



FACULDADE CAMBURY
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO
SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

ORIENTANDA: MARCHELLY LUZIA XAVIER DE MEDEIROS
ORIENTADORA: PROFA. ESP. MERCIA MENDONÇA LISITA

**GOIÂNIA
2014**

MARCHELLY LUZIA XAVIER DE MEDEIROS

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO
SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso III, do Curso de Direito, da Faculdade Cambury. Sob a orientação da Orientadora Esp. Mércia Mendonça Lisita.

GOIÂNIA

2014

ORIENTANDA: MARCHELLY LUZIA XAVIER DE MEDEIROS

O DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL

Data da Defesa: _____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Esp. Mércia Mendonça Lisita nota

Examinador Convidado: Prof. Nota

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
INTRODUÇÃO	4
1 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL DO INIMIGO	5
1.1 As velocidades do Direito Penal	5
1.1.1 A primeira velocidade do direito penal.....	6
1.1.2 A segunda velocidade do Direito Penal	6
1.1.3 A terceira velocidade do Direito Penal	7
2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO A PERSPECTIVA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	8
2.1 Definição de cidadão e de inimigo.....	13
2.2 Aplicação do Direito Penal do Inimigo	14
CONCLUSÃO	15
REFERÊNCIAS.....	17

O DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Marchelly Luzia Xavier de Medeiros¹

RESUMO

Este estudo analisa se a aplicação do Direito Penal do Inimigo significa um retrocesso e até mesmo violação de cláusula pétrea: os direitos e garantias fundamentais materializados no contraditório e na ampla defesa que são negados ao inimigo durante o processo penal; se seria uma boa medida para o enfrentamento dos chamados “inimigos” da sociedade e até que ponto seria interessante conceder os mesmos direitos e garantias fundamentais extensíveis aos criminosos tidos como “comuns” aos indivíduos considerados inimigos da coletividade. A análise dá conta que o termo Direito Penal do Inimigo não é algo recente, mas já existente desde a Grécia Antiga, perpassando pelas civilizações que a sucederam, continuando a ser aplicado nas sociedades contemporâneas, sendo intensificado com os últimos episódios de grupos terroristas, organizações criminosas, contumazes criminosos sexuais, dentre outros, contra os quais as vertentes do Direito Penal Moderno não se mostram mais competentes para enfrentá-los. Por fim, o Direito Penal do Inimigo não se mostra em contradição com direitos e garantias fundamentais, pois estes asseguram que interesses de ordem pessoal devem ser sacrificados se em desacordo com os da coletividade.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo, Direitos e Garantias Fundamentais, Razoabilidade.

INTRODUÇÃO

O conceito de Direito Penal do inimigo, criado por Günter Jakobs na primeira parte da década de 80, assume uma nova roupagem nas últimas décadas como forma de enfrentamento mais rígido e contundente das diversas espécies de atuações criminosas perpetradas contra a coletividade, como são os casos de crimes econômicos, atos terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais consideradas perigosas, as quais parecem escapar, quase sempre, imunes do controle realizado pelas normas penais e processuais tradicionais.

A prática de tais delitos e a impotência do Estado frente a seus autores, trouxe à baila a discussão sobre a real possibilidade de implantação da “antecipação da tutela penal (criminalização de atos preparatórios, adoção de tipos de perigo abstrato etc), pelo uso indiscriminado da pena privativa de liberdade e pela

¹ Graduanda do curso de Direito da Faculdade Cambury; marchellym@gmail.com

flexibilização de garantias penais e processuais, conforme relata Moraes (2008), em entrevista à Juará Editora como tentativa de neutralizar os “inimigos” do Estado.

Esta tentativa de enfrentamento com suas medidas mais severas e antecipatórias, no entanto, encontra óbices no atual estágio de direitos e garantias do cidadão face ao monopólio da força do Estado, possuindo como um dos carros-chefes o princípio da vedação de retrocesso (efeito cliquet) que se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente ou de maior amplitude, conforme leciona Leite (2009).

Desse modo, face ao conflito de princípios e interesses, para a implantação do Direito Penal do Inimigo sem que haja prejuízo ao Direito Penal do Cidadão, em cujo há respeito a princípios constitucionais inerentes à pessoa humana, torna-se imperativo, conforme lição de Moraes, a clara delimitação da política criminal voltada para a criminalidade comum e para a criminalidade organizada e terrorista.

A par destas considerações iniciais, pretende-se com o presente estudo analisar os aspectos inerentes à legitimidade e legalidade da aplicação do Direito Penal do Inimigo como política criminal pautada por novos métodos de investigação (interceptações telefônicas, infiltração de agentes, interceptação ambiental, etc) que visa combater indivíduos que, de forma contumaz, se portam como ‘inimigos da sociedade’, como assevera Moraes (2008).

1 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.1 As velocidades do Direito Penal

Sánchez (2011 p. 150) foi quem apresentou a Teoria das Velocidades do Direito Penal, objetivando a explicação dos vários tipos de direito penal ao longo do tempo.

O doutrinador revela a existência de uma preocupação com o fortalecimento de um único Direito Penal Moderno.

Nesse sentido, o autor partiu da premissa de que o Direito Penal é composto de dois grandes blocos distintos de ilícitos: O primeiro, das infrações penais que são cominadas com as penas de prisão, e o segundo, das infrações que se prendem a outros gêneros de sanções penais.

1.1.1 A primeira velocidade do direito penal

O Direito Penal de primeira velocidade caracteriza-se pelo modelo penal clássico, que se utiliza de primeira grandeza, das penas privativas de liberdade, baseando-se na observância das garantias fundamentais e orientando-se pela proteção dos cidadãos contra o poder de império do Estado.

Nesse diapasão é que Sánchez (2011) conceitua a primeira velocidade do Direito Penal: Da prisão. Na qual se haveria de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais.

Aqui temos a simples e pura gênese do Direito Penal que é a aplicabilidade de penas privativas de liberdade como última razão, combinadas com garantias constitucionais limitadoras do poder coercitivo estatal. É representada pelo Direito Penal do cárcere.

É salutar trazer à baila que o Código de Processo Penal Brasileiro, o Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941, adotou essa Primeira Velocidade do Direito Penal ao fundar em garantias individuais inarredáveis.

1.1.2 A segunda velocidade do Direito Penal

O Direito Penal de segunda velocidade é o modelo que adota a plasticidade proporcional de uma gama de garantias penais e processuais, bem como faz uso da adoção de penas proporcionalmente humanas, utilizando-se das medidas alternativas à prisão com vistas a agilizar a aplicação da lei penal.

Faz-se o contexto em análise em que Sánchez (2011, p. 163), bem o define:

O Direito Penal de segunda velocidade é para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou

pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar flexibilização proporcional a menor intensidade de sanção.

No Brasil, esta Segunda Velocidade do Direito Penal 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), conforme bem destaca Damásio Evangelista de Jesus (2008).

1.1.3 A terceira velocidade do Direito Penal

A terceira velocidade se efetiva através da união ou somatória das características descritas nas duas primeiras velocidades. Caracterizando-se por ser uma velocidade híbrida. Consistindo em punir determinado indivíduo de alta periculosidade pelo perigo que representa ao Estado, antecipando, a proteção penal, com penas mais duras, um verdadeiro direito penal do autor e, em contrapartida, para delinquentes comuns, punições com penas mais brandas ou com restrições de direito, se possível.

Como assevera Moraes (2011, p. 186):

Qualquer um pode ser obrigado a tomar parte de uma relação jurídica com garantias do Estado (ou do pacto social), não se foge do problema de como proceder, frente àqueles que não se desejam ver obrigados nem se mantêm separados e, portanto, persistem como um entorno perturbador, como inimigos.

Meliá (2005) ressalta que na evolução atual, seja do Direito Penal, seja do Direito Processual Penal, delineiam-se tendências que, em seu conjunto, representam traços de um Direito Penal da colocação em risco de características antiliberais. Essas linhas de evolução, simbólica e punitivista, constituem, segundo esse autor, a genealogia do Direito Penal do inimigo.

Indícios dos fundamentos dessa evolução simbólica e punitivista são objeto da reflexão de Cavalcanti (2005, p. 344) o qual acertadamente interpreta que:

A complexidade social, a incerteza dos riscos e a imprevisibilidade dos acontecimentos identificam a sociedade contemporânea. Os fenômenos intensificam-se à velocidade da luz. A comunicação tornou-se instantânea. O mundo está ao vivo. A redução linear da natureza e da sociedade não

condiz com a entropia dos fenômenos naturais e sociais, se é que se possa estabelecer ainda tal dicotomia. A relação de causalidade, promovida pelas probabilidades causais, tornam-se insuficiente para explicar a incerteza e a imensurabilidade dos riscos contemporâneos. O provável limite é o das possibilidades. No entanto, o processo de criminalização possui outra velocidade. A velocidade não do instante, mas do resgate do passado, da ponderação do presente e da promessa do futuro. O processo de criminalização, portanto, desagrega-se com a velocidade do instante. Criminalizar requer tempo próprio, vale dizer, requer a sua temporalização.

As mudanças da sociedade moderna logicamente refletem o aumento do risco e da sensação de insegurança.

Hassemer (1993 p.48), neste aspecto, ressalta:

É curioso também notar que a tendência moderna de penas mais brandas não está presente na criminalização abrangente e flexível dos modernos tipos penais. Aqui o legislador predispõe-se ao endurecimento e à intimidação como, por exemplo, no combate da criminalidade organizada na disciplina penal do comércio exterior e de armas bélicas, ou no Direito Penal ambiental.

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 (muito embora o STF tenha considerado, posteriormente, tal medida inconstitucional) e suprimiu, ou tentou suprimir, algumas prerrogativas processuais (exemplo: a liberdade provisória), e a Lei das Organizações Criminosas e Juízos Colegiados (Leis n. 12.850/13 e 12.694/12), entre outras.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO A PERSPECTIVA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais da pessoa humana, a despeito das teses Jusnaturalistas, nem sempre, ao longo dos períodos da História, se mostraram tão bem delineados como podemos vislumbrá-los na contemporaneidade.

Até chegar ao patamar dos dias atuais, muito foi feito, e desde a Idade Antiga até a contemporaneidade, muitas batalhas foram travadas para assegurar e garantir a plena fruição de tais direitos e garantias, por parte dos cidadãos, presentes em quase todas as Cartas Constitucionais de Estados democráticos ou não.

Está consagrada, nestas Cartas, uma série de princípios que impedem quase todos os tipos de intervenções Estatais nos desígnios particulares do indivíduo, quer sejam nocivos ou não à coletividade, e, naquele caso, só sendo permitido ao Estado efetuar a persecução criminal quando o delito já foi cometido, o qual, na maioria dos casos, gera prejuízos e danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Desse modo, os direitos fundamentais da pessoa humana, que num primeiro momento visavam garantir uma existência plena e digna a todos os indivíduos, tentando eliminar ou, ao menos, coibir situações que maculassem ou tentassem rebaixar tal existência, passaram a servir de proteção máxima ao “inimigo” da sociedade, para o qual, conforme leciona Moraes (2008) não bastariam as regras clássicas de responsabilização criminal, mas métodos de enfrentamento de uma periculosidade que não se coaduna com quem aceita e vive em consonância com o pacto social.

Assim, o que se observa é que o modelo de Direito Penal clássico e iluminista não dá mais conta das demandas da sociedade moderna, com todo o seu avanço tecnológico, com sua comunicação instantânea, com as demandas típicas de um Estado de bem-estar.

Acrescente-se às mudanças, a circunstância de termos uma Constituição Federal que transferiu à criminalidade comum (inclusive a organizada), os mesmos direitos imaginados ao preso político e pensadores numa época de dor, tortura e ditadura (MORAES, 2008).

A despeito de o entendimento acerca da viabilidade jurídica da aplicação do Direito Penal do Inimigo, segundo a concepção de Günther Jakobs (2005), ser sem sombra de dúvidas um dos temas mais polêmicos do Direito Penal e do Direito Processual Penal da modernidade/contemporaneidade, tem se nele uma expectativa de ferramenta viável para o enfrentamento das novas formas de criminosos que representam um perigo abstrato e ininterrupto à coletividade.

Ainda que seus métodos não sejam, do ponto de vista da doutrina constitucionalista e daquela diretamente ligada a movimentos de direitos humanos, condizentes com o tratamento que deve ser dispensado às pessoas humanas.

Isso porque se questiona se seria legítimo, face a grande força dos atuais direitos e garantias fundamentais atribuídos aos indivíduos em geral, a aplicação de

um Direito Penal excepcionado, embasado na flexibilização desses direitos e garantias fundamentais.

Segundo Moraes (2011 *apud* JESUS, 2004, p. 7)

A queda do muro de Berlim em 09 de novembro de 1989 encerrou o século XX e da mesma forma, a densidade do conteúdo histórico do 11 de setembro tornou-se capaz de demarcar o início de um novo período na História mundial.

Sem dúvidas, os atentados de 11/09/2001, também chamados de ataques terroristas, os quais antecederam a uma série de outros atentados em diversos países, como os de Madri, na Espanha em 11/03/2004, dentre outros, institucionalizaram uma nova era de ‘combate ao inimigo’, conforme assevera Moraes (2011) e que vem paulatinamente legitimando mundialmente uma legislação chamada de ‘emergência’.

Guillamondegui, com arrimo em Zaffaroni destaca que a legislação penal de emergência se caracteriza basicamente por: a) existência de um reclamo da opinião pública para reagir à sensação de insegurança; b) adoção de sanção com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal-clássico (vulnerando-se princípios de intervenção mínima de legalidade – com redação de normas ambíguas ou tipos penais em branco ou de perigo abstrato, de culpabilidade, de proporcionalidade das penas, de ressocialização do condenado etc.) e c) adoção de um Direito Penal meramente ‘simbólico’. (MORAES, 2011).

Assim, a despeito de todos os direitos e garantias assegurados aos indivíduos, no atual estágio, seja do Direito Penal, seja do Direito Processual Penal, afiguram-se tendências que, como um todo, representam traços de um “Direito Penal da colocação em risco de características antiliberais” (MELIÁ, 2005, p. 56-57).

Nesse sentido, parece-nos que os direitos e garantias fundamentais, que devem de fato existir para cumprir sua função precípua de servir de escudo aos cidadãos que agem em obediência ao contrato social de boa vizinhança, retiram toda e qualquer validade das leis penais na atualidade, viabilizando muitas vezes que o “inimigo” combata ao “cidadão” sem que este possa, sequer, oferecer a menor das resistências.

Isto porque o nosso sistema persecutório somente age depois que um crime ou da violação da vigência da norma foi perpetrado, com raríssimas exceções de ação estatal no sentido de prevenção de delitos praticados pelo “inimigo”, já que os delitos que esse pratica (ligados ao terrorismo; crime organizado; delitos sexuais), são quase impossíveis de serem previstos e, conseqüentemente evitados, uma vez que o delinquente age de forma premeditada, escolhendo os melhores métodos, ocasiões propícias e lugares em que não haja agentes estatais servindo de óbices à execução delituosa, a não ser que o Estado adotasse algumas medidas que tivessem correlação com a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Mesmo depois de ter cometido o delito, nosso Sistema Persecutório, que é pensado para ser aplicado aos cidadãos “normais”, isto é, aqueles que em um dado momento de suas vidas, por um descuido ou desvio momentâneo de caráter, praticou um delito, se propondo a cumprir a pena e, logo em seguida, seguir o rumo normal da vida, sem mais cometer delitos, permite ao “inimigo” responder por seu delito, na maior parte dos casos, em liberdade, condição esta que permite-lhe continuar engendrando seus delitos, já que este é considerado um delinquente que não vai deixar o mundo do crime.

Então, nesse sentido, Zaffaroni (2011) argumenta que, no fundo, o que se discute são, verdadeiramente, os direitos individuais dos cidadãos, pois se analisarmos mais de perto, veremos que o poder punitivo sempre reconheceu um hostis em relação àquele que infringe as normas pactuadas, reservando-lhe um tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório.

O que quer dizer que na realidade, o Direito Penal do Inimigo não é uma invenção do próprio Günther Jakobs, ou algo recente na história da humanidade, mas, pelo contrário, algo que remonta à Grécia Antiga de Salón, perpassando pela Roma Antiga, até chegar aos dias atuais, é claro que, a cada época, revestido de suas peculiaridades.

Nesse sentido, Zaffaroni (2011, p.14) assinala que:

O certo, porém, é que a invocação de emergências justificadoras de Estados de Exceção não é de modo algum recente. Se nos limitarmos à etapa posterior à Segunda Guerra Mundial, constataremos que há mais de três décadas essas leis vêm sendo sancionadas na Europa – tornando-se

ordinárias e convertendo-se na exceção perpétua -, tendo sido amplamente superadas pela legislação de segurança latino-americana.

O mais recente exemplo desse tratamento pode ser visto com a atual forma de enfrentar o “inimigo” que dirige sob efeito de álcool ou qualquer outra substância entorpecente que altere a consciência do indivíduo, colocando em risco a coletividade.

Na ocasião específica, houve um aumento no rigor da lei para, em primeiro plano coibir, e em um segundo momento sancionar o indivíduo que violar o Código de Trânsito Brasileiro nesse aspecto, conduzir sob a influência do álcool. Situação que reduz ou, ainda que momentaneamente, exclui algumas garantias processuais do acusado, como é o caso das novas formas de produzir as provas de que o indivíduo de fato estava sob o efeito de álcool ou qualquer outra substância análoga.

Várias outras leis dentro do Ordenamento Jurídico Pátrio, como é o caso da Lei de Crimes Hediondos, a Lei de Organização Criminosa, Lei do Tiro de Abate, dentre outras, sem levar em consideração o Ordenamento Jurídico Alienígena, faz uso, algumas em maior ou menor grau de intensidade, de dispositivos característicos do Direito Penal do Inimigo, como é o caso, por exemplo, do prazo dilatado da Prisão Temporária (30 dias em oposição aos 5 dias para os crimes “comuns”) para os casos de crimes hediondos.

Faz-se necessário, então, realizar um juízo de valor, ponderando entre a condição de pessoa do “inimigo” versus a condição de pessoa do cidadão.

Neste caso, sendo, se não aceitável, ao menos tolerável, a “negação da condição de pessoa do “inimigo”, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de coisa ou ente perigoso” (Zaffaroni, 2011), com o intuito de salvaguardar a coletividade.

Para tanto, Jakobs (2005) estrutura sua teoria sob três argumentos: a) O Estado tem direito a procurar segurança em face de indivíduos que reincidam persistentemente por meio de aplicação de institutos juridicamente válidos; b) os cidadãos têm direito de exigir que o Estado tome medidas adequadas e eficazes para preservar sua segurança diante de tais criminosos e; c) é melhor delimitar o campo do Direito Penal do Inimigo do que permitir que ele contamine indiscriminadamente todo o direito penal.

2.1 Definição de cidadão e de inimigo

Num primeiro plano, parecer-se-ia que o Direito Penal do Inimigo seria contrário aos princípios liberais do Estado de Direito, especialmente aos direitos e garantias fundamentais que são reconhecidos e estão presentes em quase todas as Cartas Magnas contemporâneas, as quais elevam ao plano mais elevado a tutela a princípios basilares de direito penal material como é o caso da dignidade da pessoa humana, legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, sobremaneira os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo legal, contraditório e ampla defesa dentre outras garantias do acusado em um processo penal.

No entanto, faz-se necessário conhecer primeiro a definição de cidadão, a quem se destinam todos esses direitos e garantias fundamentais, para só então, visualizar os motivos que não permitem afirmar que o Direito Penal do Inimigo fere tais princípios e garantias fundamentais dos cidadãos.

De acordo com o Sítio (<http://www.significados.com>, acesso em 22/05/14), cidadão é um indivíduo que convive em sociedade, respeitando o próximo, cumprindo com suas obrigações e gozando de seus direitos.

Daí já pode se notar que o indivíduo que, ressalvado os casos daqueles que possuem problemas mentais ou anormalidades psíquicas, não cumpre seu papel social, respeitando os limites entre seu pensar, filosofia de vida e convicções político-partidárias e os demais direitos da coletividade, como é o caso do “inimigo”, não deve jamais ser tido nos números dos cidadãos, pois ele não busca, com sua conduta, a manutenção da vigência das normas, como apregoa Jakobs, mas sim violar as expectativas que a coletividade espera dele.

Para Jakobs (2005), o poder punitivo não pode conferir aos “inimigos” um tratamento punitivo condizente com o que recebe os demais cidadãos, dado que são considerados como entes perigosos ou daninhos. São seres assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, como afirma Zaffaroni (2011, p.11): [...] a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.

Essa negação é devida à própria essência do “inimigo”, que é diferente da de um criminoso “comum”, e que, portanto, merece um cuidado especial por parte do Estado, a quem incube garantir a fruição de direitos e garantias fundamentais aos autênticos cidadãos.

E ao fazer a aplicação de um caráter persecutório mais rígido para o “inimigo”, deve-se ponderar até que ponto é interessante, do ponto de vista da manutenção dos direitos e garantias fundamentais da coletividade, assegurar aos inimigos os mesmos tratamentos dispensados ao cidadão comum.

Feita tal ponderação, não fica difícil concluir pela negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo, conforme pode se notar em Zaffaroni (2011, p. 21): “A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado”.

2.2 Aplicação do Direito Penal do Inimigo

Rousseau afirma que aquele que age contrariamente ao direito social torna-se traidor da pátria, devendo ser extraído da condição de cidadão, senão vejamos em Rousseau (*apud* ZAFFARONI, 2007, p. 122):

Todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por suas más ações, rebelde e traidor da pátria, deixando de ser membro dela ao violar suas leis e até lhe fazer a guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se executa o culpado é mais como inimigo do que como cidadão. O processo e a sentença são a prova e a declaração de que o contrato social foi rompido e, por conseguinte, de que ele já não é membro do Estado.

Condição semelhante adota Jakobs (2005), no entanto, para este o fato de existir o Direito Penal do Inimigo e sua consequente aplicação, não implica anular a condição de pessoa do inimigo, o que se nega é sua condição jurídica, ao não lhe prover dos mesmos direitos que são concedidos aos cidadãos.

O que se faz é apenas negar alguns direitos e algumas garantias que, no caso do *Periculum in Mora* inerente à concessão de todas as garantias processuais extensíveis aos cidadãos, pode comprometer a existência regular de toda uma coletividade.

Nesse sentido, a aplicação do Direito Penal do Inimigo não pode ser vista como uma afronta aos direitos e garantias fundamentais, pois como manda a melhor exegese constitucional, no conflito entre dois princípios ou direitos de importâncias iguais, deve-se, considerando as circunstâncias do caso concreto, aplicar aquele que melhor atenda à coletividade.

Ademais, o Direito Penal do Inimigo não pode ser entendido como uma forma de aplicação de tribunais de exceção. Pelo contrário, trata-se de uma teoria pautada pelo princípio da anterioridade, de forma que se sabe muito bem quais condutas se enquadram na categoria de crimes às quais se deve aplicar um maior rigor ao combatê-las, conforme visto na introdução deste.

Deve-se compreender também que sua aplicação não deve se dar de forma indistinta em qualquer caso. Pelo contrário, conforme assevera Jakobs (2005), o Direito Penal do Inimigo deve ser limitado ao necessário.

Porém, surge o questionamento do que seria o necessário? Jakobs (2005) responde que o necessário seria privar o criminoso precisamente daquele direito do qual seus planos abusam, isto é, especificamente o direito à liberdade de conduta.

Fato que não seria diferente da nossa Prisão Preventiva, prevista na Lei 12.403/2011, na qual um delinquente contumaz é custodiado de modo seguro para que não mais cometa o mesmo delito, ou seja, é custodiado para que a ordem pública seja mantida.

Portanto, o que o Estado deve fazer, é agir preventivamente, reduzindo os direitos dos inimigos para que a coletividade possa viver conforme a expectativa do pós-contrato social, no qual compete ao Estado o Monopólio Legal da força e, de igual modo, a segurança dos cidadãos, ainda que para tanto seja necessário eliminar o “inimigo”.

CONCLUSÃO

Não é de se esperar que este artigo seja o despertar de uma nova era para a persecução penal no que diz respeito à aplicação do Direito Penal do Inimigo no intuito de não só combater, mas acima de tudo, prevenir que tais crimes considerados de Lesa-humanidade, como os crimes de destruição em massa e

indiscriminada ocorridos em 11 de setembro de 2001 e em 11 de maio de 2004 tomem lugar nos nossos dias.

Ao contrário, busca-se avivar a discussão, especialmente numa época em que vigora, ainda, elementos da segunda velocidade do Direito Penal, sobre a possibilidade de fazer usos de mecanismos que em primeiro plano poderiam até parecer contrários ao Estado Democrático de Direitos, mas que se melhor analisados, evidenciariam que são não só aceitáveis, mas principalmente necessários.

Assim, pretendeu-se mostrar a relevância e pertinência do tema para que pesquisas mais aprofundadas sejam desencadeadas e levadas a cabo, a partir deste estudo, de modo que sejam melhor analisados os contrastes do Direito Penal do Inimigo com os direitos e garantias fundamentais acolhidos e tão aclamados em nosso Ordenamento Jurídico Pátrio.

Por fim, esclarecendo que não é apenas viável, mas necessário a aplicação de medidas diferenciadas para delinquentes também diferenciados.

Pois é preciso entender, de forma clara, que a aplicação do Direito Penal do Inimigo não implica criação de Tribunais de Exceção ou algo que o valha, pois se trata de algo que cumpre fielmente o princípio da anterioridade da lei penal. Pois os crimes que visa coibir, são Numeros Claus.

Além do mais, que outros métodos poderia o Estado abrir mãos para conter o “inimigo” que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social, senão a supressão de suas garantias processuais em prol de um bem geral da coletividade?

Por fim, corrobora nosso estudo da viabilidade de aplicação do Direito Penal do Inimigo, a ideia de que para um tipo de criminalidade que, revela-se pela ausência de vítimas individuais, pela pouca visibilidade dos danos causados e por um novo modus operandi. Apresentam três características fundamentais: internacionalidade desse tipo de crime, profissionalidade, divisão de trabalho e, gente com cabeça e proteção contra investigação policial.

REFERÊNCIAS

FACHIN, Odília. **Fundamentos de metodologia**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. **Actualidad Penal**, Madri, n. 43, 1993.

HOBSBAWN, Eric. **A Era dos extremos. O breve século XX – 1914-1991**. 2. ed. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

<http://www.jurua.com.br/entrevistas3.asp?id=7>. Acesso em 22 de Julho de 2014.

SIGNIFICADOS. **Cidadão**. Disponível em:
<<http://www.significados.com.br/cidadao/>>. Acesso em: 22 maio 2014.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Org./Trad. André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli, 2005, p. 55.

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/artigos/10836>>. Acesso em: 12 ago.2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Breves considerações sobre a prevenção ao terrorismo no Brasil e no MERCOSUL, justiça criminal em tempos de terror**. São Paulo: Auditório Julio Fabrini Mirabete, Escola Superior do Ministério Público, 05 out. 2004, p. 7.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do efeito cliquet ou princípio da vedação de retrocesso. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 24 mai. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/3583>. Acesso em: 20 mar. 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 2ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2010.

SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. 2 ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarrão Rio de Janeiro: Revan, 3 ed. 2011.