

# DIREITO PENAL DO INIMIGO<sup>1</sup>

## CRIMINAL LAW OF THE ENEMY

Germana Assunção Trindade<sup>2</sup>

### Resumo

Este trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, objetivando determinar o que vem a ser o Direito Penal do Inimigo, e a quem ele se aplica. Constatou-se que o Direito Penal do Inimigo vem a ser uma legislação de luta, que busca não impor sanções aos que violaram a norma, mas a eliminação de um perigo. E neste intuito deixa de tratar o delinqüente inimigo - ou seja, aquele que de modo contumaz delinqüe por princípio - como pessoa detentora de direitos, posto que este, ao contrário do delinqüente cidadão, por não se deixar coagir a um estado de civilidade não pode gozar dos benefícios do conceito de pessoa.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo, Günther Jakobs.

### Abstract

This work was developed through a literature review, to determine what becomes the Criminal Law of the Enemy, and to whom it applies. It was found that to Criminal Law of the Enemy comes to fighting legislation that seeks not to impose sanctions that violated the norm, but the elimination of a hazard. And in order to treat the offender as enemy - ie, one that so stubborn delinquent a principle - as a person holding rights, since it, unlike delinquent citizen for not letting coerce a state of civility can not enjoy the benefits of the concept of person.

**Keywords:** Criminal Law of the Enemy, Günther Jakobs.

## INTRODUÇÃO

É cediço que é o fato social sempre foi o ponto de partida na formação da noção do Direito. Assim, surge o Direito das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial à sua própria sobrevivência (JESUS, 2002).

E, “O fato social que se mostra contrário à norma de Direito forja o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal” (JESUS, 2002, p. 3).

É com este objetivo que o Estado estabelece normas jurídicas visando estabelecer sanções a serem aplicadas nos indivíduos que violarem as normas penais previamente fixadas,

---

<sup>1</sup> Artigo Científico apresentado como Trabalho na Disciplina Criminalidade Organizada Transnacional, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília, em nível de Mestrado.

<sup>2</sup> Mestre em Direito – Universidade Católica de Brasília – UCB; Professora de Direito Internacional Privado da Faculdade das Atividades Empresariais de Teresina - FAETE, e de Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público da Novaunesc, com pós-graduação em curso de especialização "Latu Sensu" em Direito Público promovido pelo Centro Unificado de Teresina - CEUT, e de preparação para a magistratura promovido pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Piauí. E-mail: germanatrindade@yahoo.com.br.

bem como, também fixa outras medidas com o objetivo de prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos das pessoas (JESUS, 2002).

Ocorre que, como bem leciona Günther Jakobs, não passa de “uma cômoda ilusão”, a assertiva de que “todos os seres humanos, enquanto pessoas, estão vinculados entre si por meio do direito”.

É ilusória porque um vínculo jurídico, quando se pretende que concorra não só conceitualmente, senão na realidade, há de constituir a configuração social; não basta o mero postulado de que tal constituição deve ser. (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 9)

No regime democrático de direito a ideologia da dominação jurídica é operada pela estatização do público e do privado garantindo que haja uma supressão progressiva das esferas nas quais se manifestam as liberdades. Assim, passa o ordenamento jurídico, fundamentado na Constituição, a tutelar as esferas privadas e públicas no intuito de, pelo menos formalmente, se concretizar a vontade do povo, já que “todo o poder emana do povo”. (JAKOBS, 2009)

“Ocorre que a consciência da inefetividade da satisfação das necessidades conduz a uma autoconsciência da exclusão” (JAKOBS, 2009, p. xiv), e por sentirem o abismo entre o dever e a sua realidade, alguns não reconhecem às normas produzidas por tal processo, nem reconhecem materialidade à cultura, à economia, e ao direito, e passam a se organizar de modo coerente com a delimitação espacial e estética vividas, constituindo formas próprias de produção normativa (JAKOBS, 2009).

Assim, Jakobs, apesar de não afastar por completo a possibilidade da imposição da pena ou a própria incriminação, em abstrato, obterem efeitos preventivos, defende que a função pena pública é à manutenção da configuração normativa concreta da sociedade, pois o bem jurídico penal para Jakobs tem como objeto a manutenção da validade da norma, e não o patrimônio, a moral, a integridade física, vida, etc, das pessoas.

E buscando a manutenção da validade da norma, Jakobs formulou a teoria penal e a tese do direito penal do inimigo, as quais só podem ser aplicadas em Estados de direitos consolidados, pois se referem especialmente ao terrorismo e às demais formas da criminalidade organizada, não podendo ser aplicadas tais teses aos crimes praticados em virtude de uma exclusão social.

O presente trabalho visa determinar o que vem a ser o Direito Penal do Inimigo, e a quem ele se aplica.

## 2 O CONCEITO DE INIMIGO

Primeiramente, cumpre se definir o conceito de inimigo. Ao contrário do conceito de inimigo adotado por Carl Shmitt, que utilizar o termo inimigo que provém do latim *hostis*, e que não significa criminoso, e sim alguém que é desconhecido, o estrangeiro, ao qual se atribui uma recusa em termos políticos, estabelecida conforme a dicotomia concidadão/estrangeiro; Jakobs utiliza o termo inimigo proveniente do latim *inimicus* e que significa criminoso do tipo que se supõe permanentemente perigoso, assim nem todo criminoso deverá ser considerado inimigo (JAKOBS, 2009).

Assim, para Jakobs (2009, p. xxii, grifo do autor), pessoa “é o titular de direitos e deveres em determinada ordem social”, e cidadão “é aquele de quem se pode esperar o conhecimento da estrutura normativa da sociedade e o comportamento segundo expectativas comunicativamente compartilhadas”.

E o inimigo a que se refere Jakobs apesar de não perder a sua humanidade, não recebe o tratamento de pessoa (social e jurídica), significando isto apenas que

determinados comportamentos, em razão de sua peculiar natureza, poderiam revelar o completo abandono de uma sociedade com a qual, não só não se compartilhava valor algum, mas também da qual não se respeitam as condições fundamentais de sua existência. (JAKOBS, 2009, p. xxii)

Assim, “aquele que “deixa de participar” como pessoa não pode ser tratado como pessoa por uma sociedade liberal e funcional, ou seja, real” (JAKOBS, 2009, p. xxvii).

São da mesma opinião Hobbes e Kant, sendo que para o primeiro deve-se despersonalizar o alto traidor,

Pois a natureza desse crime está na recusa da submissão, o que significa um retorno ao estado de guerra... E aqueles que delinqüem dessa forma são punidos não como súditos, mas sim como inimigo. (JAKOBS, 2009, p. 6)

Já para Kant não se trata como pessoa quem ameaça constantemente a sociedade.

Do acima exposto, percebe-se que Hobbes e Kant, assim como Jakobs reconhecem

um Direito Penal do Cidadão – contra pessoas que não delinqüem de modo contumaz por princípio – e um Direito Penal do Inimigo contra aqueles que se desviam por princípio; este exclui, enquanto aquele deixa intocado o status de pessoa (JAKOBS, 2009, p. 7).

Destaque-se, que, para caracterizar o inimigo não há necessidade de ser um inimigo total, assim pode se ser um inimigo parcial. Pois como bem explicita Jakobs

O criminoso organizado pode até ser um pai de família tranqüilo e um motorista cuidadoso, odiar a violência e amar os animais, mas seria meramente estúpido simplesmente esperar para ver tudo que sua organização pode produzir como crime (JAKOBS, 2009, p. 38).

### 3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Desta forma, o cidadão mesmo quando comete um delito tem direito de exigir do Estado medidas apropriadas, e tais direito limitam a atuação Estatal.

Já o inimigo “na medida em que lhe são subtraídos direitos, ele não é tratado – por definição – como sujeito de direito” (JAKOBS, 2009, p. 40).

Pois, na medida em que se trata o inimigo como inimigo extingue-se o vínculo jurídico que o liga a sociedade civil. Assim, “a relação com o inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação” (JAKOBS, MELIÁ, 2009).

No entanto, “o Direito Penal do Inimigo continua sendo Direito, na medida em que vincula o cidadão, por seu lado, mais precisamente o Estado, seus órgãos e seus funcionários, no combate dos inimigos” (JAKOBS, 2009, p. 41).

Assim, o Direito Penal do Inimigo compõe parte das normas que regem o Estado Democrático de Direito, sendo “no Estado de Direito gerido de forma inteligente, uma *ultima ratio* a ser aplicada conscientemente como exceção” (JAKOBS, 2009, p. 41).

Até porque não se poderia aplicar uma coação no Estado Democrático de Direito, se não fosse esta autorizada por norma legal (JAKOBS, MELIÁ, 2009).

Através do Direito Penal do Inimigo não terá o acusado considerado inimigo todos os direitos previstos para o acusado considerado cidadão, porém a exclusão de tais direitos será, consequência, da abolição pelo Estado de direitos de forma juridicamente regulada (JAKOBS, 2009, p. 49).

As normas processuais decorrentes do Direito Penal do Inimigo serão mais severas que as aplicadas ao cidadão delinquente. O Direito Processual Penal do Inimigo prestar-se-á à eliminação dos perigos, ou seja, a conservação do direito do cidadão à segurança, podendo por tal motivo prever, por exemplo, o isolamento total do preso, ou seja, “a suspensão da possibilidade de contato direto entre este e seu defensor, para evitar perigos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa” (JAKOBS, 2009, p. 49).

E enquanto espera-se que o cidadão exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, o tratamento dado ao inimigo será diferente, pois é interceptado já no seu estado prévio, assim, o inimigo é alguém que se combate por sua periculosidade (JAKOBS, MELIÁ, 2009, p.36).

Para Jakobs, renunciar a esses dispositivos mais severos a serem aplicados ao delinqüente inimigo, “pode esvaziar o direito do cidadão à segurança, e esse direito à segurança é apenas um outro nome para um direito ao estado de eficácia jurídica real” (2009, p. 50, grifo nosso).

Aplica-se ao indivíduo perigoso, ao inimigo, uma medida de segurança. Luta-se aqui contra o perigo (JAKOBS; MELIÁ, 2009).

Desta forma,

o Direito Penal do Inimigo, especialmente o Direito Penal dirigido contra os terroristas, tem mais a tarefa de garantir segurança do que a de preservar a eficácia jurídica, e isso se revela na finalidade da pena e nos tipos penais correspondentes.

Destaque-se que o Direito Penal do Inimigo diante do aduzido caracteriza-se em uma legislação de luta, sendo “uma reação do ordenamento jurídico, frente a criminalidade” (JAKOBS, MELIÁ, 2009, p.34), onde não se objetiva a compensação de um dano à vigência da norma, mas a eliminação de um perigo: a punibilidade avança para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos. E neste intuito deixa de tratar o delinqüente como pessoa (JAKOBS, MELIÁ, 2009).

E por ser uma exceção, deve-se aplicar o Direito Penal do Inimigo somente quando se esta diante de um adversário do ordenamento jurídico, como por exemplo, nos casos de criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada (como, por exemplo, o tráfico de drogas), dos crimes sexuais e outras infrações penais perigosas (JAKOBS, 2009).

## **CONCLUSÃO**

O Direito Penal, normatizado e aplicado na grande maioria dos Países, não está garantindo segurança real aos cidadãos, eis que trata como sujeito de direitos os delinqüentes que não reconhecem as normas que regem a sociedade em que vivem, ou seja, aplicam as

mesmas normas tanto para o delinquente cidadão como para o delinquente que é um adversário do ordenamento jurídico, e que por isso deve ser tratado como um inimigo.

Faz-se necessário na busca pela segurança real dos cidadãos, que se aplique uma legislação de luta, ou seja, o Direito Penal do Inimigo, que vem a ser “uma reação do ordenamento jurídico, frente a criminalidade” (JAKOBS, MELIÁ, 2009, p.34), onde não se objetiva a compensação de um dano à vigência da norma, mas a eliminação de um perigo: a punibilidade avança para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos. E neste intuito deixa de tratar o delinquente como pessoa (JAKOBS, MELIÁ, 2009).

Assim, o Direito Penal do Inimigo não se aplica a todos os delinquentes, mas somente aos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico. O que faz com que não seja o Direito Penal do Inimigo a regra, mas sim a exceção, a ser utilizada diante daqueles delinquentes que cometem delitos de modo contumaz por princípio.

Por fim, ressalte-se que ao excluir o Estado direitos do inimigo, está aplicando o Princípio da Isonomia, pois não pode o inimigo receber o mesmo tratamento jurídico do cidadão delinquente.

## REFERÊNCIAS

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Org. Luiz Moreira, Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Org e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. V 1.

MACÊDO, Manoel Moacir Costa. **Metodologia científica aplicada**. Brasília: Scala, 2005.

**Apresentado em: 24.09.2012**

**Aprovado em: 27.11.2012**