



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP

WILLEN ECCARD SALGADO DA SILVA

MATRÍCULA: 2010.1.361.072

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SUA RELAÇÃO COM O REGIME
DISCIPLINAR DIFERENCIADO

RIO DE JANEIRO

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP
GRADUAÇÃO EM DIREITO

WILLEN ECCARD SALGADO DA SILVA

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SUA RELAÇÃO COM O REGIME
DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Elizabeth Sussekind.

Rio de Janeiro

2015

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a Deus pelo o dom da vida e o dom da saúde. Obrigado por transformar choro em sorriso, fraqueza em fé, dor em força e sonho em realidade.

A esta universidade federal, seu corpo docente e funcionários que juntos com os alunos transformaram o curso de Direito da UNIRIO em referência no âmbito nacional, ficando sempre bem colocado na classificação de aprovação no Exame da Ordem (OAB).

A minha orientadora e professora, Elizabeth Sussekind, por todos os ensinamentos e conselhos.

Agradeço e reverencio a minha amada família, pelo apoio, incentivo e amor incondicional. Não existem palavras suficientes e significativas para agradecer vocês com o devido merecimento. Gratidão máxima por vocês, meus amados. “Família não é uma coisa importante. É tudo”.

Agradeço também aos meus amigos do Direito-UNIRIO, dos Jogos Jurídicos, da Associação Atlética Acadêmica Tiago Félix e do time decacampeão de futebol (UNIRIO F.C.- Gigante da Urca). Muito obrigado pela amizade, grupo de estudo, resenhas, risadas, festas, jogos e barzinhos. Agradeço por transformarem a minha vida acadêmica em um período muito especial.

***Bom mesmo é ir a luta com
determinação, abraçar a vida e
viver com paixão, perder com
classe e vencer com ousadia, pois
o triunfo pertence a quem se
atreve e a vida é muito bela para
ser insignificante.***

Charlie Chaplin

RESUMO

A presente monografia visa analisar criticamente o Direito Penal do Inimigo, teoria criada pelo professor alemão Gunther Jakobs, para examinar a compatibilidade dessa teoria com o ordenamento jurídico-penal dos Estados Democráticos de Direito, modelo de Estado adotado pelo o Brasil.

No primeiro capítulo, são explorados a origem, as características, conceito e a aplicação do Direito Penal do Inimigo. No segundo capítulo, é estudado o Estado Democrático de Direito, confrontando com as ideias da teoria de Jakobs. No final do capítulo, é abordada a penetração do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. No terceiro e último capítulo é analisada uma sanção disciplinar do ordenamento jurídico brasileiro, chamada de Regime Disciplinar Diferenciado, que é exemplo dessa penetração ou apenas uma influência da teoria de Jakobs no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Gunther Jakobs. Estado Democrático de Direito. Regime Disciplinar Diferenciado.

ABSTRACT

This monograph aims to review the Criminal Law of the Enemy, theory created by German teacher Gunther Jakobs, to examine the compatibility of that theory with the legal and penal systems of the Democratic States of Law, State model adopted by Brazil.

In the first chapter, the origin is explored, characteristics, concept and implementation of the Criminal Law of the Enemy. In the second chapter, the democratic state is studied, confronted with the ideas of Jakobs theory. At the end of the chapter, the penetration of the Criminal Law of the Enemy in the Brazilian legal system is covered. In the third and final chapter, it is considered a disciplinary sanction of the Brazilian legal system, called the Differentiated Disciplinary Regime, which is an example of penetration or only an influence of Jakobs theory on parental order.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Gunther Jakobs. Democratic state. Differentiated Disciplinary Regime.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. CAPÍTULO I- Análise da teoria do Direito Penal do Inimigo.....	11
2.1 O surgimento da teoria.....	11
2.2 A base teórica filosófica da teoria.....	14
2.3 Filiação com a teoria dos Sistemas de Luhmann.....	15
2.4 Principais características do Direito Penal do Inimigo.....	16
2.4.1 A antecipação da tutela penal.....	17
2.4.2 A relativização de garantias penais e processuais.....	19
2.5 Quem é o “inimigo” na sociedade brasileira?.....	20
3. CAPÍTULO II - A penetração do Direito Penal do Inimigo no Estado Democrático de Direito.....	23
3.1 Estado Democrático de Direito.....	23
3.2 Direito Penal do Inimigo, de maneira oposta, a proteção aos direitos e garantias fundamentais.....	26
3.3 A penetração das ideias dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro.....	31
4. CAPÍTULO III – Regime Disciplinar Diferenciado, uma influência do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro	32
4.1 Histórico, conceito e características do Regime Disciplinar Diferenciado.....	32
4.2 A relação do Regime Disciplinar Diferenciado com o Direito Penal do Inimigo, se opondo ao Estado Democrático de Direito.....	40
4.2.1 Aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado para os inimigos do Estado.....	41

4.2.2 A antecipação da sanção com caráter preventivo e cautelar.....	42
4.2.3 O isolamento do detento como finalidade do RDD.....	43
4.3 Principais julgados sobre o Regime Disciplinar Diferenciado.....	44
5. CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.....	51

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea convive com um paradoxo: de um lado, luta pela consolidação do Estado Democrático de Direito, do outro lado, sustenta a supressão (parcial ou até mesmo total) dos direitos e garantias fundamentais aos autores de certos tipos penais graves. É nesse contexto que se enquadra o tema da presente monografia. O Direito Penal do Inimigo (DPI) é uma teoria elaborada pelo doutrinador e professor alemão Günther Jakobs, que busca combater de uma forma mais severa os crimes praticados por alguns autores que, devido a sua periculosidade perante a sociedade, não são dignos dos mesmos direitos dos indivíduos que não apresentam um grau elevado de periculosidade. Desde 1985, o DPI, teoria surgida na Alemanha, vem se espalhando pelo mundo, sendo incorporado em vários ordenamentos jurídicos, inclusive tendo algumas ideias enraizadas no ordenamento brasileiro.

Atualmente, o Direito Penal possui intrínseca relação com os direitos e garantias fundamentais, visto que esses possuem como função a contenção desse ramo do Direito. O Direito Penal é de fundamental importância, visto ser responsável pela proteção dos interesses e valores mais essenciais à sociedade.

Devido ao sentimento de insegurança, grande parte da sociedade, sob significativa influência da mídia, vem assumindo discurso pautado na radicalização do tratamento dado ao autor do ato ilícito. Radicalização que inclui a ampliação da pena e a pena de morte como soluções para controlar a violência urbana.

Ao longo dessa monografia será analisada a intenção do legislador em introduzir as ideias do Direito Penal do Inimigo (DPI) nas leis penais e processuais penais, fato que pode colidir com os direitos e garantias constitucionais e o Estado de Direito.

Em uma segunda fase, a monografia abordará a influência do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo uma análise crítica desse fato. Entendemos que o exemplo mais clássico das ideias do Direito Penal do Inimigo incorporadas na legislação pátria é a instituição da lei do Regime Disciplinar Diferenciado.

É inegável que a pressão e a influência da mídia e da população sob o legislador, o que o torne propenso a conter o clamor por mais rigor através de leis cada vez mais rígidas. É esse um dos motivos para o surgimento de leis de conteúdo imediatista, que buscam a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, o endurecimento das penas e a antecipação da punibilidade. Todas essas são características da teoria do Direito Penal do Inimigo. Assim sendo, está sendo aplicado o direito penal do autor e do punitivismo, lembrando o ultrapassado Estado Absolutista, valorizando o perigo abstrato do indivíduo, o “inimigo” da sociedade. Logo, para esse indivíduo, a pena será antecipada ou/e desproporcional em relação a outras pessoas.

2. CAPÍTULO I- ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 O surgimento da teoria:

Hans Welzel, mentor da teoria finalista da ação, teve como discípulo o professor alemão Gunther Jakobs. No entanto, este desenvolveu a teoria do funcionalismo sistêmico ou radical, ocasionando o distanciamento das ideias de seu mentor. Resumidamente, a teoria do funcionalismo sistêmico¹ entende que o Direito Penal tem por objetivo principal a proteção das normas do ordenamento jurídico e, em segundo plano e de forma indireta, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (JAKOBS, 1997).

É importante destacar que a análise do termo “inimigo” e o seu uso no campo do Direito Penal não são novidades trazidas pelo professor alemão.

Desde a Roma Antiga, o termo “inimigo” era difundido. O Senado Romano, usando sua autoridade, poderia cercear um cidadão dos seus bens e direitos desde que ele fosse considerado inimigo público. Adiante do poderio da religião durante a Idade Média, o herege era considerado inimigo do povo e da fé, e a Inquisição era a responsável por restringir os direitos e persegui-los. A partir da década de 1930, na Alemanha nazista, eram considerados inimigos os judeus e os indivíduos não arianos, como os negros, os ciganos, entre outros. Em razão disso foram vítimas do histórico extermínio, conhecido como Holocausto (SÁNCHEZ, 2002).

Entretanto, na época da Guerra Fria, período que se estendeu de 1945 até 1991, o mundo estava polarizado entre o socialismo e o capitalismo, e a ideia de “inimigo” se manteve baseada nessa dicotomia. Nesse mesmo caminho, nos países capitalistas, os ideais socialistas e os seus defensores eram consideradas como contrárias aos interesses da sociedade; e nos países socialistas, acontecia o

¹ NIKITENKO, Viviani Gianine. FUNCIONALISMO-SISTÊMICO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. Disponível: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/688/414>. Acesso em 10 de abril de 2015. “O funcionalismo-sistêmico, também conhecido como funcionalismo estratégico, tem como principal proponente Günther Jakobs e fundamenta-se na teoria dos sistemas do sociólogo Niklas Luhmann, que tem como preocupação central a sociedade moderna, caracterizada pela complexidade e pela diferenciação funcional. Assim, indispensável se faz a síntese de alguns conceitos da teoria luhmanniana para ingressar no tema proposto”.

contrário, o ideal capitalista e a burguesia eram classificados como inimigos (SÁNCHEZ, 2002).

Através dessa breve análise histórica, podemos notar que o inimigo nem sempre é o mesmo, em razão do lapso temporal e dos momentos distintos pelos quais passam as sociedades/países.

Através do Programa de Marburgo (1822)², elaborado pelo professor austríaco Franz Von Liszt³, é possível notar que o termo “Direito Penal do Inimigo” também não é algo inédito, visto que o autor já utilizava o mesmo sentido dessa expressão. Mas, se esse termo não é novo, porque as ideias de Gunther Jakobs provocaram tamanha polêmica e discussão? O jurista Raul Zafaroni, explica dessa maneira: “Jakobs teve coragem de expressar com palavras precisas e claras aquilo que outros diziam de maneira confusa (ZAFFARONI, 2005, p. 157)”.

Jakobs realmente começa a formular a teoria do Direito Penal do Inimigo em 1985 em um congresso de professores de Direito Penal em Frankfurt. Todavia, devido ao ato terrorista ocorrido nos Estados Unidos da América, em 11 de setembro de 2001, o tema foi enormemente divulgado, influenciando diversos países em suas áreas jurídico-penais, em razão das orientações tomadas pelos americanos (JAKOBS e MÉLIA, 2007).

Após esse atentado, houve grande incremento na luta antiterrorista e no tratamento de inimigo dado aos terroristas. Os atentados contra as embaixadas dos EUA na África, em 1998, foram reinterpretados, o que foi agravado pelos ataques de 2004 em Madri, e de 2005 em Londres. Assim sendo, o terrorismo não é mais considerado um problema nacional ou interno, mas sim transnacional, podendo estar presente em conflitos bem diversos, sejam eles religiosos, econômicos, culturais, dentre outros.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral - 2013. Editora Saraiva.

“Em 1882, Von Liszt ofereceu ao mundo jurídico o seu famoso Programa de Marburgo (1822) — A ideia do fim no Direito Penal, verdadeiro marco na reforma do Direito Penal moderno, trazendo profundas mudanças de política criminal, fazendo verdadeira revolução nos conceitos do Direito Penal positivo até então vigentes”.

³ Idem. “Franz Von Liszt (1851-1919) foi um modernizador do Direito Penal, propondo repensá-lo desde a ótica de uma política criminal que tenha na pena uma ferramenta estatal na luta contra o crime, inclusive com fundamentos científicos da criminologia e da penologia”.

Diante desse cenário, o mundo convive com a sensação de insegurança e medo, levando à consequências no âmbito jurídico-penal: punitivismo estatal, endurecimento das legislações penais, desrespeito aos direitos fundamentais e outros. Entretanto, é importante pontuar que o tráfico de drogas, crime organizado e a violência sexual também são crimes que levam a reações semelhantes de parte da sociedade e do Estado, e, logo, são crimes também tratados pela lógica da teoria do Direito Penal do Inimigo (MORAES, 2008).

No ensinamento de Alexandre Moraes, “a construção teórica do Direito Penal do Inimigo ocorreu em dois momentos distintos, nos quais o mentor chegou a diferentes ideias acerca do mesmo tema (idem, p.53)”.

O primeiro momento é em Frankfurt em 1985, no já mencionado congresso de Direito Penal, aonde Jakobs criticou a antecipação da pena diante da lesão ao bem jurídico. O Direito Penal do Inimigo (DPI), que é o oposto do Direito Penal do cidadão, equivale Direito Penal de Emergência. Naquele momento, tomando como base o Direito Penal Democrático, o professor adotou postura crítica em relação a sua própria teoria.

Em 1999, considerado como o segundo momento da construção da teoria de Jakobs, houve mudança no tratamento do DPI. Em outra jornada de professores de Direito Penal, agora em Berlim, houve uma radicalização do tratamento anteriormente dado ao tema. Isso ocorreu porque Gunther não adotou mais a análise crítica do Direito Penal do Inimigo, ao afirmar que, diante da globalização e da sociedade de riscos, o DPI teria que ser imposto aos indivíduos que tivessem se afastado permanentemente do Direito.

As ideias desse segundo momento foram novamente debatidas e analisadas em 2003, com a publicação da obra “Derecho Penal del enemigo” dos professores Gunther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, influenciados, possivelmente, com o atentado terrorista de 11 de setembro. Jakobs busca nesse trabalho reafirmar suas ideias, defendendo e explicando de forma precisa o Direito Penal do Inimigo, baseando-se em ideias filosóficas e conceituando termos como: cidadão, inimigo, pena, Estado de guerra e outros. É nessa fase que ele busca legitimar e mostrar a necessidade da aplicação do DPI, propondo tratamento de não-pessoa aos indivíduos considerados inimigos (JAKOBS e MÉLIA, 2007).

A teoria de Jakobs é caracterizada por alguns critérios:

supressão dos direitos fundamentais, a troca de um Direito Penal por outro mais opressor, significativa antecipação da pena e a falta de redução proporcional da punibilidade. E entende que o DPI não é mais uma alternativa, mas sim o Direito Penal legítimo para atender aos anseios da sociedade insegura diante dos inimigos. (idem, 2007, p.60).

Com essa ideia, Jakobs deixa claro que o DPI é legítimo e que edição de lei mais severa e menos garantista é primordial para atender o clamor popular.

2.2 Base teórica filosófica

Gunther Jakobs, na obra “Direito Penal do Inimigo”, utiliza premissas filosóficas para construir sua teoria, baseando-se nos filósofos Thomas Hobbes, Rousseau, Fichte e Immanuel Kant. Adotar essas premissas foi fundamental, visto que elas explicam a necessidade de um regime de exceção para certos indivíduos e segregam o inimigo do cidadão (JAKOBS e MÉLIA, 2007).

Não é coincidência que os quatro filósofos supracitados sejam contratualistas, visto que o Direito Penal do Inimigo apresenta uma correlação com as teorias contratualistas sobre a origem do Estado. Todos esses filósofos fazem a distinção do inimigo e do cidadão, tendo como base, a teoria contratualista: aquele é o indivíduo que desrespeita as regras previstas no contrato social e esse é o indivíduo que se submete e respeita as normas do contrato. Entretanto, a teoria jakobiana se assemelha mais com as ideias de Kant e Hobbes, visto que são ideias mais moderadas em relação à posição mais radical de Rousseau e Fichte. De acordo com Jakobs, a posição mais radical defende que o inimigo da sociedade seria todo infrator que, ao cometer o delito, determina a sua ruptura com o contrato social. Logo, com o desrespeito do pacto social, o infrator perde a sua posição de cidadão. Já Kant e Hobbes, defendem que nem todos os infratores são inimigos, mas só aqueles que cometem o delito por princípio ou que se distanciam permanentemente do Direito (premissa semelhante as ideias de Jakobs). (idem, 2007).

Com essa influência filosófica, Jakobs recebeu muitas críticas, principalmente porque essas premissas não respeitam o Estado Democrático de Direito, e porque foram formuladas em outro contexto histórico. Apesar da importância e da intelectualidade desses filósofos, as críticas utilizam conceitos inconciliáveis com os

Estados Democráticos de Direito, como inimigo, supressão radical dos direitos e garantias constitucionais, direito de exceção, etc...

2.3 Filiação com a teoria dos Sistemas de Luhmann

O Direito Penal do Inimigo é pautado também na teoria dos Sistemas do sociólogo alemão Niklas Luhmann que protege o funcionalismo sistêmico, no qual o objetivo das normas seria de garantir as expectativas.

Nessa teoria, de acordo com Luhmann

a convivência humana é comparada a uma engrenagem, onde existe uma interdependência recíproca entre o Direito e a sociedade, no qual o Direito teria o encargo de organizar e instituir limites nessa convivência. Logo, é evidente que com essa organização, o ser humano conviva em sociedade com maior harmonia, sabendo dos limites, deveres e dos direitos dos outros indivíduos; tendo a norma jurídica o papel de assegurar as expectativas de condutas do cidadão (LUHMANN, 2007, p.32).

Segundo esse sociólogo, para determinar o objetivo do direito na sociedade é fundamental analisar a forma que ele se estrutura e diferencia as expectativas normativas. Ele explica assim:

O comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na dimensão social essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. (...) Dada a crescente complexidade social isso exige uma diferenciação dos diversos planos da abstração (idem, 2007, p.21).

Assim sendo, Luhmann aduz: “o direito promove a generalização congruente de expectativas normativas”. “Generalização” porque o juízo para o entendimento do sistema jurídico não pode ser subjetivo ou individual. O termo “congruente” equivale à generalização da segurança do sistema em três dimensões: material, social e temporal. Já a expressão “expectativas normativas” significa as expectativas que não são compatíveis com as frustrações. Assim sendo, o Direito almeja apenas garantir as expectativas (idem, 2007, p.47).

A “frustração” é um conceito que advém da expectativa, que nada mais é do que uma antecipação do futuro. É possível conviver com essas frustrações de duas maneiras: harmonizar a situação que a frustrou com a expectativa criada ou fica contra a tal situação. Na primeira hipótese, ocorre à expectativa cognitiva que se harmonizou com a situação que não era esperada, logo, nasce à frustração. Na segunda hipótese, ocorre a expectativa normativa que tem que ter firmeza contra a situação que a frustrou. De acordo com Luhmann, por meio da normatização no direito, essas duas vertentes, de conviver com a frustração, encontram a sua estabilidade (idem, 2007).

Em uma das suas obras, Jakobs defende a relevância da conservação das expectativas normativas:

Si se considera, por ejemplo, La norma primaria “no matarás”, y se añade la norma secundaria “y si lo haces, serás castigado”, no bastará, em caso de que haya hominidios em masa, que se pene también en masa; por el contrario, no deberán producirse hominidios masivos si se quiere que La realidad Del Derecho no se vea afectada. Dicho sea de paso, no es posible llevar a cabo puniciones masivas ya por el hecho de que La coacción estatal es um recurso que no puede incrementarse indefinidamente. Por ló tanto, si la norma primaria sufre erosión, su vigencia acaba por uma doble razón: nadie puede seguir tomando em serio la expectativa normativa, y no habrá sanción regular (JAKOBS, 2001, p.42).

2.4 Principais características do Direito Penal do Inimigo:

Atualmente, as sociedades estão apostando em estratégias severas para combater o “inimigo”, tendo algumas dessas identificadas na teoria do Direito Penal do Inimigo (DPI). Segundo Alexandre Moraes, algumas delas seriam:

- 1) Certas mudanças na Execução Penal, como: Regime disciplinar diferenciado;
- 2) Ordenamento jurídico ou lei que se identificam com o termo “lei ou ordenamento de luta ou combate” ou termo similar;
- 3) Antecipação da punibilidade;
- 4) Supressão ou restrição de garantias penais e/ou processuais;
- 5) Desproporcionalidade das penas. (MORAES, 2008, p.124).

Segundo Jakobs, as principais características do DPI seriam as seguintes:

- 1) Transformação da Legislação Penal em uma legislação de luta/combate;
- 2) Grande antecipação da punibilidade;

3) Isenção de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento da pena (JAKOBS e MÉLIA, 2007).

Já Manuel Cancio Mélia resume todas essas características em três pilares:

- a) Supressão ou Relativização de determinadas garantias processuais;
- b) Ordenamento jurídico-penal prospectivo (antecipação da punibilidade);
- c) Penas desproporcionalmente altas (idem, 2007).

Nesse mesmo raciocínio, o jurista Luiz Flávio Gomes apresenta de forma didática a sua interpretação dessa teoria:

- a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança;
- b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade;
- c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro)
- d) não é um direito penal retrospectivo, sim, prospectivo;
- e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação;
- f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade);
- g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos;
- h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios;
- i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação ocasional, espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade (GOMES, 2010).

Concluída essa breve análise, aprofundaremos a explicação das principais características do Direito Penal do Inimigo:

2.4.1 A antecipação da tutela penal

Contrariando a tradicional criminalização do Direito Penal, de pilares iluministas, a ampliação da intervenção punitiva é caracterizada pelo o fato de antecipar a intervenção penal do Estado.

Quando se fala da antecipação da punibilidade, é importante ressaltar a punibilidade de atos preparatórios e a tipificação de crimes de mera conduta.

É inegável, que a punição de crimes de mera conduta é de forma preventiva. A legislação brasileira apresenta bastantes crimes dessa tipificação: ameaça, crimes falimentares, falsa identidade, ato obsceno, crimes contra a saúde pública, entre outros.

Alice Bianchini explica que:

a antecipação de tutela penal, por meio da criminalização de atos preparatórios, comumente conhecidos como crimes-obstáculos, possui caráter excepcional e só se justifica quando se estiver diante de bens de categoria muito elevada e, ainda assim, desde que a descrição realizada na conduta típica seja inequívoca. Este tipo de punição visa a prevenir ações indubitavelmente lesivas ou perigosas, mediante punição dos atos idôneos para comissão de outros crimes (BIANCHINI, 2002, p.73)

Jakobs também procura apontar as explicações sensatas para legitimar as antecipações da tutela penal (JAKOBS e MÉLIA, 2007):

- 1) O uso de premissas preventivo-policiais legitimando essas antecipações: “antecipa-se a consumação para conceder à polícia a possibilidade de intervir no momento propício para fazê-lo; pois com a antecipação da punibilidade se ampliam os limites do permitido para a prevenção na medida do permitido para a repressão” (idem, 2007, p.71).
- 2) Aptidão para a subjetivação de diversas fontes: a personalização do injusto, o princípio da culpabilidade, a orientação do autor, dentre outros.

Logo, com essa antecipação da tutela penal, os pensamentos do indivíduo também não poderão ficar impunes. Assim sendo, com essa invasão da esfera privada do ser humano, podemos afirmar que está sendo utilizado o Direito Penal do Inimigo e não o Direito Penal do Cidadão.

Diante dessa situação, os novos tipos de delitos de perigo abstrato⁴ vêm recebendo o mesmo tratamento, devido aos avanços do mundo moderno.

Jakobs ainda explica essa premissa através do pleito por novas demandas da modernidade:

não só bens jurídicos clássicos são bens escassos, mas de acordo com o entendimento atual o são também suas condições de utilização. (...) A

⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General, Tomo I, 2006. p. 407. De acordo com Claus ROXIN, delitos de perigo abstrato são “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha ocorrer um resultado de exposição a perigo”.

'segurança' do tráfego de automóveis, o meio ambiente 'intacto' e situações similares não são, evidentemente, estados naturais, mas são os resultados de certas decisões sociais, e isso significa que quem quiser orientar-se deverá observar a vigência das normas que configuraram essas decisões (JAKOBS, 2003, p.26).

Logo, com a antecipação da tutela penal, é visível que o Estado antecipa a criminalização e não atua apenas tipificando os atos exteriorizados pelos indivíduos. Para o cidadão isso não ocorre, porém para os inimigos, os atos meramente preparatórios também são tipificados. O ordenamento jurídico, principalmente a legislação penal, passa a englobar novos fatos e ações, ampliando de forma excessiva o seu campo de incidência, principalmente com a tipificação de ações que antecedem bastante a lesão ao bem jurídico protegido.

2.4.2 A relativização de garantias penais e processuais

É importante notar que a relativização de garantias penais e processuais vem se tornando normal perante o enfrentamento do crime organizado e do terrorismo, e também para resolver problemas de funcionamento da própria Justiça.

Primeiramente, para solucionar crimes típicos do mundo moderno (crimes cibernéticos, associações criminosas- transnacionais ou não, etc) existem bastantes obstáculos adicionais para a obtenção de provas. Conforme o penalista Jesús-Maria Silva Sánchez,

nesses âmbitos em que a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente à da relativização das garantias substantivas e processuais (SÁNCHEZ, 2002,p.150)

Nesse mesmo caminho, existem ações características de um direito processual de luta, de enfrentamento e de guerra ao inimigo ou, de outro ponto de vista mais ameno, um modelo diferente do modelo clássico e garantidor. Jakobs explica que:

como no Direito Penal do Inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não tem lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito; o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. (...) Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa (...).(JAKOBS e MÉLIA, 2007,p.40).

Por outro lado, é importante ressaltar que a maioria dos críticos desse Direito Penal de exceção são aqueles que almejam o uso de um modelo de política criminal totalmente afastada dos princípios clássicos. Um bom exemplo disso é a Lei brasileira dos 'Juizados Especiais Criminais' (lei n 9.099/95) que flexibilizou as garantias do devido processo legal, com a intenção de não permitir a prisão para infrações de menor potencial ofensivo, liberando a imposição de penas restritivas de direitos ou pecuniárias sem o exercício da ampla defesa e sem a produção das provas essenciais (SANTOS, 2009).

Apresentando as características desse novo modelo nos estados modernos, o jurista Rodrigo Azevedo enfatiza:

Estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes promover sua própria defesa, com uma diminuição da ênfase no uso de profissionais e da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, *ad hoc*; mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima de que 'o que não está no processo não está no mundo'; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar auxílio legal profissional...(AZEVEDO, 2004, p.44)

Assim sendo, muitos defensores dessa legislação (que existe no Brasil) criticam o Direito Penal do Inimigo, porém essa legislação não teria auxiliado a legitimação de um modelo de Direito Penal que houvesse a flexibilização das garantias penais e processuais?

2.5 Quem é o “inimigo” na sociedade brasileira?

Desde a década de noventa, estamos vivenciando, no Brasil, o aumento na criação de leis penais com o objetivo de controle social. Algumas dessas se assemelham as leis de emergência conceituadas por Gunther Jakobs, e já foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, como: a lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, a lei do crime organizado, lei de entorpecentes, lei dos crimes hediondos e entre outras.

O tipo penal “tráfico” é posto em segundo lugar, visto que o papel de “destaque” na nossa sociedade é dado ao traficante/criminoso, transparecendo a

aplicação do Direito Penal do autor (característica adotada na teoria de Gunther Jakobs).

Assim sendo, o traficante é marginalizado no âmbito jurídico, não incidindo sobre eles os mesmos direitos dos cidadãos, sendo rebaixados perante a sociedade. Nesse ponto de vista, é visível perceber a influência jakobiana no âmbito jurídico brasileiro, visto que o traficante que rompe com as regras impostas pelo Direito recebe um tratamento de não-pessoa (BATISTA, 1996).

Devido ao modelo de política criminal brasileira, a influência da mídia e aos aspectos socioculturais, o traficante/criminoso foi escolhido como inimigo “ideal” para a sociedade. Isso porque esse tipo de inimigo, normalmente, apresentando baixa renda, obtém um pseudo sucesso, agregando bens de alto valor, porém essa aquisição ocorre de modo ilegal (idem, 1996).

É importante notar que o governo e a população diferenciam o tratamento dado ao traficante de drogas e o consumidor: o primeiro é um infrator, delinquente, que precisa ser eliminado da sociedade, logo é atingido com o critério jurídico; o segundo é um doente que precisa ser curado, logo é utilizado o critério médico ou psiquiátrico. Assim sendo, de acordo com esse tratamento e a teoria do Direito Penal do Inimigo, o traficante tem que ser considerado um inimigo e deve ser segregado da sociedade tendo alguns de seus direitos suprimidos e o consumidor de drogas será considerado um cidadão, mesmo cometendo um delito.

Atualmente, devido à política criminal, convivemos com uma elevada taxa de mortalidade decorrente da guerra ao combate às drogas, sabendo que o número de mortes por overdose é bem menor. No Rio de Janeiro, por exemplo, a política criminal já foi caracterizada como genocida devido ao grande número de mortes no confronto polícia-bandido, relacionado com a criminalização das drogas. Logo, é visível que o inimigo escolhido pelo povo e pelo o governo está sendo eliminado baseado em uma política criminal errada e inconstitucional (idem, 1996).

Para uma política criminal inteligente ou para sua evolução, não pode possuir como alternativa um controle social pautado no direito penal, visto que isso só favorece o imediatismo da punibilidade causando a violação dos direitos humanos.

Muitos juízes e desembargadores brasileiros, com visão punitivista e influenciado pelo Direito Penal do Inimigo, negam o benefício da liberdade provisória aos denunciados pelo o crime de tráfico, mesmo quando são preenchidos todos os requisitos necessários para a concessão. O habeas corpus infracitado comprova e exemplifica esse fato, mostrando também que esse é um problema atual:

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – INDEFERIMENTO – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL – ORDEM DENEGADA. (...) Ademais, tenho reiteradamente decidido que os crimes hediondos ou a eles equiparados – caso do tráfico de entorpecentes – não comportam a concessão da liberdade provisória em razão da própria inafiançabilidade prevista para tais delitos pelo art. 5º, XLII, da Constituição Federal, caso em que sequer se faz necessário verificar se se fazem presentes os requisitos da prisão preventiva.⁵

Além disso, a mídia também influencia, normalmente, negativamente no âmbito jurídico-penal, vinculando de forma sensacionalista os crimes, inclusive os delitos vinculados ao tráfico de drogas. Nesse caso, muitas vezes, o denunciado é considerado culpado pela mídia antes mesmo da sentença condenatória, aumentando assim o clamor popular e influenciando nas garantias processuais do indivíduo. Logo, elegendo esse como inimigo, ocorre a supressão de direitos, inclusive os constitucionalmente expressos, como o da liberdade provisória e da presunção de inocência, evidenciando o uso do Direito Penal do Autor.

⁵ TJMG, HC nº 1.0000.09.502027-7/000, rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, julgamento em 27/08/09.

3. CAPÍTULO II- A PENETRAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 Estado Democrático de Direito.

Atualmente, a maioria das Constituições dos países ocidentais adota como modelo o Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional Democrático. De acordo com José Afonso, “um modelo que visa a integração dos ideais democráticos de participação e da tomada de decisões, conciliando os valores liberais e sociais oriundos do Estado Liberal e Estado Social de Direitos, respectivamente. Assim sendo, esse modelo de Estado almeja realizar uma conciliação dos valores de democracia, liberdade, igualdade e de âmbito social” (SILVA, 2009, p.43)

A proteção dos direitos e garantias fundamentais e o princípio da soberania popular são pilares essenciais para o Estado Democrático de Direito. Nesse modelo de Estado, todos os cidadãos participam e são implementadas metas sociais para garantir a concretização dos direitos de todos.

Fazendo ligação entre o Estado de Direito com a democracia, o princípio da soberania popular se revela tanto quando o povo, diretamente, faz as leis, como também quando o povo elege aqueles que agem em seu nome. Referindo-se a esse princípio, Tocqueville exprime que o povo “reina sobre o mundo político americano como Deus sobre o Universo. Ele é a causa e o fim de todas as coisas. Tudo provém dele e tudo nele se absorve.”. Concluindo, esse princípio prega que todo o poder emana do povo (TOCQUEVILLE, 2005. p.68).

Tal princípio está expresso no artigo primeiro da atual Constituição brasileira que destaca a soberania popular como um dos fundamentos da República do Brasil. E afirma também que todo o poder emana do povo, sendo exercido de forma direta ou por meio de representantes. Assim sendo, a conversão do Estado de Direito para o Estado Constitucional Democrático, fez com que a soberania sofresse uma mudança no âmbito interno: não é mais o soberano o detentor da soberania, mas sim o povo.

Para haver o devido respeito ao princípio da soberania popular é fundamental a efetiva participação do povo no controle e na tomada de decisões políticas, de maneira que o governo seja do povo (o soberano é o povo), pelo povo (fundamento do poder) e para o povo (finalidade do poder).

É fundamental analisar, mesmo brevemente, a concepção de democracia enraizada no conceito do Estado Constitucional Democrático.

O conceito “democracia”⁶ surgiu na Grécia, na Antiguidade Clássica, para nomear a forma de governo que era caracterizada pela administração política dos interesses coletivos dos habitantes das cidades-estados. Na Idade Média, essa forma de governo caiu em desuso e reapareceu no século XVIII, com as revoluções burguesas no mundo ocidental. Após longo período, no século XX, o grande interesse pela democracia voltou ao cenário das sociedades ocidentais, tendo um dos motivos às duas guerras mundiais (MACHADO, 2013).

Machado entende que na democracia, o governo é interpretado em função do bem comum. Almeja a melhora da sociedade como um todo, dando oportunidade e facilitando a aquisição dos meios básicos e necessários para essa melhora, defendendo os direitos fundamentais e as garantias constitucionais (idem, 2013).

Essa forma de governo não é um sistema fechado e rígido, visto que, ele se desenvolve de acordo com as necessidades e a evolução do povo. É por isso que se usa a máxima: “a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”.

É importante frisar que no Estado Democrático de Direito, o direito das minorias também deve ser garantido perante a vontade popular, respeitando assim, os direitos e garantias fundamentais e a força normativa da Constituição. É nesse contexto que se explica o Pluralismo Político:

O Pluralismo Político é decorrente do próprio conceito de Pluralismo. No Pluralismo Político temos diversos grupos detentores de uma parcela determinada de poder, no intuito de se evitar que um único setor adquira influencia desproporcional e, conseqüentemente, controle os demais. No Pluralismo Político, a sociedade é dividida de forma que os interesses de um grupo serão ora conflitantes e ora concordantes com os interesses de outro grupo. Ou seja, não haverá em momento algum um setor inteiramente soberano, pois, apesar da possibilidade de existir um grupo social mais forte do que outro, ele terá que conviver com o pensamento e interesses de outros

⁶ do grego: *demos*, que significa povo e *kratein*, governar.

grupos sociais mais fracos, o que, por si só, evitará a tirania da maioria e, ainda, assegurará o respeito aos posicionamentos e direitos dos setores minoritários.

E, havendo diversos grupos relativamente soberanos, por óbvio, que não existirá uma centralização excessiva de poder em nenhum deles, o que garantirá a existência do próprio pluralismo e, ainda, maior legitimidade às decisões que forem tomadas, pois elas terão sua origem a partir de um relativo senso comum (MORELLI, 2015).

Reforçando que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, o que inclui o pluralismo político como um dos fundamentos da Constituição Federal, repetido em seu preâmbulo, está expresso também que a sociedade brasileira é fraterna, pluralista e sem preconceitos. Assim sendo, de acordo com José Afonso da Silva: “a Constituição opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas” (SILVA, 2009, p.39).

Analisando outra característica do Estado Democrático de Direito, nota-se que a concretização dos direitos e garantias fundamentais é essencial para a construção de uma sociedade pautada na liberdade e igualdade. Não basta apenas proteger os direitos fundamentais, mas também é primordial criar garantias para que possam se concretizar. Ainda é fundamental protegerem esses direitos da atuação arbitrária dos legisladores/políticos, para que o abuso de poder e as infrações desse cunho seja algo raro e combatido. Concluindo, é possível notar uma interdependência entre o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais, visto que, para esse modelo de Estado ser chamado assim, precisa proteger os direitos fundamentais, e estes precisam garantir e reconhecer essa forma de Estado.

Assim, segundo José Afonso, é possível apontar algumas características do Estado Democrático de Direito:

pluralismo político, pluralismo e proteção das minorias, a concretização e a busca do uso efetivo dos direitos fundamentais, os deveres dos legisladores são impostos pela constituição, fiscalização e limitação do Poder Legislativo, a Constituição é dotada de força normativa, (...).(SILVA, 2009, p.94).

Nesse contexto, é visível que o Direito Penal precisa se adequar, visando atender as novas demandas do Estado Democrático de Direito e o sua ampla enumeração de garantias e direitos fundamentais.

Atualmente, o Direito Penal, ainda em construção, é formado por diferentes tendências, não sendo, portanto, um Direito homogêneo. Assim, em alguns casos, essas tendências se complementam e, em outros, são incompatíveis. Logo, é essencial escolher as tendências que modernizam o Direito Penal e se adaptam aos novos riscos da sociedade moderna, sendo, concomitantemente, admissíveis com os princípios, direitos e garantias fundamentais, estabelecidos pelos Estados Democráticos de Direito. Assim sendo, a modernização do Direito Penal deve servir como base para o uso efetivo e concreto das garantias do Estado Democrático de Direito, e não um fato para a supressão ou a flexibilização dessas garantias (MACHADO, 2013).

É importante ressaltar, que a nossa Constituição estabelece o Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional Democrático, logo, o nosso ordenamento jurídico é pautado por diversos direitos fundamentais e princípios, conforme já mencionado. Isso ocorre para garantir a democracia, a organização e a harmonia da sociedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a lei suprema do nosso ordenamento jurídico, logo, toda a legislação infraconstitucional (inclusive o ordenamento jurídico-penal) tem que estar em sintonia com as premissas constitucionais. Uma dessas premissas é o princípio da dignidade da pessoa humana, que é considerado pelo constitucionalista José Afonso da Silva

a base do extenso rol de direitos fundamentais, visto que, esses são desdobramentos desse princípio. Logo, é visível que a dignidade da pessoa humana influencia em todo ordenamento jurídico, principalmente no âmbito penal e processual penal (SILVA, 2009, p.52).

3.2 Direito Penal do Inimigo, de maneira oposta, a proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Primeiramente, é importante fazer estes questionamentos: a teoria de Gunther Jakobs, Direito Penal do Inimigo, é compatível com o Estado Constitucional Democrático? É compatível com um dos mais importantes de seus princípios, o princípio da dignidade da pessoa humana?

Conforme já analisado, é simples responder a esses questionamentos, porém vamos analisar de maneira mais específica nesse momento.

Primeiramente, no Estado Constitucional Democrático não é permitido o tratamento do indivíduo como “não-pessoa”. Essa vedação ocorre devido ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos⁷ da ONU, principalmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸, que garante que o princípio da dignidade humana é inerente a qualquer indivíduo, e dele não pode ser retirado.

Assim sendo, é compatível com o Estado Constitucional Democrático a distinção entre os cidadãos, as qualidades dos seres humanos que formam parte de uma comunidade política, e entre as pessoas, qualidade reconhecida a todos os seres humanos, porém não entre pessoas e não-pessoas.

Assim podemos estabelecer que a diferença perante o Estado Totalitário e Estado Democrático é que, no primeiro, o Direito Penal refere-se ao infrator como um inimigo ou traidor que deve ser expulso da sociedade e combatido, já o segundo, almeja diminuir ou evitar delitos e não combater infratores, sempre buscando respeitar os direitos do indivíduo, principalmente a dignidade.

No caso do Brasil, o Direito Penal do Inimigo, ao agredir esse princípio, contraria também o conceito de uma sociedade pluralista, livre, aberta, democrática, multicultural e igualitária. No Estado Constitucional Democrático, que defende a diversidade, pluralidade e o respeito pelas diferenças, não é possível a convivência com um Direito Penal que acautele termos como “inimigo” e “não-pessoa”.

⁷ PORTELA, Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podivm. 2010. p. 645-646. “Como forma de proteção, muitas são as convenções internacionais, elaborada e supervisionada pela ONU. Essa estrutura é conhecida como: Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, também conhecida como: “Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos”. É composta por tratados abertos à adesão de todos os Estados, independente de sua localização geográfica”. Também é composto de “órgãos voltados a promover a dignidade humana a nível mundial e monitorar os compromissos internacionais pactuados e exigir-lhes o cumprimento de suas normas”.

⁸ Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>.

“A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Desde sua adoção, em 1948, a DUDH foi traduzida em mais de 360 idiomas – o documento mais traduzido do mundo – e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes. É baseada em princípios que norteiam a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como: o direito à dignidade da pessoa humana, fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”.

Logo, a distinção entre pessoa e inimigo não é compatível mesmo sobre a constatação de perigo para a sociedade, terrorismo ou em um provável crime bárbaro. Vetar a qualquer indivíduo o tratamento de pessoa e a sua dignidade implica em desqualificar o próprio Estado Constitucional Democrático, visto que esses são os fundamentos basilares dele (NOVELINO, 2010).

Levando em consideração que o termo “inimigo” é a base da teoria do Direito Penal do Inimigo, entende-se que toda a tese do professor alemão esmorece visto que perde a sua base principal. Contudo, existem outras justificativas que podem ser arroladas para evidenciar a incompatibilidade dessa teoria.

Uma segunda justificativa que evidencia a inviabilidade entre os Estados Constitucionais Democráticos e o Direito Penal do Inimigo é a violação do DPI a uma das bases mais essenciais desses Estados, no qual o Direito Penal democrático cuida de fatos e não dos autores que os praticam. Portanto, o DPI é um Direito Penal do Autor⁹, que pune fortemente certos infratores, os quais apresentam certa periculosidade (GOMES, 2010).

É essencial ressaltar que o princípio do fato é um dos mais importantes dos Estados Democráticos, aduzindo que a punição não tem como referência a personalidade do autor. Assim sendo, o conteúdo central do tipo deverá ser o fato, caracterizando o Direito Penal do Fato; os pensamentos do delinquente não devem ser objeto de tipificação penal, caso sejam, caracteriza-se o Direito Penal do autor.

Assim, o Direito Penal do Fato é aquele que tipifica condutas, devendo o autor responder criminalmente apenas por seus atos (ações ou omissões). Entretanto, esses atos devem ser exteriorizados porque nos Estados Constitucionais Democráticos o simples fato de pensar não pode ser tipificado penalmente. Esse

⁹ PICCOLOTTO, Thiago Soares. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31435/aspectos-do-direito-penal-do-autor-na-aplicacao-da-pena#ixzz3hKI2lxVV>. Acesso em 15 de maio de 2015.

“O Direito Penal de um Estado democrático, baseado na igualdade entre os seus cidadãos e fundado na dignidade da pessoa humana, deve preocupar-se em limitar o poder estatal que vise punir alguém “pelo que é” e não “pelo que fez”. Daí a diferença que se faz, em sede doutrinária, entre o direito penal de fato (ou de ato) e o direito penal de autor. Para este, não interessa tanto a conduta exteriorizada pelo autor do delito, mas principalmente a sua pessoa, seu modo de ser e sua conduta de vida, chegando a formular conceitos de delinquentes natos, personalidade inimiga ou desleal e tipo normativo de autor. (...). A punição, nesses casos, é feita sem que tenha havido qualquer lesão a bem jurídico, nem mesmo perigo de lesão, o que evidencia a pretensão de castigar alguém simplesmente por suas condições pessoais, não interessando a conduta praticada nem mesmo a existência de um bem jurídico a ser tutelado. Pune-se, assim, a personalidade do agente, os seus antecedentes, seu caráter e sua conduta social.

tipo de Direito Penal é característico desses Estados e de sociedades que respeitam o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais.

Em contrapartida, o Direito Penal do Autor não pune propriamente os atos praticados, mas sim certo infrator da sociedade, levando em consideração a sua atitude, condição social, periculosidade, conduta de vida ou personalidade. Logo, o Estado escolhe certos tipos de indivíduos que sofrerão a punição pelo que são, e não pelo o que fizeram. Assim, é visível notar que o Direito Penal do Autor é característico de Estados totalitários, absolutistas e de sociedades antidemocráticas (SÁNCHEZ, 2002).

Vários doutrinadores contemporâneos, afirmam que o Direito Penal do Inimigo (DPI) é uma ramificação do Direito Penal do autor. Tendo em vista essa afirmação, defendida por Manuel Cancio Mélia, o DPI é incompatível com o princípio do fato porque essa teoria é baseada mais na definição de certo grupo de infratores, os inimigos que devem ser expulsos da sociedade, do que na definição de atos a serem mais fortemente penalizados (JAKOBS e MÉLIA, 2007).

Realmente, na teoria de Jakobs é visível o esforço para incriminar certos tipos de infratores (agentes de organizações criminosas, terroristas, autores de crimes sexuais, etc) aos quais se enquadrará em um tratamento jurídico diferenciado. Essas pessoas representam um perigo futuro e, que por isso, devem ser expulsos ou segregados da sociedade, para assim, estabelecer a harmonia social (idem, 2007).

Assim, em todo o Estado Constitucional Democrático é correto à existência de um Direito Penal garantista, visto que esse é um requisito básico para a existência daquele. Logo, quando fazem referência ao Estado Constitucional Democrático, naturalmente, é possível afirmar que os direitos e garantias fundamentais são respeitados e reconhecidos. Assim, existe uma proteção perante qualquer chance de intervenção do poder público frente a esses direitos e garantias que devem ser invulneráveis com a intenção de evitar os abusos do Estado contra qualquer indivíduo. Por isso, é evidente a supremacia dos direitos e garantias fundamentais nos ordenamentos jurídicos democráticos, sendo rejeitada a supressão deles perante certos infratores.

Portanto, depois dessa análise, podemos afirmar que a adoção do Direito Penal do Inimigo em qualquer ordenamento jurídico seria uma regressão frente à proteção dos direitos e garantias fundamentais; seria um retrocesso nas vitórias estatais frente aos ideais democráticos e da dignidade da pessoa humana. Em síntese, seria um retrocesso imenso perante as conquistas democráticas e sociais.

Para concluir, o Juiz Tourinho Neto, no papel de relator, trata sobre o tema no seguinte habeas corpus:

HABEAS CORPUS Nº 2009.01.00.057598-5/PA
 Processo na Origem: 200839000025125
 EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO DECRETADA NA SENTENÇA. ORDEM PÚBLICA. DIREITO PENAL DO INIMIGO.

1. A prisão preventiva, como exceção à regra da liberdade, somente pode ser decretada mediante demonstração cabal de sua real necessidade. Presunções e considerações abstratas a respeito do paciente e da gravidade do crime que lhe é imputado não constituem bases empíricas justificadoras da segregação cautelar para garantia da ordem pública.
2. O requisito da ordem pública não se enquadra como medida cautelar propriamente dita, não diz respeito ao processo em si, daí dizer-se que é um modo de encarceramento como reação imediata ao crime, tendo como finalidade satisfazer ao sentimento de justiça da sociedade, ou à prevenção particular, a fim de evitar que o acusado pratique novos crimes. Mas é de atentar-se que conceito de ordem pública não é o que o juiz subjetivamente entende que seja, pois isso pode gerar insuportável insegurança jurídica.
3. A origem da prisão preventiva para garantir a ordem pública, segundo Aury Lopes Jr, “remonta à Alemanha na década de 30, período em que o nazi-fascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender”.
4. Não podemos ver o direito penal como inimigo daquele a quem se imputa um crime. O direito penal do inimigo não vê o homem e sim o sistema sócio-normativo. Daí dizer-se que esse pensamento é nazista. Essa razão de o MM Juiz *a quo* ter tachado a decisão da Turma que concedeu *habeas corpus* ao paciente por não estar demonstrada a necessidade da prisão preventiva para garantir a ordem pública de absurda.
5. Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser liberal, democrático e garantista.
6. “O STF rotineiramente vem anulando decretos de prisão preventiva que não apresentam os devidos fundamentos e não apontam, de forma específica, a conduta praticada pelo réu a justificar a prisão antes da condenação. A Constituição Federal determina que uma pessoa somente poderá ser considerada culpada de um crime após o fim do processo, ou seja, o julgamento de todos os recursos cabíveis” (STF. Notícias, 13 de fevereiro de 2009).

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, conceder ordem de *habeas corpus* em favor de CONCEIÇÃO DAS GRAÇAS PANTOJA CARNEIRO, confirmando a liminar.¹⁰

3.3 A penetração das ideias dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Ana Lúcia Menezes Vieira, promotora de Justiça em São Paulo,

(...) o alto índice de criminalidade, a insatisfação popular perante a insegurança e a pressão da mídia são fatores pela busca de leis imediatistas e supressoras de direito e garantias fundamentais para resolver um problema brasileiro de longa data (VIEIRA, 2003, p.31).

Devido a esse fato, houveram as criações de duas correntes na doutrina jurídico-penal: os seguidores do minimalismo penal, que defende a mínima interferência do direito penal na sociedade (direito penal de *ultima ratio*), logo, serão punidos os fatos que lesarem os bens jurídicos relevantes; e do outro lado, existem os defensores de uma maior interferência do direito penal na população, semelhante ao modelo dos EUA de Lei e Ordem e também do Direito Penal do Inimigo, trazendo como instrumento a supressão de direitos e garantias fundamentais e a criminalização de um maior rol de ações (SÁNCHEZ, 2002).

De maneira errônea, o Brasil vem adotando a segunda corrente para enfrentar o alto índice de criminalidade, a insatisfação popular perante a insegurança e a pressão da mídia (conforme já citado). Apesar de o tema ser polêmico, já existem vários exemplos que confirmam que esse modelo de enfrentamento não é o melhor, aliás, bastante prejudicial perante os conceitos de democracia, cidadania, humanidade, dignidade da pessoa humana, entre outros. Nesse tema, Carolina Haber afirma o seguinte:

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

É nesse contexto que o Regime Disciplinar Diferenciado é implementado no Brasil, caracterizando a adoção pelo o ordenamento jurídico brasileiro da corrente que apresenta ideias próximas aos ideais da teoria do Direito Penal do Inimigo. Essa relação será analisada no próximo capítulo.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* Nº 2009.01.00.057598-5/PA.

4. CAPÍTULO III - REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – UMA INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Agora será analisado um tipo de sanção disciplinar do ordenamento jurídico brasileiro, conhecido como Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), e a sua relação com a teoria do Direito Penal do Inimigo (DPI).

Tema bastante atual, visto que, há poucos anos, houve vários ataques de criminosos, no Estado de São Paulo, liderados por Willians Herbas Camacho, vulgarmente chamado de Marcola e chefe do Primeiro Comando da Capital (PCC), que foi submetido ao regime disciplinar diferenciado. Devido à importância do acontecimento, muitos juristas e doutrinadores voltaram a analisar esse tipo de sanção mais severa. Uma corrente bastante significativa explica que o RDD apresenta características do Direito Penal do Inimigo, o que afeta os alicerces do Estado Constitucional Democrático, conforme já visto.

4.1 Histórico, conceito e características do Regime Disciplinar Diferenciado

O Regime Disciplinar Diferenciado começou a ser arquitetado em 18 de dezembro de 2000, quando ocorreu a rebelião na Casa de Custódia de Taubaté (SP), o famoso “Piranhão”. Essa unidade era uma presídio de segurança máxima e contava com presidiários de alta periculosidade, sendo alguns, líderes do crime organizado. Essa rebelião provocou a destruição de todo o presídio e a morte de alguns presidiários.

Devido a esse episódio, a administração penitenciária colocou em prática várias ações para evitar novas rebeliões, sendo uma delas, a transferência dos penitenciários envolvidos para outras unidades prisionais. Mesmo com essas medidas, a insegurança e a violência dentro das penitenciárias só aumentou.

Esses detentos que foram transferidos, retornaram para a Casa de Custódia de Taubaté (reconstruída em 2001) porém os líderes do crime organizado, antes encarcerados nessa prisão, continuaram espalhados por outras unidades prisionais em território brasileiro.

Devido ao tratamento mais severo aplicado aos líderes das facções criminosas, explodiram em São Paulo várias rebeliões que ficaram conhecidas como “megarebelião”. Evento inédito na história brasileira.

Como retaliação a essas rebeliões, o secretário da Administração Penitenciária de São Paulo editou a Resolução nº 26, de 4 de maio de 2001, criando, em um dos seus artigos, o Regime Disciplinar Diferenciado.

Esse tipo de sanção presume o isolamento do detento por até 180 dias, podendo ser prorrogado até 360 dias. Inicialmente, essa sanção só foi utilizada em cinco unidades prisionais do Estado de São Paulo. Entretanto, pouco depois do início da vigência da Resolução, foi criado um Centro de Readaptação, na cidade de Presidente Bernardes (SP), que utiliza essa nova sanção.

Inicialmente, o Regime Disciplinar Diferenciado funcionava da seguinte maneira: o Diretor Técnico da Penitenciária podia solicitar a inclusão ou a remoção dos detentos na sanção, de forma fundamentada e escrita ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais. Se a solicitação fosse atendida, seria enviada para a análise ao Secretário da Administração Penitenciária, sendo esse o responsável para aplicar ou não o RDD.

O RDD também alterou o regime de visitação aos detentos. Com a Resolução SAP nº 49, o detento teve a restrição do direito a visitas do mesmo modo que a entrevista com o seu defensor/advogado.

Na citada Resolução, no artigo segundo, impõe que a visitação e a entrevista com o defensor seria da seguinte forma: a visitação será de no máximo de duas pessoas por dia e as entrevistas com o defensor teria que ter um prévio requerimento, deixando com o Diretor da Penitenciária a decisão de aceitar ou não.

Semelhante à sanção citada, também foi criado o Regime Disciplinar Especial que influenciou o atual Regime Disciplinar Diferenciado. Aquele regime foi implementado no Complexo Penitenciário de Campinas-Hortolândia e além de penalizar os condenados, também foi utilizado aos detentos que foram presos provisoriamente, acusados de crimes dolosos. E também foi aplicado aos infratores que demonstrassem alto risco para a segurança e ordem da unidade prisional.

É visível que o RDD foi bastante influenciado pelo o Regime Disciplinar Especial, bastando ver as características desse regime (FREIRE, 2005):

- 1) Isolamento máximo de 360 dias;
- 2) Uso da sanção para os detentos que participarem ou incentivarem as tentativas de fuga ou nos movimentos violentos dentro dos presídios;
- 3) Execução da sanção para o infrator que consegue se comunicar com pessoas de fora do presídio;
- 4) Imposição do regime ao penitenciário que pertencer a alguma facção criminosa.

Outro regime semelhante ao RDD foi criado também no Rio de Janeiro devido a grande rebelião do presídio Bangu I, organizada por Luiz Fernando da Costa, mais conhecido como “Fernandinho Beira Mar”. Esse regime foi chamado de Regime Disciplinar Especial de Segurança. O então Secretário da Administração Penitenciária, Astério Pereira dos Santos, explicou assim o objetivo da sanção:

No que pertine ao Regime Disciplinar Especial de Segurança ora implantado, tanto aqui no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, está ele em consonância com o que se acabou de expor, deixando certo que se trata de um imperativo de disciplina, mas muito mais que isto, de uma medida destinada a afastar líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade, do convívio com os demais presos, que eles subjugam e usam como massa de manobra em suas rebeldias, obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome, como se pode ver na semana passada (SANTOS, 2014).

O principal problema desses novos regimes é a incompatibilidade com a atual Lei de Execução Penal (Lei 7.210) que institui que nenhum detento pode sofrer com isolamento maior que trinta dias em qualquer tipo de penitenciária.

Outro questionamento é sobre a essencialidade da criação de um processo legislativo para a instituição da nova sanção. Segundo Christiane Russomano Freire, “isso ocorre porque para o detento ir para um Regime Disciplinar Diferenciado basta apenas critérios e ações administrativas, não observando o princípio constitucional do devido processo legal” (FREIRE. 2005, p.37).

Nesse contexto de desordem e violência nos presídios, somado à pressão da mídia e da sociedade que o Congresso Nacional editou uma lei federal para universalizar o Regime Disciplinar Diferenciado.

Assim sendo, em 02 de dezembro de 2003, foi publicada a Lei Nº 10.792 que modificou a Lei de Execução Penal, criando, portanto, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Logo, esse foi o contexto para a criação e a implementação do Regime Disciplinar Diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro. Com o objetivo de conter o aumento da criminalidade e estabelecer ordem nas penitenciárias, o Estado modifica a norma vigente almejando o endurecimento das penas e das sanções do sistema carcerário. Logo, o governo faz a política do “pão e circo” almejando uma resposta imediata para a população buscando assim o seu apoio e a diminuição da pressão.

Primeiramente, é importante ressaltar que o Regime Disciplinar Diferenciado é sanção de disciplina carcerária especial e não um regime de cumprimento de pena. Traçando um perfil desse regime, o penalista brasileiro Mirabete afirma:

um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisória, nas hipóteses previstas em lei (MIRABETE, 2004, p.19).

A própria lei criadora (Lei nº 10.792/03) conceituou e apresentou as características do RDD:

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: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

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; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º 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.¹¹

No inciso um desse artigo¹², temos que: “duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma

¹¹ BRASIL. Lei nº 10.792, de 02 de dezembro de 2003.

¹² BRASIL. Art.52, I da Lei nº 10.792, de 02 de dezembro de 2003.

espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada.” Em virtude do preso provisório não ter uma pena definida ou uma pena aplicada em concreto, utiliza-se a pena ‘mínima cominada ao crime’. Esse regime será contado em dias, por isso a primeira aplicação do regime poderá durar 360 dias. E, poderá ser aplicado novamente, quantas vezes forem necessárias, mediante nova falta grave do preso, assim prevê o artigo 10 do Código Penal.

No inciso dois, é essencial que o recolhimento obedeça as proibições da Lei de Execução Penal, logo, a cela não pode ser insalubre ou escura. Essa conclusão possui aval no artigo 45 da Lei de Execução Penal:

Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

§ 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado.

§ 2º É vedado o emprego de cela escura.

§ 3º São vedadas as sanções coletivas.¹³

O inciso três da lei nº 10.792/03¹⁴, passa a falsa impressão que as crianças podem entrar livremente; porém a doutrina majoritária interpreta de outra forma, inclusive vetando a entrada de crianças por ser um ambiente não adequado para crianças de acordo com o artigo sexto do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁵

Já no quarto e último inciso do artigo 52 da lei do RDD¹⁶, o detento possui o direito à saída da cela por duas horas diárias para o banho de sol. Esse período foi ampliado visto que, antes dessa lei, o banho de sol era apenas de uma hora.

Um apontamento importante, é que de acordo com a Lei de Execução Penal, o Regime Disciplinar Diferenciado somente poderá ser utilização mediante provocação via requerimento para o diretor da penitenciária ou outra autoridade administrativa. A decisão de qualquer uma dessas autoridades sobre a aplicação desse regime precisa ser fundamentada com provas que se enquadram em alguma hipótese prevista na legislação (MOREIRA, 2006).

¹³ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

¹⁴ BRASIL. Art.52, III da Lei nº 10.792, de 02 de dezembro de 2003.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Art. 6º: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

¹⁶ BRASIL. Art.52, IV da Lei nº 10.792, de 02 de dezembro de 2003.

É fundamental analisar as hipóteses de cabimento do RDD:

1) Quando o detento executa ato previsto como crime doloso que provoque uma alteração na disciplina ou na ordem da unidade prisional. Essa alteração por ser algo subjetivo, com definição aberta, admite à doutrina a interpretação. Assim sendo, Luiz Flávio Gomes explica:

Portanto, o RDD somente se aplica a preso provisório ou condenado que, durante o cumprimento da pena INTERNAMENTE no estabelecimento penal (e não externamente, por exemplo, o que encontra-se de Livramento Condicional) cometa crime doloso (e não crime culposos ou contravenção penal) que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Logo, não será todo e qualquer crime doloso que sujeitará o seu agente ao RDD, mas apenas aqueles que causam tumulto carcerário (GOMES, 2005, p.18).

2) O uso da sanção para o detento, brasileiro ou estrangeiro, que ofereça alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Logo, é visível, que mais uma vez o legislador usa expressões com definição aberta, como o “alto risco”, dependendo da análise do juiz no caso concreto. E também tem o fato que o detento pode ser considerado de “alto risco” e ser incluído no RDD mesmo não cometendo nenhuma falta para essa inclusão.

3) Também há incidência do regime quando fundadas suspeitas de envolvimento ou participação do condenado, a qualquer título em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Novamente, o legislador deixou dúvidas ao editar essa hipótese visto que não há uma definição se as fundadas suspeitas supracitadas possui relação com o período prisional ou ao tempo da infração pelo qual o detento foi penalizado.

Assim sendo, é possível notar, que as hipóteses de cabimento para o Regime Disciplinar Diferenciado possuem cláusulas abertas, deixando para o juiz o poder da interpretação da norma em relação ao caso concreto. A doutrina majoritária aduz que esse fato foi feito de propósito pelo legislador.

Esse regime é tão polêmico, que o Desembargador Borges Pereira (TJ-SP), julgou, de forma incidental, pela inconstitucionalidade do RDD. Em sua decisão, o excelentíssimo argumentou o seguinte:

1. Ao contrário do que argumenta o lúcido parecer do d. representante da Procuradoria Geral de Justiça, a ordem deve ser conhecida. Com efeito, toda afronta aos Direitos Individuais dos cidadãos brasileiros,

independentemente de raça, credo, condição financeira etc., desde que cause constrangimento ilegal, é, e sempre deverá ser passível de habeas corpus. E de se observar, inclusive, que a impetrante questiona não só a ilegalidade RDD, como também pleiteia a transferência do detento para outro presídio da rede Estatal.

2. No que pertine ao mérito do pedido, razão assiste à impetrante. (...)

(...) Trata-se, no entanto, de medida inconstitucional, como se sustenta a seguir:

O chamado RDD (Regime disciplinar diferenciado), é uma aberração jurídica que demonstra à sociedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor. (...)

(...) Pelo exposto, concederam a ordem com o fim de determinar a imediata remoção do paciente do "regime disciplinar diferenciado", com Recomendação (PEREIRA, 2006, p.10).

O referido julgador mencionou, no teor de sua decisão, à avaliação do Desembargador Marco Nahum a respeito da temática:

A questão já foi abordada por está V Colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo: Na ocasião, como muito bem asseverou o e. des. Marco Nahum no Habeas Corpus no 893.915-315-00 - São Paulo (v.u.), "o referido 'regime disciplinar diferenciado' determina que o preso seja recolhido em cela individual, com saídas diárias de 2 horas para banho de sol, o que significa dizer que a pessoa fica isolada por 22 horas ao dia. Sua duração é de um ano, sem prejuízo de que nova sanção seja aplicada em virtude de outra falta grave, podendo o prazo de isolamento se estender até 1/6 da pena. Ainda é proibido ao preso que ouça, veja, ou leia qualquer meio de comunicação, o que significa dizer que não recebe jornais, ou revistas, assim como não assiste televisão, e não ouve rádio. Independentemente de se tratar de uma política criminológica voltada apenas para o castigo, e que abandona os conceitos de ressocialização ou correção do detento, para adotar 'medidas estigmatizantes e inocularizadoras' próprias do 'Direito Penal do inimigo', o referido 'regime disciplinar diferenciado' ofende inúmeros preceitos constitucionais (PEREIRA, 2006, p.12).

Assim sendo, o Tribunal manifestou-se pela ilegitimidade do RDD, devido a sua adoção de práticas semelhantes as do Direito Penal do Inimigo, que desrespeitam a Constituição brasileira de 1988.

Ratificando o já exposto, é nítido que a lei que instituiu o RDD é uma afronta a Constituição Federal de 88 e o autor Rômulo de Andrade Moreira reafirma esse fato, criticando e fazendo os apontamentos necessários:

Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranqüilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 50, XLVII. "e", CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º., XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Será que manter um homem solitariamente em uma cela durante 360 ou 720 dias, ou mesmo por até um sexto da pena (não esqueçamos que temos crimes com pena máxima de até 30 anos), coaduna-se com aqueles dispositivos constitucionais? Ora, se o nosso atual sistema carcerário absolutamente degradante tal como hoje está concebido, já não permite a ressocialização do condenado, imagine-se o submetendo a estas condições (MOREIRA, 2004, p.28).

O RDD também viola o princípio constitucional da Humanidade¹⁷. Esse princípio tem por objetivo a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa. A Declaração Universal de Direitos Humanos (artigo 5º, parágrafo 2º), afirma que nenhuma pessoa deve ser submetida a torturas nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Nesse mesmo caminho está o princípio da soberania popular, visto que determina, obrigatoriamente, que cada homem é um ser dotado de autonomia ética pelo mero fato de ser homem, ou seja, que por esta circunstância é capaz de escolher entre o bem e o mal. Nessa corrente, Zaffaroni aduz o seguinte:

Há um principio geral de racionalidade que deriva da Constituição ou do principio republicano, que exige certa vinculação equitativa entre o delito e sua consequência jurídica, mas este principio vincula-se intimamente também como principio de humanidade, que se deduz da proscrição da pena de morte, perpétua, de banimento, trabalhos forçados e penas cruéis (art. 50, XLVII CF). (...) A essa consequência contribui também o principio da soberania popular, posto que pressupõe, necessariamente, que cada homem é um ser dotado de autonomia ética pelo mero fato de ser homem, ou seja, que por esta circunstancia é capaz de escolher entre o bem e o mal e decidir a respeito. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p.172).

Logo, é visível que o Princípio da Humanidade assevera que, atualmente, a pena deve ter um caráter mais social, almejando que o punido seja ressocializado, visto que a pena já não possui mais o cunho de castigo e de martírio.

Em contraponto as inúmeras críticas ao RDD, Marcelo Lessa Bastos defende a constitucionalidade e o uso desse regime:

¹⁷CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. A primazia ao princípio da humanidade no Direito Penal contemporâneo em respeito à tendência constitucionalizante do Direito. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2982/A-primazia-ao-principio-da-humanidade-no-Direito-Penal-contemporaneo-em-respeito-a-tendencia-constitucionalizante-do-Direito>.

Temos a nível constitucional diversos dispositivos que refletem o ideal do princípio da humanidade presente no Direito Penal, mas merece destaque, o inciso XLIX do artigo 5º, discorrendo o seguinte, “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”. Além disso, é pelo prisma do princípio da humanidade que podemos entender o fato de o constitucionalismo pátrio não permitir segundo o artigo 5º, inciso XLVII, penas de morte (salvo nos casos de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX), de rigor perpétuo, penas de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis. Todas estas disposições refletem a preocupação com o ser humano e sua dignidade. Esse viés da humanidade acaba por limitar estas modalidades de punibilidade.

(...) Não se consegue compreender as críticas doutrinárias que são endereçadas ao isolamento absoluto de presos líderes de organizações criminosas, após se terem informações seguras de que continuam a comandar seus negócios. O isolamento é imperativo e é a única medida efetiva que se dispõe para neutralizar a ação dessas pessoas. Isto visa a enfraquecer a liderança da organização, contribuindo para dispersar o seu comando. Não há que se opor ao isolamento argumentos no sentido da função educadora da pena, porque tais pessoas, ainda que não possam perder este status de pessoas, ao contrário do que crê Jakobs, demonstram cabalmente que não estão querendo se ressocializar. (...) Sinceramente, as críticas endereçadas ao 'RDD' não são racionais, são emotivas, e não resistem à análise cotidiana da escalada da criminalidade organizada, liderada de dentro das prisões (BASTOS, 2007, p.61).

4.2 A relação do Regime Disciplinar Diferenciado com o Direito Penal do Inimigo, se opondo ao Estado Democrático de Direito.

No Brasil, apesar de ser um Estado Democrático de Direito, existem algumas normas jurídicas que foram influenciadas pela teoria do Direito Penal do Inimigo.

Justificativa bastante utilizada para tal situação é a intensificação da criminalidade que vem assombrando a sociedade, e esta exerce forte pressão no Legislativo. O Legislativo de modo pensado, mas indevidamente, elabora leis que atingem o modelo liberal-clássico, almejando apenas o combate a criminalidade de maneira desordenada e imediatista. Uma causa para tal fato é a busca dos políticos pela autopromoção, com a criação de leis severas, atendendo à grande parcela da sociedade, em vez de criarem políticas de longo prazo, igualitárias e respeitadoras dos direitos e garantias fundamentais.

Segundo Bruno Menezes,

Esse regime é um exemplo de decadência do sistema penal brasileiro, visto que demonstra um retrocesso histórico, uma vez que foi influenciado pelo modelo filadélfico que almejava apenas o isolamento e o silêncio do preso. O Código Penal Brasileiro e a Lei de Execuções Penais optaram pelo o modelo progressivo australiano, que aduz que o detento que demonstra bom comportamento ganha como benefício o gradual contato com o mundo externo, até a sua total reinserção na sociedade (MENEZES, 2006, p.19).

A principal característica da semelhança do Regime Disciplinar Diferenciado com algumas ideias da teoria do Direito Penal do Inimigo (DPI), é a busca, desse regime, pela segregação do detento do convívio prisional, tratando-o como um "inimigo". No entanto, em um Estado Democrático de Direito, a pena tem ou deveria ter o objetivo de ressocializar o preso. Nesse caminho, Paulo César Busato afirma:

Assim, fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com característica pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem(em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito Penal de fato por um modelo de Direito penal do autor (BUSATO, 2004, p.141).

Nesse breve comentário do autor, é possível constatar algumas características do Direito Penal do Inimigo, como: modelo político-criminal que viola os Direitos Humanos, leis pouco garantistas e Direito Penal do Autor (sabendo que o DPI é uma espécie dessa divisão do Direito Penal).

Assim sendo, a seguir, analisaremos melhor essas relações do RDD com o Direito Penal do Inimigo.

4.2.1- Aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado aos inimigos do Estado

Conforme já visto, a aplicação do RDD é condicionada à suspeita de envolvimento ou participação do detento em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Da mesma forma, o Direito Penal do Inimigo, escolhe o seu inimigo de acordo com a participação desse em organizações criminosas, em atos terroristas ou em outras práticas semelhantes.

O legislador teve intenção de separar os líderes das organizações criminosas do restante da comunidade prisional, buscando o isolamento do indivíduo de alta periculosidade. Nos ensinamentos de Guilherme Nucci (NUCCI, 2006, p.674), “o RDD foi criado para resolver as necessidades urgentes de combate ao crime organizado e aos líderes das facções que, de dentro das penitenciárias, continuaram agindo na esfera criminal fora das prisões”. Nesse mesmo caminho, Jakobs externaliza que os membros do crime organizado não podem ser tratados como pessoas, em companhia com outros infratores, portanto, seriam tratados como inimigos do Estado e teriam que ser isolados da sociedade, visto que, se afastaram de modo permanente do Direito (JAKOBS, 2006).

No caso brasileiro, são os membros do crime organizado são os principais inimigos do Estado e do Direito Penal brasileiro. No entanto, como existe forte seletividade, certos criminosos serão mais fortemente combatidos dependendo de

fatores sociais, econômicos, políticos, entre outros. Nessa mesma temática, os autores Bruno Shimizo e Rafael Folador afirmam que:

O enfoque no processo de criminalização e a constatação de que existe uma ação intencional que tende a “etiquetar” determinados segmentos sociais como “criminosos” levou à conseqüente conclusão de que o sistema penal é seletivo e que a criminalidade nada mais é do que uma construção operada pelos próprios órgãos de controle formal. Embora complexo, gradual e praticamente imperceptível, há um processo de escolha calcado em fatores diversos – econômicos, políticos, pessoais, dentre outros – que leva a diferenciação entre as camadas populacionais: há aqueles que serão considerados aptos ao convívio social e, em contrapartida, outras parcelas sociais serão destinadas ao confinamento e à estigmatização perpétua (SHIMIZO e FOLADOR, 2013, p.386).

Ainda no caso brasileiro, porém, agora, de modo mais restrito, Orlando Zacccone expõe sobre a seletividade punitiva:

(...) a seletividade punitiva não é de toda arbitrária e se orienta de padrões de vulnerabilidade dos candidatos à criminalização, que nesse caso, são as empresas mais débeis, presas fáceis a extorsão e, na cidade do Rio de Janeiro são representadas pelo tríduo PRETO-POBRE-FAVELA (ZACCONE, 2007, p.24).

4.2.2- A antecipação da sanção com caráter preventivo e cautelar

Em primeiro lugar, o detento que comete crime doloso, é punido com o RDD, sofrendo uma sanção de caráter preventivo e cautelar, típico da teoria de Jakobs. No entanto, não existe a especificação de qual seria o crime doloso que seria abordado por essa sanção, deixando para o julgador a discricionariedade da aplicação desse regime. Respeitando o princípio constitucional do devido processo legal, até em crimes de menor potencial ofensivo (Lei 9099/95), é necessário, esperar por um procedimento administrativo ou judicial, para averiguar se o ato, por exemplo, foi praticado em legítima defesa, situação que excluiria a o uso do Regime Disciplinar Diferenciado como sanção.

No RDD, ocorre a antecipação da punição penal, presumindo que o infrator possa ser inserido de maneira cautelar no regime, utilizando o *Inaudita Altera Pars*¹⁸. Nos casos de incidirem sobre o detento fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, ou dele representar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou para a sociedade (art. 52, §§

¹⁸ é uma forma de antecipação da tutela concedida no início do processo, sem que a parte contrária seja ouvida

1º e 2º, da LEP), ocorrerá também o uso da sanção do Regime Disciplinar Diferenciado, agora, como medida cautelar.

Assim sendo, em ambas as possibilidades de aplicação do RDD, não é necessário realização do crime doloso ou o de outra falta grave, visto que a causa para a sua exigência não tem a qualidade punitiva própria da sanção disciplinar. A imposição desse regime nas causas dos §§ 1º e 2º do art. 52 da Lei de Execução Penal estabelece medida preventiva de caráter cautelar, que tem como objetivo: assegurar as condições essenciais para que a prisão provisória ou a pena privativa de liberdade seja cumprida em circunstâncias que preservem a segurança do estabelecimento penal. E também para resguardar a ordem pública, que continuaria ameaçada se, apesar de custodiado, o detento permanecesse em regime comum (MOREIRA, 2004).

4.2.3- O isolamento do detento como finalidade do RDD

Prevalece no RDD a esfera intimidatória da pena e não a ressocializadora, tendo como função principal apenas a estipulação de uma sanção. O isolamento do detento é claro, já que ficará apartado em uma cela sozinho, e também devido ao tempo de solidão, que terá duração máxima de 360 dias, com a possibilidade de repetir a sanção por causa de uma nova infração ou falta, até o limite máximo de um sexto da pena imposta.

O art 53, I da lei 7.210/03, pressupõe a segregação do detento em cela individual, sem ter uma convivência com os outros presos. Para Jakobs, “o isolamento do preso é típico de uma limitação de direito processuais aos inimigos” (JAKOBS, 2009, p.104).

O RDD já foi considerado pelo o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, uma sanção disciplinar de caráter cruel e desumana que promove ocasiona distúrbios psiquiátricos e psicológicos no preso:

Este tipo de regime, conforme diversos estudos relatam, promove a destruição emocional, física e psicológica do preso que, submetido ao isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia, e a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves. O projeto, ao prever isolamento de trezentos e sessenta dias, certamente causará nas pessoas a ele submetidas a deterioração de suas faculdades mentais, podendo-se dizer que o RDD, não contribui para o objetivo da recuperação social do condenado e, na prática, importa a produção deliberada de alienados mentais (WEIS, 2005, p.14-15).

A Lei de Execução Penal, no seu artigo primeiro¹⁹, dispõe que a execução penal terá como norte para o cumprimento da pena, as condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Assim sendo, é notável a influência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos nessa lei, visto que no artigo 5º, item 6 dessa convenção²⁰ aduz que as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenado.

O Direito Penal do Inimigo apresenta como característica a eliminação da integração social do condenado, igualmente, ocorre no RDD, mesmo desrespeitando as normas previstas na lei de Execução Penal brasileira e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa sanção disciplinar, não existe uma noção de ressocialização, visto que o preso sofre com o isolamento. O detento fica incomunicável com o mundo externo, visto que não possui permissão para o uso de serviços de telecomunicações, diferentemente do prisioneiro comum, que possui o direito da leitura, correspondência escrita e outros meios de informação que não comprometam a moral e dos bons costumes.

4.4 Principais julgados sobre o Regime Disciplinar Diferenciado.

Nesse tópico, transcreverei algumas ementas de julgados importantes abordando o Regime Disciplinar Diferenciado, principalmente aqueles emitidos pelos os Tribunais Superiores.

- Constitucionalidade do RDD:

TRF-1 - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL AGEPN 86166120134014100 RO 0008616-61.2013.4.01.4100 (TRF-1)

Data de publicação: 17/01/2014

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. INCLUSÃO EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD. ART. 52 DA LEI 7.210 /1984 (EXECUÇÕES PENAIAS). INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTADA. ALTO RISCO. 1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela constitucionalidade do art. 52 da Lei 7.210 /1984, com redação dada pela Lei 10.792/2003, que prevê o Regime Disciplinar Diferenciado - RDD. Precedentes do STJ. 3. O RDD é medida extrema, destinada exatamente aos presos de elevado potencial de criminalidade. 4. A medida não é um

¹⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

²⁰ Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Artigo 5º - Direito à integridade pessoal. 6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

processo judicial à parte, mas tem natureza cautelar e, por isso, prescinde da existência de provas robustas. 5. Na hipótese, a decisão obedeceu ao determinado pelo art. 59 da Lei 7.210 /1984 e na alta periculosidade do agravante, o qual, mesmo em ambiente carcerário de segurança máxima, comete indisciplina e ameaça de morte Agente Penitenciário, trazendo o risco para o estabelecimento penal, o meio social, a segurança e a ordem pública. 6. Agravo em execução a que se nega provimento.²¹

- Competência para inclusão do preso no RDD:

TRF-3 - REEXAME NECESSÁRIO CRIMINAL REENEC 7972 MS 0007972-58.2011.4.03.6000 (TRF-3)

Data de publicação: 22/10/2013

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. REEXAME NECESSÁRIO EM HABEAS CORPUS. INCLUSÃO NO RDD - REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO DE DIREITO NÃO RATIFICADA PELO JUÍZO FEDERAL. REEXAME DESPROVIDO. 1. Reexame necessário de decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS que concedeu ordem, em habeas corpus impetrado contra ato do Diretor do Presídio Federal de Campo Grande/MS, que determinou a inclusão do paciente no regime disciplinar diferenciado. 2. O Diretor do Departamento Estadual de Administração Penal do Estado de Santa Catarina havia requerido a inclusão do paciente no RDD, ao argumento que ele estaria envolvido com a facção criminosa PGC (Primeiro Grupo Catarinense), o que foi deferido pelo Juízo de Direito da Comarca de Criciúma/SC. 3. Após a inclusão do paciente no presídio federal, o Juiz Federal Corregedor da Penitenciária Federal de Campo Grande passou a ser o competente para analisar a execução da pena, nos termos do artigo 4º, § 2º da Lei nº 11.671 /2008. E a inclusão do preso no RDD depende de despacho do juiz competente, nos termos do artigo 60 da Lei de Execuções Penais, na redação dada pela Lei nº 10.792 /2003. 4. O Juízo Federal havia determinado apenas a inclusão provisória do paciente no sistema penitenciário federal, mas não no regime disciplinar diferenciado. 5. Não tendo o Juízo Federal expressamente determinado a inclusão do paciente no RDD, não poderia tê-lo feito o Diretor da Penitenciária Federal, com base em anterior determinação do Juízo Estadual. 6. Reexame necessário desprovido.²²

- Requisito para a aplicação do RDD: oferecer alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal.

TRF-1 - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL AGEPN 67277220134014100 (TRF-1)

Data de publicação: 25/07/2014

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INCLUSÃO DE PRESO EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD. ART. 52, §§ 1º E 2º, DA LEI 7.210 /1984 (EXECUÇÕES PENAIS). PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA ESTABILIDADE DA ORDEM PENITENCIÁRIA. 1. O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela constitucionalidade do art. 52 da Lei 7.210 /1984, com redação dada pela Lei 10.792 /2003, que prevê o Regime Disciplinar Diferenciado - RDD.

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1º Região). AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL AGEPN 86166120134014100 RO 0008616-61.2013.4.01.4100. Data de publicação: 17/01/2014

²² BRASIL. Tribunal Regional Federal (3º Região). - REEXAME NECESSÁRIO CRIMINAL REENEC 7972 MS 0007972-58.2011.4.03.6000 (TRF-3). Data de publicação: 22/10/2013

Precedentes do STJ e deste Tribunal. 2. Decisão agravada em conformidade com os preceitos dos §§ 1º e 2º do art. 52 da Lei 7.210 /1984 e fundamentada no expediente produzido pela Área de Inteligência da Penitenciária Federal em Porto Velho, capitaneado pela Informação-AIPFPV, Relatórios de Áudio Vigilância e Relatório de Inteligência. O agravante é preso de alta periculosidade que, mesmo em ambiente carcerário de segurança máxima, demonstra propensão à reiteração delituosa, pois integrante de organização criminosa. Exerce influência negativa sobre a massa carcerária para que os comandos proferidos pelos agentes penitenciários federais não sejam objeto de cumprimento. 3. Agravo em execução penal não provido.²³

- Característica do RDD: a instituição desse regime não é um processo judicial à parte, porém tem caráter cautelar.

TRF-1 - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL AGEPN 819 RO 0000819-34.2013.4.01.4100 (TRF-1)

Data de publicação: 14/06/2013

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. INCLUSÃO EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD. ART. 52, §§ 1º E 2º, DA LEI 7.210 /1984 (EXECUÇÕES PENAIS). NULIDADE ABSOLUTA. AFASTADA. DEVIDO PROCESSO LEGAL RESPEITADO. PARTICIPAÇÃO ATUAL EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALTO RISCO. 1. Não cabe alegar nulidade absoluta da decisão, em razão de não ter sido precedida de processo administrativo disciplinar, quando seu fundamento não diz respeito à disciplina do preso, mas à sua participação em organização criminosa e no risco que apresenta à segurança da coletividade. 2. Considera-se que o devido processo foi cumprido na hipótese em que, prolatada a cautelar, com contraditório diferido, em razão do caráter emergencial da medida, o preso apresenta sua defesa antes da decisão de mérito. 3. O RDD é medida extrema, destinada exatamente aos presos de elevado potencial de criminalidade que, mesmo recolhidos em estabelecimentos prisionais, continuam a participar de organizações criminosas, com poder de decisão. 4. A medida não é um processo judicial à parte, mas tem natureza cautelar e, por isso, prescinde da existência de provas robustas. 5. Na hipótese, a decisão obedeceu ao que determinam os §§ 1º e 2º do art. 59 da Lei 7.210 /1984 e fundamentou-se na atualidade da participação do preso em organização criminosa, alto risco para o estabelecimento penal, o meio social, a segurança e a ordem pública. 6. Agravo em execução a que se nega provimento.²⁴

- A aplicação do RDD tem que respeitar o princípio constitucional do Devido Processo Legal:

STJ - HABEAS CORPUS HC 89935 BA 2007/0208711-7 (STJ)

Data de publicação: 26/05/2008

Ementa: EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD). INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES LEGAIS. IMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. DECISÃO DO JUIZ DAS EXECUÇÕES EM PROCESSO JUDICIAL. NECESSIDADE. 3. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA.

²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1º Região). TRF-1 - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL AGEPN 67277220134014100 (TRF-1). Data de publicação: 25/07/2014.

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1º Região). TRF-1 - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL AGEPN 819 RO 0000819-34.2013.4.01.4100. Data de publicação: 14/06/2013.

ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. 4. LIMITE TEMPORAL MÁXIMO DE 1 ANO. IMPOSIÇÃO SEM MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 5. ORDEM CONCEDIDA. 1. Incabível a inclusão de preso em RDD se incorrente no caso qualquer das hipóteses legais, previstas no artigo 52 da Lei de Execuções Penais. 2. O Regime Disciplinar Diferenciado é sanção disciplinar que depende de decisão fundamentada do juiz das execuções criminais e determinada no curso do processo de execução penal. 3. A decisão judicial sobre a inclusão do preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa, o que não foi propiciado no presente caso. 4. Desproporcional a imposição do regime disciplinar diferenciado no seu prazo máximo de duração, de um ano, sem uma individualização da sanção adequadamente motivada (Inteligência do artigo 57 da Lei de Execução Penal). 5. Ordem concedida para determinar a transferência do paciente do regime disciplinar diferenciado, retornando para o Conjunto Penal de Feira de Santana, onde se encontrava. Efeitos estendidos aos demais presos na mesma situação.²⁵

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS HC 89935 BA 2007/0208711-7 (STJ). Data de publicação: 26/05/2008.

5. CONCLUSÃO

A monografia tem como objeto inicial o Direito Penal do Inimigo e o debate sobre um Direito penal para o cidadão e outro para o inimigo. Tema bastante controverso e polêmico, sendo a teoria de Jakobs considerada incompatível com o Estado Democrático Constitucional.

Estabelecer estereótipos de um indivíduo na qualidade de “perigoso”, típico ato do Direito Penal do Inimigo, é bastante complexo, visto que não existe uma forma exata para determinar isso. Assim, o mais indicado é a análise de cada caso concreto bem como do histórico dos crimes cometidos por uma pessoa, sem preconceito. Portanto, diferente da teoria de Jakobs, que estabelece que a pessoa não deve ser penalizada pelo o ato praticado, mas, sim, por sua periculosidade.

As características do DPI também foram analisadas, sendo as principais: antecipação da punibilidade, desproporcionalidade das penas e criação de crimes de mera conduta e abstratos. Assim, é possível aduzir que a teoria de Jakobs almeja, especialmente, a preservação da validade da norma.

É incontroverso que as organizações criminosas vêm ganhando força e poder com o passar do tempo perante um Direito que não consegue acompanhar essa mudança, logo, ultrapassado. De modo geral, principalmente no caso brasileiro, o ordenamento jurídico não consegue lidar com os desafios da modernidade de forma eficiente, e isso ocorre, especialmente, com o Direito Penal.

Logo, não podemos achar que a teoria de Jakobs é completamente fora de contexto com o mundo contemporâneo e que tratar de infratores é algo simples e com várias soluções eficientes. Ao contrário, o ramo jurídico-penal-criminal é um dos mais polêmicos, principalmente, onde a sociedade convive diariamente com a insegurança e a impunidade.

Ao longo da monografia, foram expostos os motivos para a incompatibilidade da aplicação direta do Direito Penal do Inimigo com os Estados Democráticos de Direito. Entretanto, essa teoria vem influenciando bastante os ordenamentos jurídicos, sendo aplicada de modo indireto, devido aos anseios da sociedade, legisladores e da segurança pública.

É nesse contexto que respondemos a pergunta: É possível afirmar que, no Brasil, é aplicada a teoria do Direito Penal do Inimigo, de Gunther Jakobs?

No ordenamento jurídico brasileiro temos algumas leis que apresentam características semelhantes, ou ideais similares, às premissas da teoria de Jakobs. O exemplo dado e analisado nessa monografia foi o Regime Disciplinar Diferenciado (lei 10.792/03).

Tive a intenção de deixar bem claro que a aplicação dessa sanção disciplinar intensifica os efeitos negativos do sistema prisional, atuando como um meio de abuso à integridade psíquica e física do detento. Pontua-se que o uso do RDD, conforme enfatizado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, também é incompatível com os direitos e garantias fundamentais descritos na Magna Carta e nos tratados internacionais de Direitos Humanos. O detento não é um simples objeto, muito menos, um “inimigo” da sociedade ou do Estado.

Ressaltou-se também o conflito entre o RDD e o objetivo ressocializador da pena. Devido ao isolamento e as outras características dessa sanção, o detento se corrompe, perverte, perde a sua humanidade, transformando a penitenciária em fábrica de reincidência.

Lamentavelmente, a Execução Penal não vem cumprindo o seu principal objetivo de modo eficaz, que é a ressocialização dos detentos. Ao contrário, a Execução vem desvirtuando-se para um processo apenas punitivo, almejando o sofrimento do preso e buscando dar uma resposta para as vítimas. Logo, o detento não é ressocializado, pelo contrário, se aprofunda no mundo do crime e vai perdendo o seu caráter humano.

É inegável que o Brasil precisa de uma nova ou mudanças na política criminal/penitenciária para buscar efetivamente a ressocialização. Para isso é fundamental: colocação de educação e trabalho nas prisões, suprimir a corrupção prisional e promover a socialização entre os presos e entre eles e o mundo externo.

O RDD mostra-se inútil e desproporcional, já que é uma providência extrema almejando objetivos não muito complexos. Retirando essa sanção da lei, o simples cumprimento da Lei de Execução Penal, investindo em estrutura decente, melhor

fiscalização e extinção ou redução da corrupção prisional, já seriam medidas suficientes. Assim sendo, o uso dessa sanção ofende o princípio da razoabilidade.

O advento do RDD é produto de mentalidade ultrapassada, obsoleto e ineficaz igual os ideais do Estado Absolutista e da teoria do Direito Penal do Inimigo. O preso, através de sentença, tem a sua liberdade restringida, mas não outros direitos, como o de ser tratado de maneira digna.

Logo, para a mudança desse cenário é fundamental uma reforma legislativa para a extinção ou mudança dessa sanção disciplinar. Todavia, a principal reforma precisa ser na mudança de mentalidade da sociedade. Assim, temos que ter noção de que a pena não serve de vingança, que o preso não é um inimigo e que a criação de leis semelhantes às ideias do Direito Penal do Inimigo não são a solução para a insegurança e a criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. São Paulo Perspec. vol.18 no.1 São Paulo Jan./Mar. 2004.
- BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1.319, 10 fev. 2007.
- BIANCHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série As Ciencias Criminais do Século XXI, v.7,2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral - 2013. Editora Saraiva.
- BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. Revista de Estudos Criminais, Rio Grande do Sul, v.4 n.14. Abr./Jun. 2004.
- CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. A primazia ao princípio da humanidade no Direito Penal contemporâneo em respeito à tendência constitucionalizante do Direito. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2982/A-primazia-ao-principio-da-humanidade-no-Direito-Penal-contemporaneo-em-respeito-a-tendencia-constitucionalizante-do-Direito>.
- CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias,4(1):7-26, Jan.-Dez./2005.
- FREIRE, Christiane Russomano. A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 30 out. 2015
- HABER, Carolina Dzimidas. Reflexos do direito penal do inimigo na realidade brasileira. 2010. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/eventos/pet/carolina.pdf>.
- JAKOBS, Günter. *Direito Penal do Inimigo*. 2ª Tiragem. Organização e Introdução: Luiz Moreira & Eugenio Pacelli de Oliveira, Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.
- _____. *A pena estatal: significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson Civitas, 2006.
- _____. Fundamentos do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Sociedade, norma e pessoa. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v.6.
- _____.; MÉLIA, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, Organização e Tradução: André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli, 2005.
- _____. La Ciencia Del derecho penal antes las exigências Del presente. In: Revista Peruana de Ciências Penales. Nos. 11/12. Lima: Idemsa.

- _____. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición. Marcial Ponz: 1.997.
- LISZT, Franz Von. La Idea del fin em el derecho penal: programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Granada: Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2007.
- MACHADO, Bruno Amaral. Justiça Criminal e Democracia. Editora Marcial Pons (nacional). 2013.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo - A Terceira Velocidade do Direito Penal. Editora Juruá.2008.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado - RDD. Revista Jurídica, 325. Porto Alegre: NOTADEZ, nov. 2004.
- _____. Regime disciplinar diferenciado (RDD): inconstitucionalidade. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano11, n. 1143, 18 agosto 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8817>>. Acesso em: 11 de fevereiro 2015.
- MORELLI, Daniel Nobre. Notas sobre o Pluralismo Político e Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst54.html>.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- PEREIRA, Borges. Inconstitucionalidade do RDD. Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 167, out. 2006.
- RUEDA, Luis Roberto. El Derecho Penal y SUS Enemigos, Derecho Penal y Sociedad Democrática. Universidad Católica de Córdoba. Universidad Jesuita.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A expansão do direito penal. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, Admaldo Cesário dos. Direito Penal do Inimigo e Culpa Jurídico-Penal- O Problema da Responsabilidade pelo Livre-Arbítrio. *Núria Fabris Editora. Ano 2009*.
- SANTOS, Astério Pereira dos. Regime Disciplinar Especial – Legalidade e Legitimidade. <http://www.seap.rj.gov.br>, 22.08.04.
- SHIMIZO, Bruno; FOLADOR, Rafael. O Defensor Público e a Criminologia: da desalienação a resistência. *In: .Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré (Coord). Temas Aprofundados Da Defensoria Pública. Juspodivn, 2013.*
- SILVA, Evandro Lins e. A Prisão no Direito Brasileiro. Editora Líder Júris - 1988.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1. 928.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- URQUIZO Olaechea, José. "*Derecho Penal Del Enemigo*." *Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM*. Vol. 64. N 1. Lima, 2007.

- WEIS, Carlos. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária entende inconstitucional o regime disciplinar diferenciado. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 13, n. 155, p. 14-15, out. 2005.
- ZACCONE, Orlando D'Elia Filho. Os acionista do nada. Quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El derecho penal y sus enemigos. In: Em torno de la cuestión penal. Montevideo- Buenos Aires: B de F, 2005.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.