



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Assis/SP

2013

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

**Projeto de pesquisa apresentado ao Curso
de Direito do Instituto Municipal de Ensino
Superior de Assis- IMESA e a Fundação
Educativa do Município de Assis- FEMA.**

Orientanda: Isabela Ferreira Barbosa

Orientador: Ms. João Henrique dos Santos

**Linha de Pesquisa: Ciências Sociais e
Aplicadas.**

Orientador: Ms. João Henrique dos Santos

Área de Concentração: Ciências Sociais Aplicadas

Assis/SP

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

BARBOSA, Isabela Ferreira.

O Direito Penal do Inimigo e o ordenamento jurídico brasileiro/ Isabela Ferreira Barbosa.
Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2013.

39 p.

Orientador: João Henrique dos Santos.

Programa de Iniciação Científica (PIC)– Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA.

1. Inimigo. 2. Ordenamento Jurídico.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA.

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**Trabalho de Iniciação Científica
apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis- IMESA.**

Orientador: Ms.João Henrique dos Santos

Analisador (a): _____

**Assis/SP
2013**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por sua infinita misericórdia que se renova a cada manhã.

Ao meu professor orientador, João Henrique, por acreditar que eu seria capaz de desenvolver este trabalho.

À minha família e meus amigos, pelo apoio constante.

“O espírito do Senhor DEUS está sobre mim; porque o SENHOR me ungiu, para pregar boas novas aos mansos; enviou-me a restaurar os contritos de coração, a proclamar liberdade aos cativos, e a abertura de prisão aos presos; A apregoar o ano aceitável do Senhor e o dia da vingança do nosso Deus; a consolar todos os tristes;

A ordenar acerca dos tristes de Sião que se lhes dê glória em vez de cinza, óleo de gozo em vez de tristeza, vestes de louvor em vez de espírito angustiado; a fim de que se chamem árvores de justiça, plantações do Senhor, para que ele seja glorificado.”

Isaías 61:1-3

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo identificar a teoria desenvolvida por Gunther Jakobs, sendo esta o Direito Penal do Inimigo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, além de questionar se a determinada propositura é legítima ou não pelo sistema adotado.

Fizemos uso das tendências do direito penal, sendo elas de forma máxima na qual se utiliza de meios e técnicas valorativas, tanto na sua forma instrumental quanto na material. Também mencionamos o direito penal mínimo que propõe a menor intervenção punitiva possível, sendo esta feita de forma razoável. E por fim expusemos o abolicionismo penal que defende a abolição completa do sistema penal.

Ainda abordamos a teoria de Jakobs sobre o Direito Penal do Inimigo e trouxemos a baila os movimentos que usam suas aspirações dentro do ordenamento jurídico brasileiro como o sistema de Regime Disciplinar Diferenciado, Regime de Segurança Máxima e as Medidas Cautelares.

Palavra-chave: Inimigo; ordenamento jurídico.

ABSTRACT

This study aims to identify the theory developed by Gunther Jakobs, this being the Criminal Law of the Enemy within the Brazilian legal system, and questioning whether the given proposition is legitimate or not by the system adopted.

We use the trends of criminal law, and they form in which maximum use of resources and evaluative techniques, both in its instrumental form as in the material. Also mentioned criminal law proposes the lowest minimum possible punitive action, this being done in a reasonable way. Finally we exposed the penal abolitionism that advocates the complete abolition of the penal system.

Yet addressed the theory Jakobs on Criminal Law of the Enemy and brought to the fore the movements that use their aspirations within the Brazilian legal system as Differentiated Disciplinary Regime, Regime Maximum Security and Preventive Measures.

Keyword: Enemy; law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DIREITO PENAL MÁXIMO.	12
2.1 MODELOS AUTORITÁRIOS DE DIREITO PENAL	12
2.2 A VERDADE PROCESSUAL NOS MODELOS AUTORITÁRIOS.....	14
2.2.1. A idade média e o direito penal do terror (Direito Germânico Canônico e a inquisição).	15
2.2.1.1Direito penal Germânico.....	15
2.2.1.2.Direito Penal Canônico.	15
2.2.1.3..... Inquisição	16
2.3 A JUSTIFICAÇÃO RETRIBUTIVA DO DIREITO PENAL	17
3. DIREITO PENAL MÍNIMO.	19
3.1 PROPOSTA MINIMALISTA INTERMEDIÁRIA	19
3.2 AS JUSTIFICAÇÕES UTILITARISTAS DO DIREITO PENAL	20
3.3. ABOLICIONISMO.....	23
3.3.1. Por que abolir o sistema penal?	25
4. DIREITO PENAL DO INIMIGO	27
4.1.TEORIA.....	27
4.1.1. Gunther Jakobs	27
4.1.2. Dois direitos Penais direcionados aos Cidadãos e Inimigo	28
4.1.2.1. Cidadãos.....	28
4.1.2.2. Inimigos.....	28
4.1.3. Função do Direito Penal do Inimigo	29
4.1.4.Como tratar o Inimigo?	30
4.1.5. Fundamento filosófico	31
5. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO	32

5.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL BRASILEIRO....	32
5.1.1. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).	32
5.1.2. Regime de Segurança Máxima.....	34
5.1.3. Prisões cautelares.....	34
5.1.3.1. Medidas Cautelares Alternativas.....	35
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS	39

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo identificar a teoria desenvolvida por Gunther Jakobs, sendo esta o Direito Penal do Inimigo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, além de questionar se a determinada propositura é legítima ou não pelo sistema adotado.

Para tanto, no primeiro momento falaremos sobre o modelo de Direito Penal máximo, o qual é pautado em uma aplicação de pena valorativa, ficando o acusado muitas vezes sobre sanções fundamentadas no substancialismo. Igualmente ocorre em seu modelo instrumental onde se faz uso de todos meios para justificar uma sentença condenatória.

No segundo momento, ainda elencaremos as tendências do Direito Penal através do Direito Penal mínimo, o qual propõe a menor intervenção punitiva sendo esta pautada de legalidade e razoabilidade, a qual o nosso ordenamento jurídico mais se aproxima. E o abolicionismo penal corrente que defende a abolição completa e imediata do sistema penal, sendo empregados outros meios “não penais” para a resolução dos conflitos.

No terceiro momento, será exposta a teoria de Jakobs que diferencia o direito penal do inimigo e o direito penal para os demais cidadãos. O direito penal para o inimigo, o indivíduo que tem como meio de subsistência a vida delituosa sendo ele participante de organizações criminosas, não lhe resguarda direitos e deveres, pois segundo Jakobs este não reconhece os preceitos do ordenamento visando sempre destruí-lo. Assim o que resta ao Estado é combatê-lo e destruí-lo. Diferentemente do direito penal dos demais cidadãos que ao violar a ordem jurídica, é resguardado seus direitos e deveres, pois fora apenas uma eventualidade.

No quarto e último momento, traremos à baila os exemplos deste modelo no Direito Penal Brasileiro, sendo através do chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), no Sistema de Segurança Máxima, além das Medidas Cautelares que possuem uma tendência do Direito Penal do Inimigo.

2. DIREITO PENAL MÁXIMO.

Neste capítulo elucidaremos sobre o direito penal máximo, visto que o modelo de garantismo processual e penal são institutos relativamente novos advindos de anos de práticas autoritárias.

2.1 MODELOS AUTORITÁRIOS DE DIREITO PENAL

Para FERRAJOLI o direito penal máximo, também chamado pelo mesmo de epistemologia inquisitiva ou antigarantista, se diferencia segundo dois aspectos principais.

O primeiro refere-se ao que é penalmente relevante, levando-se em conta um caráter *substancialista e não formal*, ou seja, o objeto penalizado não é o delito formalizado pela lei, mas a prática criminosa que é considerada muitas vezes imoral, reportando a figura do autor para tal aplicação. A forma mais usada para este tipo de emprego são as elasticidades e amplitudes do tipo penal, podendo fazer uso de termos vagos e com sentido valorativo.

Contudo, ainda pode ir além a desvalorização do tipo penal não se preocupando com a ação prevista e desviada e sim com o comportamento criminoso do autor bastando este para lhe impor pena. Desemboca no direito penal do autor, fazendo acepção por mero caráter étnico, natural e social. As medidas de defesa social ou (medidas cautelares) são um exemplo da mera suposição de haver cometimento do delito, ou quando essa presunção delituosa deriva de suas características ou “status, como as de ‘desocupado’, ‘vagabundo’, ‘propenso a delinquir’, ‘reincidente’, ‘delinquente habitual’ ou ‘profissional’, ‘de tendência delituosa’ ou similares.”

Como vimos, esse movimento causa um desvio ao princípio da estrita legalidade, onde o cidadão só poderá ser punido se a prática estiver prevista como delito pela

lei. A punição, neste caso, não é por violar a lei, mas sim pelo que o acusado representa ser.

O desvio punível é fundamentado segundo qualquer “verdade”, e não pela autoridade da lei. Esse distanciamento ocorre, pois o *substancialismo* faz confusão entre direito e moral, permitindo deste modo intervenções subjetivas na liberdade dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2002, p.35-36)

O segundo aspecto enumerado por FERRAJOLI é o *decisionismo* processual, ou seja, a falta de materialidade para punir fica a mercê do poder do juiz e da imposição da pena faltando deste modo fundamentos empíricos para sua aplicação. Esta subjetividade é demonstrada de duas maneiras: “no caráter subjetivo do tema processual” em que se usam características pessoais do agente sendo o ser e não a conduta propriamente violada analisados, sendo observada sua naturalidade criminosa e até mesmo sua periculosidade social;

“o caráter subjetivo do juízo” é o segundo elemento que consiste que na falta de provas concretas. Pauta-se por apenas diagnósticos e suspeitas. (FERRAJOLI, 2002, p.36)

A diminuição ou dissolução da estrita legalidade vem abrir espaço para a arbitrariedade inquisitiva no processo penal como também a tomada de decisão sem ser pautada na verdade formal e sim uma “verdade substancial” não podendo ser verificada e analisada. Este sistema nos remota para os modelos autoritários de poder condicionado ao bel-prazer de quem decide. Contradizendo até mesmo o sentido de Jurisdição, onde as normas são ditadas com base em assertivas verificáveis. (FERRAJOLI, 2002, p.37)

O direito penal máximo tem como característica a incerteza e a imprevisibilidade das penas aplicadas e da fase processual não tendo parâmetros racionais para tal aplicação, fundamentando-se no substancialismo penal e na inquisição processual.

Segundo o mesmo autor a certeza que este modelo percorre é “... que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido.” (2002, p.84). Esta certeza decorre da aspiração autoritária em que todo delito por mais ínfimo terá que ser exposto à luz do direito, devendo ser punido pela

mão do Juiz também igualmente autoritário. Predomina o *in dúbio contra reum*. Estes Estados não possuem a descrição da lei disciplinando deste modo suas limitações. (FERRAJOLI, 2002, p.83 a 86)

2.2 A VERDADE PROCESSUAL NOS MODELOS AUTORITÁRIOS

A verdade processual segundo os modelos não autoritários é a chamada verdade formal, podendo estabelecer que um delito realmente acontecesse de acordo com provas empíricas e que seja estabelecida previamente a conduta como ilegal. O fundamento para a condenação é derivado do respeito a regras expressas do que é penalmente relevante além de que a obtenção de provas e o andamento do processo também terão que obedecer às técnicas que a lei estabelece para colhimento, se não encontrados provas concretas e obtidas de forma legal presumem-se a não culpabilidade do réu. (FERRAJOLI, 2002, p.37-38)

Os modelos autoritários usam a verdade chamada de substancial ou material, que são aquelas carentes de limites, podendo ser alcançadas utilizando qualquer método, podendo ser estes além das regras dispostas.

Esses modelos se contrapõem em diversas áreas cognitivismo e decisionismo, comprovação e valoração provam e inquisição, razão e vontade, Verdade e potestade.

Com o decorrer da história passamos por diversas medidas autoritárias em busca do que chamamos hoje de devido processo legal, no qual delimita para que haja a verdade concreta. Desde a civilização grega onde a verdade era estabelecida por um desafio, ao vencer teria razão no litígio. Como também logo após que aparece a figura do pastor, como testemunha e detentor do poder de estipular o que vira e deste modo quem tem razão. Desenvolveu-se a forma de estabelecer essas verdades tanto no campo jurídico, quanto nas demais áreas científicas.

2.2.1. A idade média e o direito penal do terror (Direito Germânico Canônico e a inquisição).

Neste tópico falaremos sobre a evolução deste sistema investigativo de verdades e aplicação da pena ao longo de um período de direito penal máximo.

2.2.1.1 Direito penal Germânico.

Os povos que eram chamados de germanos eram bárbaros que habitavam a região da Germânia, em que estavam em constante confronto com Roma nas fronteiras. Para os germanos a pena era aplicada quando havia a perda da paz, o infrator era posto para fora da proteção do grupo suscetível a qualquer perigo.

A vingança de sangue logo foi também modificada sendo aplicadas tarifas de acordo com a gravidade de cada crime.

Apesar de não possuírem lei escritas, seu direito penal era embasado pelos costumes, em que a maioria dos delitos era tida como interesse privado, podendo o ofendido aplicar a chamada Vingança de Sangue em que uma família guerreava contra a outra terminando apenas se houvesse algum tipo de reparação. Já para os crimes delimitados como de ofensa pública como: traição; deserção; falso testemunho era punido com a perda da paz. Quando estes povos começaram a manter contato com outras civilizações e o povo cristão deu-se a formação do Estado e a perda da paz passou a ser obrigatoriamente estipulada e não mais facultativa ao ofendido, pois passava a ser aplicada pelo Estado. (DOTTI, 2002, p. 134-135)

2.2.1.2. Direito Penal Canônico.

Entre o direito penal Romano, germânico e moderno esteve presente também o direito penal Canônico, que teve grande influência. Transformando o direito Romano

e adaptando este as novas relações sociais, a igreja contribuiu para a humanização do direito penal, embora esta contribuição fosse estabelecida por meros interesses de dominação. (MIRABETE, 2003, p. 37)

“Aquela intervenção se fazia não apenas quanto às infrações que atentassem contra as ordens morais e religiosas, mas também quanto aos eventos praticados no âmbito do poder temporal.” (DOTTI, 2002, p.135).

As características que predominaram neste modelo foram considerar o elemento subjetivo da conduta; se opor as *ordálias*; se opôs também à resolução do processo pela força como era tida nos duelos judiciais; e afirmou o direito da igreja. (DOTTI, 2002, p.135) Contudo além destas influências a principal foi ter contribuído para o surgimento da prisão moderna com o ideal de reforma do delinquente, onde se procurava na pena corrigir e reabilita-lo. Este direito se estendia tanto para leigos quanto para os religiosos desde que o crime fosse de matéria religiosa. (BITENCOURT, 2000, p. 27-28)

Assim, surgia o termo usado hoje para os locais de prisão com “penitenciária”, pois vislumbrava que a pena era uma penitencia pra que houvesse redenção do acusado.

2.2.1.3. Inquisição

No período da alta Idade Média já havia a prática do inquérito pela Igreja. Esse método era chamado de *visitatio* onde o bispo visitava a sua diocese. Ao chegar ao povoado perguntava para os mais notáveis se havia ocorrido alguma falta ou crime em sua ausência. Esta primeira etapa era chamada de *inquisitio generalis* (inquisição Geral). Logo se passava para a segunda etapa se houvesse uma resposta positiva, que era chamada de *inquisitio specialis* (inquisição especial) onde se tentava determinar quem era o autor e que tipo de crime. Contudo se em qualquer momento o autor confessa-se a inquisição era interrompida. Este modelo tomou outras proporções sendo usados além de crimes, pecados e faltas para resguardar as funções administrativas e econômicas da igreja. Esse modelo

permeou até o século XII, quando nasce o Estado e este passa a tomar conta dos procedimentos judiciais fazendo da mesma maneira que a eclesiástica, pois o procurador do rei também por inquérito estabelece se houve a manifestação do crime e seu possível autor.(FOUCAULT, 2001, p. 70-71).

Este método inquisitivo instaurado a partir do século XII revolucionou a forma de investigação, que não fora mais tão pautada em provas sendo estas apenas analisadas de forma que deixassem vestígios. Contudo não foi apenas no campo da investigação jurídica, mas em todo campo de investigação do saber.

2.3 A JUSTIFICAÇÃO RETRIBUTIVA DO DIREITO PENAL

O problema gerado pela justificação retributiva do direito penal consiste em que se embasa esta justificação e quais as razões que o torna justo para ser aplicado.

Para FERRAJOLI os justificacionistas se dividem em absolutos ou relativos. Os absolutos são todos os que veem a aplicação da pena como uma reparação, retribuição, ou seja, a pena possui um fim em si mesmo.

Já os relativos ou utilitaristas mencionam que a aplicação da pena servirá para prevenir futuros delitos. Esta se subdivide em prevenção especial, na qual o delinquente não cometerá novos crimes e prevenção geral servindo para a contenção de crimes que os cidadãos possam vir a cometer.

Também podemos mencionar a utilitarista a prevenção positiva em que há a correção do delinquente e a disciplina os demais cidadãos e a prevenção negativa que neutraliza o delinquente e intimida os cidadãos. (2002, p. 204-205)

As doutrinas absolutas ou retributivistas são à base de todo sistema arcaico, que detinham todo ordenamento primitivo, como já mencionamos acima “a vingança de sangue” FERRAJOLI elucida que esta concepção “... gira em torno de três ideias fundamentais de caráter religioso, vale dizer, aquelas da “vingança” (ex parte agentis), da “expição” (ex parte patientis) e do “reequilíbrio” entre pena e delito.”(2002, p. 205)

Estas ideias nunca foram abandonadas completamente sobre o sistema penalístico, no século XIX surgiram dois novos modelos. Um de origem Kantiana que defendia a pena como uma retribuição ética, pois a lei detinha um valor moral que ao ser violado lhe era justificado a imposição de um castigo.

Segundo QUEIROZ:

“KANT, ao conceber a pena como um “imperativo categórico”, como um fim em si mesmo, que nenhum propósito persegue, rejeita, toda pretensão de lhe prestar fins utilitários ou de convivência política, ou que se justifique a partir daí, ou que tome em conta razões dessa índole, visto que “o homem não deve ser tratado como um puro meio a serviço do fim de outro ser, confundido com o objeto do direito real, porque isto é garantia de sua personalidade, embora ele possa ser condenado a perder sua personalidade civil”. Repudia-se, enfim, a instrumentalização do homem em favor de razões de utilidade social.”(2005, p.20)

O segundo modelo tinha origem hegeliana defendendo que a pena era uma retribuição jurídica, pois ao violar a ordem jurídica só poderia ser reestabelecida por uma violência em sentido contrário.

“Vale dizer: o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação). A pena é, portanto, a restauração positiva da validade do direito.”(QUEIROZ, 2005, p.21)

Essas versões, por mais fundamentada que se encontrem ainda não são sustentáveis visto que o dano causado que visa à aplicação da pena jamais poderá ser reparado, pois se trata de um ato que não pode ser desfeito. (FERRAJOLI, 2002, p.205-206).

Deste modo, estabelece a principal diferença entre o direito civil, onde o dano pode ser reparado e o direito penal, que tem a sua aplicação imposta por um ato que não pode ser desfeito, ou seja, a ação não poderá ser restaurada.

3. DIREITO PENAL MÍNIMO.

Neste capítulo discorreremos sobre o direito penal mínimo que nasce a partir de propostas de filósofos e penalistas com: Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta. A proposta elucidada por esses autores se aproximam das ideias do iluminismo, representado por Beccaria. Esta teoria vem sendo a mais destacada tendência da política criminal moderna. (GOMES, 2007, p.277)

E também falaremos sobre o abolicionismo que é uma forma mais radical dentre as correntes minimalistas.

3.1 PROPOSTA MINIMALISTA INTERMEDIÁRIA

Minimalismo penal, também chamado de Abolicionismo moderado não visa à extinção do direito penal e sim, minimizar a utilização destes na resolução dos conflitos, pleiteando deste modo, a não criação de novas criminalizações, e solicitando também uma descriminalização dos delitos já existentes, a despenalização (penas mais brandas) e principalmente a desprisionização que no nosso sistema penal se reflete quanto aos presos cautelarmente, devendo este ser evitado ao máximo. (GOMES, 2007, p.277)

Em síntese esta teoria visa utilizar o direito penal de forma proporcional, sendo aplicada apenas nos delitos que não podem ser reparados por outros meios, deste modo, a aplicação da pena considerando nosso sistema penal seria uma *ultima ratio*.

FERRAJOLI menciona que o Estado de direito é o que melhor define o modelo de direito penal Mínimo, pois tanto o Poder Público quanto o direito penal estão vinculados e limitados pela lei. O direito penal no que diz respeito à persecução penal e na imposição do que é penalmente relevante.

Contudo, o Estado de Direito nem sempre é dotado do direito penal mínimo em formato puro, mas de forma que as normas dentro deste ordenamento são mais tendenciosas ao mínimo ou ao máximo, convivendo entre si.

“Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos” (FERRAJOLI, 2002, p. 83)

Este instituto por ser condicionado e limitado, garante de forma ampla a liberdade de seus cidadãos frente ao poder punitivo do Estado, vez que estabelece uma forma racional e de certeza. Deste modo, todas as vezes que se depara com dúvidas, exclui-se a responsabilidade penal. A discricionariedade existe, contudo não para ampliar a aplicação da punibilidade, mas, restringi-las ou excluí-las. (FERRAJOLI, 2002, p. 84)

A certeza perseguida pelo direito penal mínimo é aquela “... em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.” Esta “certeza” ainda que relativa, é a que chega mais próxima, pois estabelece mecanismos concretos de verificação. (FERRAJOLI, 2002, p.85)

Nesse sentido ainda entende o mesmo autor que é necessário à prova da culpabilidade, ainda que esta seja subjetiva para que haja a condenação. Caso contrário deverá ser aplicado o *in dubio pro reo*, ou seja, presume-se sua inocência, sendo que apenas para condenar é necessária a certeza.(2002,p.85)

3.2 AS JUSTIFICAÇÕES UTILITARISTAS DO DIREITO PENAL

Os Utilitaristas não tem em mente a pena enquanto fim punitivo e sim quanto um meio. Este visa proporcionar aos seus cidadãos uma forma de proteção de seus bens fundamentais bem como segurança de sua nação. Neste caso a pena imposta

não deve ser uma retribuição ao dano causado, mas deve olhar para o futuro devendo emendar o réu e prevenir novos delitos, servindo a pena como exemplo. Não deve se punir o mal feito, e sim corrigir o infrator e prevenir os futuros criminosos.

Esta doutrina tornou-se base para todo pensamento reformador na época do iluminismo, pois separou devidamente a moral e o direito. Sendo a punição não mais uma vingança e sim meio de prevenir e garantir segurança ao cidadão e a sua comunidade.

Apesar de representar um pressuposto do garantismo penal e conseqüentemente do minimalismo, não é por si só suficiente, para justificar o porquê punir, pois dependendo da versão do utilitarismo adotado poderá fundamentar os modelos de direito penal máximo, como exemplo “os fins justificam os meios” elucidado por Maquiavel em o livro o príncipe. Leva-se em conta, deste modo, a supremacia do Estado em detrimento ao direito, a moral e etc, é chamada de *ex parti principis*. (FERRAJOLI, 2002, p.210-211)

Temos também dentro do utilitarismo o *ex parti populi* “...que tem como ponto de referência o bem-estar e a utilidade não mais dos governantes mas, sim, dos governados.” Ou seja, são para a utilização dos cidadão, que devem respeitá-las. Este é o modelo que representa de uma melhor forma a separação entre direito e moral, e se aproxima do modelo de direito penal mínimo e do garantismo penal, contudo ainda esta pode ter ambivalências, como exemplo utilizar a pena de morte em prol do bem-estar social, ou seja, impor uma tirania para garantir tal segurança. (FERRAJOLI, 2002, p.210-211)

O autor ainda menciona que dentro da justificação utilitarista devemos diferencia-las em duas espécies: quanto aos seus destinatários, em geral ou especial(coibir a pratica de novos delitos e corrigir o delinquente); e quanto à natureza das prestações da pena, positivas ou negativas.(FERRAJOLI, 2002, p.212)

A prevenção especial e prevenção geral positiva correspondem à função da pena como forma de correção do réu e a função da pena como forma de reforçar a fidelidade dos cidadãos ao seu ordenamento. Já a prevenção especial e prevenção

geral negativa são as que visam neutralizar o réu e desaconselhar seus cidadãos pela ameaça da aplicação da pena. (FERRAJOLI, 2002, p.212-213)

Segundo QUEIROZ para FERRAJOLI, a única justificação que se pode atribuir ao direito de punir é a da prevenção geral negativa, não apenas como as doutrinas clássicas apresentam prevenindo apenas os delitos futuros, mas de forma “reformadora” também, ou seja, as penas informais que acarretam reações publicam ou privadas arbitrárias. Estabelecem deste modo duas formas preventivas: as de futuros delitos e as reações desproporcionais que partam do particular ou até mesmo do próprio Estado.(2005, p. 68)

Ainda menciona o mesmo autor que FERRAJOLI considera esta segunda forma como o “fim fundamental” da pena, pois ainda duvida da prevenção de futuros delitos. Assim a prevenção geral delimita o “limite mínimo” das penas e a prevenção de vingança e penas arbitrárias determinam o “limite máximo” desta.(2005, p. 69)

“Com efeito, uma, a prevenção geral de crimes reflete o interesse da maioria não-desviada; a outra, a prevenção de reações sem controle, o interesse do réu e de todo aquele que é suspeito ou acusado como tal. Esses fins e interesses, é certo, entram em conflito, e são seus portadores as partes no processo penal contraditório; a acusação, interessada na defesa social e, por conseguinte, em maximizar a prevenção do castigo aos delitos; e a defesa, interessada na defesa individual e, portanto, em maximizar a prevenção das penas arbitrárias. E o direito penal nasce assim, da necessidade política e social de administrar esse conflito de interesse, objetivando controlar a violência (minimizá-la) e coibir o arbítrio.”(QUEIROZ, 2005, p. 60-70)

Deste modo, FERRAJOLI ainda não acredita na pena como forma de ressocializar ou reeducar, mencionando que esta tem apenas a função de impedir os cidadãos de se digladiarem, assim o direito não tem força de impor que este não seja malvado ou venha a se redimir. As penas privativas de liberdade não poderão exceder a dez anos, bem como devem ser abolidas gradualmente. O fim a ser perseguido por essa não é a pedagogia, mas devem ter sanções taxativas e determinadas, não havendo tratamentos diferenciados, também elucida contra a flexibilização no momento da execução da pena (livramento condicional, progressão de regime e tc.) devendo

estar ser certa e determinada não ficando sua concessão a critérios administrativos ou jurisdicionais.(QUEIROZ, 2005, p. 70)

Deste modo, a lei penal protegerá o mais fraco, ou seja, no momento da ação criminosa a vítima, já na fase processual o réu, pois este é o mais fraco perante o poder exercido pelo Estado. Assim o direito penal também tem a função de controlar a violência, mas este discurso ainda não é suficiente para proteger de uma intervenção máxima.

Segundo QUEIROZ

“Não é isso que pretende o “minimalista” FERRAJOLI, evidentemente; antes, se insurge enfaticamente contra tal tendência. Para ele, o direito penal *ideal*, por assim dizer, em face da exigência de *certeza e razão* que devem presidir a intervenção do Estado, é, necessariamente, um modelo de direito penal que represente a um tempo máximo de bem-estar possível para os não desviados (os não-delinquentes) e o mínimo de mal-estar para os desviados (os delinquentes), modelo que corresponde, assim, a um meio termo entre um modelo máximo de direito penal e o abolicionismo penal: um modelo de direito penal mínimo, enfim.”(2005 p.71-72)

Assim, entendemos o direito penal mínimo como aquele que está vinculado e condicionado a situações de absoluta necessidade. Protegerá o cidadão da potestade punitiva do Estado e além, estabelecerá um ideal de certeza e racionalidade quanto à intervenção penal. (QUEIROZ, 2005,p.72)

Portanto fica estabelecido uma ideia intermediária de intervenção penal, não sendo potestativa e valorativa, e nem de forma que não o faça necessário, como o modelo abolicionista e sim de forma moderada e racional.

3.3. ABOLICIONISMO

As tendências elencadas até o presente capítulo de algum modo legitima o sistema penal, sendo ele de forma máxima ou mínima, ou seja, estabelecem ao direito penal o direito e a legitimidade de punir.

Contudo ainda há um pensamento contrário a estas correntes, que menciona que o Estado não poderá exercer tal poder.

O abolicionismo penal como trata QUEIROZ, nega os fundamentos que embasa as teorias tradicionais de justificação do direito de punir, pretendendo "... a abolição imediata de todo sistema penal (direito penal, penitenciárias, judiciário, ministério público, polícias etc. com atribuições penais)."(2005, p.86).

Nega deste modo, o controle "formal" dos delitos, mas atribuem a outras formas chamadas "informais" esta função. Sendo estas feitas por instituições alternativas ou intervenções comunitárias como ocorre hoje na reparação civil, arbitragem, acordos, perdão e etc.

Um dos principais defensores desta obra Louk Hulsman, pois menciona que as penas são perdidas e deste modo trazem um sofrimento inútil.(GOMES, 2007,p.272)

Segundo GOMES apud HASSEMER E MUNÕZ CONDE (2007,p.272)

"a perspectiva abolicionista funda-se no seguinte pressuposto: "se o Direito penal é arbitrário, não castiga igualmente todas as infrações delitivas, independentemente do status de seus autores, e quase sempre recai sobre a parte mais débil e os extratos economicamente mais desfavorecidos, provavelmente o melhor que se pode fazer é acabar de vez por todas com este sistema de reação social frente à criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir qualquer benefício."

Sua fundamentação se pauta pela eliminação da punição Estatal, pois reconhece que suas vantagens são inferiores aos danos causados, sendo que cria mais problemas sociais do que os solucionam. Não podendo então sustentar sua existência.

3.3.1. Por que abolir o sistema penal?

O primeiro fundamento para tal abolição diz respeito à aplicação da pena que não cumpre com sua função de prevenção, em caráter geral e nem ao menos o especial. Vez que o temor pela aplicação da pena não leva a modificação do comportamento criminoso do agente, pois a motivação para delinquir deriva de várias causas, como sociais, culturais entre outras. Assim apenas a reincidência desmentiria a função preventiva da aplicação da pena. Serve a prevenção geral apenas como forma de legitimar a atuação do sistema.

Também a prevenção especial não acarreta resultados, pois a pena de prisão utilizada nos sistemas penais modernos em vez de socializar e integrar o infrator a sociedade, o confina em um ambiente “antinatural”, sofrendo efeitos contrários ao que deveria, como a dessocialização, o perverte, e o estigmatiza.

QUEIROZ apud BARATTA menciona que a prisão é apenas a ponta do *iceberg* de um sistema penal burguês, pois é neste momento que se revela a discriminação social, escolar, da assistência social e etc. O cárcere apresenta apenas a consolidação de uma vida criminosa.

Ainda salienta o mesmo autor que o sistema penal exerce um poder seletivo, onde sua clientela são os miseráveis, assim produzem e reproduzem as desigualdades sociais. Assim o direito, principalmente o direito penal, ao tratar os indivíduos através da igualdade formal, legitima a desigualdade material, visto que o direito penal criminaliza comportamentos próprios das classes mais baixas e isentam os comportamentos das classes altas, reproduzindo assim no as desigualdades sociais, pois assim o direito penal exerce sua seleção acobertando tal classe.

Estabelece também que o próprio sistema penal opera a margem da legalidade, ou seja, o sistema também viola os direitos humanos, pois é programado para não funcionar. Assim a demanda que essas agências operam é muito superior do que efetivamente suportariam, causando assim tal violação. São exemplos destas ilegalidades atos de tortura, duração muito prolongada dos processos penais, prisões provisórias que acabam sendo definitivas entre outras.

O sistema ainda intervém em apenas alguns crimes, pois o restante das ações criminosas não é registrado, ou seja, não são identificados os autores, quando os próprios crimes também não são conhecidos, quando prescritos ou até mesmo quando não consegue se provar a autoria ou materialidade delitiva, entre outros. Assim se a ação criminal punida é uma minoria, estatisticamente desprezível, porque existir um sistema que é ineficaz. Se este se revela desnecessário, pode-se aboli-lo.

O sistema ainda intervém não apenas no acusado do delito, mais também na vítima, causando um dano enquanto diz protege lá. Pois não permite que haja escolha desta quanto à criminalização do agente, nem tão pouca participação em seu próprio conflito. O delito é tratado como uma reificação, onde é limitado não podendo trazer soluções mais plausíveis, ou seja, mais opções para tentar satisfazer da melhor forma.

Quem cria o crime é a própria lei penal, é ela quem estabelece se esta ou aquela conduta será ilegal. Além de atuar sobre pessoas e não sobre toda uma circunstância. “Argumenta-se que todo o sistema penal gira em torno da ideia de culpabilidade individual (pessoal), desprezando por completo o ambiente ou o sistema social em que se insere.”

Assim, leva-se em conta apenas a culpabilidade individual e não as demais variáveis como: circunstâncias particulares, características culturais, sociais etc.

O sistema também funciona de forma reativa e não preventiva como deveria atuar. A pena é apenas uma forma de retribuir uma violência já causada, sendo uma forma de compensá-la. (QUEIROZ, 2005, p. 89-99)

Ainda há o atraso em sua aplicação, pois como o sistema penal gera uma investigação minuciosa, e também e também como já mencionamos o sistema não está preparada para as demandas que lhe são exigidas a aplicação da pena ocorre muito posteriormente à prática do delito. Não sendo o indivíduo o mesmo condizente com aquele momento da ação criminosa. Podendo este estar até mesmo restaurado e intergrado novamente ao corpo social.

4. DIREITO PENAL DO INIMIGO

Neste capítulo abordaremos a teoria do Direito Penal do Inimigo demonstrando desde sua construção, até o seu discurso atual.

4.1. TEORIA

Este modelo possui traços do chamado Direito Penal Moderno, em que se amplia o campo de atuação relaxando e flexibilizando os princípios e garantias penais do Estado de Direito. (MARTÍN, 2007, p.76)

Embora não se apresente de forma ampla em um Estado Democrático de Direito ainda encontra-se algumas manifestações que são questionáveis, pois este Estado é pautado em valores de igualdade, liberdade, tolerâncias e etc.

“O debate sobre um Direito Penal do inimigo, portanto, só pode ocorrer e ter sentido em relação ao Direito de sociedades democráticas que reconhecem e garantem direitos e liberdades fundamentais e que depositam o poder em autênticos e reais Estados de Direito.”(MARÍN, 2007, p. 79)

Não tendo nexos, questionar esta teoria quando nos deparamos com um Estado totalitário, pois este é revestido de arbitrariedades não estipulando nenhum tipo de garantia.

4.1.1. Gunther Jakobs

O Direito Penal do Inimigo consiste em um conceito doutrinário e também um modelo de política criminal que foi desenvolvida inicialmente pelo penalista Alemão Gunther Jakobs e posteriormente esta teoria foi disseminada pelo mundo e adotada,

mesmo que de forma velada, em numerosas políticas criminais de países que adotam o sistema Democrático de Direito.

Segundo MASSON (2009,p.82) Jakobs começou a traçar as primeiras linhas desta teoria em 1980, voltou seu estudo no final de 1990 e em 2003 perfez a sua postura através de sua obra doutrinária.

Jakobs é professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Alemanha. E com esta tendência pôs em discussão a efetividade do Direito Penal que é pautado em garantias indo contramão dos ideais da maioria adotando um Direito Penal do autor.

4.1.2. Dois direitos Penais direcionados aos Cidadãos e Inimigos.

Para o Penalista Jakobs, há dois tipos de indivíduos: os denominados inimigos que se diferenciam dos chamados cidadãos. Assim o autor estabelece o Direito Penal para o inimigo e outro para os cidadãos.

4.1.2.1. Cidadãos

O Direito Penal do cidadão estabelece a regulamentação dos delitos e sanções dos indivíduos que se desviaram de forma “eventual”, havendo apenas um abuso nas relações sociais nas quais atuam.

Deste modo, se mantém seu *status* de cidadão, continuando a ser sujeito de Direito. Isto ocorre, pois o autor da conduta contrária à ordem jurídica não visa destruí-la, mas dá garantias de sua fidelidade e terá como dever a reparação.

4.1.2.2. Inimigos.

Já quando aos indivíduos que demonstram uma conduta oposta, não tendo mais a postura de um cidadão, faz surgir à figura do inimigo que é caracterizado mediante a participação em organizações criminosas, atividades terroristas e tec.

Para MASSON o inimigo é aquele que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desorganizá-la ou até mesmo destruí-la. Este indivíduo revela um comportamento contrário a estas ordens, não as aceitando como forma de organização social. Como não consegue aceitá-las, demonstra que não é um cidadão, portanto todas as garantias inerentes às pessoas de bem não são aplicadas a ele. (2009, p. 83)

O meio de subsistência destes criminosos vem da atividade ilícita, não a tendo como uma eventualidade. Não reconhecem o ordenamento jurídico, e não são reconhecidos como sujeitos de Direito. (MARTÍN, 2007, p. 81-82)

“As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não ocorrem no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, mas naquelas que são na verdade a expressão e o expoente da vinculação desses indivíduos a uma organização estruturada que opera à margem do Direito, e se dedica a atividades inequivocamente “delituosas”. É esse o caso, por exemplo, dos indivíduos pertencentes a organizações terroristas, de narcotráfico, de tráfico de pessoas etc., e, em geral, de quem desenvolve atividades típicas da chamada criminalidade organizada.” (MARTÍN, 2007, p. 82-83)

Quando praticam reiteradamente crimes tornando habitualidade e profissionalismo e por estarem inclusos em organizações criminosas demonstram a profunda negação que tem em relação aos princípios que fundamentam a criação do ordenamento jurídico, representando então um perigo para a ordem e conseqüentemente a existência da sociedade. Além de não garantirem um comportamento pessoal seguro.

Dentro desta perspectiva, não tendo o indivíduo capacidade cognitiva mínima de garantir segurança e nem ao menos de ser combatido pelo Direito Penal do Cidadão, emerge o Direito Penal do Inimigo. (MARTÍN, 2007, p.83-84)

4.1.3. Função do Direito Penal do Inimigo.

Segundo GOMES (2007, p. 295) Jakobs sustenta que o Direito Penal do Inimigo tem como função principal a proteção da norma e conseqüentemente a ordem jurídica e só de forma indireta tutelar os bens jurídicos fundamentais.

Por este motivo seria necessário à criação de um Direito Penal diferenciado (do Inimigo) para que este Estado seja protegido.

Portanto a função deste modelo está na proteção sistêmica através do reconhecimento e afirmação da norma.

4.1.4. Como tratar o Inimigo?

Para GOMES (2007, p. 295) o inimigo por não ser um sujeito de direito e por isso perder a sua qualidade de pessoa, não possui então direitos fundamentais devendo ser tratado de forma coativa, devendo ser punido pela sua periculosidade e não pela culpabilidade.

“O inimigo, assim, não pode não pode gozar de direitos processuais, como o da ampla defesa e o de constituir defensor, haja vista que, sendo uma ameaça à ordem pública, desconsidera-se sua posição de sujeito na relação jurídico-processual. Possível, inclusive, a sua incomunicabilidade. Em uma guerra, o importante é vencer, ainda que para isso haja deslealdade com o adversário.” (MASSON, 2009, p. 84)

A punição contra o Inimigo almeja seu futuro, chamado Direito Penal Prospectivo, no que tange ao que poderia ser e não o seu passado, assim antecipa a tutela penal punindo através de atos preparatórios ainda que a pena seja desproporcional. Logo o inimigo é sempre pego em estágio prévio, justificado pelo seu alto grau de periculosidade.

Ocorre ainda a relativização dos princípios de reserva legal e da estrita legalidade, pois como as ações destes grupos nem sempre são previsíveis não sendo estabelecida no tipo penal usa-se então a relativização e até a ampliação subjetiva deste pra enquadramento do criminoso.

Quando encontrado na tipificação, esta pena deverá ser majorada para que este agressor seja controlado.

4.1.5. Fundamento filosófico.

O autor embasou sua teoria nas ideias de Jean Jacques Rousseau, pois o inimigo surge como a figura que guerreia contra o Estado e desrespeita o contrato social, deixando então de ser um membro. Também se inspirou nos ideais de Immanuel Kant, que sustenta que a pessoa que agride a ordem do Estado deve ser tratada como inimiga. (MASSON, 2009, p. 83)

5. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO.

Neste capítulo, serão abordadas as leis que tem como inspiração o Direito Penal do Inimigo, bem como as políticas criminais e penalizações antes de sentença penal condenatória que possuem esta tendência maximalista.

5.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL BRASILEIRO.

O Direito Penal do Inimigo tem como característica a flexibilização das garantias fundamentais e a divisão de aplicação de penas mais graves por suposições de culpabilidade e periculosidades futuras. Assim, todas as políticas criminais e de Direito processual e penal que adotam essas aspirações e seleções tendem a afirmar esta teoria.

5.1.1. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

O chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) foi introduzido pela Lei de Execuções Penais, 7.210 de 11 de julho de 1984, que permite um tratamento diferenciado ao sentenciado disciplinando o seu cumprimento de pena.

Para que esta forma de disciplina seja aplicada dispõe a Lei em seu artigo 5º, incisos e parágrafos.

“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1^a O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2^o Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”(<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11697884/artigo-52-da-lei-n-7210-de-11-de-julho-de-1984>)

A primeira hipótese de remeter o preso para o regime disciplinar diferenciado consiste na prática de crime doloso que cause subversão a ordem ou disciplina interna, neste momento se puniu pelo o que o sentenciado efetivamente fez.

Contudo a hipóteses elencadas no parágrafo 1^o e 2^o pune-se pelo perigo que este infrator apresenta e não por algo que efetivamente o fez. Sendo estas inspiradas no Direito Penal do Inimigo.

As características do RDD se dão nos incisos, I ao IV do artigo 52 da LEP, Lei de Execuções Penais. Podendo ter duração máxima de um ano, podendo ser repetido até 1/6 da pena caso haja nova falta grave. Ficará o sentenciado em cela individual, poderá receber duas visitas semanais por duas horas, sem contar as crianças e tomará banho de sol pelo período de duas horas diárias.

Segundo GOMES, não seria inconstitucional o sistema de RDD, se a corresponder-se o que a LEP prevê e se este isolamento se aplica por uma questão concreta como a hipótese do Art. 52. Diferente dos parágrafos 1^o e 2^o, pois estes estão fundados em mera suspeita que o agente faça parte de organizações criminosas e por isso é perigoso para se manter em regime usual. Assim, segundo este autor

acaba-se praticando *bis in idem*, pois se realmente fora praticado a participação em organização criminosa este fora sentenciado com pena, não podendo além desta cumprir mais uma restrição em cumprimento de pena. Já para os que não foram sentenciados desta maneira, ainda ocorre pior aflição por mera suspeita de integrar organizações criminosas.

Segundo Gomes apenas provas concretas e inequívocas poderiam justificar tamanha violação ao bem jurídico liberdade. (2007, p.298)

Para resguardar a ordem da instituição, bastaria a ocorrência da previsão de manter por trinta dias de forma isolada como já há previsão na LEP.

5.1.2. Regime de Segurança Máxima.

Agregou-se ao Artigo 52 um nono dispositivo chamado de Regime de Segurança Máxima, que terá duração máxima de 720 dias podendo ser prorrogado, desde que o recluso tenha indícios de participação em organizações criminosas, poderá recair tanto para presos provisórios quanto para os condenados. (GOMES, 2007, p. 298)

O objetivo destas medidas é para conter as ligações dos detentos com as organizações criminosas.

5.1.3. Prisões cautelares.

Em nosso Ordenamento Jurídico o que se presunção é a inocência onde até provado e decretado sentença definitiva estabelecendo a condenação do acusado este será presumido inocente dos fatos alegados, assim o que deverá ser provado é a culpa e não a inocência, pois esta é presumida desde o princípio.

Para doutrinadores como FERRAJOLI em nenhuma hipótese é legal manter recluso alguém que não passou por um devido processo legal.

Em outra linha, em nosso ordenamento jurídico, a doutrina convencional defende que a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988), visto que a mesma prevê a possibilidade de prisão provisória em caso de flagrante e em crime inafiançáveis, Assim respaldado pela súmula 9 do STJ o legislador infraconstitucional poderá disciplinar este tipo de prisão sem ofensa a presunção de inocência.(CAPEZ, 2012, p. 329)

Contudo para que verdadeiramente não viole a presunção de inocência Fernando Capez menciona que precisarão ser preenchidos os requisitos de aplicação sendo estes o *fumus boni iuris e periculum in mora*, caso contrário haverá sim a violação ao princípio da presunção de inocência, apesar disso ainda será uma medida excepcional, pois mesmo que encontrados só será imposta quando outra medida menos gravosa encontrada no artigo 319 do código de processo penal não for capaz de assegurar. (2012, p. 329)

5.1.3.1. Medidas Cautelares Alternativas.

A norma inovou ao estabelecer em seu artigo 319, medidas acautelatórias diferente da prisão. Essas alternativas são capazes de tutelar de forma eficaz os fins do processo sem a necessidade de uma medida mais drástica (prisão preventiva). Ela está entre a decretação da prisão e a liberdade provisória. Estas medidas acautelatórias que antes não existiam restringiu a aplicação da prisão preventiva, se aproximando ainda mais do modelo garantista proposto por Ferrajoli. Contudo ainda poderá haver a decretação em crimes mais graves e quando encontrados os requisitos, fato que o garantismo não admite. Sendo então ainda uma medida arbitrária fundada em suspeitas que se aproximam do Direito Penal do Inimigo, por não resguardar o devido processo legal.

Essas medidas estão elencadas no artigo 319, I a IX, do CPP. Sendo elas: comparecimento obrigatório em juízo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de manter contato com pessoas determinadas; proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar em dias de folga e no período noturno; suspensão da função pública ou de atividade econômica; internação provisória do

acusado inimputável ou semi-imputável; fiança em casos que se admite e monitoração eletrônica.

Apesar de ser uma forma mais branda que a prisão, ainda assim é estipulada uma punição e de maneira muito mais abrangente, podendo ser decretada com mais facilidade, ou seja, a presunção de inocência será violada ainda que de forma velada, ampliou-se o campo de aplicação das punições antes de sentença penal condenatória transitada em julgado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, abordamos sobre o Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Assim, discutimos até que ponto a teoria de Jakobs caberia dentro do sistema Brasileiro por este ter predominância no garantismo. Para tanto, utilizamos obras de doutrinadores renomados como: Fernando Capez, Luis Flávio Gomes e Luis Gracia Martín entre outros.

No primeiro capítulo, relatamos sobre o Direito Penal máximo o qual pauta seus delitos e forma instrumental de processo em verdades valorativas, também chamadas de substancialista, visto que não estabelecem parâmetros para alcançá-las, predominando assim o “*in dubio contra reum*”, esses modelos foram exemplificados através do direito penal germânico, canônico e inquisitivo.

No segundo capítulo descrevemos o Direito Penal mínimo, modelo este tendente a ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual visa à mínima intervenção ou o mínimo sofrimento possível ao apenado, defendendo sempre o mais fraco frente ao mais forte. Também narramos neste capítulo o modelo abolicionista visão mais radical na qual seus defensores estabelecem a total e imediata extinção de todo o sistema penal, indicando meios “não penais” para a solução dos conflitos.

No terceiro capítulo, expusemos a teoria de Jakobs que diferencia o direito penal do inimigo e o direito penal para os demais cidadãos. O direito penal para o inimigo, o indivíduo que tem como meio de subsistência a vida delituosa sendo ele participante de organizações criminosas, não lhe resguarda direitos e deveres, pois segundo Jakobs este não reconhece os preceitos do ordenamento visando sempre destruí-lo. Assim o que resta ao Estado é combatê-lo e destruí-lo. Diferentemente do direito penal dos demais cidadãos que ao violar a ordem jurídica, é resguardado seus direitos e deveres, pois fora apenas uma eventualidade.

No quarto Capítulo abordamos o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) o Regime de segurança máxima e as Medidas Cautelares. Pois estes de algum modo tendem a selecionar seus usuários aplicando a eles um Direito Penal diverso dos demais cidadãos, por apresentarem algum tipo de risco social. Assim, para esses indivíduos que muitas vezes são apenas suspeitos seu regime é asseverado mesmo que de forma legalizada para que este seja combatido, e não apresente mais perigo social, mesmo que apenas enquanto estiver detido.

Deste modo, concluímos que estas medidas de características máximas não caberiam em um Ordenamento Jurídico predominantemente garantista como o Brasileiro.

Segundo GOMES:

“O Estado constitucional, democrático e garantista de Direito é o que procura o equilíbrio entre segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais de liberdade do ser humano. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao referido modelo de Estado.” (2007, p. 298)

Portanto, ao aplicá-las esta estaria ofendendo a predominância do Estado, não podendo nem ao menos ser justificadas.

Contudo, se aplicarmos outro olhar, e vislumbrarmos que nenhum Estado Democrático de Direito é puramente garantista, podemos mencionar que essas medidas em caráter de exceção poderão ser aplicadas, sem ferir a própria existência Estatal. Sendo as medidas cabíveis ante a realidade criminosa dos dias atuais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2 Ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal esquematizado- Parte Geral**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Site:

Disponível em: (<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11697884/artigo-52-da-lei-n-7210-de-11-de-julho-de-1984>) Acesso em : 08 de Dezembro de 2013.