

# DIREITO PENAL DO INIMIGO

Lucas Daniel Ferreira de Souza

Rodrigo de Oliveira Marques

Resumo: O respectivo artigo procura denominar “Direito penal do inimigo”, não propriamente um sistema penal ordenado e lógico, mas, um conjunto de todas as normas espalhadas pelo ordenamento jurídico-penal que se caracterizam por violar os direitos e garantias fundamentais da pessoa. Não tem como eixo um “fato” criminoso, senão um determinado tipo de autor. Não pode, ademais, ser identificado como mais um movimento punitivista ou retribucionista ou prevencionista autônomo. É, na verdade, uma forma de tratar determinados criminosos que, por não apresentarem “garantias cognitivas” de que vão permanecer fieis ao Direito, não são considerados pessoas. São não-pessoas (*Feinde sind aktuell Unpersonen*). A partir dessa premissa concebe-se que para esse inimigo não podem valer os direitos e garantias fundamentais do cidadão comum, não haveria como fugir da existência de dois Direitos penais: um para o cidadão (dotado de garantias) e outro para o inimigo (sem garantias), porém, quando se fala em Direito penal do inimigo não se pode imaginar um conjunto normativo ordenado, mas sim, ordenamentos jurídico-penais, ou seja, manifestações avulsas, introduzidas com frequência por meio de legislação especial.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo, Jurídico-Penal, Direito Penal do cidadão

ENEMY’S CRIMINAL LAW

Abstract: Thus respective article seeks to call “Criminal law of

the enemy”, not exactly a penal system orderly and logical, but a set of standards all around the criminal legal system characterized by violating the fundamental rights and guarantees of the person. There's no way axis a “fact” criminal, but a certain type of author. It can, moreover, be identified as another punishment or retribucionist or preventionist self-movement. It is actually a way to treat certain criminals, for not having “cognitive assurances” that will remain faithful to the law, are not considered people. Non-people (*Feinde sind aktuell Unpersonen*). From this premise is conceived that to this enemy cannot enforce all rights and guarantees of ordinary people, there would be no escape from the existence of two criminal Rights: one for the citizen (provided with guarantees) and the other for the enemy (no guarantees), but when it comes to criminal law of the enemy cannot imagine a set of rules ordained, but, legal and penal systems, such as loose manifestations, often introduced by special legislation.

Keywords: Enemy's Criminal Law, Legal and Criminal, Criminal Law citizen

## 1. INTRODUÇÃO



As sociedades contemporâneas têm dado sinais de endurecimento de seus sistemas jurídico-penais. Muito se discute a respeito das razões que têm levado a esse fenômeno, desde a emergência e consolidação de novas formas de criminalidade - criminalidade transnacional, crimes que violam interesses me-taindividuais -, passando pelo generalizado apelo midiático por mais punição, potencializado pelo discurso do incremento da violência, bem como por discursos pautados pela lógica do medo.

Diante desse quadro, interessa-nos abordar o tema do

denominado direito penal do inimigo, concebido em fins do século XX (1985) pelo jurista alemão Günther Jakobs, que tem despertado a atenção de penalistas e não penalistas, promovendo debates que extrapolam o domínio do direito penal.

A teoria do doutrinador alemão Günter Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo vem, há mais de 20 anos, tomando forma e sendo disseminada pelo mundo, conseguindo fazer adeptos e chamando a atenção de muitos.

Parte-se do pressuposto em que a prática de um Direito Penal separaria os delinquentes e criminosos em duas categorias: os primeiros continuariam a ter o *status* de cidadão e, uma vez que infringissem a lei, teriam ainda o direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico estabelecido e a voltar a ajustar-se à sociedade; os outros, no entanto, seriam chamados de inimigos do Estado e seriam adversários, representantes do mal, cabendo a estes um tratamento rígido e diferenciado.

Por sua vez, os inimigos perderiam o direito às garantias legais, não sendo capazes de adaptar-se às regras da sociedade, deverão ser afastado, ficando sob a tutela do Estado, perdendo o *status* de cidadão. Jakobs vale-se dos pensamentos de grandes filósofos como Rosseau, Hobbes, Kant para sustentar suas teorias, buscando agregar valor e força aos seus argumentos.

Assim, aos cidadãos delinquentes, proteção e julgamento legal; aos inimigos, coação para neutralizar suas atitudes e seu potencial ofensivo e prejudicial. À sociedade em geral, principalmente aos que sentiram na pele a ação de criminosos, aos imediatistas, aos que, pressionados, precisam de uma solução rápida aos problemas criminais, a teoria de Jakobs poderá parecer, à primeira vista, uma solução quase que perfeita.

Sendo assim, os três pilares que fundamentam a teoria de Jakobs, que são: antecipação da punição do inimigo; a desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais e a criação de leis severas direcio-

nadas à clientela dessa específica engenharia de controle social (terroristas, supostos líderes de facções criminosas, traficantes, sem-terra, homem-bomba, etc.), poderiam funcionar perfeitamente em uma sociedade que tivesse condições e capacidades especiais para distinguir entre os que mereceriam ser chamados de cidadãos e os que deveria ser considerados os inimigos.

Atenta-se, porém, ao fato de que não temos capacidade, condições ou mecanismos para julgarmos com precisão e justiça, tampouco arcarmos com as responsabilidades que esta teoria traria ao mundo. Estamos cansados de saber, que teoria e prática não se equivalem. Esbarram-se, no entanto, no mesmo problema tal como a pena de morte, em que muitos condenados são inocentes e, ainda, no retrocesso que representaria voltarmos à representação da inquisição, onde foram considerados inimigos quem não atendia aos ditames do Estado e da Igreja, e do Holocausto, em que uma nação foi considerada o inimigo e, independentemente de seus atos, os nascidos judeus eram condenados ao ultraje e à morte.

Portanto, Jakobs sustenta também que mais vale legalizar o que já vem sendo feito silente e implicitamente. No entanto, o mundo caminha para frente, a evolução e a liberdade são a nossa meta e voltarmos a um esquema que lembra-nos fatos históricos terríveis contra o ser humano; pensando podermos arcar com as responsabilidades e atribuições que esta teoria traz; agindo orgulhosamente, como governos e personalidades veem fazendo em seus países e dos quais sabemos o resultado, conhecemos a dor e todos os sofrimentos causados; não nos parece sensato, alguém duvidar que os executores do Direito Penal do Inimigo iriam extrapolar suas funções e prerrogativas dentro de uma teoria que já nasce atentando contra os direitos alcançados ao longo de décadas.

Há outros instrumentos dentro das ciências e do Direito que se bem utilizados podem transformar este panorama que nos apresenta, um deles é a Criminologia, poderíamos, ainda,

como Jakobs, buscar a sabedoria nos ensinamentos dos grandes filósofos. E ainda nos Mestres de várias religiões, nos grandes estadistas, escritores e almas simples e bondosas que deixaram seu exemplo de Amor e Fraternidade.

## 2. BREVES PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Procura-se fazer referência ao Direito penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo,

isso no sentido de dois tipos ideais que dificilmente aparecerão transladados à realidade de modo puro: inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio - Direito penal do cidadão - se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros. O Direito penal do inimigo, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal.

Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais.

Em outras palavras, deve limitar-se, previamente, que a denominação “Direito penal do inimigo” não pretende ser sempre pejorativa. Certamente, um Direito penal do inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes. Ademais, um Direito penal do inimigo implica um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva.

Feitas estas reflexões prévias, parte-se de um conceito intermediário, ou seja, com a pena. A pena é coação - aqui só será abordada de maneira setorial - de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato, fato que como ato de uma pessoa racional, significando uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo que é irrelevante segundo o autor, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.

Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica<sup>1</sup>, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.

Entretanto, a pena não só significa algo, mas também produz fisicamente algo. Assim, por exemplo, o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade. É possível pensar que é improvável que a pena privativa de liberdade se converta na reação habitual frente a fatos de certa gravidade se ela não contivesse este efeito de segurança.

Pode-se vislumbrar na discussão científica da atualidade a respeito deste problema é pouco, com tendência ao nada. É que não se pode esperar nada daqueles que buscam razão em todas as partes, garantindo-se a si mesmo que a tem diretamente e proclamando-a sempre em tom altivo, ao invés de dar-se o trabalho de configurar sua subjetividade examinando aquilo que é e pode ser.

## 2.1 ARCABOUÇOS FILOSÓFICOS DO “DIREITO”

Denomina-se “Direito” o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres ao passo que a relação com o

---

<sup>1</sup> A respeito, vid. JAKOBS, Norn., *Perso'i, Cenllscliaft*, 2.ed. 19W, p 93.

inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito penal.

Em consequência, poder-se-ia argumentar que qualquer pena, ou, inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo. Tal argumentação em absoluto é nova, mas conta com destacados precursores filosóficos.

A consequência diz assim: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”. De modo similar, argumenta Fichte: “quem abandona o contrato cidadão com um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”.

Com férrea coerência, Fichte prossegue afirmando que a falta de personalidade, a execução do criminoso “não é uma pena, mas só instrumento de segurança”. Não é oportuno entrar em detalhes, pois já com este breve esboço é possível pensar que se mostrou que o *status* de cidadão, não necessariamente, é algo que não se pode perder.

Seguindo a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata, em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por urna dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Hobbes tinha consciência desta situação. Nominalmente, é também um teórico do contrato social, mas materialmente

é, preferentemente, um filósofo das instituições. Seu contrato de submissão junto a qual aparece em igualdade de direito. A submissão por meio da violência não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os futuros cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização, de maneira plenamente coerente com isso, Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua “função de cidadão”.

O cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: “pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súbditos, mas como inimigos”<sup>2</sup>.

Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, de *per si*, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição. Kant quem faz uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã.

Como acaba de citar-se, na posição de Kant não se trata como pessoa quem “me ameça... constantemente”, quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão. De maneira similar, Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente.

Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa. O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pes-

---

<sup>2</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.



soa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido.

Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos.

De acordo com o funcionalismo de Jakobs, normativismo sistêmico, pessoa é o destinatário de expectativas normativas, titular de deveres e, “enquanto titular de direitos, dirige tais expectativas a outras pessoas; a pessoa, como se pode observar, não é algo dado pela natureza, senão uma construção social”. (JAKOBS, 2003c, p. 20)

O autor pretende distinguir o conceito de pessoa do de ser humano. Este é resultado de processos naturais, aquela é produto social, um produto que constitui uma unidade ideal de direitos e deveres os quais são administrados por meio de um corpo e uma consciência.

Além disso, “ser pessoa significa ter de representar um papel” (JAKOBS, 2003, p. 30 e JAKOBS, 2000, p. 50). Cada pessoa na sociedade, como titular de direitos e deveres – cidadão –, desempenha uma função social representada em um papel: pessoa é a representação de uma competência socialmente compreensível. (JAKOBS, 2003d, p. 30 e JAKOBS, 2000, p. 50).

Essa concepção de pessoa vai informar conceitos jurídico-penais (imputação objetiva, autor, partícipe), inclusive para efeito de responsabilizar ou não alguém por um fato criminoso. Assim, por exemplo, o próprio autor afirma que, em uma economia com grande divisão de trabalho, não é papel do vendedor de um produto cuidar para que o comprador não o utilize para praticar crimes. Não é papel do vendedor da arma impedir que o comprador a empregue em um roubo, com o que quem vende não pode ser punido. A expectativa normativa em relação ao vendedor é de que ele venda os produtos e, assim, cumpra seu papel (função social).

Para Jakobs (2003) “delito é comunicação defeituosa”. O crime é um fato e, como tal, portador de um significado. O crime significa a desautorização da norma, significa um ataque à vigência da norma. Desse modo, quando uma pessoa pratica um crime, ela comunica um fato que significa violação da norma jurídico-penal. Mas as normas não podem ser violadas, desautorizadas, atacadas, na medida em que constituem a sociedade: não há sociedade possível sem normas. Nesse sentido, afirma o autor: “a partir da perspectiva de que partimos, o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”. (JAKOBS, 2003d, p. 1)

A partir dessa noção de crime, como um fato que significa ataque à norma, Jakobs (2008) chega à sua noção de pena, um fato que significa a negação do ataque à norma:

A pena é coação (...). A coação é portadora de um significado, portadora de resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa. (JAKOBS, 2008, p. 22)

A ideia da pena como proteção da vigência da norma e, por onde, afirmação da norma, nos termos defendidos por Jakobs, muito se aproxima à clássica visão de Hegel. Para este filósofo, se o crime é a negação da ordem jurídica, então a pena deve ser a negação de tal negação: o crime nega o direito, e a pena, negando a negação, reafirma o direito. Embora haja entendimento, segundo o qual a ideia de Hegel (1770-1831) constitui uma antecipação de dois séculos da prevenção geral positiva de Jakobs, o próprio autor procura diferenciar a sua concepção da hegeliana.

Nesse sentido, considera que a tese de seu antecessor é uma irracional sequência de dois males (crime e pena), na medida em que a relação crime/pena é tomada de forma isolada. Para ser considerada racional, a relação de negação crime/pena deve basear-se na compreensão comunicativa do fato (fato crime e fato pena): uma comunicação que se produz entre crime – afirmação que contradiz a norma – e pena – resposta que confirma a norma, uma comunicação que torna possível o interacionismo simbólico entre crime e pena<sup>3</sup>.

Essa relação circular entre crime e pena está na base do sistema jurídico penal de Jakobs que, como já podemos deduzir, é um funcionalismo que se baseia na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, por isso se trata de um funcionalismo sistêmico. O sistema de direito penal é, portanto, um sistema normativo fechado, autorreferente (autopoético)<sup>4</sup>, em que a relação circular entre crime e pena – uma relação de significado – constitui sua engrenagem.

O direito penal de Jakobs vai recusar a generalizada função atribuída ao direito penal de proteção de bens jurídicos, para abraçar a função de proteção da norma jurídica (precisamente a norma jurídico-penal). E assim tem pronunciado em diversos trabalhos: “o direito penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos”. (JAKOBS, 2004b, p. 19).

Como a constituição da sociedade tem lugar por meio de normas, isto é, se as normas determinam a identidade da sociedade, garantir a vigência da norma permite garantir a própria identidade social: o direito penal confirma a identidade social. Nesse quadro de proteção da norma e afirmação da identidade social, a sanção penal previne a erosão da configu-

---

<sup>3</sup> JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 3. ed. Trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 22.

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77, v. 1.

ração normativa real da sociedade, normativismo sistêmico.

A proteção da norma como função da pena revela a afinidade de Jakobs com a teoria da prevenção geral positiva. Tal aporte teórico tem lhe rendido críticas importantes, tal como a do também alemão Schünemann: “Quando Jakobs define a pena como reação levada a cabo a expensas do autor pela violação da norma, com o fim de exercitar na população a confiança no Direito, não pode assim explicar nem a necessidade da pena nem sua legitimação frente ao afetado” (SCHÜNEMANN, 1997, p. 92). De todo modo, Jakobs é categórico, a pena deve representar uma aprendizagem coletiva e generalizada de fidelidade ao ordenamento jurídico como atitude natural: “por conseguinte, a pena significa uma contradição do significado do fato, e a dor da pena deve produzir prevenção geral positiva”.

### 3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

No entanto, Jakobs não prevê a função preventiva geral positiva da pena para todos os fatos ocorridos no interior do sistema jurídico-penal. Em outros termos, nem sempre a sanção penal desempenhará a função de proteger a vigência da norma (prevenção geral positiva), pois, em determinadas situações, ela deverá assumir outra feição: a eliminação de um perigo (prevenção especial negativa). Chegamos ao direito penal do inimigo. Mas quem são os inimigos? Quem é essa pessoa que deve ser tratada como inimigo? Com a palavra, Jakobs (2004):

El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delincuencia sexual[...]) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia de drogas, [...]), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva

del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta. (JAKOBS, 2004a, p. 45)

Nesse sentido, “O inimigo é um indivíduo que abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta”. (JAKOBS, 2003a, p. 57)

Jakobs sugere que quem pretende ver-se tratado como pessoa, deve demonstrar que vai se comportar como pessoa. Se não dá essa demonstração expressa, o direito penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra o inimigo.

É importante lembrar o que, para Jakobs, significa ser pessoa: significa desempenhar um papel, cumprir suas expectativas normativas. A concepção antropológica de ser humano como pessoa que representa um papel – exercício de uma função dentro do sistema – vai ser o ponto de referência do direito penal. Se o sujeito não representa seu papel e, ao revés, passa a praticar crimes (fato que significa ataque à norma) de forma reiterada, então ele abandona o direito, abandona sua condição de pessoa, de cidadão, e assume a condição de opositor da ordem jurídica, de adversário, inimigo.

Isso porque quem pratica crimes de forma habitual, reiterada, não está produzindo meras perturbações socialmente internas (no sistema social, jurídico) senão colocando em risco a própria manutenção do sistema. O autor faz afirmação contundente:

A pessoa no Direito, isto é, a titular de deveres e direitos, só pode ser tratada como pessoa na medida em que no fundamental se conduza de maneira conforme a norma; se se comporta permanentemente como um diabo, se converte em um inimigo, vale dizer, em uma não pessoa. (JAKOBS, 2003c, p. 54)

Não se trata mais de punir uma pessoa, trata-se de punir uma não pessoa, e essa não pessoa é o inimigo. Por tal razão, Jakobs produz uma distinção entre um direito penal do cidadão (pessoa) e um direito penal do inimigo (não pessoa). Seriam

dois tipos ideais que dificilmente apareceriam na realidade de modo puro, sendo certo que no direito penal do cidadão existiriam elementos do direito penal do inimigo, bem como no direito penal do inimigo existiriam elementos do direito penal do cidadão.

Jakobs fez referência ao direito penal do inimigo pela primeira vez em 1985, demonstrando sua preocupação com o avanço de elementos do direito penal do inimigo no direito penal do cidadão. Como o direito penal do inimigo “só pode ser legitimado como um direito penal de emergência que vige excepcionalmente, os preceitos a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal dos cidadãos” (JAKOBS, 2003b, p. 143). Isto porque, “em princípio, nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico. (...) Por isso, a introdução de um cúmulo de linhas e fragmentos de direito penal do inimigo no direito penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito”. (JAKOBS, 2008, p. 43)

Nesse contexto, o alemão vislumbra, de um lado, um direito penal dirigido aos cidadãos, à pessoa, um sistema para o qual a pena tem a função de proteger a vigência da norma; por outro lado, um direito penal dirigido aos inimigos, à não pessoa, um sistema para o qual a pena tem a função de eliminar um perigo.

Assim, o primeiro teria como objeto os crimes praticados de forma incidental, ou seja, os que abrangem fatos isolados, contradições entre pessoa e norma jurídico-penal que existem de forma inevitável na vida em sociedade, mas que são episódicas. De outra parte, o segundo sistema toma por objeto os crimes perpetrados de forma habitual, isto é, abarcam práticas reiteradas vinculadas a organizações criminosas, associações terroristas, tráfico de entorpecentes, criminalidade econômica: realidades do mundo de hoje que devem ser combatidas de forma excepcional.

Para os inimigos do direito penal, Jakobs prevê<sup>5</sup>: antecipação do momento da punibilidade, mudando a perspectiva da punição do ato praticado (punibilidade a partir da tentativa) para a do ato que se vai praticar (punibilidade a partir dos atos preparatórios); aumento das penas previstas em abstrato; e, supressão de garantias materiais e processuais, como tornar o acusado incomunicável. Dessa forma:

O Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento como cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (JAKOBS, 2008, p. 37)

Com essa afirmação, podemos verificar os dois “direitos penais”, sendo certo que, enquanto a pena para o cidadão visa à proteção da norma, à proteção da configuração normativa da sociedade, a pena para o inimigo visa à eliminação de um perigo. Com isso, Jakobs quer aplicar uma medida de segurança aos inimigos, e não uma pena, como forma de prevenção especial negativa, neutralizando assim o inimigo.

As medidas de segurança dirigem-se aos inimputáveis e obedecem ao critério da periculosidade do autor, ao contrário das penas, que observam a culpabilidade do autor (liberdade da vontade – poder agir de outro modo que não o criminoso – livre-arbítrio).

Como aparente forma de justificar a ideia de punir para eliminar um perigo, tratando um cidadão como não cidadão, uma pessoa como não pessoa, isto é, como um inimigo, Jakobs recorre a filósofos que estão na base do pensamento da modernidade: Hobbes, Rousseau, Kant e Fichte. Assim, quer mostrar “que o status de cidadão, não necessariamente, é algo que não se pode perder” (JAKOBS, 2008, p. 26). Faz referência expressa ao inimigo em Hobbes, Rousseau, Kant e Fichte. Assim, em

---

<sup>5</sup> JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, p. 56.

Rousseau:

(...) qualquer malfeitor, atacando o direito social, pelos seus crimes torna-se rebelde e traidor da pátria, deixa de ser seu membro ao violar suas leis e até lhe move guerra. A conservação do Estado é então incompatível com a sua, sendo preciso que um dos dois pereça, e, quando se faz que um culpado morra, é menos como cidadão do que como inimigo. (ROUSSEAU, 1973, p. 58)

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir em linhas gerais que o conceito de direito penal do inimigo não pode pretender um lugar na ciência do direito penal, pois não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, unimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário.

A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional.

Não se pode estranhar, portanto, que as distinções um tanto óbvias que aqui se realizam estejam sendo propostas tão tardiamente na discussão: o conceito de direito penal do inimigo não convida de modo algum à racionalidade. Por outro lado, impor coativamente sofrimento ou juízos de reproche pelo estado mostra-se necessária mais do que nunca uma atitude de objetividade, de sobriedade, de racionalidade.

Na verdade, poderia ser caracterizado como um grande inimigo do Direito penal garantista, porque ele representa um tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado Constitucional e Democrático de Direito<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Nesse sentido crítico cf. ROSA, Fábio Bittencourt da, *Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo*, em <[www.derechopenalonline.com/index.php?Criminologia](http://www.derechopenalonline.com/index.php?Criminologia)>; LOPES, Cláudio Ribeiro. *O Direito penal de emergência, os microssistemas, o discurso pan-penalista e o caráter limitador do princípio penal da legalidade estrita*, em



De outro lado, quando não se reconhece o inimigo como pessoa, pouco importa se está vivo ou morto. Por conseguinte, a doutrina do Direito penal do inimigo, que parte da premissa do “homem normativo”, está fadada a produzir ou intensificar uma quantidade enorme de violência em todas as partes do mundo, onde vigora a combinação da ausência de tradição democrática com uma mídia e um legislador. Tal atitude não é de modo algum favorecida pelo direito penal do inimigo, em quaisquer de seus três significados. Se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo.

Em suma, o “Direito Penal do inimigo” se dirige à eliminação de um perigo, o que não exclui a possibilidade de que sejam excluídos aqueles que o Estado assim considere.

Nessa vereda, defende-se uma ampla antecipação da punibilidade no curso do *iter criminis*, ocupando-se de punir fatos futuros, eventuais, e não atual ou passado como se espera.

Sendo assim, o Direito Penal do Inimigo caracteriza 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”.

Como o inimigo é uma não-pessoa, a qual o Estado visa combater e neutralizar, a ele não são previstos os direitos e garantias processuais a que os cidadãos têm direito. Dessa forma, o inimigo não pode ser tratado como sujeito processual, pois “com seus instintos e medos põem em perigo a tramitação ordenada do processo”. Assim, ao inimigo não são previstos, no curso do processo, vários direitos permitidos ao cidadão, 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, como as escutas telefônicas, agentes infiltrados, investigações secretas, além de ter-se um avanço da prisão preventiva como regra, que é exceção num processo ordenado.

Contudo, o processo contra o inimigo não pode denominar-se “processo” e sim procedimento de guerra.

Conclui-se, portanto, que a antecipação dessa barreira punitiva não se presta a reduzir a pena, pois a proporcionalidade é incompatível com esse sistema e, por derradeiro, que as garantias processuais são afastadas; tudo isso em nome de um “Direito da sociedade”.



## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em 08 de dez de 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Enemy Combatants Versus Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants. In. *New Criminal Law Review*. v. 11, n. 4, p. 529–562, 2008. Disponível em: <<http://www.molins-silva.com/madrid/pubs/GOMEZ->

- JARA\_3.pdf>. Acesso, 10, dez. 2014. Disponível em:<<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 8, Dez. 2014.
- GRECO, Luís. *Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo*. In. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 7, dez. 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003d.
- \_\_\_\_\_. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiío Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.
- \_\_\_\_\_. *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004b.
- \_\_\_\_\_. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003a.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 3. ed. Trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.
- \_\_\_\_\_. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004a.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito penal*. Trad. de André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003b.
- \_\_\_\_\_. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiío Sánchez. Madrid: Civitas, 2003c.
- \_\_\_\_\_. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato Social. In. *Os Pensa-*

- dores*. São Paulo: Victor Civita, 1973.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. In. *Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzon Peñal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- WELZEL, Hans. *Estudios de filosofia del derecho y derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAIM, Miguel Juarez Romeiro. *Direito Penal do Inimigo*. In. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*. v.11, n.2, 2009. Disponível em: <<http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/revjur23/article/view/128/114>>. Acesso em, 11, Dez, 2014.