade daquele que está submetido ao juízo. O Direito Penal do Inimigo é uma variante extrema do Direito Penal do autor, pois não é a conduta como tal a que se valora, senão o passo e o futuro comportamento do réu.

O Direito Penal de terceira velocidade é obtido por intermédio da mistura entre as características marcantes dos dois primeiros. Nesse sentido, inexiste qualquer espécie de proporcionalidade entre a flexibilização dos princípios e garantias e a aplicação da respectiva sanção, ou seja, aplica-se amplamente a pena privativa de liberdade (característica do Direito Penal de primeira velocidade) assim como também se permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (fato característico do Direito Penal de segunda velocidade).

3. CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Com relação à teoria do Direito Penal do Inimigo, muito embora essa possua amparo em diversas bases filosóficas anteriores à sua concepção, pode-se observar que foram elaboradas diversas críticas quanto à sua utilização. Isso ocorre, principalmente, em virtude da referida teoria ter sido prevista em plena vigência do Estado Democrático de Direito e ao mesmo tempo, afrontar vários ditames do mesmo. O presente capítulo dedicar-se-á à análise das principais destas críticas.

¹⁵ ANDRADE MIGUEL, Erika. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5304/Direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

3.1. DIREITO PENAL DO FATO E DIREITO PENAL DO AUTOR

Na construção de um sistema punitivo, é possível tomar por base o fato ou o autor. Quando o fato é tomada de forma exclusiva e pura, dá-se o que a doutrina chama de direito penal do fato (*Tatstrafrecht*); no extremo oposto, tomando-se exclusivamente o autor, revela-se o direito penal do autor (*Täterstrafrecht*)¹⁶.

No que concerne o primeiro, o sujeito passivo de um crime será punido em virtude dos atos praticados. Sua personalidade e demais características pertinentes a sua pessoa não são utilizadas para condená-lo, mas tão somente serão analisados no momento da dosimetria da pena, onde já se verificou ter havido um fato típico, antijurídico e culpável. Já no que diz respeito ao direito penal do autor, não se mostra relevante o fato praticado pelo indivíduo, mas sim a personalidade daquele que o praticou e que está sendo submetido ao juízo. Pertencer ou não a determinado grupo, ou sua atividade em defesa dos valores por aquele estabelecidos são fatores definitivos para comprovar a sua culpabilidade. Por isso o Direito Penal do inimigo é uma variante extrema do Direito Penal do autor, pois não é a conduta como tal a que se valoriza, senão o passo e o futuro comportamento do réu¹⁷.

De acordo com a doutrina¹⁸, a utilização do Direito Penal do autor representa verdadeira violação do princípio da lesividade, o qual é essencial para que a intervenção penal seja legítima. Nesse sentido, o direito penal do autor, que manifesta-se na forma de um direito penal de risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e até mesmo preparatórios, fato esse que aumentaria a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta do indivíduo, mas também a sua lealdade ao ordenamento jurídico.

¹⁶ ROCHA ALMEIDA DE MORAES, Alexandre. *A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 186

¹⁷ ANDRADE MIGUEL, Erika. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5304/Direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

¹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 8.ed.rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1. p. 54.

Segundo Nilo Batista, o direito penal só pode ser direito penal de ação, e explica¹⁹ que:

o que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição da pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais do autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida).

3.2. PENAS DESPROPORCIONAIS E PUNITIVISMO AO EXTREMO

De tal afirmação pode-se extrair outra crítica feita à teoria do Direito Penal do Inimigo, qual seja a de que as penas aplicadas àqueles considerados pelo Estado como inimigos podem ser demasiadamente desproporcionais aos atos praticados. Isso se deve ao fato de que não se pune a conduta do agente, mas sim a sua mera periculosidade, logo, não há a necessidade de observar-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sendo assim, há de se considerar a importante questão referente à necessidade da racionalidade da pena. Logo, esta não deve ser considerada como uma espécie de instrumento cujo objeto seja infligir sofrimento à figura do condenado, assim como também não deve desconhecer o réu enquanto pessoa humana, sendo esse o fundamento do princípio da humanidade²⁰.

Tal fato encontra-se diretamente relacionado ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que esse propõe que para que o Estado aplique de maneira justa e correta a sanção penal devida pelo crime praticado, é necessário considerar-se o dano efetivamente causado, bem como mostra-se imprescindível que seja sempre respeitada a condição de ser humano inerente ao indivíduo²¹.

¹⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 93- 94

²⁰ ANDRADE MIGUEL, Erika. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5304/Direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

²¹ PEREIRA NERY, Déa Carla. *Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2146>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

3.3. UTILIZAÇÃO DE FIGURAS TÍPICAS DE UM ESTADO DE GUERRA

Levando-se em consideração que a partir da ótica desta teoria o inimigo não deve ser visto como uma pessoa pelo Estado, mas sim como um perigo que deve ser combatido e neutralizado da sociedade que integra, a ele não se estendem alguns direitos e garantias, que pertenceriam somente aos cidadãos. De tal maneira, o Estado não precisa preocupar-se em assegurar, por exemplo, o seguimento do devido processo legal, reputando-se como válidas quaisquer atitudes que visem tomar a ameaça inofensiva.

Nesse sentido, não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra, mas essa lógica "de guerra" (de intolerância, de "vale tudo" contra o inimigo) não se coaduna com o Estado de Direito. Sendo assim, o inimigo não pode valer-se de garantias penais e processuais. Dessa forma, o Direito Penal do Inimigo constitui um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais²².

Deve-se ressaltar também que o Direito Penal do Inimigo representa verdadeira mitigação ao princípio da legalidade, fato esse que não seria admitido na vigência de um estado de direito. A relatividade de tal princípio ocorre por intermédio da existência de tipos penais extremamente genéricos, ou seja, tipificações que não se expressam de maneira clara e que por isso, abrem a possibilidade de que sejam interpretadas, e conseqüentemente aplicadas, de forma ampla, a vontade do Estado. O fundamento para tal seria o de que a periculosidade

22 FLÁVIO GOMES, Luiz. *Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.

do autor é tamanha que não seria possível realizar a previsão anterior de todos os atos que possam vir a ser por ele praticados²³.

Outra bandeira defendida por essa teoria e que pode destacar-se é a questão de que, em função do elevado grau de periculosidade do agente, privilegia-se o fato de que o mesmo é uma ameaça à sociedade em detrimento da análise de sua real culpabilidade. Devido a isso, o Estado ganha a prerrogativa de antecipar o *ius puniendi* para que possa punir inclusive meros atos preparatórios, ou seja, anteriores ao descumprimento efetivo da norma penal. Tendo em vista que este tipo de autor é manifestadamente voltado para o crime, não há que se esperar que ele pratique infrações penais para, posteriormente, aplicar-lhe a repressão estatal, como se dá com os cidadãos comuns.

Tais procedimentos, ou seja, a relativização de direitos e garantias, somente seriam possíveis dentro de um estado de guerra. Ressalte-se que aos cidadãos não se aplicam essas medidas, mas com relação ao inimigo, uma vez que devem ser encontrados e neutralizados, o utiliza-se um direito penal que guasca ao conhece barreiras e que em função disso, ignora direitos e garantias ditas por fundamentais, em prol da punibilidade de possíveis infratores.

3.4. DISSONÂNCIA COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Outra questão levantada pela doutrina relaciona-se ao fato de que, para o Direito Penal do Inimigo, o inimigo, assim considerado, não é uma pessoa, logo, o Estado não deve preocupar-se em tratá-lo como tal. Diante disso, surge a dúvida acerca do conceito de inimigo, ou seja, se o mesmo é concebido em momento anterior à sua utilização ou se é uma criação do Direito Penal do Inimigo. Nesse sentido, a dúvida surge no momento em que se indicam as

23 REGIS PRADO, Luiz. *Entrevista Concedida à Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3624>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

não-pessoas, ou seja, se os inimigos seriam classificados antes da aplicação do Direito Penal do inimigo ou se somente seriam classificados como tais após a incidência do mesmo. Resta que a resposta afirmativa deva ser dada segunda opção, pois do contrário, se estaria supondo que o Direito Penal do Inimigo pudesse ser aplicado também aos cidadãos, pois como se saberia tratar-se realmente de um inimigo.

Ocorre que, num Estado de Direito, e como tal, responsável pela manutenção e observação de garantias e direitos fundamentais, tais quais, por exemplo, a dignidade do ser humano e o devido processo legal, não se pode de modo algum atribuir ou retirar a qualidade fundamental de um indivíduo, ou seja, não se pode classificá-los ou não como pessoas. Isso ocorre porque em um estado de direito, todos o são. Assim, em não podendo existir não-pessoas, também, não poderá existir Direito Penal do Inimigo.

Seguindo na análise do conceito de inimigo, o qual seria um indivíduo que abandonou de forma permanente e duradoura o Direito, e partindo da afirmação de que o Direito em questão é o dos cidadãos, e que este Direito somente possa ser infringido por quem seja destinatário de suas normas, e, conforme afirma o Direito Penal do Inimigo este só pode ser uma pessoa, por certo se chega à conclusão de que o inimigo também é uma pessoa, pois infringe reiteradamente as normas de Direito dos cidadãos. E para que se comprove que este indivíduo em questão tenha infringido realmente o Direito dos cidadãos ele terá que ser submetido necessariamente a um processo penal que por certo deverá ser o dos cidadãos, pois ele entra no processo como cidadão e protegido pelas garantias desse Direito. Conseqüentemente, se ao fim do processo ficar comprovado que o indivíduo cometeu o ato ilícito deverá sofrer as conseqüências jurídicas do Direito Penal dos cidadãos, pois foi este Direito que o mesmo infringiu e pelo qual foi julgado. E, mesmo que seja com o processo que o indivíduo perca sua condição de pessoa e passe a ser um inimigo, não resta dúvida de que o

mesmo deverá transcorrer coberto das garantias processuais próprias dos cidadãos, resultando logicamente que o indivíduo ao ser condenado permanece na condição de pessoa²⁴.

A estratégia do Direito Penal do Inimigo também mostra-se falha ao pregar que é facultado ao Estado aumentar o seu poder para punir os inimigos. Contudo, ao afirmar que esse fato poderia ocorrer, estaria também dizendo que o Estado poderia aumentar o *ius puniendi* para todos os indivíduos e não somente a determinado grupo. Isso ocorre porque não há certeza com relação ao momento em que os inimigos são classificados e assim sendo, até o momento em que os mesmos possam ser indicados, observa-se um aumento do poder do Estado não somente em relação a eles, mas sim a todos. Nesse sentido, até que fossem identificados os indivíduos que representam um mal para a sociedade, o Estado exerceria um controle autoritário sobre toda a população.

Sendo assim, a partir do momento em que não for possível diferenciar o cidadão do inimigo, àquele também serão impostas as medidas previstas, em princípio, exclusivamente ao último, tal fato dá ao Estado o poder de escolher os seus inimigos, ou seja, a classificação das não-pessoas não encontrará um critério fixo e a mesma será feita em razão dos interesses daquele, não mais limitando-se aos parâmetros elaborados pelo legislador.

Em suma, o que se pretende demonstrar é o fato de que, além do conceito de inimigo não possuir uma clara delimitação temporal, isto é, se anterior ou posterior à instituição do Direito Penal do Inimigo, tal conceito também é demasiadamente vago, não possui parâmetros fixos, o que acarreta a criação de uma espécie de "inimigo latente", no qual nenhum indivíduo pode considerar-se realmente um cidadão. Isso porque uma vez que o Estado decida que alguém tornou-se indesejável para a sociedade, o mesmo possui prerrogativas tanto para dela retirá-lo quanto para puni-lo. Nesse sentido, deve-se olhar para o

²⁴ TRAMONTIN BONHO, Luciana. *Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8439/nocoes-introdutorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

Direito Penal do Inimigo com bastante cautela, uma vez que muito embora na sua criação tenha o objetivo de proteger a sociedade e sua respectiva manutenção, em um momento posterior, dada a sua tendência natural à expansão, ele mesmo pode representar um perigo para aqueles que visava proteger.

CONCLUSÃO

Por intermédio do presente trabalho, procurou-se mostrar que a teoria do Direito Penal do Inimigo, muito embora se apresente como interessante, com suas propostas de punições mais severas para aqueles que amedrontam a sociedade e colocam em risco a manutenção desta, deve ser analisada com cuidado. Isso porque o poder punitivo que o Estado adquire é demasiadamente grande e os direitos e garantias fundamentais, que têm como função a sua respectiva limitação, acabam por ser suspensos. Assim sendo, percebe-se uma clara tendência para que as sanções impostas aos inimigos estendam-se também aos cidadãos, fato esse que ocasionará a criação de um estado geral de insegurança para todos os indivíduos.

Em virtude das mudanças ocorridas dentro da sociedade e conseqüentemente, dentro do Direito Penal, vemos a valorização de alguns bens jurídicos anteriormente não considerados essenciais a ponto de justificar a intervenção estatal, a tipificação de novas condutas, bem como o surgimento de crimes e organizações que possuem caráter transnacional, capazes de afetar diversos Estados. Diante desse contexto, surge a teoria do Direito Penal do Inimigo, com promessas de individualização e efetiva neutralização daqueles considerados como um perigo à sociedade, que encontra abrigo nas exigências desta por soluções que traduzam tal violência e também na ânsia dos legisladores em satisfazer tais desejos, que acabam por se materializar em punições desmedidas.

Contudo, desconsiderar-se a conquista de direitos e garantias obtidas através da evolução histórica, tais quais a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, com o único objetivo de alcançar possíveis sanções mais drásticas é, ao mínimo, algo irresponsável. Nesse sentido, o Direito Penal não se mostra como o meio adequado para que determinados problemas enfrentados pela sociedade, tais quais o crescente aumento da criminalidade, possam ser solucionados. Essas modificações devem ser fruto de políticas sociais desenvolvidas pelo Estado e, infelizmente, demandam certo tempo. A urgência dos clamores da sociedade não deve ser completamente considerada pelo legislador, uma vez que soluções imediatas podem transformar-se posteriormente em um problema para todos os indivíduos. Garantir ao Estado mais poder para punir os infratores da norma penal, assim como retirar desses certas garantias não representa uma solução razoável para os atuais problemas, mas sim acarreta a criação de um estado de insegurança, além do fato de que tal modelo não se encontra em harmonia com um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Decerto que dentre os infratores da norma penal pode-se observar diversos graus de periculosidade e com isso, afastamento dos preceitos estabelecidos pela sociedade. Aqueles considerados como sendo os mais perigosos, ou seja, que exercem a criminalidade de forma habitual, profissional e que integram os quadros de organizações cujo objetivo seja a prática de condutas criminosas devem receber um tratamento mais severo por parte do Estado. Contudo, isso não significa dizer que dele devem ser retiradas garantias fundamentais. Muito embora essa delinquência habitual traduza o fato de que o ordenamento jurídico é constantemente rechaçado, o criminoso particularmente perigoso ainda assim deve ser processado e julgado conforme o direito que por ele foi lesionado.

Nesse sentido, não se justifica a criação de uma nova esfera do Direito Penal, essa apenas aplicável aos indivíduos que representem um considerável perigo à sociedade. O Direito Penal do Inimigo não cria uma série de condutas tipificadas que caso sejam praticadas,

poderemos prontamente afirmar estarmos diante da hipótese de um inimigo. Aquele, trata apenas de um modelo de procedimento a ser aplicado caso o indivíduo perigoso viola uma norma do ordenamento jurídico que é comum a todos, ou seja, vincula tanto inimigos quanto cidadãos. Exatamente por tratar-se das mesmas disposições legais, não se pode oferecer um tratamento de guerra a alguns e garantista a outros, embora, conforme dito anteriormente, a reprovação do primeiro grupo deva ser mais intensa que a de um delinqüente comum. Se ao fim do processo ficar comprovado que o indivíduo cometeu o ato ilícito deverá sofrer as conseqüências objetivamente previstas no direito por ele infringido, e não o de outro, especialmente criado para sua situação.

Ainda que a teoria elaborada por Jakobs não seja exatamente uma novidade, tendo em vista as suas diversas bases filosóficas, onde já se pode encontrar a figura de um inimigo para com o qual o Estado mostra-se extremamente hostil, mostra-se bastante claro que o Direito Penal do Inimigo representa um verdadeiro retrocesso ao Direito Penal. Isso porque este foi concebido como instrumento de controle das relações, possibilitando, assim, o convívio em sociedade. Em virtude de seu potencial de coação, somente deveria ser utilizado quando esgotadas todas as possibilidades de controle extrapenal no combate à criminalidade, reservando seu âmbito de atuação à esferas de extrema necessidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE MIGUEL, Erika. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5304/Direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

ANDRADE MOREIRA DE, Romulo. *O processo penal como instrumento de democracia*. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/5224/o-processo-penal-como-instrumento-de-democracia>>. Acesso em: 1 mar. 2013.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

FLÁVIO GOMES, Luiz. *Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: <http://www.revisttajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.

GÜNTHER, Jakobs. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

JESUS DE, Damásio. *Direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10836/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

MARTIN, Luís Gracia. *Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. 1. ed. tradução Érika Mendes de Carvalho e Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2007.

PEREIRA NERY, Déa Carla. *Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2146>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

RÉGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

REGIS PRADO, Luiz. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-penal-do-inimigo/3624>>. Acesso em: 2 out. 2012.

REGIS PRADO, Luiz. *Entrevista Concedida à Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3624>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

ROCHA ALMEIDA DE MORAES, Alexandre. *A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'*. Curitiba: Juruá, 2008.

SANNINI NETO, Francisco. *Direito Penal do Inimigo e Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32170/31397>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

TRAMONTIN BONHO, Luciana. *Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8439/nocoos-introdutorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 22 fev. 2013.