

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 31/10/2013**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35610-direito-penal-do-inimigo-uma-cr-tica-referente-sua-aplica-o>**

**Autori: Lorena Ferreira Silva, Maria de Fátima Leite de Oliveira, Renata Ap. Follone**

## **Direito penal do inimigo: uma crítica referente à sua aplicação**

# DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA CRÍTICA REFERENTE À SUA APLICAÇÃO

Lorena Ferreira Silva<sup>1</sup>  
Maria de Fátima Leite de Oliveira<sup>2</sup>  
Renata Ap. Follone<sup>3</sup>

## RESUMO:

O trabalho tem por objetivo fazer uma crítica frente à teoria do “Direito Penal do Inimigo” de Gunther Jakobs, pois, trata-se de uma método criminal que está sob intensa discussão no mundo contemporâneo apesar de estar ganhando seu espaço. Para adentrarmos nesta esfera inicialmente partimos das evoluções históricas e da elaboração do direito Penal do inimigo, no qual delineamos o contexto a fim de demonstrar a complexidade que a sociedade moderna vem impondo a essa teoria. A partir dessa concepção história fundamentamos a teoria e definimos quais foram às bases filosóficas utilizadas assim como sua contraposição temática. Ademais, as críticas a essa teoria foram apresentadas sob os mais variados enfoques elencando as velocidades do Direito Penal, o Ordenamento Jurídico e os Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** The paper aims to critique forward the theory of "law for the Enemy" by Gunther Jakobs, because it is a criminal method that is under intense discussion in the contemporary world while earning his living space. To move forward in this sphere initially we start from different historical development of the law and the criminal enemy, we outline the context in which to demonstrate the complexity of modern society have imposed on this theory. Based on this concept we have considered history theory and define the bases which were used as well as his philosophical opposition theme. Moreover, criticism of this theory was presented under the most varied approaches listing the speeds of the Criminal Law, the Legal System and Human Rights

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º. Período de graduação do Curso de Direito da Universidade Estadual de Minas Gerais, Campus de Frutal-MG, bolsista no programa de iniciação científica da FAPEMIG.

<sup>2</sup> Acadêmica do 10º. Período de graduação do Curso de Direito da Universidade Estadual de Minas Gerais, Campus de Frutal-MG, bolsista no programa de iniciação científica da FAPEMIG.

<sup>3</sup> Mestra em Direito Coletivos, Cidadania e Função Social do Direito pela UNAERP-Universidade de Ribeirão Preto. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo UGF-Universidade Gama Filho. Professora de Direito Processual Civil e Direito do Trabalho na UEMG-Universidade Estadual de Minas Gerais, Campus Frutal-MG. Professora de Direito Civil na UNIP-Universidade Paulista, Campus de Araraquara-sp. Advogada.

## 1-INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar uma análise crítica acerca da Teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida pelo alemão Günter Jakobs, e que veio à baila com grande frequência, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, ocorridos nos Estados Unidos da América. Pretende-se, ainda, por meio de tal estudo a produção de conhecimento dentro da temática, uma vez que a mencionada teoria provoca diferentes interpretações. Com isso, entendeu-se que a inter-relação entre o Direito Penal do Inimigo com ramos do direito como Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional, mostra-se pertinente haja vista tratem-se de áreas que vão apresentar postulados consagrados pautados na dignidade da pessoa humana. No que concerne ao Direito Internacional, sua abordagem é relevante, vez que alberga os documentos internacionais relativos à sociedade internacional, e estamos tratando de uma nova forma de reconhecimento e valoração do Direito Penal.

Ainda com relação ao Direito Penal do Inimigo, procedeu-se a elaboração de um histórico em que se pontua desde o surgimento da figura do inimigo, até a celeuma que envolve o momento atual, objetivando-se entender de que maneira se deu a formação da teoria do direito penal do inimigo. Nesse ponto não poderia deixar de ser realizadas considerações, quanto às velocidades do direito penal, ressaltando-se que a doutrina considera que nos encontramos durante a quarta velocidade do direito penal, quanto ao direito penal do inimigo se enquadra dentro da terceira velocidade do direito penal.

Não se poderia deixar de transcorrer o campo da Filosofia, guiando-se pela fundamentação teórica que Jakobs faz, em cima dos ensinamentos de Kant, Rousseau, dentre outros.

E, finalmente, a compreensão da teoria do direito penal do inimigo, se dá com a divisão entre duas espécies de direito penal, quais sejam: direito penal do inimigo e direito penal do cidadão. O direito penal do cidadão deveria ser utilizado para criminosos comuns, isto é, aqueles que praticam o crime, mas que não apresentam grande risco. Já o direito penal do inimigo se destinaria àqueles praticantes de crime que o afastam da organização estabelecida pelo Estado, e incumbida ao Direito. Dessa forma, dentro do direito penal do cidadão, as garantias daquele que se desvia da norma permaneceriam. No direito penal do inimigo o infrator teria suas garantias afastadas, levando-se em conta que ele representa uma ameaça a paz social, vez que vai contra o ordenamento jurídico que lhe proporciona uma série de direitos e garantias.

Assim, orientando-se dentro da prima exposição apresentada pretende-se analisar os conceitos que envolvem o Direito Penal do Inimigo, demonstrando-se por meio das considerações finais as perspectivas obtidas.

## 2- EVOLUÇÕES HISTÓRICAS DA ELABORAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A origem do conceito de inimigo remonta ao direito romano, em que o inimigo era considerado o inimigo político, assim era como deixasse de pertencer à comunidade, havendo a possibilidade de ser declarado inimigo público, se houvesse ameaça à segurança da ordem política.<sup>4</sup>

A primeira vez que a ideia centrada no Direito Penal do Inimigo veio a ganhar publicidade, foi em 1985, em meio a um Congresso, em Frankfurt. Nessa ocasião, o jurista alemão Günter Jakobs realizou a primeira exposição de seus estudos quanto ao que se constituiria, posteriormente, na teoria aqui tratada.<sup>5</sup>

Nessa oportunidade Jakobs se posiciona criticamente quanto a uma tendência percebida por ele, da incriminação do agente por apresentar-se como um risco ao bem jurídico protegido. Com isso, estaria se falando da punição de atos preparatórios, e de acordo com sua concepção devem ser punidos os atos que deixem de ser mera cogitação/preparação, e que invadam a esfera do outro. Fica-se evidenciado com tal assertiva que a defesa se faz quanto ao Estado de Liberdades, uma vez que estando em vigência, não há fundamento para o Estado invadi-lo.<sup>6</sup>

Há autores ainda, que realizam a divisão de Jakobs em duas fases, sendo que a primeira representada pelo ano de 1985 seria a que o autor teria desenvolvido um Direito Penal do Inimigo mais abrangente, isto é, estariam inclusos um maior tipo de delitos, quando comparado com a segunda fase, caracterizada a partir de 1993, em que se orienta a delitos considerados graves. Disso, é que se extraem os delineamentos para o Direito Penal do Inimigo, levando-se em consideração que se haverá uma privação da liberdade por parte do Estado estamos diante de um direito penal de características ímpares. Tal diferenciação acontece em relação ao direito penal que será comumente aplicado aos cidadãos que cometem delitos, vistos com menor gravidade e, assim, não competirá ao Estado adentrar a sua liberdade.

Ainda, nesse mesmo Congresso, Jakobs complementou apontando dentro da legislação alemã, dispositivos que se enquadravam dentro daquela nova forma de analisar o direito penal, inclusive tecendo críticas quanto a elas. Nessa fase, a postura do autor é crítica em relação à aplicação de medidas consideradas advindas do então Direito Penal do Inimigo, uma vez que se tratam da incriminação de atos preparatórios. Jakobs assevera, também, que a aplicação de um Direito Penal do Inimigo se afasta do Estado Democrático de Direito. Em suas palavras: “A existência de um direito

---

<sup>4</sup> [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=11055](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=11055) página 73.

<sup>5</sup> Embora haja controvérsias se teria sido realmente esta, a primeira exposição acerca do Direito Penal do Inimigo

<sup>6</sup> JAKOBS, Günter Apud in [http://mx.mackenzie.com.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=950](http://mx.mackenzie.com.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=950)

penal de inimigos, portanto, não é sinal de força do Estado de liberdades, e sim um sinal de que dessa forma simplesmente não existe”.

Como se vê, Jakobs conceituou a ideia, contudo, formando críticas quanto a sua aplicação, e acentuando a necessidade de um direito constitucional que deslegitime o derivado dessa forma de divisão do direito penal; no entanto, ressalta-se que ele o admitia em caráter excepcional.<sup>7</sup>

A Conferência que ocorreu em 1999 em Berlim, trouxe novidades ao tema, Jakobs mostrou ao mundo novamente a teoria, que vez apresentada em 1985 não havia causado grande comoção na seara doutrinária. Porém, sua posição mostrou-se contrária, haja vista que defendeu a mesma teoria a que ele havia dado notoriedade, e elaborado críticas quanto a sua aplicação. Jakobs tratou de aperfeiçoar sua teoria, fundamentando-a e conferindo legitimidade a mesma sob a afirmação de ser necessário realizar uma divisão na ciência penalista, criando-se, assim, um direito que combata o inimigo.

## 2.1-Fundamentos

O Direito Penal do Inimigo se fundamenta na constatação da necessidade de dividir o Direito Penal, haja vista que existem infrações que por sua gravidade, ultrapassam o limiar a que o Estado deve proporcionar garantias. Assim o inimigo, ficaria isento das garantias concedidas ao criminoso comum, levando-se em consideração que:

Aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Essa guerra acontece com um direito legítimo dos cidadãos, mais precisamente com seu direito à segurança; mas, diferentemente da pena, ela não é direito no que se refere ao apenado; pelo contrário o inimigo é excluído.<sup>8</sup>

Nesse ponto, é de suma relevância a menção ao funcionalismo que reveste o Direito Penal, em que é o mesmo quem deve garantir identidade normativa à sociedade. Devendo a comunicação, que nada mais é que a construção de um modelo de contexto de comunicação ser eficaz com vistas a manter as regras que determinam a identidade da sociedade.<sup>9</sup> Na ótica funcionalista, a ligação entre sociedade e direito penal é direta e necessária, conforme afirma Jakobs:

---

<sup>7</sup> GUNTER, Jakobs. Direito Penal do Inimigo- Tradução dos originais em alemão: MENDES, Gercélia Batista de Oliveira- Rio de Janeiro: 2009, Página 62 .

<sup>8</sup> Idem página 22.

<sup>9</sup> [http://mx.mackenzie.com.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=950](http://mx.mackenzie.com.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=950) página 64.

Seja como for, a solução de um problema social por meio do Direito Penal tem lugar em todo caso por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade. Portanto, é impossível separar o Direito Penal da sociedade; o Direito Penal constitui um cartão de visitas da sociedade altamente expressivo, igualmente, sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante confiáveis sobre o Direito Penal.<sup>10</sup>

O jurista alemão afirma, ainda, que a prática de um ato infrator configura-se em uma infração às normas que identificam determinada sociedade, proporcionando, assim, uma lesão de caráter bem mais amplo do que simplesmente a ofensa a um bem jurídico tutelado. A pena teria dessa forma, a função de reafirmar o sistema jurídico que o agente nega ao infringi-lo, corroborando para a sua valoração. Para tanto, o sistema normativo deve de fato traduzir a identidade da sociedade, constando em seu bojo normas conducentes com a conduta da sociedade, sob pena de perder sua função. Quanto àqueles que vão se orientar por essa norma é fundamental que ajam no sentido positivo da norma, confirmando-a, por meio do respeito à mesma, visto que dessa forma será possível construir uma harmonia entre o Direito Penal e a sociedade.

O conceito de não cidadão produzido por Jakobs se concentra nesse aspecto, em que o indivíduo infringe a norma de tal maneira que o contrapõe ao sistema jurídico-normativo vigente, subtraindo a garantia proporcionada por esse sistema. O agente que se comporta dessa forma deixa de possuir o status de cidadão e passa a ser inimigo e, com isso, deixando de possuir determinadas prerrogativas que são inerentes ao cidadão.

## **2.2 Análise do tema pena de morte à luz da Teoria do Direito Penal do Inimigo**

*“Dentro do Estado de Direito até o Direito tem limites”*

O tema pena de morte está intimamente ligado à questão dos direitos humanos que defendem a vida acima de tudo e, isso deve ser apoiado por todo Estado de direito do planeta para que o mesmo tenha uma organização duradoura e pacífica, porém, no livro “Direito do inimigo” tem-se uma nova visão a respeito desse problemático tema, pois, ele nos passa a idéia de que existem dois tipos de criminosos, o comum e o inimigo do Estado.

O criminoso comum é aquele que comete crimes habituais como roubos, furtos, assassinatos e outros do cotidiano, já o inimigo do Estado é aquele sujeito que comete atos de terrorismo causando várias mortes, genocídios e que pela prática reiterada de seus crimes venha a comprometer a uma existência pacífica dentro do Estado.

---

<sup>10</sup> [http://mx.mackenzie.com.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=950](http://mx.mackenzie.com.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=950) página 65.

O fato de uma pessoa cometer tais atos faz com que ela perca sua cidadania e, por isso, não poderia invocar os direitos que um cidadão comum teria, pois, suas atitudes ferem de forma muito grave o ordenamento jurídico e, assim, a aplicação de uma pena de morte seria, totalmente, viável e justa e serviria como forma de coação para impedir que esse sujeito volte a cometer tais atos.

Entretanto, essa linha de pensamento entra em conflito direto com o que prega a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas no seu artigo primeiro: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”*.

Então, para a ONU (Organização das Nações Unidas) não importa o ato que o sujeito cometa ele, ainda, terá direito a seus direitos universais elencados nessa Declaração e aí temos o grande problema, existe algum crime que possa fazer com que o sujeito perca o direito a seus direitos universais?

O certo é que no mundo pós-segunda guerra, é cada vez mais difícil de encontrar países que autorizem a prática da pena de morte em crimes comuns ou de guerra, tanto que em 18 de dezembro de 2007, a Assembleia Geral da ONU aprovou, por 104 votos a favor, 54 contra e 29 abstenções, uma moratória da pena de morte. A proposta de moratória foi formulada pela Itália e endossada inicialmente pela União Europeia. O documento adverte claramente os países que aboliram a pena de morte a não a reintroduzirem. Esse fato mereceu manchetes no mundo inteiro, mas foi pouco noticiado pela mídia brasileira.

No Brasil, a pena de morte é aceita em casos de crimes de guerra como traição entre outros, nisso podemos ver uma pequena influência da teoria do direito penal do inimigo, pois quando o cidadão traí seu país é como se ele perdesse seus direitos podendo ser executado pelo Estado após o devido julgamento, mas já tem teorias que afirmam que essa norma não será aplicada por não existir direitos fundamentais absolutos, nem mesmo a liberdade é absoluta.

Pode-se afirmar sem sombras de dúvidas que o direito a vida está acima da teoria do direito penal do inimigo, porém, a mesma não é de todo em vão, pois, nos leva a refletir sobre esse tipo específico de criminoso. Talvez a pena de morte não seja o melhor caminho, mas é certo que ele precisa de um tratamento diferenciado já que o crime que ele cometeu visou ferir uma coletividade e, por isso, deve ser aplicada uma pena severa e reformadora para que este não volte a tentar destruir a vida de pessoas inocentes e para que a paz aconteça como nas palavras de Albert Einstein: *“A paz é a única forma de nos sentirmos realmente humanos”*.

### **3-DIREITO PENAL DO INIMIGO E A FILOSOFIA**

O contexto histórico e jurídico que aparece o Direito Penal do Inimigo é o momento pós-finalista ou a teoria funcionalista, preocupa neste momento com a função do Direito Penal. Existem várias vertentes do funcionalismo, a que se destina ao Direito Penal do Inimigo é o funcionalismo radical, ou sistêmico, ou normativista baseado na teoria sistêmica ou da autopoese de Nilcolas Hunter que permite a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado aos moldes da sociedade atual.

Guither Yakobs, traz uma fundamentação filosófica para a tese do Direito Penal do Inimigo baseada nos filósofos contratualistas, Rosseau, Locke, Hobbes, visto que eles defendem o pensamento de que nos reunimos em Assembléia e firmamos um pacto social, também chamado de contrato social, ou seja, parte-se do Estado de Natureza para o Estado Civil na criação do Estado. Verifica-se, também, que Yakobs para a construção da teoria do Direito Penal não fundamenta sua base somente em filósofos contratualistas, mas também em filósofos como Kant e Fichte.

A sedimentação dessa teoria está na divisão que se faz de direito penal do cidadão frente ao direito penal do inimigo. Aquele, o delinqüente Cidadão, não infringe o pacto social de modo que as perspectivas, garantias, as regras e a legalidade estrita prevalecem na atuação do infrator, já este os inimigos ofendem a estrutura do Estado, não se sujeitam às normas do contrato social e, principalmente, tem o Animus, o foco, de fulminar o contrato social.

Os pensamentos de Rosseau e Fichte não são endossados por Yakobs, somente, são introduzidas como base para a sustentação da sua teoria, justamente porque eles entendem que a execução do criminoso não é uma pena, mas um meio de asseguração, ou seja, existe uma separação radical entre o cidadão e seu direito.

Hobbes considerado um filósofo das instituições, defende a ideia de que o cidadão não poder invalidar seus status por si mesmo e, Kant utiliza o modelo do pacto social como regulamentador, visto que toda pessoa está determinada a coagir para possibilitar a proteção da propriedade. Ambos reconhecem o Direito Penal do Cidadão, mantêm, dessa forma, o status de cidadão para aqueles que não tentam infringir o pacto social de maneira persistente e direito penal do Inimigo para aqueles que desviam por princípio.

De modo similar Kant (1724-1804), coloca o problema na passagem do estado Natural fictício para o Estado 'Estatal. A liberdade para o filósofo é aquela que acontece mediante as leis estabelecidas, pois são as leis que descrevem a relação de causa e efeito com base nessa ideia que



Kant defende que “quando unidos para legislar, os membros da sociedade civil são denominados cidadãos”.

Com esses pressupostos, aquele que fulminar o contrato social deixa de ser membro do Estado e, conseqüentemente, estará em guerra contra ele, deixando de ser ‘pessoa’. Logo deverá morrer como tal, assim, como preceitua Rousseau, perder todos os seus direitos como defende Fichte e deverá ser castigado como inimigo como salienta Hobbes e Kant.

Nesse sentido, Jakobs traça um paralelo no Direito Penal destinando a diferenciar os diversos tipos de indivíduos e com a total clareza de que aqueles indivíduos que por princípio ou de maneira permanente comportam-se de modo a infringir o contrato social sem oferecer garantia de se conduzir como pessoa deverá ser tratada como inimigo com base no princípio da periculosidade.

### **3.1-Contraposição temática: O conflito entre o ideário de Hannah Arendt e os conceitos inerentes ao Direito Penal do Inimigo**

A pensadora Hannah Arendt representa um símbolo quando se estuda direitos humanos, demonstrando em seus estudos o valor da pessoa humana, e sua positivação em documentos internacionais.<sup>11</sup> Objetivando revelar a dimensão que tais direitos possuem ante a uma sociedade que tem o Direito Positivo a vigendo. Ao realizar uma análise histórica é possível notar que houve alterações quanto ao que se tinha concernente aos direitos humanos do século XVIII até os dias atuais. É possível falar-se em gerações, ou de acordo com a doutrina moderna, dimensões de direitos. A primeira dimensão é caracterizada pela apresentação de liberdades públicas, em que o Estado deve se ater a uma postura ausente, onde se diferencia Estado e sociedade, tratando-se de direitos civis e políticos. Na sequência a segunda dimensão de direitos, é marcada por créditos aos indivíduos por parte do Estado, são estes direitos sociais, econômicos e culturais.

A autora inicia afirmando que a maneira com que os direitos humanos são trazidos na Declaração dos Direitos do Homem é opositiva, uma vez que estão colocados de forma abstrata, individualizante, afastando-se do ideal de pluralidade da condição humana. O homem tem necessidade para encontrar sua identidade de estar inserido no conjunto denominado de teia humana, sem a qual estaria despido da própria dignidade humana.<sup>12</sup>

Com isso, é possível afirmar que

---

<sup>11</sup> [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200005&script=sci_arttext).

<sup>12</sup> [http://www.dhnet.org.br/direitos/filosofia/arendt/brito\\_dh\\_hannah\\_arendt.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/filosofia/arendt/brito_dh_hannah_arendt.htm).

Portanto, o Direito Penal do Inimigo constitui um importante elemento dentro da estrutura de um sistema totalitário e exerce o mesmo papel que o Direito Nazista e antissemita exerceu contra os judeus. Isso porque o Direito Penal do Inimigo transforma as normas penais em um instrumento de banalização de Seres Humanos que passam a ser considerados coisas: um inimigo. E nenhum burocrata do sistema totalitário ficará com dor na consciência ou receoso em eliminar e exterminar coisas ou inimigos.<sup>13</sup>

Ressaltando-se, ainda, a impossibilidade de aplicação da teoria de Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a mesma se conceituar contrariamente a tudo que se construiu em termos de garantias de direitos. E, que se encontram positivados na legislação nacional.

#### **4-VELOCIDADES DO DIREITO PENAL**

O Direito Penal como ciência que é, fruto de estudo da doutrina é dividido por momentos. Na realidade, a expressão utilizada para identificar tal divisão é velocidade, esse termo foi selecionado pelo Professor espanhol Jesus Maria Silva Sanches, em sua obra “A expansão do direito penal”.

Destaca-se tratar de um tema em que poucos autores comentam, sobretudo com relação à quarta velocidade do direito penal, a qual será abordada posteriormente. Concernente à primeira velocidade esta pode ser traduzida como a aplicação de pena de prisão por excelência, às garantias constitucionais que devem ser respeitadas, seguindo-se os preceitos iluministas, sob defesa de Ferrajoli, conforme o direito penal clássico, que é a pena de prisão. A segunda velocidade do direito penal é caracterizada pela substituição da pena de prisão por penas alternativas a ela, penas restritivas de direitos, a exemplo do artigo 43, do Código Penal; fala-se também, da relativização das garantias penais e processuais penais, isto é, a flexibilização, não há um contraditório e ampla defesa garantidos de forma completa, conceituando um segundo momento. Dentro da segunda velocidade pode-se mencionar a Lei nº 9099/05, em seu artigo 76, que trata da transação penal, espécie de acordo entre o Estado (Ministério Público) e a parte.

Na terceira velocidade há um misto entre a primeira velocidade e a segunda, visto que se faz o resgate das penas de prisão por excelência e são flexibilizadas as garantias penais e processuais penais, o símbolo maior da terceira velocidade é o Direito Penal do Inimigo. Desse momento é que

---

<sup>13</sup>[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/7263/O\\_Direito\\_Penal\\_do\\_Inimigo\\_e\\_o\\_seu\\_Contraponto\\_aos\\_Direitos\\_humanos](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/7263/O_Direito_Penal_do_Inimigo_e_o_seu_Contraponto_aos_Direitos_humanos).

vem a expressão muito utilizada pela doutrina “panpenalismo”, significando um direito penal que interfere em todo e qualquer segmento social, gerando uma discussão quanto ao questionamento se há realmente o interesse social em expandir o direito penal. Outra terminologia utilizada é Direito Penal de Exceção, que advém da aplicação dessa forma de entender o direito penal, apenas a fatos isolados, de cunho excepcional.

A quarta velocidade do Direito Penal relaciona-se com o neo-positivismo, e surge como uma novidade dentro da doutrina, se referindo a bens jurídicos coletivos, e suscitando dúvidas, com relação à eficiência do Direito Penal Clássico para tratar dessa “criminalidade moderna”. A sua origem é a Itália, sendo no entanto, muito comentada na Espanha, sobretudo pelo mestre Zaffaroni. Tal velocidade engloba aqueles que já ostentaram a posição de chefes de Estado, e como tais violaram tratados internacionais de tutela de direitos humanos, a título de exemplo, o ditador de um país árabe. Vê-se então, que há estreita ligação com o direito penal internacional. Denominou-se de quarta velocidade, devido a esse réu que está sentado no banco de réus do Tribunal Penal Internacional (TPI), ter uma diminuição nas suas garantias. Nesse sentido, a posição das ONGs (Organizações Não-Governamentais) ligadas aos direitos humanos chama-nos atenção, vez que acaba por se demonstrar até mesmo contraditória, lembrando-se que sempre atuaram a favor dos direitos humanos, agora são as primeiras a pedirem para que essas garantias sejam diminuídas. Com essa assertiva, é impossível não pensar em direito penal do autor, haja vista que haverá o julgamento ligado ao “ser”.

Faz-se necessário detalhar com mais clareza o Tribunal Penal Internacional, a fim de entender com mais precisão a quem se dirige a quarta velocidade do Direito Penal. O TPI foi criado pelo Estatuto de Roma, que foi elaborado em uma Conferência em Roma, no ano de 1998, a fim de julgar os crimes de lesa humanidade. Sendo que tal Estatuto só passaria a ter vigência depois que sessenta países o ratificassem, desta forma só entrou em vigor em 2002. Sua sede física se encontra em Haya, na Holanda, embora possa se instalar em qualquer território. No Brasil, por meio do Decreto 4338/2002 é que se pode falar em punição em consonância com o Estatuto de Roma.

Quanto à competência material do TPI, versa sobre crimes que lesa a humanidade, e crimes praticados contra a administração da justiça do TPI, a título de exemplo pode-se citar o falso testemunho dentro do Tribunal, fraude processual. Dentro dos crimes que lesa a humanidade é possível dividi-los, em genocídio, que pode ser entendido como a destruição no todo ou em parte um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, seja matando, praticando seqüestro, crimes sexuais, etc.; crimes contra a humanidade seja ataque sistemático ou generalizado, contra a população civil; crimes de guerra, conceituados como violações graves a Convenção de Genebra de 1949, que trata da guerra, inclusive causas ambientais, e uso de armas químicas; crimes de agressão são aqueles que violem a Carta da ONU de 1974.

O TPI rege-se, ainda, por dois princípios, quais sejam: princípio da complementaridade, que estabelece ser a jurisdição do TPI subsidiária às jurisdições nacionais dos Estados membros, e princípio da irretroatividade, sob o qual somente serão julgados os atos que acontecerem após a sua entrada em vigor. Quanto a sua composição, se dá por dezoito juízes, com mandato de nove anos, sendo vedada a recondução, destes, seis juízes são para investigação, seis são para o processo e seis direcionam para o segundo grau, se houver recurso. Quanto aos legitimados, o TPI pode julgar apenas pessoas físicas maiores de 18 anos, assim pessoas jurídicas de Direito Público são julgados perante outros tribunais internacionais. Faz-se mister destacar que é necessário que haja compatibilização entre o que precípuo o TPI e o ordenamento jurídico interno, eliminando-se as divergências.

Com isso, pretendeu-se apresentar a quarta velocidade do Direito Penal e seus delineamentos, é possível notar que há uma tangência em relação à terceira velocidade, representada pelo Direito Penal do Inimigo, por ambas falarem em limitação de garantias penais e processuais penais, diferindo-se que na quarta velocidade o inimigo é o chefe de Estado que tenha se desviado do conjunto normativo nos pontos supracitados.

## **5- DIREITO PENAL DO INIMIGO E ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

No Sistema Jurídico Brasileiro não se aplica o Direito penal do inimigo, vez que na Constituição Federal existem normas que não avalizam esse direito devido ser a forma mais severa de tratamento dos seres humanos no âmbito do direito penal, pois viola não somente garantias penais, mas também as processuais. Em diversos momentos da história brasileira verificaram-se a existência de inimigos eleitos pela sociedade em geral que foram tratados severamente pelo Direito Penal e não desfrutaram das garantias que hoje é estabelecida na Constituição Federal de 1988.

A título de exemplo, vale lembrar a época do Brasil Colônia que tiveram Vigência as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas que existiram antes da entrada em vigor do Código Criminal do Império de 1830. Os crimes com punições mais severas eram ligadas à religião, já que o Estado era considerado a igreja e vice-versa.

O código Criminal do Império de 1830, considerado sofisticado para o direito penal da época, pela adoção de alguns dos princípios do iluminismo como irretroatividade da lei e direito a isonomia, também continha várias normas de cunho demasiadamente severo em relação a determinado grupo de pessoas, estando aí enquadrada a pessoa do inimigo de

então, especialmente porque ainda havia uma preocupação maior com a figura do Estado, tanto que a primeira parte a tratar de crimes em espécie e compreendeu os crimes públicos.

Em 1932, ocorreu a Consolidação das Leis Penais pelo Desembargador Vicente Piragibe e foi adotada pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas com o fito de proteger a República, já no Estado Novo, prevalecia o regime ditatorial, foi possível identificar uma Lei de Segurança Nacional e um Tribunal próprio para julgar os crimes contra o Estado com um tratamento ligado diretamente ao Direito Penal do Inimigo

O Código Penal de 1940, ainda em vigor, nota-se que foram criadas várias normas a fim de tutelar os bens jurídicos que passaram a exigir uma eficácia maior do Código Penal, já que o contexto social passa por uma transformação dinâmica constante, ou seja, de acordo com Drukheim a sociedade evoluiu de sociedade mecânica para uma sociedade orgânica onde acontece a crescente necessidade de moradia, transporte, equilíbrio ambiental e, principalmente, a inserção social já que o indivíduo torna-se interdependente entre si.

Nesse ambiente pós-industrial o direito penal passa a se expandir de modo que criminaliza várias condutas que não tinha o devido tratamento, bem como eleva as penas ou antecipa a criminalização de alguns casos, típico de um Direito Penal do Inimigo.

A Constituição Federal de 1988, traz em seu bojo o artigo 5º., XLIII, que considera o crime de tráfico de drogas inafiançável e insuscetível de graça ou anistia e que na Lei 8.072/90 parágrafo 2º., sua pena será cumprida em regime fechado. Acontece que com o objetivo de reprimir esse tipo de crime, o Legislador vem agravando demasiadamente as penas em relação a outros crimes que também são considerados graves pelo sistema. A título de exemplo, o artigo 121, caput, Código Penal, ao tratar de homicídio simples, em que a pena de reclusão é de 6 a 20 anos.

Analisando esse suporte metodológico, pode-se dizer que o crime de tráfico e as organizações criminosas que existem por meio do financiamento, é um caso de Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Há várias outras passagens no sistema jurídico brasileiro que atestam a ideia de Direito Penal do Inimigo, visto que o Direito Penal não é a última ratio como defendem os garantistas, mas sim, um meio de controlar e estabelecer a pacificação social.

A Constituição Federal de 1988, não aceita explicitamente a teoria do Yakos, uma vez não aceita a alta severidade, mas por outro lado aplica-se indiretamente a teoria do direito penal do

inimigo a fim de proteger os interesses difusos e coletivos, muitas vezes, também, de forma severa e antecipando a criminalização do fato antes mesmo de produzir um resultado naturalístico.

Nesse sentido, faz-se necessário buscar um Direito penal social, ou seja, à luz do princípio da proporcionalidade, que tutele de forma legítima tanto a liberdade quanto os demais bens resguardados pela Constituição para atingir a pessoa que fere as condutas estabelecidas no contrato social.

## **6- ESFERA INTERNACIONAL**

Na esfera internacional é que a teoria do Guther ganha efetividade frente aos Direitos Humanos já que o direito penal do inimigo trava uma guerra a fim de eliminar aqueles que causam mal à sociedade e sua relativa se não total aplicabilidade acontece no meio internacional. Verifica-se, nesse contexto, uma tensão frente à efetivação concreta dos Direitos Humanos na esfera internacional devido ao fato de existir uma suposta barreira da soberania estatal diante desses institutos jurídicos contemporâneos.

Com a instituição do Direito Internacional dos Direitos Humanos o ser humano adquiriu a condição de sujeito de direitos diante de toda a comunidade internacional, ou seja, em qualquer lugar o Estado não pode violar os Direitos Humanos mesmo que alegue exercício da soberania, uma vez que o indivíduo enquanto sujeito de direito recebe a garantia de proteção do direito internacional público. Isso não se trata de uma limitação do poder do Estado, mas de uma proteção aos direitos humanos a fim de garantir o conceito de soberania.

A teoria do direito penal do inimigo leva a contestação que direitos humanos e soberania são diferentes, mas são fundamentos que estão necessariamente interligados, vez que é função do Estado soberano inferir a proteção da dignidade humana de modo que seja traduzida mediante o bem-estar de seus cidadãos.

Nota-se que a violação de direitos humanos pelo Estado implica em afronta ao poder soberano e ao aplicar a teoria do direito penal do inimigo que extermina aquele que rompe com o pacto social Jakobs elimina, também, o direito internacional dos direitos humanos que assegura garantias fundamentais ao indivíduo.

Quando se trata do direito penal do Inimigo contra terroristas frente à teoria do direito penal do inimigo do cidadão está transforma-se em um abominável conceito quando o Guther define qual é a

finalidade do Direito e sob o ponto de vista crítico ela infringe de qualquer modo o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A finalidade do Estado de Direito não é possibilitar a maior segurança possível de bens, mas eficácia jurídica efetiva – mais precisamente, na moderna eficácia efetiva de um Direito, a liberdade. Nele, a eficácia efetiva é a antítese de uma eficácia apenas postulada, mas não imposta, ou seja, não diretora da orientação. Essa direção da orientação também pode se manter intacta no caso de uma violação normativa: quando a violação normativa é tratada justamente como violação normativa, a norma serve como modelo de orientação e tem eficácia efetiva. GUNTER, Jakobs. Direito Penal do Inimigo- Tradução dos originais em alemão: MENDES, Gercélia Batista de Oliveira- Rio de Janeiro: 2009

O ser humano independe de qualquer outro fator, tem e deve ser tratado de maneira igualitária, ou seja, incidir diferenças nos direitos humanos do indivíduo é o mesmo que eliminar suas garantias fundamentais, pois elimina-se qualquer forma de autodefesa na aplicação do direito penal do inimigo devido o Estado determinar quem são seus inimigos e de que modo serão tratados, mesmo quando esses são terroristas.

Os fundamentos dessa interpretação estão nos dados coletados mediante os tratamentos destinados aos terroristas que não tem qualquer meio de se defender quando são denominados como inimigo, a título de exemplo, o caso de Osama Bin Mohammed Bin Awad Bin Laden que foi exterminado da sociedade por ser considerado o maior terrorista e por ter sido o suposto autor que manipulou o ataque ao símbolo estadunidense, ele estava dentre os mais procurados pelo o FBI.

Com base nesses parâmetros o Estado é obrigado a promover e a garantir os direitos humanos e quando não o faz sofre punições previstas no direito internacional dos direitos humanos, isso significa que o Estado é apenas detentor de um poder soberano relativo. Portanto, quando um Estado ratifica um tratado de proteção aos direitos humanos pratica um verdadeiro ato de soberania e segue rol postulado pela Constituição.

Verifica-se uma dificuldade existente em se formular um conceito preciso de “direitos humanos” principalmente quando este relaciona-se com teorias como a de Yakobs. O conceito de direitos humanos é aquele que abrange os direitos fundamentais, a dignidade, a liberdade e da igualdade humana de modo extensivo, também, se aplica não só a fundamentação do Direito Penal do Inimigo como à sua aplicação, uma vez que os Direitos Humanos deve ser reconhecido e positivado pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional.

Esse conceito de universalidade ante a aplicação dos direitos humanos no mundo contemporâneo abrange certa aceitabilidade, já que é a característica principal que diferencia os direitos humanos ao direito privado, dessa forma tende a proteger o indivíduo frente às teorias que vão surgindo, como a de Yakobs e restabelecer o princípio da presunção de inocência para preservar e afirmar um maior número de direitos e garantias individuais que permite a defesa do indivíduo frente a atuação do Estado.

Esse paradoxo é criticado pelos censores de JAKOBS, que lhe atribuem a criação de uma teoria supostamente utilitária, com feição absoluta. Ademais, a crítica que se faz a tais ideias, tal qual se faz hodiernamente ao próprio JAKOBS, refere-se ao seu conceito absoluto de Estado, de Justiça, de Moral e de Direito que se mostram incompatíveis com o perfil dos Estados modernos –Estados funcionais (ou instrumentais)- diante de limites intransponíveis em especial a dignidade da pessoa humana.<sup>14</sup>

A dignidade da pessoa humana sendo um valor inerente a cada pessoa traz em seu bojo o respeito por parte dos demais, esse princípio está sujeito, também, à lei de colisão de direito, no qual são as condições do caso concreto que irão determinar a prevalência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana. Verifica-se que ao construir a teoria Guther se pauta nesse aspecto para a defesa e aplicação do Direito Penal do Inimigo que como já supracitado vai contra o que é estabelecido na Constituição.

Nesse sentido, ao desejar-se concretizar a aplicação da dignidade da pessoa Humana, deve ser função do Estado Soberano traduzida no bem estar do seus cidadãos e sob o ponto de vista e análise da teoria do direito penal do inimigo é que a dignidade da pessoa humana deve ser garantida em toda sua plenitude.

## **7-CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A teoria acerca do direito penal do inimigo é baseada frente ao Direito Penal do Inimigo versus a do cidadão, sendo que aquela se destina às praticantes de crimes que descumprem totalmente o contrato social estabelecido em sociedade; já esta é destinada aos crimes que não apresentam grandes riscos para o contexto social, ou seja, nestes casos as garantias dessas pessoas permaneceriam e no

---

<sup>14</sup> TAIAR, Rogério. Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos Humanos, Estado de São Paulo, 2009 pág 132. Tese de Doutorado (Curso de direito)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



caso do direito penal do inimigo elas seriam afastadas, já que de acordo com essa teoria ele “o inimigo” traz uma ameaça à paz social. Nota-se que esse critério de avaliação e separação vai contra o que é estabelecido no ordenamento Jurídico já que ele estabelece um rol de direitos e garantias fundamentais.

Apresentada em 1999 uma Conferência em Berlim de modo mais incisivo, no qual se reafirmou a necessidade de uma divisão na esfera penal criando dessa maneira o direito penal do inimigo. Em um primeiro momento fala-se em pena de morte, mas sob o ponto de vista crítico, analítico e levando em consideração que o direito à vida está acima da teoria do direito penal do inimigo é notável que a pena de morte para o inimigo não é o melhor método a ser traçado, mas sim destiná-lo a um tratamento diferenciado já que ele rompeu com o contrato social firmado em sociedade.

Verifica-se a grande impossibilidade de aplicação da teoria de Jakobs no Ordenamento Jurídico Brasileiro, já que ele vai contra a aplicação dessa teoria devido ao que se encontra disposto em sua legislação. Jakobs traz à luz uma limitação de garantias penais e processuais penais representando, dessa maneira, a terceira velocidade do direito penal.

A Constituição Federal de 1988 não endossa, explicitamente, a teoria do direito penal do inimigo devido à sua alta repressão, mas por outro lado aplica-se a essa teoria com o intuito de proteger os interesses difusos e coletivos muitas vezes de modo severo e antes da efetivação do resultado naturalístico.

Com base no princípio da proporcionalidade é que traça um método a fim de buscar um Direito penal social que defenda e proteja de forma ímpia tanto a liberdade quanto os demais bens estabelecidos pela Constituição para atingir e resguardar os direitos das pessoas que não seguem o contrato social. Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana tem valor absoluto, não pode ser mitigada e a cada pessoa deve ser garantida em toda a sua plenitude com base nisso verifica-se que a teoria do Direito Penal do Inimigo ao ser construída não respeita esse preceito supremo de modo que não pode ser efetivada já que infringe direitos e garantias individuais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 3ªed., 2002.

BRASIL, Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em cinco de outubro de 1988)*. Vade Mecum Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: edições Alemanha, 7ª ed., 6ª reimpressão, 2003.

GUNTER, Jakobs. *Direito Penal do Inimigo- Tradução dos originais em alemão*: MENDES, Gercélia Batista de Oliveira- Rio de Janeiro: 2009.

ORIDES, Mezzaroba. *Manual de metodologia de pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2ªed., 2003.

TAIAR, Rogério. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos Humanos*, Estado de São Paulo. Tese de Doutorado (Curso de direito)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## **PESQUISAS EM SITES:**

[http://www.sapientia.pucsp.br//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=11055](http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=11055) acesso em 26/03/2011.

[http://www.dhnet.org.br/direitos/filosofia/arendt/brito\\_dh\\_hannah\\_arendt.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/filosofia/arendt/brito_dh_hannah_arendt.htm) acesso em 05/04/2011.

[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/7263/O\\_Direito\\_Penal\\_do\\_Inimigo\\_e\\_o\\_seu\\_Contraponto\\_aos\\_Direitos\\_Humanos](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/7263/O_Direito_Penal_do_Inimigo_e_o_seu_Contraponto_aos_Direitos_Humanos) acesso em 15/04/2011.

[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200005&script=sci_arttext) acesso em 20/04/2011.

[http://mx.mackenzie.com.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=950](http://mx.mackenzie.com.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=950) acesso em 15/05/2011.

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-133818/pt-br.php> acesso em 29/06/2011.