

DIREITO PENAL DO INIMIGO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Larice Evangelista¹
Luís Gustavo Evangelista¹
Rita de Cássia Ferreira Pedrosa Lazarone²
Mario Marcos Valente Rodrigues³
mariomarcosvr@yahoo.com.br

ÁREA DE CONHECIMENTO: Ciências sociais e aplicadas

RESUMO

A presente obra tem como objetivo trazer à tona o questionamento quanto a ação do Estado na garantia dos Direitos fundamentais de maneira mais coletiva e menos individualista e refletindo o quanto vale o interesse individual pelo coletivo. Até onde seria válida a coação Estatal para garantir a manutenção da ordem social? O Direito Penal poderia ser aplicado de forma antecipada com a finalidade de evitar futura ação que ameace direito indisponível de forma geral? Para ajudar nos questionamentos acima a obra explica o que seria direito penal do inimigo e a sua aplicação, seu caráter contrário ao direito penal mínimo e explica também as diferentes velocidades do direito penal para uma melhor formação da opinião do leitor.

PALAVRAS- CHAVES: direito; penal; fundamentais; inimigo; punição

1. INTRODUÇÃO

1.1. Direito Penal do Inimigo Segundo *Gunther Jakobs*

O termo Direito Penal do Inimigo surgiu e se formalizou na Alemanha pelo professor de direito penal alemão e filósofo jurídico Gunther Jakobs, sendo o termo original *Feindstrafrecht*. Vale ressaltar que o *Feindstrafrecht* não é uma lei. Significa a suspensão de certas leis, a fim de proteger a sociedade ou o Estado de certos perigos e que se opõe a *Bürgerstrafrecht* ou Direito Penal do Cidadão. De maneira bem explicativa o Direito penal do inimigo diz que na sociedade tinham que se diferenciar os delinquentes e os criminosos em 2 categorias:

¹ Graduandos em Direito pela Faculdade Vértice – Univértix Matipó/MG.

² Professora da Faculdade Univértix - Matipó

³ Professor do Curso de Direito da Faculdade Vértice - Univértix Matipó/MG

A primeira são os que continuariam a ter o status de cidadão mesmo que infringissem a lei teriam o direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico com todas as garantias penais e processuais penais estabelecidos e poderiam voltar a ajustar-se à sociedade.

E a outra é a dos que são chamados de Inimigos do Estado e seriam adversários, inimigos do Estado, cabendo a eles um tratamento rígido e diferenciado. *Jakobs* declara que qualquer pessoa que não respeite as leis e a ordem jurídica de um Estado ou que queira destruí-las deve perder todos seus direitos como cidadão e como ser humano, e o Estado deve ser autorizado a persegui-lo com todos os meios disponíveis possíveis. Logo, estes por serem rotulados de adversários do Estado não poderiam ser considerados cidadãos e terem status de cidadãos, não mereceriam as proteções do direito civil ou penal e tampouco teriam julgamento igual aos da categoria anterior.

Essa teoria de *Jakobs* é fundamentada em ideias de dois grandes filósofos, Thomas Hobbes e Immanuel Kant que desenvolveram o conceito de inimigo que hoje fundamenta a teoria de Direito Penal do Inimigo formalizado por *Jakobs*. E é na ideia de *Hobbes* que a linha de *Jakobs* se assemelha. A ideia de Estado de Natureza definida por Hobbes é “a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida”. No Estado de Natureza são todos iguais e o inimigo é aquele indivíduo que rompe com a sociedade civil e passa a viver em estado de natureza. O estado natural é o “estado de guerra”, onde todos os homens são inimigos, um homem pode tudo contra os outros para sua própria sobrevivência. E *Kant* declara que só se existe paz no estado civil pois o Estado Natural seria um Estado de Guerra onde não teriam leis nem justo ou injustos, nem bem ou mal e quando entra no estado civil os indivíduos são e recebem garantias de segurança. Assim sendo, por estarem no Estado de natureza os homens se ameaçam reciprocamente e tornam-se inimigos uns dos outros, logo põe em risco sua segurança e dos indivíduos ao seu redor.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A teoria do Contrato Social defendidas pelos filósofos, Fichte, Kant, Rousseau e Hobbes, foi usada como base filosófica para a construção da Teoria do Direito Penal do inimigo.

Para ambos os filósofos acima, o Contrato Social se configura como a manutenção dos direitos. Para Fichte o Contrato Social se configura como uma garantia de direitos é quem for contra tal contrato perderia todos os direitos resguardados por ele.

Segundo Rousseau, a pessoa ao ir contra aquilo que é pregado pelo próprio contrato social perderia o status de cidadão passando a ostentar o status de inimigos devendo ser eliminado como tal empecilho a ordem social.

Por fim, temos *Hobbes*, que julgava ser necessário em caso de alta traição contra o Estado que o indivíduo não fosse julgado como súdito, mas sim como inimigo do Estado, pois tentou desconfigurar essa instituição.

Ante o exposto acima, vemos que os contratualistas exprimem repressão contra aqueles que atentem contra o Contrato Social que representa a ordem, ainda mais aqueles que atentam contra o Contrato Social não poderão usufruir dos benefícios e garantias que ele exprime, para se resguardar de punição.

2.1. As Velocidades do Direito Penal em Relação ao Direito Penal do Inimigo

A Teoria das Velocidades do Direito Penal foi definida e teorizada pelo professor Jesús-Maria Silva Sánchez, em sua obra “A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”.

Sabe-se que o expansionismo penal é uma necessidade que o direito penal tem de proteger bens, por isso Jesús- Maria Silva Sánchez criou a teoria das velocidades do direito penal. Onde a primeira velocidade é definida como o direito penal padrão, cuja sua finalidade é a aplicação de uma pena de privação de liberdade, porém sempre preservando direitos e garantias fundamentais. E esta vem sendo modificada visto que tudo que temos em teoria do crime foi criado pelo direito penal Alemão, deixando assim de lado o sistema anglo-saxônico que é muito pragmático.

A segunda velocidade é a baseada no sistema anteriormente falado anglo-saxônico, onde não se coloca muitos elementos na estrutura jurídica do crime evitando a aplicação da lei penal preservando a liberdade, pois quanto menos elementos na estrutura jurídica, menos serão os considerados crimes. Essa segunda velocidade fala da aplicação de uma pena não privativa de liberdade, mas para se aplicar de uma forma mais rápida tem que diminuir os direitos e garantias fundamentais. Um exemplo de reposta mais rápida é quando se escolhe a transação penal.

A terceira velocidade é também conhecida como direito penal do inimigo ou teoria de jakobs da qual estamos tratando ela surgiu como dizem com o pior das duas velocidades anteriores onde funde a finalidade de aplicação de uma pena de privação de liberdade e para que possa aplicar ela, vai assim diminuir, mitigar os direitos e garantias fundamentais. Ou seja, se existem infrações penais graves, elas merecem um tratamento grave por parte do direito penal.

Em tese surgiram dois direitos penais: o direito penal do cidadão, aquele que teria respeito pelos direitos e garantias fundamentais e o direito penal do inimigo no qual os direitos poderiam ser suprimidos pelo Estado que seria uma tentativa de combate a sua ação.

A definição do Inimigo no Direito Penal em defesa à teoria de *Jacobs, Sánchez* (2002) observa que:

“O Inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente mediante sua vinculação a uma organização abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.”

A quarta velocidade é a mais moderna e conhecida como Tribunal Penal Internacional ou crimes contra humanidade, tem infrações penais que não tem perdão, por exemplo se Hitler estivesse vivo. Nessa velocidade se exemplifica como aqueles que exercem chefe de Estado e se assim violarem os tratados internacionais de tutela de direitos humanos seriam aplicados a eles normas internacionais o TPI (Tribunal Penal Internacional) seria aplicado a eles e nesses casos há uma diminuição nas garantias individuais penais e processuais penais destes réus as quais são inclusive defendidas por ONG's.

2.2. A Teoria do Direito Penal Mínimo

A teoria do Direito Penal Mínimo defende que o direito penal deve ser aplicado em *ultima ratio*, seu caráter subsidiário, ou seja, o direito penal só deve intervir nas relações que as outras esferas de controle se mostrarem insuficientes ou fracassadas, e só deve ser aplicado quando realmente houver efetiva lesão ao bem jurídico tutelado destacando assim seu caráter fragmentado, mostrando -se o contrário do direito penal do inimigo no qual exige uma maior participação do Estado nas relações jurídico-sociais.

O doutrinador Paulo Queiroz trata do tema da seguinte forma:

“Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a *'ultima ratio*, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito (QUEIROZ, 1999).”

Para que essa linha de pensamento seja defendida os doutrinadores se baseiam em garantias constitucionais e princípios básicos do direito como da insignificância, adequação social da conduta, intervenção mínima, subsidiariedade, proporcionalidade e dignidade humana.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1. Quanto a Aplicação do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No que tange as restrições impostas pela constituição no que toca as garantias impostas no art. 5º, vemos que o legislador constituinte resguardou os direitos e garantias de liberdade e propriedade por parte dos cidadãos, mas essas garantias se encontram fragilizadas pelo seguinte premissa o Estado não mantém a qualidade de segurador de direitos, justamente por não ter atuação efetiva para garantir a asseguaração dos cidadãos que seguem a Lei é constituem a sociedade de fato.

Ademais, à aplicação do direito penal do inimigo, não representa a repressão dos direitos, mas mais a liberdade para cidadão que se ver indefeso contra a criminalidade Institucional, uma pequena quantidade de facções controlam economicamente e socialmente diversas comunidades espalhadas pelo território

brasileiro, facções essas que possuem armas capazes de neutralizar aviões, a entidade Estado não tem controle do seu próprio território, deixando a míngua as garantias constitucionais que são usadas justamente para proteger esses inimigos do Estado.

Em 2017 a Guerra entre facções criminosas, gerou 63.880 vítimas o que corresponde a 175 casos por dia, ou seja, 175 pessoas, por dia, tiveram seu direito a vida violados, um número relativamente alto, que poderia ser evitado se o Estado tivesse a possibilidade de uma ação mais hostil contra esses indivíduos.

No que tange a possibilidade da aplicação do direito penal do inimigo no Ordenamento Jurídico temos o exemplo do art. 288 do Código Penal, segundo qual:

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

O legislador antecipou o ato criminoso é puniu aquilo que pode ser considerado um mero ato preparatório.

Para a consumação do delito quadrilha não é necessário que o indivíduo tenha efetivamente cometido algum delito, sendo apenas necessário que se junte com o fim de cometer o crime. O que se pune com esse tipo penal é o fato de pessoas se organizarem para cometerem um crime, mesmo que esse crime não ocorra.

No caso acima do art. 288 do Código Penal, houve a antecipação da punição do inimigo, por que não efetivar essa antecipação contra aqueles que violam os princípios do próprio estado democrático, isso pode parecer contraditório a primeira vista, mas devemos utilizar a seguinte linha de pensamento, a constituição tem como finalidade regulamentar o poder discriminatório do Estado justamente para garantir os direitos fundamentais do conjunto social, porém esses direitos são violados pelas próprias facções que o Estado protege, com respaldo na constituição, essa atitude gera um paradoxo a vida é direito de todos, mas o Estado se limita a garantir o direito daqueles que ultrapassam a linha do aceitável.

Quando e dito acima que o Estado protege essas facções é no sentido limitador imposto pelo próprio ordenamento jurídico, usaremos como exemplo um

acontecimento recente do Estado do Rio de Janeiro, onde o governador Wilson Witzel, propôs abater por meio de atiradores de elite, indivíduos que se encontrassem portando fuzil, mas o Ordenamento Jurídico, não permitiria tal ato, uma vez que não considera como ameaça uma pessoa portando um fuzil.

4. CONCLUSÃO.

No que tange, a aplicação do direito penal do inimigo o Estado apenas se resguardaria de tal poder não tendo que necessariamente aplicar ele de forma total, ou seja, o Estado em casos extremos se poderia valer de uma ação extrema para garantir a manutenção da ordem e dos direitos daqueles que estão submissos a constituição.

A supressão de direitos processuais é um assunto complexo que deve ser tratado com toda serenidade, afinal esses direitos não podem ser suprimidos de qualquer forma, para o inimigo chegar a esse status antes ele apresentou um comportamento que ante mão afetou direitos individuais e coletivos de tal forma que necessariamente o Estado interveio para impedir qualquer outra ação hostil desse inimigo.

Para que essa teoria tenha aplicabilidade o ordenamento jurídico deve ser reestruturado abrindo uma margem mais “agressiva” para aqueles que pratiquem certos delitos, pois O Direito Penal do Inimigo, se traduz em uma resposta punitiva que submete o inimigo a tratamento jurídico mais rigoroso, presumindo que o direito penal comum é ineficaz para aqueles que não se comportam como cidadãos.

Assim como na teoria do Contrato Social que *Jakobs* se baseia para fundamentar sua teoria aquele que se apresenta como ameaça a sociedade e o Estado deve ser tratado como inimigo, justamente por não está sujeito as obrigações impostas pelo contrato propriamente dito.

Ademais, *Rousseau* renomado filósofo adepto da teoria do contrato social, o indivíduo que atentar contra o Contrato Social deixa de ser considerado cidadão, ou seja, deixa de ser membro do Estado passando agora a ostentar o título de inimigo devendo morrer como tal. *Fichte* outro filósofo adepto a teoria do Contrato Social prega que atentar contra o Contrato Social perde todos os direitos resguardados por esse.

Por fim, vemos que a aplicação do direito penal do inimigo não seria feita de maneira indiscriminada, mais sim respeitando a peculiaridade de cada caso, ou seja, mesmo que o Estado detenha o monopólio da violência não necessariamente o Estado teria que usar. O direito penal do Inimigo seria usado no último caso quando as medidas preliminares do Estado não dessem conta de cessar com a agressão do inimigo, quando o bem jurídico ameaçado por esse inimigo fosse tão importante que valeria apenas suprir seus direitos para garantir tal direito a coletividade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Senado. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04. set. 2020.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. 5. ed. rev. e ampl. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Tradução e Organização de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Tradução e Organização de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

