

**DIREITO PENAL DO INIMIGO**  
**Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**  
**MATHEUS MAGNUS SANTOS IEMINI<sup>1</sup>**

**RESUMO**

O direito penal do inimigo, doutrina criada pelo alemão Gunther Jakobs, aquém de sua inflexibilidade punitivista face a sua relativização dos direitos fundamentais, claramente incompatível com um Estado democrático de direito, vem se alastrando na legislação pátria e até mesmo no entendimento de alguns magistrados. Sua propagação no Brasil deve-se a ausência de políticas criminais efetivas, e a busca do legislador em atender aos anseios da sociedade que deseja uma pacificação efetiva.

**Palavras-chave:** Direito penal do inimigo. Direito penal de autor. Expansão do direito penal do inimigo no Brasil.

**ABSTRACT**

The law of the enemy doctrine created by German Gunther Jakobs, short of its inflexibility in the face of punitive relationship of their fundamental rights, is clearly incompatible with a democratic state, has been spreading in the Brazilian legislation and even the understanding of some judges. Its spread in Brazil due to the absence of effective policies on crime, and the pursuit of the legislature to meet the needs of society who want an effective peace.

**Key words:** Criminal law of the enemy. Criminal law of copyright. Expansion of the criminal law of the enemy in Brazil.

---

<sup>1</sup> O autor é advogado criminalista, pós graduado em ciências criminais pelo IPAN/UNIDERP/LFG. E-mail: matheusmagnus@hotmail.com

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>03</b>
<b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>O DIREITO PENAL DO INIMIGO CONFORME GUNTHER JAKOBS</b>	<b>05</b>
<b>1.1 Direito penal do inimigo e direito penal do cidadão</b>	<b>07</b>
<b>1.2 Direito penal do inimigo como direito penal do autor</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b>	<b>13</b>
<b>2.1 O direito penal do inimigo na lei anti-drogas (Lei 11.343/06)</b>	<b>16</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>21</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>24</b>



## INTRODUÇÃO

Em meados dos anos 80, como resposta à crescente onda de criminalidade mundial, o alemão Gunther Jakobs, elaborou sua tese sobre um direito penal que, segundo ele, poderia trazer maior conformidade à sociedade, garantindo a atuação estatal em um modelo que apregoa ser o ideal para combater o agente transgressor que insiste em manter-se longe das normas estatais.

A referida tese, nomeada de direito penal do inimigo, pugnava pela aplicação de normas mais severas, com a conseqüente eliminação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, incluindo-se as garantias processuais, atuando o Estado não contra um agente transgressor mas, insurgindo-se contra este como um inimigo, declarando guerra àquele que não oferecesse garantias cognitivas de manter-se fiel às normas, elegendo ainda os inimigos que seriam sujeitos a tal legislação de exceção como os sujeitos ativos de crimes específicos, elegendo assim, um claro direito penal de autor, onde independentemente do grau de culpabilidade, reprovabilidade ou o bem jurídico afetado, seria o agente punido pelo que é, desconsiderando-se o fato delitivo cometido.

Mesmo não sendo visto como solução para os conflitos sociais, principalmente por aqueles adeptos aos movimentos minimalistas do direito penal, fato é que, na hodiernidade, o legislador, na ânsia de dar uma resposta rápida e, ao menos aparentemente efetiva à sociedade, que encontra-se em um estado de pânico generalizado, ante a crescente criminalidade, tem-se valido de legislações esparsas que verifica-se enquadrarem-se perfeitamente ao modelo propugnado por Jakobs, com cerceamento de garantias e punição exacerbada dos autores, não analisando-se a real culpabilidade dos elementos transgressores mas, tão somente, suas características pessoais como forma de repreendê-lo rápida e duramente, gerando uma falsa impressão de segurança na sociedade.

No Brasil este movimento vem ganhando espaço, tendo, inclusive e infelizmente, encontrado guarida até mesmo dentro do poder judiciário, como demonstrar-se-á durante a exposição do presente artigo.

Não tratando-se de meras especulações ou embates doutrinários, extrai-se dos dados constantes do presente artigo, de forma objetiva, que vem o legislador pátrio, assim como alguns membros do judiciário, elegendo seus próprios inimigos nacionais, aplicando-lhes toda a repressão da lei penal, como forma de controle social, buscando uma resposta imediatista, no lugar de políticas criminais bem desenvolvidas.

O presente artigo foi escrito de maneira hipotética-dedutiva, utilizando-se de acervo doutrinário atualizado e pesquisas de campo disponibilizadas pelo Ministério da Justiça, bem como do Sistema Prisional. Tem-se como finalidade precípua do presente trabalho, não oferecer a solução para um problema já arraigado na triste realidade brasileira mas, tão somente, de alguma maneira ajudar a alertar sobre o crescente punitivismo que vem sendo praticado, nas diversas esferas do poder, e sobre suas maléficas conseqüências que colocam sob suspeita até a mesmo a legitimidade de um Estado denominado de Democrático e de direito.

## 1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO CONFORME GUNTHER JAKOBS

Jakobs é um doutrinador alemão, nascido em 1.937, graduado pela Universidade de Bonn do ano de 1.967 e que, no ano de 1.985 escreveu sua tese sobre políticas públicas de combate à criminalidade, pugnando por um maior rigor no tratamento do agente delituoso.

Conforme a tese defendida por Jakobs, a função primordial do direito penal, seria a proteção da própria norma, sendo que somente indiretamente visaria tutelar os bens jurídicos mais fundamentais (GOMES, 2006). Ainda, justifica o autor que a pacificação social não é possível através do direito penal tradicional, sendo necessário um direito penal de exceção, com vistas à proteção da norma e ao restabelecimento de sua vigência.

Muito embora em sua tese Jakobs, por diversas vezes, denomine o criminoso como pessoa, seu modelo de tratamento desigual leva a crer exatamente ao contrário, ou seja, para ele, os agentes transgressores são exatamente não pessoas, na medida em que é privado de direitos inatos à qualquer pessoa. Assim sendo, como uma **não pessoa**, Jakobs justifica a punição do agente transgressor como forma de mantê-lo fora da sociedade, tendo portanto caráter meramente separatista, sem vistas à ressocialização ou reinserção social.

O modelo de direito penal do inimigo é sustentado basicamente sobre três pilares, sendo: a) a antecipação da punição do inimigo: Não importa, basicamente, o cometimento fático de qualquer crime, sendo puníveis inclusive atos preparatórios, mesmo que não constituam crimes autônomos, em modelo antagônico ao brasileiro; b) desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais: Jakobs acredita que as penas em si não pretendem significar nada, senão serem efetivas, de maneira a extirpar da sociedade o indivíduo

perigoso, para tanto, existe uma exasperação na dosimetria das penas, buscando-se excluir o agente transgressor pelo maior período de tempo possível do convívio social, suprimindo-lhe, ainda, garantias processuais normalmente aplicadas ao cidadão comum (JAKOBS, 2009, 22); c) Criação de leis severas direcionadas especificamente aos agentes considerados inimigos: ter-se-ia dois direitos penais materiais, diametralmente opostos, um com vistas ao cidadão comum (*bürgerstrafrecht*), onde prevaleceriam todos os direitos processuais e a integralidade do devido processo legal e um direcionado ao inimigo (*feindstrafrecht*), com penas desproporcionais, contra aqueles que atentam contra o Estado, caminhando de uma coação física, até mesmo a um estado de guerra, visando o restabelecimento da norma e a separação do inimigo do seio da sociedade, bem como servindo como meio de intimidação de outras pessoas (JAKOBS, 2009, 23).

O direito penal do inimigo trabalha com suposições e conjecturas, na ausência de critério meramente objetivo, buscando não somente punir fatos pretéritos perpetrados pelo **inimigo**, mas, sobretudo, visando puni-lo por futuros e (in) certos fatos delitivos de considerável gravidade que possa vir a perpetrar. Assim, o autor busca enfatizar a punição de fatos futuros nos seguintes moldes:

(...) nesse caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a Juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma <<tendência a [cometer] fatos delitivos de considerável gravidade >> poderia ter efeitos <<perigosos>> para a generalidade (JAKOBS, 2009, 23)

Em sua tese, Jakobs não faz distinção entre o cidadão e a pessoa, de forma que também não separa direitos inatos à pessoa humana, dos direitos do cidadão. Não olvida-se que a qualidade de cidadão possa ser perdida, como direitos políticos, liberdade e etc. Contudo, direitos inatos à pessoa humana, não podem ser perdidos ou ignorados, haja vista que **ser humano** não trata-se de qualidade que possa ser retirada de um agente, sendo uma característica inata, assim como os direitos a ela inerentes. Ao não distinguir entre as figuras expostas, com a devida *vênia*, acredita-se ter o brilhante doutrinador alemão buscado sustentar sua tese nas obras de Fichte e Rousseau, donde extrai-se que o agente delituoso, por não adaptar-se à sociedade, pode ter de si retirado sua qualidade (direito) de cidadão (JAKOBS, 2009, 25), contudo, *vênia* deferida, a circunstância e os direitos do ser humano, acredita-se ser inarredável.

Portanto, verifica-se que a principal de todas as características do direito penal do inimigo pregado por Gunther Jakobs, repousa em um ordenamento jurídico voltado para a completa eliminação daqueles eleitos como inimigos, em contraposição ao cidadão comum, em uma verdadeira operação de guerra onde direitos e garantias individuais são relativizados, flexibilizados e até eliminados, buscando-se a punição de uma pessoa (inimigo/autor) e não somente do fato desautorizador da norma.

Acredita-se, inclusive, tratar-se de um novo movimento ao estilo **lombrosiano**, elegendo possíveis ou prováveis indivíduos por características cognitivas, no lugar dos critérios objetivos apontados por Lombroso, buscando a punição antecipada do fato, o que, no entender de Jakobs, justificaria o tratamento desigual perpetrado contra estas não-pessoas (*feind sind aktuell unpersonen*).

Dentre várias denominações e explicações para o direito penal do inimigo apregoado por Jakobs, acredita-se que a que mais brilhantemente o descreveu, em sua forma e conceitos, seja a dada pelos Ilustres professores Luiz Flávio Gomes e a Doutora Alice Bianchini, no seguinte sentido:

Admitindo-se como válida essa premissa, de que, na verdade, o que caracteriza o Direito penal do inimigo é o tratamento diferenciado e antigarantista (e diferenciado pelo déficit de garantias) a que alguns criminosos devem se submeter, talvez seja possível inferir a seguinte conclusão: todos os movimentos punitivistas visam a punir uma determinada clientela de criminosos, mas só se tornam Direito penal do inimigo quando agregam à ânsia punitiva alguma flexibilização das garantias. (GOMES, 2006, 17)

Desta forma, entendendo-se como interage com o ordenamento jurídico o direito penal do inimigo de Jakobs, mister se faz que, mesmo que perfunctoriamente discorra-se sobre a diferenciação entre o direito penal do inimigo proposto, e o direito penal do cidadão comum, sua subjetividade e características, bem como a cabal demonstração de que o direito penal do inimigo nada mais é que um **não direito penal**, seja por seus conceitos filosóficos, seja por sua eleição do autor (inimigo).

### 1.1 Direito penal do inimigo e direito penal do cidadão

Conforme demonstrado, o modelo punitivista proposto por Jakobs deve eleger indivíduos transgressores, os quais, ao serem identificados, sujeitar-se-iam a

um direito penal diferenciado, de exceção, com supressão das garantias fundamentais do ser humano, fundada na sua não capacidade de adequar-se à sociedade e baseado na possibilidade de que sua condição como ser humano, equipara-se a sua qualidade como cidadão, podendo ser retirada ao alvitre estatal, sujeitando-o não a penas, como caberia ao cidadão, mas a medidas de segurança, com vistas à garantia e preservação da norma e do Estado.

A lei penal existe para efetivamente criminalizar condutas, sendo certo que ao menos em nosso País, inexiste lei penal proibitiva, sendo proibitiva somente a norma penal, emanada do espírito dos membros da sociedade e que, tem por finalidade, justamente, a elaboração da lei penal sancionadora.

A finalidade do direito penal (não da pena), é tipificar condutas consideradas reprováveis pela sociedade, sendo a pena uma resposta ao agente transgressor.

Para o direito penal do inimigo, a pena somente pode ser aplicada ao cidadão, entendendo-se este como sujeito que eventualmente ou por descuido, comete alguma infração, sendo que a referida infração, segundo Jakobs, deve obrigatoriamente ser tida como reparável através da pena.

Assim sendo, a pena, como o direito penal, somente prestam-se àqueles indivíduos que cognitivamente oferecem garantias de não mais transgredirem, não tendo, portanto, a pena proposta por Jakobs, qualquer função ressocializadora, senão retributiva-punitiva, haja vista que se o sujeito oferece cognitivamente garantias de não mais transgredir é considerado como cidadão, sendo-lhe aplicado o direito penal e todas as garantias processuais penais.

Todavia, o mesmo Jakobs, enumera algumas transgressões, que por sua atuação, não permitiriam que o indivíduo transgressor fosse considerado **reparável**, devendo, portanto, ser considerado como inimigo, como no caso de crimes sexuais, terroristas, criminosos econômicos entre outras infrações consideradas de maior potencial ofensivo.

Portanto, o inimigo para Jakobs, seria o indivíduo transgressor que não adapta-se ao comportamento exigido pela sociedade, sendo na realidade, um não-humano.

Entende Jakobs que o inimigo age como em um *ius naturale*, não interagindo com o direito penal, de forma que dele é retirado o *status* de cidadão e, conseqüentemente as garantias fundamentais do ser humano.

Contudo, ao excluir-se do transgressor suas garantias, haja vista que a ele não é aplicado o direito penal, relativiza-se a conduta, partindo para a punição do autor/inimigo somente pelo que é. Se o sujeito transgressor agindo contrariamente a norma lhe é retirada toda a proteção do ordenamento jurídico, igualmente dever-se-ia retirar-se toda possibilidade de transgressão à norma, haja vista que agiu em sua **ausência**, e não contrariamente ao direito penal, tratando-o como o ordenamento pátrio trata os silvícolas.

Com a devida *vênia* ao direito penal do inimigo apregoado por Jakobs, acredita-se incoerente em seus próprios argumentos.

O inimigo não é garantido pelas normas fundamentais de direitos humanos pois é considerado um não-humano.

A sanção que lhe é imposta trata-se de medida de segurança para a sociedade e não para o transgressor, sendo ainda possível a punição de meros atos preparatórios ou cogitação, punindo-se o indivíduo pelo que ele é, e não pelo que efetivamente fez.

O direito penal do inimigo trata o agente delituoso como se fosse um transgressor inato, sem qualquer capacidade ou probabilidade de ressocialização, devendo ser extirpado da sociedade pois não consegue com ela interagir. Desta forma, como ser não-humano que é, não poderia ser punido com leis confeccionadas para um ser humano.

Jakobs trabalha com tanta subjetividade e conjecturas no momento de eleger os inimigos do direito penal, que, novamente, com a devida *vênia*, acredita-se que esbarra em seus próprios argumentos.

No plano teórico, pode-se afastar esta confirmação do normativo pelo fático, aduzindo que o que não deve ser, não deve ser, embora provavelmente vá ser. Porém, as pessoas não só querem ter direito, mas também preservar seu corpo, isto é, sobreviver como indivíduos necessitados, e a confiança no que não deve ser somente supõe uma orientação com a qual é possível sobreviver quando não é contraditória com tanta intensidade pelo conhecimento do que será. (JAKOBS, 2009, 32)

Com a devida *vênia*, Jakobs, busca punir o inimigo, pelo que ele **deve ser**, suprimindo-lhe o direito de demonstrar o que de fato será. Neste norte, como a punição é anterior ao será, jamais existirá a probabilidade de prova contrafática intensa para demonstrar que o que deve ser (razão pela qual foi punido), não será.

Assim sendo, com a eleição de determinado sujeito como inimigo e sua severa e desproporcional punição, Jakobs trabalha com uma idéia do que

possivelmente possa vir a acontecer, punindo-se o agente delitivo, sem que lhe seja dada qualquer chance de demonstrar um eventual erro de pré-julgamento, não lhe sendo permitido demonstrar a possibilidade “contraditória com tanta intensidade” conforme demonstra o autor ao discorrer sobre a personalidade real e a periculosidade fática do indivíduo.

Portanto, verifica-se que para Jakobs, o inimigo é uma não pessoa, à margem do direito penal do cidadão, ao qual deve ser aplicado da forma mais severa um direito penal de exceção, com relativização e exclusão de seus direitos e garantias fundamentais, com vistas à proteção da norma e da sociedade, pouco importando o fato delituoso cometido, ou o bem jurídico tutelado pela norma.

## **1.2 Direito penal do inimigo como direito penal do autor**

Como anteriormente exposto, a lei penal existe para criminalizar condutas, contudo, questiona-se qual seria a finalidade da criminalização de tais condutas? Com a permissa *vênia* àqueles que entendem de maneira diversa, acredita-se que a função principal da criminalização de condutas pelo direito penal é a proteção de bens juridicamente tutelados.

A lei penal somente existe para positivizar aquilo que a norma penal considera como relevante partindo-se da premissa que qualquer ato atentatório àquele bem intencionado pela norma deveria ser punido como forma de proteger-se o bem juridicamente.

Para Jakobs, a lei penal existe para proteger tão somente a norma, garantindo-lhe a vigência, não cogitando-se sobre a finalidade de proteção de bens jurídicos, relegando a lei penal tão somente à proteção de sua própria vigência.

Com esta justificativa, Jakobs busca justificar a punição de atos preparatórios e meras cogitações pois, certo que causam instabilidade quanto à vigência da norma que, após o início dos atos preparatórios, está prestes a ser atacada. Contudo, ao pensar-se sobre os bens juridicamente tutelados pelo direito penal, não encontra-se adequação da teoria de Jakobs que justifique a punição de tais atos pois os bens juridicamente tutelados de fato permanecem protegidos pelo direito penal ante a não exteriorização do fato.

Longe de buscar ser razoável ou proporcional, o direito penal do inimigo ataca de forma excessiva a liberdade do cidadão, mesmo que não haja qualquer

bem jurídico sendo atacado, tratando-se, ao que acredita-se, de ato atentatório ao próprio Estado que, reconhecendo sua incapacidade em promover a pacificação social, extirpa os cidadãos que **aparentemente** lhe sejam prejudiciais apenas por suposições sem conteúdo fático.

O direito penal proposto por Jakobs precisa, para ser funcional, da eleição de um inimigo. Este inimigo não precisa atacar a um bem juridicamente tutelado para que veja-se coagido pelo direito penal, bastando para isto, tão somente, que enquadre-se nas categorias delimitadas como de **alta periculosidade sem garantias cognitivas de obediência futura às normas**, como bem ressalta Jakobs.

A culpabilidade do agente não é ponderada pelo direito penal do inimigo, bastando que sua personalidade adéqüe-se ao padrão do inimigo, está eleito o autor como objeto do direito penal, e não como sujeito de direitos a ele subordinado.

O desaparecimento da lesão do bem jurídico, que nos delitos consumados seria possível só numa forma muito artificial, mediante uma alteração de sentido da lesão por uma condição de significância da infração da norma, retoma em *Jakobs* vigência de uma forma expressiva na explicação da tentativa. Para ele, o <<fundamento da punição da tentativa>> radica na <<evidência de uma infração da norma>>. <<Como o delito... não é basicamente uma causação de lesões de bens, senão uma lesão da vigência da norma, mesmo assim a tentativa de delito não se deve compreender primariamente sobre a base de uma colocação em perigo de bens, senão através da lesão da vigência da norma>>, tal como entende *Jakobs*, para quem, ademais, <<o fundamento da punição da tentativa... [é] o mesmo que o da consumação>>. (ROXIN 2009,59)

Ainda, conforme definição de BRUNONI 2007), o ato ilícito em si passa a ter papel secundário na penalização do indivíduo, sendo considerada sua conduta, pretérita e possivelmente a futura, como estado quase que patológico, que justificaria a antecipação da tutela penal.

Malgrado não haja consenso sobre o conceito de Direito Penal de autor, é possível afirmar que por ele o que verdadeiramente configura o delito é o *modo de ser do agente*, como sintoma de sua personalidade: a essência do delito radica em uma característica do autor que explica a pena. Ou seja, “a pena se associa de modo imediato à periculosidade do autor, pelo que para a justificação da sanção aquela deve ser atribuível à << de modo pelo>>” Por esta concepção o Direito Penal não deve castigar o ato, que em si mesmo não expressa muito valor, mas sim a atitude interna jurídica corrompida do agente. O delito em si tem um significado sintomático. “O ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor”. Por ser um ser inferiorizado e perigoso, como nas hipóteses do *sujeito nocivo para o povo* e do *delinqüente habitual*, o autor deve ser punido ou neutralizado, porque representa um perigo à sociedade. Neste sentido, o Direito Penal de autor foi acunhado de *Direito Penal de ânimo*, sendo a defesa social, em suma, o que nele justifica a pena.

Com o Direito Penal de autor surge o denominado *tipo de autor*, pelo qual o *criminalizado* é a personalidade, e não a conduta. A *tipologia etiológica* tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas **ser** ladrão; não se proíbe matar, mas **ser** homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal. Nela também se possibilita a criminalização da *má vida* ou *estado perigoso*, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, jogadores, ébrios, etc. Ou, também, a aplicação de penas *pós-delituais*, em função de determinadas características do autor, por meio de tipos normativos de autor: reincidentes, habituais, profissionais, etc.

Assim sendo, verifica-se que o intento precípua do direito penal do inimigo é neutralizar o agente fático ou potencialmente nocivo, independentemente de conduta ou bem jurídico a ser protegido, o que, novamente com a devida *vênia*, acredita-se não ser justificável como forma de reintegração da norma supostamente violada, mesmo que subjetivamente. Desta feita reitera-se não haver sustentáculo suficiente na tese de Jakobs que justifique a punição exacerbada e a relativização de direitos e garantias individuais contra uma **suposta** proteção de uma norma que, ainda no campo hipotético-dedutivo pode nem mesmo vir a ser violada.

## 2 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A crescente onda de criminalização e exasperação de penas em virtude da inflação legislativa no Brasil, é derivada de uma insegurança que permeia todos os patamares da sociedade, bem como influência direta da denominada imprensa midiática, tendo como resposta uma procura por imediatismo como solução para um problema que indubitavelmente, no Brasil, é traduzido pela grande desigualdade social.

Enquanto doutrinadores defensores da tese do minimalismo penal, com interferência mínima do direito penal no *status* do indivíduo, realmente voltado para o direito penal como *ultima ratio* buscam a punição somente de condutas contrárias ao direito que afetem relevantes bens jurídicos, doutra banda, destaca-se a corrente do movimento do direito penal do inimigo, bem próximo ao modelo norte americano de Lei e ordem, derivado, indiscutivelmente, conforme supra mencionado, pelo apelo midiático e atuação de parlamentares no sentido de ter como solução para a violência a criminalização cada vez maior de condutas e a relativização de direitos individuais.

As conseqüências já são conhecidas: apela-se ao direito penal como forma de resolução do problema da criminalidade, em detrimento do seu enfrentamento por meio de políticas públicas que estabeleçam em amplo diagnóstico o problema. Mais uma vez, verifica-se a existência de uma legislação que solapa as garantias fundamentais e provoca relativização das regras de imputação e dos princípios processuais (HABER, 2010)

Este fenômeno teve seu marco histórico com a edição da Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), justamente derivada de um projeto de iniciativa popular, inicialmente idealizado pela escritora Glória Perez, quando do brutal assassinato de sua filha a atriz Daniela Perez.

A busca do imediatismo na punição de certos crimes, cria no legislador uma ânsia em contentar a sociedade que demonstra repúdio público, através dos meios de comunicação, às suas práticas. Desta maneira, leis são editadas para dar a falsa impressão de segurança restaurada, aplacando a ira da população instigada pelos meios midiáticos, o que, para o legislador, tem justificado a perda de alguns benefícios e até mesmo o cerceamento de outros.

Para além de toda a teoria envolvida nas finalidades do direito penal, na realidade fática-jurídica, o intento primeiro deste mecanismo coercitivo é justamente evitar que os cidadãos percam seus direitos básicos, antagonicamente ao que tem acontecido com a edição de leis punitivistas como o que tem ocorrido.

Na atualidade, o maior exemplo de lei editada com conteúdo punitivista e elitista, visando punir o autor pelo que ele é, em detrimento do delito que cometeu, pode ser extraída da nova lei anti-drogas, lei 11.343/06.

No artigo 33 da mencionada lei, existem 18 verbos caracterizadores, notadamente, não do tipo penal, mais unicamente do sujeito do delito, senão vejamos:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar

Descreve-se, portanto, 18 condutas totalmente distintas que, por certo, ofendem a bens jurídicos distintos ou, em casos como “ter em depósito”, “guardar”, “adquirir”, sequer deveriam possuir relevância jurídica apartada de fatos outros que justificassem ofensa a bem jurídico tutelado.

O indivíduo (autor/inimigo) eleito pela legislação em comento, é tratado igualmente em sendo um grande traficante de drogas ou simplesmente um sujeito que adquiriu-a para seu consumo. Mesmo não havendo a possibilidade de prisão do usuário de drogas, consoante art.28 da mesma lei, os policiais militares, mais até que o legislador, são inculcados com uma política punitivista onde, normalmente tem-se constatado que prisões de usuários são realizadas indistintamente e o que é pior, são os mesmos mantidos encarcerados e respondem processos por tráfico de drogas, até que provem o contrário.

Até a alteração legislativa, a antiga lei de crimes hediondos, lei 8072/90, delimitava, **inconstitucionalmente**, a proibição da liberdade provisória para sujeitos

que praticassem crimes assim considerados, eivando de inconstitucionalidade o princípio da presunção de inocência.

Ainda hoje, mesmo após a edição da lei 11.464/07, que retirou do antigo texto a vedação à concessão da liberdade provisória, muitos juízes de primeira instância, com visão unicamente punitivista, tendo elegido como inimigos os **denunciados** (não condenados) pelo crime de tráfico, negam-lhes o benefício da liberdade provisória, mesmo preenchidos todos requisitos de ordem objetiva e subjetiva necessários, sob o argumento de que filiam-se ao entendimento de não ser cabível tal benefício em crimes considerados hediondos ou equiparados.

Por vezes, até mesmos os Tribunais de Justiça, distanciando-se da verdadeira distribuição da Justiça que deles se espera, decidem pela opção elitista da punição do autor do fato.

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – INDEFERIMENTO – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL – ORDEM DENEGADA. (...) Ademais, tenho **REITERADAMENTE** decidido que os crimes hediondos ou a eles equiparados – caso do tráfico de entorpecentes – não comportam a concessão da liberdade provisória em razão da própria inafiançabilidade prevista para tais delitos pelo art. 5º, XLII, da Constituição Federal, caso em que sequer se faz necessário verificar se se fazem presentes os requisitos da prisão preventiva (TJMG, HC nº 1.0000.09.502027-7/000, rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, julgamento em 27/08/09) (grifou-se)

Os meios de comunicação tem veiculado, insistentemente, todas as modalidades de crimes (roubos, furtos, assassinatos, seqüestros, etc) vinculados ao tráfico de drogas, esteriotipando o autor do referido delito pelo que ele é, antes mesmo da instrução processual, como no caso retro transcrito. Desta maneira, eleito o inimigo, basta aplicar-lhe, ou melhor, não lhe aplicar, os benefícios e direitos de ser humano, suprimindo-lhe, inclusive, direitos constitucionalmente estabelecidos como o da presunção de inocência e o da liberdade provisória, em um perfeito modelo de direito penal de autor.

Cristalino que a criminalidade, aquém das inúmeras prisões de **traficantes** ocorridas, principalmente após a edição da nova lei, somente tem aumentado, não podendo ser constatado, sequer estatisticamente, um resultado positivo em tamanha exasperação punitivista.

A Dra. Luciana Boiteux<sup>2</sup>, juntamente com uma equipe altamente capacitada<sup>3</sup>, no período entre março de 2.007 e julho de 2.009, desenvolveu um projeto de pesquisa intitulado “Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas” obtendo dados sobre prisões e sentenças, das duas localidades estudadas, donde extrai-se de forma inarredável a prevalência de uma política de aplicação de direito penal do autor para os agentes presos pelo crime de tráfico, revelando ainda dados alarmantes sobre as estatísticas e condições pessoais dos presos, que demonstra o elitismo adotado pela Justiça, principalmente em primeira instância, e que trará suporte prático para o presente artigo, demonstrando na prática, o que afirma-se na teoria: O direito penal do inimigo tem crescido assustadoramente no Brasil e sua prática tem incidido, inclusive, sobre o entendimento de magistrados, principalmente de primeira instância, criando instabilidade jurídica irremediável.

## **2.1 O direito penal do inimigo na lei anti-drogas (Lei 11.343/06)**

Como legítima representante do direito penal do inimigo na legislação pátria, a nova lei anti-drogas, conforme exemplificado, pune severamente o autor, independentemente da conduta, haja vista os dezoito verbos nucleares do tipo, desta forma utilizar-se-á da pesquisa coordenada pela Dra. Luciana Boiteux como método comparativo para exemplificar que a eleição do inimigo no Brasil não é tarefa única do legislador, sendo certo que mesmo o poder judiciário, buscando dar à sociedade uma resposta à crescente criminalização, vem elegendo suas próprias maneiras de interpretação legislativa, mesmo que discrepantes e, aliás, na maioria das vezes claramente antagônicas à Constituição Federal, adotando um modelo punitivista de aplicação das leis, punindo o agente transgressor pelo que é, e não pelo que fez, em clara adoção ao direito penal do inimigo, propugnado por Jakobs.

---

<sup>2</sup> Mestre (UERJ) e Doutora (USP), professora adjunta de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, Coordenadora do Grupo de Pesquisas em Política de Drogas e Direitos Humanos da FND/UFRJ.

<sup>3</sup> Ela Wiecko Wokmer de Castilho – Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora adjunta de direito penal da Universidade de Brasília e Subprocuradora-geral da República; Vanessa Oliveira Batista – Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Professora adjunta de Direito constitucional da FND/UFRJ; Beatriz Vargas – Mestre em Direito pela UFMG e Doutoranda na UnB; Geraldo Luiz Mascarenhas Prado – Doutor em direito processual, Desembargador do TJRJ, professor adjunto de direito processual penal da UFRJ.

Conforme dados oficiais<sup>4</sup>, a população carcerária brasileira, em 2.003, era de 308.304 condenados, contra uma população em dezembro de 2008, de 451.429 reclusos.

Ao basearmos nos dados oficiais, pode-se afirmar que 143.125 agentes transgressores foram retirados da sociedade, devendo, portanto, como consentâneo lógico, ter havido uma significativa diminuição da criminalidade, com a conseqüente estabilidade da segurança pública.

Entretanto, não é o que se percebe na sociedade, sendo estampado diariamente nos mais diversos meios de comunicação o aumento da criminalidade e, no caso específico em comento, da prisão de traficantes de drogas.

O que tem ocorrido, segundo o resultado da pesquisa realizada pela Dra. Boiteux, é que as prisões estão ocorrendo somente entre pequenos vendedores varejistas, considerados descartáveis e facilmente substituídos no caso de prisão ou morte, demonstrando, por certo, que a atual política punitivista contra o traficante não vêm logrando êxito no combate a este tipo de ilícito. (BOITEUX, 2009, 8)

A falta de uma adequação real da conduta no crime previsto no art. 33 da lei de drogas, não permite uma gradação na escala hierárquica do tráfico, fazendo com que o pequeno comerciante de drogas, que vende 5 cigarros de maconha por dia, seja punido com o mesmo rigor dispensado ao narcotraficante preso em flagrante com uma carga de 2 toneladas da mesma droga.

A lei anti-drogas, no parágrafo quarto de seu artigo 33 delimita causas de diminuição de pena que variam de 1/6 até 2/3 da pena, caso o denunciado seja primário e não pertencente à organização criminosas. Todavia, a aplicação prática desta causa de diminuição de pena cabe ao livre arbítrio do julgador e, conforme explanado, é crescente o movimento punitivista, principalmente na Justiça de primeira instância, o que tem gerado uma punição exacerbada e a extirpação do direito do denunciado à aplicação da diminuição da pena, por inúmeras vezes, sequer com uma justificativa.

Conforme dados da pesquisa realizada, na Justiça do distrito federal, em um universo de 1.001 sentenças condenatórias analisadas, 39,7% não indicam a motivação para a denegação da redução da pena (BOITEUX, 2009, 17),

---

<sup>4</sup> Dados do site do Ministério da Justiça, através do endereço: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>, com acesso em 22 de fevereiro de 2.010 às 8:37 horas.

fortalecendo a afirmação de que a Justiça vem punindo o autor pelo que é, em detrimento do que fez.

Corroborando com o afirmado, consta inclusive de uma das sentenças analisadas, a seguinte exposição de motivos sobre a rejeição à redução da pena para o sentenciado: “quem vende drogas em favelas e/ou comunidades dominadas por facções criminosas não pode fazer jus a tal benefício” (BOITEUX, 2009, 19). Com a devida *vênia*, tal **exposição de motivos** é o mais claro exemplo de direito penal do inimigo, rotulando-se um indivíduo e cerceando-lhe direitos fundamentais simplesmente pelo que ele é (morador de favela).

Acrescente-se que, o Judiciário tem eleito como inimigo uma clientela bem específica no crime em comento, tratando-se, em sua grande maioria, conforme resultados da própria pesquisa:

Desta forma, resumidamente, o perfil dos condenados por tráfico de drogas no foro central estadual da cidade do Rio de Janeiro é de primários (66,4%), presos em flagrante (91,9%) e sozinhos (60,8%), sendo que 65,4% respondem somente por tráfico (art. 33, sem associação ou quadrilha), e 15,8% em concurso com associação. Destes, 14,1% foram condenados em concurso com posse de arma, sendo 83,9% do sexo masculino, e 71,1% dos casos presos com cocaína. Destes, 36,9% receberam penas acima de 5 anos de prisão. (BOITEUX, 2009, 21)

A própria coordenadora da pesquisa, em suas conclusões afirma : “Nesse sentido, a seletividade do sistema penal foi confirmada” (BOITEUX, 2009, 21), demonstrando de forma objetiva, através de dados concretos, a atuação da Justiça seguindo a tendência do legislador, buscando imediatismo e falsa sensação de paz social, em um característico sistema de direito penal do inimigo.

Ainda, há que se ressaltar que os **inimigos** eleitos pela Justiça, não são somente traficantes, devendo ainda, tratarem-se de pessoas carentes, de preferência residentes em subúrbios e comunidades de baixa renda, presos invariavelmente com pequenas quantidades de drogas (abaixo de 100 gramas).

Consta também do estudo, corroborando a seletividade e perseguição aberta ao **inimigo**, que as varas criminais federais, responsáveis por julgar crimes de tráfico internacional de drogas, obviamente lidando com indivíduos com maiores quantidades de drogas e oriundos de outras nacionalidades, não cerceam-lhes os direitos fundamentais, aplicando invariavelmente a causa de redução de pena.

Pode-se dizer, portanto, que o perfil do condenado pela Justiça Federal (réus estrangeiros, denominados “mulas” ou transportadores internacionais

de drogas, presos com quantidades maiores de cocaína) difere do perfil tradicional dos condenados pela Justiça Estadual (geralmente moradores de comunidades carentes, pobres e que portam pequenas quantidades de drogas), e que os primeiros recebem penas inferiores aos segundos. (BOITEUX, 2009, 19-20)

A Justiça criminal, *ultima ratio* em um Estado Democrático de Direito, conforme demonstrado, vem, reiteradas vezes, perseguindo o inimigo eleito (traficante), aplicando-se o direito penal do inimigo desde o momento em que não permite que o mesmo responda o processo em liberdade, condenando-o a penas desproporcionais em relação à conduta e ao bem jurídico tutelado e, ainda, presumindo a periculosidade do agente como forma de negar-lhe benefícios positivados na legislação repressiva.

O que afirma-se com relação à patente seletividade do sistema penal brasileiro não mais encontra-se no campo da especulação ou divagação doutrinária, extrai-se claramente de pesquisa de campo realizada e que vem sendo divulgada pelo Ministério da Justiça.

Foi detectada a ausência de justificativa por parte do magistrado para denegar a redução de pena em 36,2% dos casos no Rio de Janeiro e em 39,7% dos processos da capital federal. Porém, o que mais chama a atenção é a quantidade de processos nos quais o juiz presume que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organizações criminosas, com base em meras suspeitas, ou seja, presume a sua culpabilidade para o fim de negar a redução de penas. No Rio de Janeiro tal situação ocorreu em quase 40% dos casos, enquanto que no Distrito Federal se deu apenas em 6,3% dos processos, ou seja, houve uma diferença significativa entre as cidades. Diante desses dados, tudo indica que um número significativo de pessoas não tiveram sua pena reduzida, pelo fato de alguns juízes terem rejeitado a aplicação da forma privilegiada do parágrafo 4º do artigo 33, o que se considera incompatível com a Constituição, pois o juiz está presumindo a culpabilidade dos réus com base em meras conjecturas. (BOITEUX 2009, 18-19)

Acrescente-se que, embora não abordado pela pesquisa, com a devida *vênia*, acredita-se que jamais poderia um juiz negar o benefício da redução de pena por considerar o indivíduo participante de organização criminosa pois, referido instituto sequer existe no direito penal pátrio e, pelo princípio da reserva legal, não poderia ser punido por uma figura típica inexistente em nosso ordenamento jurídico pátrio.

A legislação anti-drogas é apenas um exemplo ilustrativo adotado no presente artigo para demonstrar a propagação do direito penal do inimigo (direito penal de autor) no Brasil, não somente nas legislações punitivistas elaboradas pelo legislador ordinário, como, inclusive, nos entendimentos emanados da própria

Justiça, todavia, entende-se existirem ainda inúmeras outras legislações em nosso país com cunho de direito penal do inimigo, como a lei dos crimes hediondos, lei Maria da penha, estatuto do desarmamento, entre outros.

## CONCLUSÃO

O direito penal do inimigo, amplamente divulgado através da obra de Gunther Jakobs, é um sistema penal punitivista, com vistas não somente ao fato perpetrado mas, principalmente, à personalidade do agente transgressor da lei. Tal sistema, devido ao seu radicalismo extremo, cercado do abandono aos direitos fundamentais do indivíduo, não é abertamente aceito pela legislação pátria, haja vista seu total antagonismo aos preceitos constitucionais e aos tratados de direitos humanos adotados pelo Brasil.

Todavia, mesmo que de forma lenta, iniciando-se pelo legislador ordinário, leis esparsas vêm sendo introduzidas em nosso ordenamento jurídico, visando justamente a punição exacerbada de certos autores de delitos específicos, coadunando-se com o estereótipo traçado por Jakobs.

O discurso do direito penal do inimigo prega um direito penal de exceção que não coaduna com um Estado Democrático de Direito, onde a exceção somente pode ser utilizada quando de fato o Estado estiver em um estado de exceção (guerra, estado de sítio, etc).

O radicalismo extremo transcrito na obra de Jakobs, travestido em falsa percepção de segurança, na prática gera exatamente o oposto: a insegurança.

A punição indiscriminada do autor cria instabilidade jurídica, ao ponto de o indivíduo, sabedor que não importa se sua conduta será mínima ou máxima, será punido com todo rigor da lei, cria um movimento adverso à pacificação social, qual seja, a desconfiança na prática da Justiça.

Também os pensadores de outrora foram eleitos como inimigos e, pelo Estado, tratados com rigor desnecessário, como ocorreu na época do ato institucional nº5. Não que a comparação seja fiel ao caso, todavia, também naquela

época punia-se o autor pelo que ele era, independentemente do fato praticado ou, na maioria das vezes, existindo somente de forma não exteriorizada.

A eleição do direito penal como mecanismo de controle social não é e nem nunca foi uma alternativa à evolução das políticas criminais, entretanto, em busca de um imediatismo que cause (mesmo que falsamente) uma perspectiva de punição ao infrator em uma sociedade já assoberbada da crescente criminalidade anunciada na imprensa midiática, vem sendo utilizada causando séria violação aos direitos humanos. Esta violação perpetrada contra os atuais **inimigos** do Estado, somente explica-se através do direito penal do inimigo anunciado por Jakobs, para quem, o agente infrator seria um não humano.

Inexiste um critério objetivo, como inclusive demonstrou a pesquisa da Dra. Luciana Boiteux, para o cerceamento de direitos dos cidadãos, tendo atuado a Justiça criminal brasileira com conjecturas sobre circunstâncias pessoais e, em algumas vezes, ao completo arrepio da lei, para aumentar ainda mais o rigor já exacerbado da legislação punitivista.

Infelizmente, o que percebe-se, conforme ementa transcrita no presente artigo, é que o movimento de eleição de inimigos para sofrerem todas as privações de um direito penal do inimigo, que iniciou-se pela Justiça de primeira instância, tem tido também seu lugar nos tribunais superiores, causando ao operador do direito atendo às garantias fundamentais do ser humano, espanto e descontentamento com a falta de distribuição da verdadeira Justiça.

A expansão da legislação voltada à punição do autor, deveria, por certo, ter seu centro de controle no poder judiciário que, antes de tudo calcando-se na Constituição Federal, haveria de preservar os direitos fundamentais nela expostos, funcionando como um sistema de compensação à expansão do punitivismo pelo legislador, entretanto, objetivamente extrai-se da pesquisa estudada, que também parte do judiciário foi contaminada pelo movimento **anti-humano** (ou mesmo anti-humanidade) extraído da obra de Jakobs.

Acredita-se, com toda *vênia* e sem embargos de opiniões divergentes, que a solução para a criminalidade, não somente no Brasil como em qualquer País, não deve ter seu foco na punição do autor de um fato, quíça de um crime, iniciando-se através de políticas sociais de inserção. O sujeito hoje iniciado na criminalidade, por certo, caso obtivesse oportunidades em um mercado formal (ou mesmo informal) de trabalho, dificilmente optaria pela delinqüência, caso entenda-se ao contrário,

estar-se-ia legitimando a doutrina de Garófalo e Lombroso sobre o criminoso nato, justificando-se a repressão propugnada por Jakobs como único meio de combater o doente social incurável que deve ser expurgado da sociedade e tratado com todo o rigor possível pelo Estado.

A aceitação da sociedade, representada por seus legisladores e, atualmente até mesmo do poder judiciário, de uma atuação enérgica e desprovida de garantias somente tem lugar em um Estado autoritário. Entende-se, por fim, que ou existe uma regressão do movimento do direito penal do inimigo em nosso País, ou certa é a falência da Justiça Criminal, seja pelo descrédito, seja pelo rigor, ou até mesmo pelo despropósito em se seguir uma legislação sabendo-se já estigmatizado por condições ambientais que certamente criarão no cidadão uma desconfiança perpétua em relação à própria insegurança frente ao Estado.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. Os grandes movimentos de política criminal na atualidade: movimento de lei e ordem, minimalismo penal e abolicionismo. Material da 2ª aula da disciplina Política Criminal, ministrada no curso de pós-graduação Lato Sensu televirtual em ciências penais – UNIDERP – REDE LFG – IPAN

BOITEUX, Luciana. Tráfico e constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. 2010, disponível em: [http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-11-30.4551538167/at\\_download/anexo](http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-11-30.4551538167/at_download/anexo) Acesso em 06 de janeiro de 2.010

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2.006. Disponível em:

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. 2007. Disponível em :  
[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/nivaldo\\_brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/nivaldo_brunoni.htm)

GOMES, Luiz Flávio. Et. Tal. Nova Lei de drogas comentada. São Paulo: RT, 2006

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. Direito Penal V.1 – introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007

\_\_\_\_\_. Direito Penal V.2 – Parte Geral. São Paulo: RT, 2007

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal. Revista Ultima Ratio. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, ano 1, p 329-356. Material da 2ª aula da disciplina política criminal, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu telepresencial e virtual em ciências penais – UNIDERP – REDE LFG – IPAN

GOMES, Luiz Flavio. Legislação inglesa aintiterror não vale. Disponível em:  
[http://www.juspodivm.com.br/i/a/{3971CBDC-8395-4372-8A33-DA8DD393B795}\\_terrorismo-luiz-flavio.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/{3971CBDC-8395-4372-8A33-DA8DD393B795}_terrorismo-luiz-flavio.pdf)

HABER, Carolina Dzimidas. Reflexos do direito penal do inimigo na realidade brasileira. 2010. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/eventos/pet/carolina.pdf>. Acesso em 1º de março de 2.010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

Ministério da Justiça. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/data/pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>. Acesso em 22 de fevereiro de 2.010

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 2ª edição.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>  
Acesso 12 de dezembro de 2.009

ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique.. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 2002