

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO CONFORME A CONCEPÇÃO DE JAKOBS E MELIÁ.

Gabriel Pereira Lafetá

Pedro Henrique Aguiar de Freitas

Wilma Thais Soares de Sá

Resumo: O presente trabalho discorre acerca do Direito Penal do Inimigo, fazendo uma breve análise da obra, e aborda outras questões relevantes a aplicação ou não do DPI. Direito penal do inimigo é uma teoria enunciada por Günther Jakobs, um doutrinador alemão que sustenta tal teoria (*Feindstrafrecht*, em alemão) desde 1985, com base nas políticas públicas de combate à criminalidade nacional e/ou internacional. A tese de Jakobs está fundada sob três pilares, a saber: a) antecipação da punição do inimigo; b) desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais; c) criação de leis severas direcionadas à clientela (terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros) dessa específica engenharia de controle social. A distinção entre o *cidadão* (o qual, quando infringe a Lei Penal, torna-se alvo do Direito Penal) e o *inimigo* (nessa acepção como inimigo do Estado, da sociedade).

Palavras- Chave: Direito penal do inimigo, Jakobs, Leis, Meliá, Penas, Princípios

Abstract

This article discusses about the Criminal Law of the Enemy, doing a brief analysis of the work, and addresses other issues relevant to the application or not of the subject.. Criminal law of the enemy is a theory enunciated by Günther Jakobs, a German theoretician who holds such a theory (*Feindstrafrecht* in German) since 1985, based on public policies to combat crime nationally and / or internationally. Jakob's thesis is founded on three pillars, namely: a) anticipation of punishment of the enemy b) disproportionality of penalties and relativization and / or suppression of certain procedural safeguards c) creation of severe laws aimed at customers (terrorists, criminals organized traffickers, criminals economic, among others) that specific engineering of social control. The distinction between the citizen (which, in contravention of the Criminal Law, becomes the target of it) and the enemy (in this sense as an enemy of the State, society).

Key Words: Criminal Law of the Enemy, Jakobs, Laws, Meliá, Punishment, Principles

SUMÁRIO: Introdução 1. As “velocidades do direito penal” 2. Surgimento e fundamentos do direito penal do inimigo 3. Direito penal do inimigo sob a ótica de Jakobs 4. Críticas à tese do direito penal do inimigo 5. Direito penal do inimigo como terceira velocidade do direito penal 6. Direito penal do inimigo no Brasil 7. Considerações finais. Referências

INTRODUÇÃO

O Direito, na visão de Kelsen, pode ser conceituado como um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema, sendo assim

“o problema da validade da ordenação jurídica é diferente tanto do problema de sua efetividade concreta quanto do de seu valor. Não é preciso atentar para os efeitos sociais ou para o conteúdo da norma, mas para a sua forma: por isso, a teoria pura do direito apresenta-se como uma teoria formal do direito. Porém, justamente por serem diferentes, essas três abordagens (sociológica, estrutural e valorativa) não se excluem reciprocamente, mas podem constituir o objeto de pesquisas científicas bem diferentes.” (KELSEN, 2003,p 19)

Já em relação ao contexto histórico do Direito Penal, pode se afirmar que enquanto

ciência surgiu nos alvos tempos do iluminismo, e naquela época havia uma grande tendência a sua limitação, seja através de especificações do bem jurídico, ou de tipicidade penal. Esse modelo perdeu até meados do século XX, principalmente após a Segunda Grande Guerra quando começou a passar por transformações, contribuindo para seu posterior colapso. O mundo globalizado passa por transformações, e exige que o Direito Penal as acompanhe. Há de se observar que a mudança da realidade começou a mudar principalmente, a partir da II Grande Guerra, exigindo que o Direito Penal passasse por profundas reflexões. (ROCHA, 2006)

O Direito Penal não se caracteriza mais totalmente pelo modelo vislumbrado pelos Iluministas, caracterizado principalmente pela pena privativa de liberdade e pelas garantias individuais. Ainda na vigência de um sistema positivista, pode-se dizer que o Direito se preocupa com os interesses coletivos ainda que em detrimento dos individuais.

Com o surgimento de novos delitos decorrentes dos riscos pós-modernos, e a expansão do Direito Penal, a consequência foi o aumento de tipos penais. Porém, as penas tendem a serem mais brandas e alternativas. Este fato decorre da administrativização e da implementação de acordos no âmbito do processo penal, onde as penas privativas de liberdade são substituídas por penas alternativas, como restritivas de direito e de multa. (BONHO, 2006)

Hodiernamente, o Direito Penal do Inimigo defendido por Jakobs, resulta da soma de fatores como a expansão do Direito Penal, do surgimento do Direito Penal Simbólico e do ressurgir do punitivismo, tendo em vista a emergência do Direito Penal moderno, tem raízes filosóficas distantes.

Após breves considerações iniciais sobre o tema, necessário se faz uma análise sobre a aplicação do Direito Penal do Inimigo e sobre os posicionamentos que adotam ou não a sua aplicabilidade.

1. AS “VELOCIDADES DO DIREITO PENAL”

Para Müssig (2001), Direito Penal da sociedade civil sofre, através de uma gama cada vez mais densa de delitos de manifestação e de organização, uma transformação que o converte em um “Direito Penal do Inimigo”. Ou seja, “modernidade social institucionalizada sob o slogan da ‘segurança interior’ e de um ‘estado de exceção’ político como estandarte jurídico-penal”.

A proposta de um Direito Penal com velocidades seria para tentar contornar os problemas do Direito Penal contemporâneo. Segundo Meliá (2005),

[...] se verificam com a introdução de normas penais novas com o intuito de promover sua efetiva aplicação com toda firmeza, isto é, verificam-se processos que conduzem a normas penais novas para serem aplicadas, ou se verifica o endurecimento das penas para normas já existentes. [...] Neste sentido, percebe-se a existência, no debate político, de um verdadeiro ‘clima punitivista’: o recurso a um incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político-criminal [...].

Inicialmente, convém uma breve análise das chamadas três “velocidades” do Direito Penal.

Damásio de Jesus (2008) classifica tais velocidades sob a ótica de Silva Sánchez, de forma que são podem ser conceituados:

a) Direito Penal de primeira velocidade: trata-se do modelo de Direito Penal liberal-clássico, que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais inarredáveis. b) Direito Penal de segunda velocidade: cuida-se do modelo que incorpora duas tendências (aparentemente antagônicas), a saber, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.). No Brasil, começou a ser introduzido com a Reforma Penal de 1984 e se consolidou com a edição da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099, de 1995). c) Direito Penal de terceira velocidade: refere-se a uma mescla entre as características acima, vale dizer, utiliza-se da pena privativa de liberdade (como o faz o Direito Penal de primeira velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (o que ocorre no âmbito do Direito Penal de segunda velocidade). Essa tendência pode ser vista em algumas recentes leis brasileiras, como a Lei dos Crimes Hediondos, Lei n. 8.072, de 1990, que, por exemplo, aumentou consideravelmente a pena de vários delitos, estabeleceu o cumprimento da pena em regime integralmente fechado e suprimiu, ou tentou suprimir, algumas prerrogativas processuais (exemplo: a liberdade provisória), e a Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034, de 1995), entre outras.

2. SURGIMENTO E FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O conceito de Direito para Jakobs e Meliá, pode ser considerado o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação.

Para Jakobs devem existir dois tipos de Direito, um voltado para o cidadão e outro voltado para o inimigo. Segundo o autor, “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só contexto jurídico-penal” (JAKOBS; MELIÁ, 2005 p. 21).

O Direito Penal do inimigo (DPI), não necessariamente se trata de uma norma, mas sim de uma coação contra aquele que põe em perigo a paz e a segurança social, persistindo na reiteração dessa quebra de princípios. O Direito destinado a tutelar a norma é conceituado por Jakobs como Direito Penal do cidadão, que não perde seu *status* de pessoa em face dos delitos que comete.

Conforme preceitua Bonho:

O Direito Penal do Inimigo como é hoje o defendido por Jakobs, resultante da soma de fatores como a expansão do Direito Penal, do surgimento do Direito Penal Simbólico e do ressurgir do punitivismo, tendo em vista a emergência do Direito Penal moderno, tem raízes filosóficas distantes. Kant e Hobbes, entre outros filósofos, há muito tempo elaboraram conceitos de inimigos, que hoje fundamentam o atual Direito Penal do Inimigo desenvolvido por Jakobs. (BONHO, 2006)

Convém ressaltar que com relação ao estado do indivíduo, Kant afirma que:

O estado de natureza é o estado de guerra, a paz só é possível através do estado civil. No estado natural os homens se ameaçam mutuamente sem revelarem suas hostilidades, pondo em risco a segurança uns dos outros. Ao ingressar no estado civil, um homem dá aos demais garantia de não hostilizá-los. Assim, um homem pode considerar o outro seu inimigo em decorrência de não assegurar-lhe segurança por não participar do estado legal comum, tornando-se uma ameaça perpétua. Assim, se um homem permanece em estado de natureza, torna-se inimigo, sendo legítima qualquer hostilidade contra ele. Para tanto, não é necessário que cometa delitos, pois estando fora do Estado civil, ameaça constantemente a paz. (KANT, 1936, p. 45-6.)

Na definição de Estado para Hobbes, o mesmo surgiu com o intuito de ordenar a vida entre sociedade, uma vez que os homens se reuniram sem sociedade, abandonando o estado de guerra (estado de natureza) orientados pelo medo e pela busca de uma vida mais segura. Neste contexto leis civis são elaboradas para os cidadãos, não sujeitando assim os

inimigos, uma vez que os mesmos agem contra o comportamento ordenado pelo Estado, logo, estão sujeitos as sanções que este bem entender.

Em relação ao inimigo, Bonho (2006) afirma serem inimigos os que renegam o poder do Estado, sendo que estes não devem ser punidos pela lei civil, e sim pela lei natural, isto é, “não como súditos civis, porém como inimigos do governo, não pelo direito de soberania, mas pelo de guerra” (HOBBS, 2004).

Em suma, o “Direito” Penal do inimigo se dirige à eliminação de um perigo, o que não exclui a possibilidade de que sejam excluídos aqueles que o Estado assim considere. Nessa vereda, defende-se uma ampla antecipação da punibilidade no curso do iter criminis, ocupando-se de punir fatos futuros, eventuais, e não atual ou passado como se espera. (CABETTE; LOBERTO, 2008)

Com um opinião similar à de Hobbes, Fichte entende que

quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que o contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direitos (FITCHE *apud* JAKOBS 2005, p.26)

Luiz Flávio Gomes (2005) resume que é com base nesses pilares que Jakobs defende o Direito Penal Inimigo:

(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant).

3. DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A ÓTICA DE JAKOBS

Uma vez classificado o conceito de direito penal dos cidadãos e dos inimigos, Jakobs atribui uma natureza descritiva ao conceito de inimigo que indica uma realidade que busca conhecer o ser social, identificável por diagnósticos de personalidade e objeto de prognósticos de criminalidade futura.

Para classificar quem são os inimigos convém verificar o seguinte questionamento:

Quem seriam os inimigos?: criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo. (GOMES *apud* JAKOBS; MELIÁ 2005 p.39).

Nas palavras de Cesconetto (2009), considera-se inimigo o autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social.

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E que o estado de natureza é um estado de ausência de normas, isto é, de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação. (JAKOBS; MELIÁ. p.26)

Como o inimigo é uma não-pessoa, a qual o Estado visa combater e neutralizar, a ele não são previstos os direitos e garantias processuais a que os cidadãos têm direito. Dessa forma, o inimigo não pode ser tratado como sujeito processual, pois “com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo”. (JAKOBS, 2008) O Estado pode então proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquentes, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico mediante coação.

Em relação ao tratamento processual dispensado ao inimigo, na obra de Jakobs, Luiz Flávio Gomes reitera:

O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, “ainda que de modo

juridicamente ordenado – p. 45” (sic). Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas). (GOMES, 2005, p.1)

Destarte, para o inimigo

não são previstos, no curso do processo, vários direitos permitidos ao cidadão, como o acesso aos autos do inquérito policial, o direito de solicitar a prática de provas, de assistir aos interrogatórios, de se comunicar com seu advogado. Além de que, são admitidas contra ele provas obtidas por meios ilícitos, como as escutas telefônicas, agentes infiltrados, investigações secretas, além deter-se um avanço da prisão preventiva como regra, que é exceção num processo ordenado. Portanto, o processo contra o inimigo não pode denominar-se “processo” e sim procedimento de guerra (procedimento inquisitivo) (CESCONETTO, 2009, p.21)

Já para o cidadão autor de crimes considerados normais, por preservar uma atitude de fidelidade jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, é conservada a qualidade de pessoa portadora de direitos, uma vez que o mesmo não desafia o sistema social. Dessa forma pode-se considerar que:

O Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (JAKOBS; MELIÁ 2005. p.37)

Logo, o Direito Penal é apresentado como

dois Direitos Penais: de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia. (GOMES, 2005, p.2)

Em suma, o autor classifica a função da pena no âmbito do Direito Penal do Cidadão como contradição, e no DPI como eliminação de um perigo. “No direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delincente é um inimigo (Rosseaur, Fitché). Para manter um destinatário para expectativas normativas, entretanto, é preferível

manter, por princípio, o status de cidadão para aqueles que não se desviam (Hobbes, Kant)”. (JAKOBS; MELIÁ. 2005 p.49)

4. CRÍTICAS À TESE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Na concepção de Meliá, “como Direito positivo, o Direito penal do inimigo só integra nominalmente o sistema jurídico-penal real: Direito penal do cidadão é um pleonismo; Direito penal do inimigo, uma contradição em seus termos” (JAKOBS; MELIÁ. 2005 p.54).

Acerca da opinião de Meliá, Luiz Flávio Gomes define que.

O que Jakobs denomina de Direito Penal do inimigo, como bem sublinhou Cancio Meliá é nada mais que um exemplo de Direito Penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele “é” e faz oposição ao Direito Penal do fato, que pune o agente pelo que ele “fez”. A máxima expressão do Direito Penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito Penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova “demonização” de alguns grupos de delinquentes (GOMES, 2005 p.3).

Na visão de Damásio de Jesus (2008)

Cancio Meliá, assim como a maioria da doutrina penal, apresenta uma visão crítica sobre o Direito Penal do Inimigo. Para ele, não se justifica a dicotomia Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. Aquela conteria um pleonismo e esta uma contradição em seus termos. Meliá somente reconhece validade no Direito Penal do Inimigo e no Direito Penal de terceira velocidade de Silva Sánchez como categorias descritivas, ou seja, na condição de constatação de fenômenos, mas jamais como algo juridicamente admissível.

Meliá apresenta como características do DPI:

- a) Penas previstas demasiadas desproporcionais, e nem mesmo o adiantamento da punibilidade é considerado para sua redução;
- b) Relativização e até mesmo supressão de diversas garantias processuais;
- c) Avanço da punibilidade, ou seja, o ponto de referência do ordenamento é um fato futuro, ao contrário de como ocorre no Direito Penal do cidadão, que é a que pune um fato já ocorrido.

Para Bonho (2006)

Meliá não aceita a teoria do DPI como inevitável, pois afirma ser a mesma inconstitucional, além de não ser efetiva na prevenção de crimes e na garantia da segurança social. E, em resposta a indagação que se fez sobre o DPI fazer parte conceitualmente do Direito Penal, argumentou: A resposta que aqui se oferece é: não. Por isso, propõem-se duas diferenças estruturais (intimamente relacionadas entre si) entre "Direito Penal do Inimigo" e Direito Penal: (a) o Direito Penal do Inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; (b) em consequência, do Direito penal do inimigo não é um Direito penal do fato, mas do autor. (BONHO, 2006, *apud* JAKOBS; MELIÁ, ps. 72-75)

No tocante às críticas elaboradas por Meliá, tem-se que:

a) O Direito Penal do Inimigo ofende a Constituição, pois esta não admite que alguém seja tratado pelo Direito como mero objeto de coação, despido de sua condição de pessoa (ou de sujeito de direitos). b) O modelo decorrente do Direito Penal do Inimigo não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzido a criminalidade. c) O fato de haver leis penais que adotam princípios do Direito Penal do Inimigo não significa que ele possa existir conceitualmente, i.e., como uma categoria válida dentro de um sistema jurídico. d) Os chamados "inimigos" não possuem a "especial periculosidade" apregoada pelos defensores do Direito Penal do Inimigo, no sentido de praticarem atos que põem em xeque a existência do Estado. O risco que esses "inimigos" produzem dá-se mais no plano simbólico do que no real. e) A melhor forma de reagir contra o "inimigo" e confirmar a vigência do ordenamento jurídico é demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas, inclusive em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa (ou "cidadão"). f) O Direito Penal do Inimigo, ao retroceder excessivamente na punição de determinados comportamentos, contraria um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio do direito penal do fato, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos (ou a "atitude interna" do autor). (JESUS, 2008)

Em suma, Meliá afirma que o "código" do Direito Penal do Inimigo é resultado da incorporação do punitivismo, trazendo a ideia de que o aumento da pena seria a solução para conter a criminalidade, e do Direito Penal simbólico, para o qual a tipificação penal atua como mecanismo para a criação de uma identidade social.

Analisando o desenvolvimento e os estudos político-criminais prévios à atual onda de Direito penal do inimigo nos diários oficiais mostra que sua origem tem suas raízes em momentos históricos anteriores ao atual. Não se trata de um fenômeno conjuntural e não é devido a fatores exógenos, o atual Direito penal do inimigo não é um simples retorno a uma política criminal autoritária, mas uma fase evolutiva nova. No plano do direito penal, o Direito penal do inimigo não coaduna com a teoria da prevenção geral positiva, posto que

nela a pena cumpre uma função divergente e incompatível com o elemento essencial da culpabilidade-igualdade. É de modo estrutural um direito penal do autor.

5. DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

Em relação ao avanço do Direito Penal, Bonho (2006) apresenta que,

a tendência do Direito penal moderno a um aspecto simbólico cada vez maior e necessidade de tornar-se mais efetivo frente às novas formas de criminalidade moderna, acarretaram uma administrativização do Direito, e o surgimento novas formas de pena, mais brandas que a pena de prisão, e em decorrência uma possível flexibilização das regras de imputação e princípios e garantias processuais, como já fora demonstrado anteriormente. Porém, contata-se, com a tese do Direito Penal do Inimigo, uma outra tendência - ou talvez seria melhor dizer previsão - do Direito Penal moderno, a total exclusão dos direitos e garantias processuais dos indivíduos classificados como inimigos, caracterizando uma nova velocidade do Direito Penal.

É importante frisar que para Sanchez (2002 *apud* Bonho, 2006) o Direito Penal do Inimigo caracteriza uma,

terceira velocidade do Direito Penal. Na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais o fenômeno social do retorno da teoria da neutralização seletiva, é resultante da administrativização do Direito Penal, que vem de encontro com a teoria do Direito Penal do Inimigo. A teoria da neutralização seletiva consiste em que é possível identificar-se um número pequeno de delinquentes que são responsáveis por um grande número de delitos e que tendem a continuar delinqüindo, partindo-se para tanto de critérios estatísticos. Dessa forma, neutralizando-se os delinquentes – mantendo-os na prisão pelo máximo de tempo possível – ter-se-ia uma radical redução do número de delitos, importante benefício a baixo custo. A neutralização tem-se manifestado de várias formas, como por exemplo, na adoção de medidas de segurança tais como, privação da liberdade e liberdade vigida, que visam manter o indivíduo sob controle do Estado mesmo após cumprida a pena de acordo com a sua culpabilidade, além da adoção de medidas prévias à condenação em excesso.

6. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

Na sua aplicação em sociedade,

O Direito Penal do inimigo tem sido aplicado, indiscriminadamente, em legislações democráticas. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, pode ser encontrado no caso dos prisioneiros de Guantánamo. No Brasil pode ser identificado diretamente no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), mas também pode ser vislumbrado nas decisões judiciais que consideram legais a armazenagem de presos nos presídios, ou seja, em uma cela que cabem dez, colocam cem. (CESCONETTO, 2009, p.26)

No Brasil, “já há alguns anos, foram editadas novas legislações que, invariavelmente, apresentam mecanismos e parâmetros penais e processuais diversos do modelo liberal-clássico” (CESCONETTO, 2009, p.28)

Pode se encontrar vestígios do direito penal do inimigo no Brasil como, por exemplo, o Regime Disciplinar Diferenciado instituído pela Lei n. 10.792, de 31 de Dezembro de 2003, a Infiltração policial, e também o flagrante, que é controlado e regulamentado pela lei n° 9.034/95.

Para CALLEGARI e MOTTA (2008) o ordenamento jurídico brasileiro já possui características do Direito Penal do Inimigo (seja por meio da Lei dos Crimes Hediondos, seja através do Regime Disciplinar Diferenciado, dentre outras), ainda que não reconhecidos por esse nome, pois em tais legislações os autores passaram a ter um tratamento diferenciado, com restrições de garantias penais e processuais.

Conforme CESCONETTO (2009, p.31)

O ordenamento jurídico brasileiro não ficou afastado da terrível onda legisferante em torno do chamado DPI. Surge, em 2003, a Lei n°. 10.792, que alterou a Lei de Execuções Penais e introduziu entre nós o chamado Regime Disciplinar Diferenciado, que é característica marcante do chamado direito penal de terceira velocidade. A referida lei trouxe a possibilidade de o RDD “abrigar o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”. Pensamos tratar tal situação específica da punição não pelo fato praticado, regra do nosso ordenamento jurídico, mas pela análise do autor como característica marcante do DPI.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido as mudanças e aos conflitos vivenciados em sociedade com a crescente onda de violência, é visível a descrença no sistema jurídico vigente, aumentando inclusive o número de “exercício arbitrário das próprias razões”. Deste modo, a proposta de Jakobs é selecionar e delimitar quem são os inimigos, e a eles aplicar o DPI, garantindo a aplicação do Direito Penal do modelo liberal aos que ainda possuem status de cidadão.

Do ponto de vista de Jakobs não se trata de punir a pessoa ao invés do fato, mas relativizar certas garantias quando o agente mostrar um comportamento que for totalmente alheio aos princípios norteadores da convivência em sociedade.

As concepções críticas deixam expressas a não concordância com um "Direito" que despersonaliza o ser humano, privando-o dos direitos que lhes são intrínsecos, não é um Direito e nem sequer pode ser aceito por este, sendo inclusive incompatível com o Estado Democrático de Direito. Nessa concepção o Direito Penal do Inimigo seria um retrocesso no desenvolvimento do Direito Penal que deveria ser utilizado somente em *ultima ratio*.

Destarte, após breve explanação, chega-se a conclusão sob a total inadmissibilidade do DPI no ordenamento jurídico brasileiro, em face de previsões constitucionais de princípios que norteadores do Direito brasileiro, sendo um dos principais, o Princípio do Devido Processo Legal.

Conclui-se com a idéia de que existem duas correntes Doutrinárias, a majoritária é desfavorável, e como argumento utiliza a não observâncias aos Direitos Humanos e o conflito com o art. 5º, da Constituição Federal. Sob a corrente minoritária, pode-se dizer a mesma afirma a necessidade de que, em alguns casos específicos, seja aplicado um tratamento diferenciado a indivíduos criminosos.

REFERÊNCIAS

BONHO, Luciana Tramontin. **Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo. Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8439>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; LOBERTO, Eduardo de Camargo. **O direito penal do inimigo. Günther Jakobs**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1747, 13 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11142>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIA, Manuel, **Direito Penal do Inimigo, moções e críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 57-65

Cesconetto, César Augusto de Abrantes. **Direito penal do inimigo como terceira velocidade do ordenamento jurídico-penal** / César Augusto de Abrantes Cesconetto.–João Pessoa, PB: [s.n], 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Revista Eletrônica UNICOC, ano 2, n. 2, 2005. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações. Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 5 jun. 2012. Leia mais: <http://jus.com.br/revista/texto/10836/direito-penal-do-inimigo#ixzz1wxMVt8Tg>

KANT, Emmanuel. **A paz perpétua**. São Paulo: Brasil, 1936

KANT, Immanuel. **Sobre a discordância entre a moral e a política, à propósito da paz perpétua**. (Textos Seletos – Trad. Floriano de Sousa Fernandes) Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005

KELSEN, Hans. **A essência e o valor da democracia: in A democracia. São Paulo: Martins Fontes, 1993)**

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Batista Machado. **São Paulo: Martins Fontes, 2003.**

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *As transformações do Direito Penal clássico.* **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, no 193. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1521>> Acesso em: 4 jun. 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal : **Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** **São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002**