

# CRÍTICAS À DOUTRINA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

**Márcia Betânia Casado e Silva**

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

## 1 Introdução

A finalidade do direito penal é a proteção dos bens essenciais ao convívio social. Nas palavras de Luiz Regis Prado<sup>1</sup>, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do direito penal radica na proteção dos bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”. Por sua vez, Nilo Batista<sup>2</sup> aduz que “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”.

O direito penal tem por objetivo tutelar os bens mais valiosos para a comunidade do ponto de vista político, porquanto os demais ramos do direito não possuem sanção suficiente para coibir e punir a prática de determinados atos. Fala-se de critério político de seleção de bens a serem tutelados pelo direito penal, porque a sociedade evolui, diariamente. Assim, bens, outrora tidos como fundamentais, hoje não mais gozam de tal condição<sup>3</sup>. Com efeito, o direito penal, na atualidade, tem se distanciado muito daquele idealizado pelos iluministas. À época, o direito penal era direcionado à proteção dos cidadãos contra a tirania do Estado e caracterizado, essencialmente, pela pena privativa de liberdade e pelas garantias individuais (direito penal de primeira velocidade, de acordo com classificação adotada por Silva Sánchez)<sup>4</sup>.

Os riscos do mundo pós-moderno têm gerado a expansão do direito penal, com o surgimento de um grande número de novos delitos. Contudo, as penas tendem a ser mais brandas e alternativas, com a implementação de acordos no âmbito do processo penal. Com isso, as penas privativas de liberdade são substituídas por penas alternativas, como restritivas de direito e de multa, tal como ocorre, no Brasil, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, criados pela Lei Federal nº 9.099/95. Trata-se do direito penal de segunda velocidade, conforme a já mencionada classificação de Silva Sánchez. Argu-

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 47.

<sup>2</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 116.

<sup>3</sup> Quanto ao tema, Sérgio Salomão Schecaira afirma: “não é por outra razão que, no momento em que vivemos, de grandes modificações sociais, de evolução e superações, estejamos a enfrentar um duplo problema: quais bens jurídicos devem ser protegidos; quais bens jurídicos não mais precisam de proteção. Em outras palavras, estamos diante de uma via de duas mãos: a que criminaliza condutas e a que as descriminaliza” (*Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 134).

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. , p. 148, 2002.

menta o referido autor<sup>5</sup> que a teoria de segunda velocidade do direito penal considera que aos delitos sócio-econômicos são imputadas penas privativas de liberdade. Para essas penas, devem ser respeitadas todas as garantias e princípios processuais, devendo estes ser relativizados, quando aplicadas penas mais brandas.

A flexibilização das garantias individuais e das regras de imputação, com a finalidade de reduzir o sentimento de insegurança social, é o ônus pago para a existência de um direito penal funcional. Entretanto, um direito penal de urgência e demasiadamente amplo pode causar insegurança jurídica, não tendo eficácia prática. Ademais, o avanço acelerado da criminalidade e a ânsia em contê-la é um terreno fértil para o surgimento de novas teorias funcionalistas, tal como a do direito penal do inimigo.

## 2 Surgimento do direito penal do inimigo

Günther Jakobs, tido como um dos mais brilhantes discípulos de Welzel, foi o criador do funcionalismo sistêmico (radical). Segundo essa teoria, a função primordial do direito penal é a proteção da norma, cabendo a este, apenas indiretamente, a tutela dos bens jurídicos fundamentais. Segundo Cornelius Prittwitz<sup>6</sup>, Jakobs falou em direito penal do inimigo pela primeira vez em 1985, numa palestra em Frankfurt, não despertando muito interesse. Porém, em 1999, na Conferência do Milênio em Berlim, o conceito causou grande motivação. A atitude da doutrina mudou, pois, em 1985, Jakobs usou a terminologia de forma crítica e, em 1999, defendeu-a vigorosamente. Com efeito, no seu mais recente livro<sup>7</sup>, abandonou a postura descritiva do denominado direito penal do inimigo, passando a empunhar (tal como fez em 1999), inequivocamente, a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.

Jakobs defende a existência de dois tipos de direito: um voltado para o cidadão e outro para o inimigo. O direito dirigido ao cidadão caracteriza-se pelo fato de que, ao violar a norma, a este é dada a oportunidade de restabelecer a sua vigência, de modo coativo, mas como cidadão, pela pena. Nessa hipótese, o

<sup>5</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 142-143.

<sup>6</sup>PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 47, p. 42. 2004.

<sup>7</sup>JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003.

Estado não o vê como um inimigo, que precisa ser destruído, mas como o autor de um ato ilícito, que mantém seu status de pessoa e seu papel de cidadão. Porém, para Jakobs, existem indivíduos que, pelos seus comportamentos e tipos de crimes praticados (delitos sexuais, tráfico de drogas, terrorismo, participação em organizações criminosas etc.), afastam-se, de forma duradoura e decidida do direito. E assim, não proporcionam à sociedade a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. Devem, destarte, ser tratados como inimigos, sendo para estes que se volta o direito penal do inimigo.

A tese defendida por Jakobs<sup>8</sup> é estruturada sobre o conceito de pessoa e de não-pessoa. Para ele, o inimigo é uma não-pessoa, “pois um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”. Segundo esclarece, indivíduo e pessoa são distintos. O indivíduo pertence à ordem natural. É o ser sensorial, tal como aparece no mundo da experiência, é um animal inteligente, conduzindo-se pelas suas satisfações e insatisfações, conforme suas preferências e interesses. Não tem referência a nenhuma configuração objetiva do mundo externo em que participam os outros indivíduos. Já a pessoa está envolvida com a sociedade (mundo objetivo), tornando-se sujeito de direitos e obrigações frente aos outros membros do grupo do qual faz parte, propiciando a manutenção da ordem da comunidade à qual pertence.

De acordo com a doutrina do direito penal do inimigo, para um indivíduo que comete um delito, é previsto o devido processo legal. Esse processo resultará numa pena como forma de sanção pelo ato ilícito cometido. Ao contrário, para o inimigo, o Estado deve atuar pela coação, aplicando uma medida de segurança, independentemente da existência do devido processo legal, da comprovação de culpa ou dolo ou mesmo da prática de ato ilícito. Portanto, o inimigo é punido pela periculosidade que oferece ao meio social, não sendo necessária a comprovação de sua culpabilidade. O inimigo é considerado um perigo a combater, devendo o direito se antecipar ao cometimento do crime, observando-se o conjunto de circunstâncias que indicam a probabilidade da sua prática. Jakobs utiliza a periculosidade do agente para distinguir o inimigo, contrapondo-o ao cidadão. Apesar de seu ato, este último oferece garantia de que se conduzirá como cidadão, respeitando o ordenamento jurídico, enquanto o inimigo não oferece esta garantia, devendo ser combatido.

<sup>8</sup>JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: 2005. p. 36.

No direito penal do inimigo, a punibilidade alcança o âmbito interno do agente e a preparação. Já pena se dirige à segurança frente à prática de atos futuros, sendo exemplo típico de um direito penal do autor. O trânsito do indivíduo da condição de cidadão (pessoa) para a de inimigo (não-pessoa) se dá pela sua participação em organizações criminosas bem estruturadas. Outros elementos são: a importância de cada delito cometido; a habitualidade e a profissionalização criminosa, de forma a ficar claramente demonstrada sua periculosidade. Assim, nas palavras de Silva Sánchez<sup>9</sup>, “o direito do inimigo – poder-se-ia conjecturar – seria, então, sobretudo o direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos”.

O ataque de 11 de setembro de 2001, ocorrido nos Estados Unidos, é considerado por Jakobs como exemplo típico de um ato de inimigo. Ao defender a tese do direito penal do inimigo, o autor sustenta que a separação entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo objetiva proteger a legitimidade do Estado de Direito, voltado para o cidadão. Segundo esclarece, este tem o direito de exigir do Estado as medidas adequadas, a fim de fornecer segurança. Por outro lado, deve o Estado tratar o inimigo como não-pessoa, sob pena de pôr em risco a segurança dos demais membros (cidadãos). Em sua análise, Jakobs confronta duas tendências opostas no direito penal, as quais, para ele, convivem num mesmo plano jurídico: o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão. Ao primeiro cumpre garantir a vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade (prevenção geral positiva); ao segundo compete eliminar perigos.

### **3 Direito penal do inimigo: terceira velocidade do direito penal**

Há uma necessidade social cada vez maior de efetividade do direito penal frente às novas formas de criminalidade surgidas hodiernamente, tal como referido anteriormente. Esse quadro vem acarretando o surgimento de novas formas de pena mais brandas que a pena de prisão e uma conseqüente flexibilização das garantias processuais. Contudo, o direito penal do inimigo vai além de uma simples flexibilização, prevendo uma completa exclusão dos direitos e garantias processuais (conquista de décadas de lutas) dos indivíduos considerados inimigos, caracterizando, segundo Silva Sánchez, uma terceira velocidade do direito penal.

---

<sup>9</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 150.

Na verdade, a chamada terceira velocidade do direito penal utiliza-se da pena privativa de liberdade (tal como o faz a primeira velocidade), mas permite a flexibilização das garantias materiais e processuais (o que ocorre no âmbito do direito penal de segunda velocidade). No entendimento de Silva Sánchez<sup>10</sup>, o direito penal do inimigo deve ser reduzido a um âmbito de pequena expressão e aplicado em casos de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia. Todavia, ele o considera inevitável, quando da prática de determinados delitos (terrorismo, delinquência sexual violenta e reiterada e criminalidade organizada). Embora do ponto de vista cronológico, o direito penal do inimigo possa parecer uma evolução, observa-se que ele possui características semelhantes às do direito aplicado no período inquisitório, anterior às conquistas iluministas.

#### 4 Críticas à tese defendida por Jakobs

A concepção do direito penal do inimigo, defendida por Jakobs, apesar de bem amparada filosoficamente<sup>11</sup>, vem recebendo fortes críticas por parte da doutrina pátria e estrangeira, entre as quais merecem destaque as seguintes:

a) O que Jakobs denomina de direito penal do inimigo não passa de um exemplo típico de direito penal do autor, que pune o sujeito pelo que ele é. Dessa forma, faz oposição ao direito penal do fato, que pune o agente pelo que ele fez. Com efeito, no estágio atual de desenvolvimento da humanidade e do direito, não pode haver lugar para responsabilidade independentemente de culpa, tal como ocorria na fase anterior às conquistas iluministas<sup>12</sup>, bem como no período nazista.

<sup>10</sup> SILVASÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 148-149.

<sup>11</sup> O pressuposto necessário para a admissão de um direito penal do inimigo consiste na possibilidade de se tratar o indivíduo como tal e não como pessoa. Nesse sentido, Jakobs inspira-se em autores que elaboraram uma fundamentação “contratualista” do Estado, especialmente Hobbes e Kant.

<sup>12</sup> A esse respeito, preleciona Gevan Almeida: “No direito penal moderno e condizente com um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), não há lugar para responsabilidade objetiva, o *versari in re illicita*, do direito cacônico medieval. *Nulla poena sine culpa*. O Código Penal brasileiro adotou este salutar princípio, ao prescrever que o crime pode ser doloso ou culposos e que, ‘pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado, ao menos culposamente’ (arts. 18 e 19). Este princípio, por conseguinte, proscreve qualquer espécie de responsabilidade objetiva, como, por exemplo, a causação do resultado por caso fortuito ou força maior, porquanto a relação de causalidade (art. 13) tem que ser analisada, levando-se em conta se houve dolo ou culpa”. (*Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 31-33.).

b) A denominação “direito penal do cidadão” é um pleonismo, enquanto “direito penal do inimigo” é uma contradição. O direito penal verdadeiro só pode existir se vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado. Dessa forma, o direito penal do inimigo não pode ser considerado direito, embora esteja presente em muitas legislações penais. Ao tratar do conceito de direito penal do inimigo usado por Jakobs, Cancio Meliá<sup>13</sup> destaca que o mesmo constitui apenas a reação do ordenamento jurídico contra indivíduos perigosos, sendo tal reação desproporcional com a realidade. Argumenta que, na prática, as reações de combate dirigem-se mais para inimigos em sentido pseudo-religioso do que na acepção tradicional-militar do termo.

c) No direito penal do inimigo, não se reprovava a culpabilidade do agente, mas sua periculosidade. Com isso, pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas, conflitando frontalmente com a legislação posta que destina a medida de segurança para agentes inimputáveis ou semi-imputáveis, que necessitam de tratamento especial. Considerando-se apenas a periculosidade do agente para a aplicação da penalidade, tem-se que no direito penal do inimigo abandona-se o princípio da proporcionalidade<sup>14</sup>.

d) Trata-se de um direito penal prospectivo, em substituição ao retrospectivo direito penal da culpabilidade. Historicamente, esse sistema encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo, que propugnavam, inclusive, pelo fim das penas e imposição massiva das medidas de segurança.

e) No procedimento contra o inimigo, não se segue o devido processo legal, mas sim um verdadeiro procedimento de guerra, que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, sobretudo, em razão da supressão das garantias penais e processuais.

f) A expressão “direito penal do inimigo” tem significado simbólico, pois não há somente um fato determinado que pertence à tipificação penal.

<sup>13</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 54.

<sup>14</sup> “Apesar de não existir nenhuma relação naturalística entre pena e delito, não podemos negar que a primeira deva ser adequada ao segundo em alguma medida. O controle do *quantum* da pena está diretamente ligado ao controle sobre o conteúdo de desvalor do delito, mais precisamente sobre os seus conteúdos substanciais. É indubitável que qualquer juízo sobre a medida da pena, sobretudo se conduzido à maneira do critério da proporção, pressupõe necessariamente o acerto do intrínseco desvalor do delito, se não absolutamente a reconstrução conceitual da *ratio legis* e dos objetivos da disciplina. É o desvalor do delito que constitui, na verdade, o parâmetro de valoração da proporcionalidade da pena, assim como são os objetivos assumidos pelo legislador os pertinentes para valorar-se a adequação”. (COPETTI, André. *Direito penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 133).

Existem também outros elementos que permitem a classificação do autor como inimigo. Ademais, percebe-se que tal doutrina e a legislação nela baseada procuram apenas aplacar a ira da população contra governos que não lhe oferecem a segurança esperada.

g) É claramente inconstitucional, porquanto só são aceitáveis medidas excepcionais em tempos anormais (tal como pode ocorrer no Brasil, durante o estado de defesa e de sítio). Além disso, a Constituição não permite que alguém seja tratado pelo direito como mero instrumento de coação, despidido de sua condição de pessoa (sujeito de direitos). Por outro lado, não há comprovação de que as leis que incorporam suas características tenham diminuído a criminalidade.

h) Os crimes a serem punidos, na forma proposta pelo direito penal do inimigo, apesar de afetarem bens jurídicos relevantes e causarem clamor público, não ameaçam o Estado vigente, nem suas instituições essenciais.

i) Critica-se, ainda, a afirmação de Jakobs de que o inimigo é uma não-pessoa. Ora, se o conceito de direito penal do inimigo parte do pressuposto de que existem não-pessoas, resta saber se tal conceito é prévio a esta novel doutrina ou se é criação da mesma. Assim, os inimigos estariam identificados antes da incidência do direito penal do inimigo ou, do contrário, somente seriam classificados como tais após sua incidência. Com efeito, num Estado de Direito, garantidor da dignidade do ser humano, não se pode admitir a perda do status de pessoa. Destarte, não podendo existir não-pessoas, também, não poderá existir direito penal do inimigo.

j) Tratar o criminoso comum como um criminoso de guerra é tudo de que ele necessita para questionar a legitimidade do sistema (caracterizado pela desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático, com desrespeito ao devido processo legal etc.).

Por outro lado, ao afirmar-se o sistema jurídico-penal normal, nega-se ao infrator a capacidade de questionar o sistema e seus elementos essenciais. Caso se entenda possível e legítimo um direito penal do inimigo, ter-se-á que reconhecer, também, a capacidade do infrator de questionar a norma. Afinal, este direito excepcional necessita de uma demonização de certos grupos de autores, baseada em critérios de periculosidade. Configura-se, então, um direito penal do autor, desprovido das garantias e prerrogativas processuais previstas nas legislações dos Estados de Direito. Na verdade, a melhor forma de reagir contra o “inimigo” é demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e regras materiais e processuais, confirmando a vigência do ordenamento jurídico.

Sobre o tema, vale ressaltar a lição de Prittwitz<sup>15</sup>, que reconhece o sucesso do Estado de Direito nos últimos dois séculos, ainda que havendo retrocessos, tais como os ocorridos com o nazismo e as variadas velocidades desse processo em diversas partes do mundo. Este sucesso, segundo o autor, deve ser observado na busca por uma resposta aos riscos da sociedade atual, não devendo dar espaço para outro que não seja o direito compatível com um Estado Democrático de Direito.

## 5 Considerações finais

Com base nas idéias defendidas por Jakobs, percebe-se claramente que o direito penal continua sendo fruto de uma concepção social; é uma história temporalmente circunscrita. A complexidade com que o homem passou a encarar os fenômenos sociais fez com que adotasse uma forte tendência em buscar soluções imediatistas. Busca-se, com isso, solucionar os problemas existentes, ainda que em nível simbólico, sem nenhuma preocupação com a origem das mazelas sociais encontradas em todo o mundo, geradoras dos altos índices de criminalidade e da violência atual.

A existência de uma diferença ontológica entre as pessoas foi o argumento que legitimou a doutrina nazista em um passado recente, não nos sendo permitido incorrer no mesmo erro. O direito penal de urgência perde o cerne de seus fundamentos, deixando de ser um instrumento de proteção do cidadão para transformar-se em meio de contenção social e gestão de riscos. Sem dúvida, a solução dos problemas sociais deve ser uma preocupação mundial, inclusive, dos países desenvolvidos, já que neles repercutem. Porém, o direito penal não se mostra o melhor caminho para tanto. A proliferação dos tipos penais e o enrijecimento exacerbado das penas são resultado de um direito penal simbólico.

Com o aumento dos atentados terroristas nos últimos anos, incentivados pelo ataque às torres gêmeas, em 11 de setembro de 2001, e diante do clamor da mídia, os governos das nações desenvolvidas passaram a procurar por soluções capazes de acabar com a violência e os riscos dela decorrentes para tais nações. Nesse contexto, o direito penal do inimigo passou a ser difundido como uma alternativa para a solução dos problemas existentes. Passou também a ser usado para justificar atitudes ilícitas dos governos contra

---

15 PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p. 45.

os supostos inimigos. Entretanto, ao retirar destes o direito a um processo penal justo, o Estado permite ao criminoso questionar a ordem jurídica. Apesar das fortes bases filosóficas, o direito penal do inimigo é um retrocesso no desenvolvimento do direito penal. Este deveria, cada vez mais, ser a ultima ratio a ser utilizado nos casos de extrema necessidade.

As conquistas democráticas foram objeto de séculos de lutas, não podendo ser desprezadas pela ânsia do Estado em buscar soluções imediatas aos problemas sociais através do direito penal. Aliás, esses problemas sempre existiram. Sua solução nunca foi objeto de preocupação das nações ditas desenvolvidas até passarem a pôr em risco a sua segurança. Deve-se repensar o problema e procurar soluções em outros campos da ciência, reservando-se o direito, especialmente o direito penal, para a proteção dos direitos fundamentais que requeiram sua incidência.

## 6 Referências

ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BONHO, Luciana Tramontin. *Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 18 set.2006.

COPETTI, André. *Direito penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GERBER, Daniel. *Direito penal do inimigo: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 820, 1 out.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7340>>. Acesso em: 18 set.2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. Revista Jurídica. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf)>. Acesso em: 22 set.2006.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 47, mar/abr. 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.