

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA NOVA REALIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?**

Juliane Helena Pilla Julião

Presidente Prudente/SP
2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA NOVA REALIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?**

Juliane Helena Pilla Julião

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente/SP
2012

DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA NOVA REALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

Monografia/TC aprovado como requisito parcial para a
obtenção do Grau de Bacharel em Direito

MARCELO AGAMENON GOES DE SOUZA
Orientador

ANTENOR FERREIRA PAVARINA
Examinador

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA JÚNIOR
Examinador

Presidente Prudente, 30 de novembro de 2012

Dedico este trabalho a toda minha família que sempre me apoiou em todas as fases da vida, e principalmente ao meu avô Antonio que não pode acompanhar este trabalho, mas com certeza mesmo longe me deu forças para continuar.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos iniciais vão dirigidos ao meu orientador, Professor Marcelo Agamenon, pois sem sua colaboração e empenho, este trabalho não se realizaria.

Agradeço também a minha família que me apoiou, e me deu motivação nos momentos de desânimo, e em toda minha vida, sem os quais não estaria onde estou hoje.

Agradeço também ao meu companheiro e namorado, pela compreensão pelas horas despendidas a este trabalho e pela ajuda tanto material quanto emocional.

Não poderia deixar de agradecer a todos os professores da Toledo pelo convívio apoio, e compreensão dedicados a mim.

Por fim, agradeço a Deus. Pois só com o seu amparo alcancei vitórias e enfrentei da melhor forma possível os desafios que me foram apresentados nestes quatro anos já vividos nesta Faculdade.

RESUMO

O presente trabalho visa abordar as principais características, conceito e aplicação do direito penal de terceira velocidade que se denomina direito penal do inimigo. Nesta perspectiva adentra-se aos aspectos históricos do Direito Penal tanto no mundo quanto no Brasil. Na seqüência destaca-se as diferenças entre os modelos de direito penal do cidadão e do inimigo, as diferenças entre culpabilidade e periculosidade. O presente trabalho exemplifica os países que adotam o direito penal do inimigo, e as principais características e resquícios do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Conclui posicionando-se quanto a eficácia da sua principal função.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo – Direito Penal do Cidadão – Direito Penal do autor – Direito Penal do fato – Pessoa – Inimigo - Lei.

ABSTRACT

This work aims to address the main characteristics, concept and application of criminal law to third gear which is called criminal law of the enemy. Enters this perspective to the historical aspects of criminal law both in the world and in Brazil. Following highlights the differences between the models of the citizen and the criminal law of the enemy, the differences between guilt and dangerousness. This work exemplifies the countries that adopt the criminal law of the enemy, and the main features and remnants of the Criminal Law of the Enemy in Brazilian Legal System. Concludes positioning itself as the effectiveness of its primary function.

KEYWORDS: Enemy Criminal Law – Criminal Law Citizen – Author of Criminal Law – Criminal Law fact – Person Enemy Law

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL	10
2.1 Direito Penal das Culturas Distantes	10
2.1.1 Direito Penal Chinês	10
2.1.2 Direito Penal Indiano	11
2.1.3 Direito Penal Egípcio	12
2.1.4 Direito Penal Árabe	13
2.1.5 Direito Penal Espanhol	13
2.1.6 Direito Penal Japonês	13
2.2 Direito Penal Romano	14
2.3 Direito Penal Germânico	16
2.4 Direito Penal Canônico	16
3 ASPECTOS HISTÓRICOS NO DIREITO PENAL NO BRASIL	18
3.1 Período Colonial	18
3.2 Código Criminal do Império	20
3.3 Período Republicano	21
3.4 Código Penal Atual	22
4 DIREITO PENAL DO INIMIGO	29
4.1 Origem	30
4.2 Conceito	32
4.3 Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo	33
4.3.1 O inimigo	33
4.3.1 O cidadão	34
4.4 Principais características do Direito Penal do Inimigo	36
4.5 Direito Penal do inimigo e as Velocidades do Direito Penal	39
4.5.1 Direito Penal de Primeira Velocidade	39
4.5.2 Direito Penal de Segunda Velocidade	40
4.5.3 Direito Penal de Terceira Velocidade	40
4.6 Direito Penal do autor e do fato e o Direito Penal do Inimigo	40
4.7 Países que adotam Direito Penal do Inimigo	41
5 DIREITO PENAL NO INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	45
5.1 Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo	48
5.1.1 Histórico	48
5.1.2 Conceito	52
5.1.3 O Regime Disciplinar Diferenciado como indício de Direito Penal do Inimigo	56
5.2 Lei do Abate e Direito Penal do Inimigo	58
5.2.1 Histórico	59
5.2.2 Conceito	61
5.2.3 Lei do Abate como expressão do Direito Penal do Inimigo	62
6 CONCLUSÃO	66
BIBLIOGRAFIA	68

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca examinar a polêmica existente em torno do Direito Penal do Inimigo

A muito se debate sobre a legalidade do direito penal do inimigo, porém antes de entrar neste aspecto, deve-se conhecer a as origens e características da presente teoria, além de aprofundar-se nos reais motivos históricos para que fosse criada a teoria do direito do inimigo

É notório que a cada dia que se passa, a humanidade sofre com o aumento da criminalidade, motivo pelo qual, a sociedade vem se escondendo e aprisionando-se em suas residências. Observa-se então, uma inversão nos valores sociais onde o delinquente tem a possibilidade de comutar sua pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, enquanto ao cidadão só lhe resta à alternativa de se proteger ao máximo, pautado na ideia que não há como o Estado proteger á todos seus cidadãos.

A partir dessa ideia de impunidade, criou-se a teoria do direito penal do inimigo, defendida pelo alemão Günter Jakobs em sua obra *Derecho Penal Del Enemigo*, que difere o direito penal aplicado ao cidadão do direito penal aplicado ao inimigo, pois ao inimigo da sociedade, vale tudo para afastá-lo da vida em sociedade, e proteger seus cidadãos, inclusive adota-se procedimento de guerra, e este inimigo não mais voltará ao seio social.

Para uma melhor compreensão do tema, se faz relevante fazer uma abordagem histórica que permita ao leitor conhecer a evolução dos aspectos jurídicos, políticos e sócias que envolveram o Direito Penal em comento.

Desta forma, através de uma mescla entre legislação, doutrina e diversos artigos que debatem o tema, espera-se verificar as características do Direito Penal do Inimigo no Brasil.

Não tem este estudo a pretensão de esgotar o assunto, mas sim fomentar o debate existente em torno da questão. Cabe, portanto a seguinte a

seguinte indagação: Seria possível a aplicação do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro?

Nessa toada, como escopo de responder o questionamento aqui levantado, constatar-se á que o Direito Penal do Inimigo, pode ser sim encontrado no Ordenamento Jurídico, através do RDD, Lei do Abate entre outros exemplos.

Apesar da divergência que o tema ainda provoca, tem- se aceitado a hipótese de um Direito Penal mais rígido, em face do atual Direito Penal, pelo fato deste ser considerado ultrapassado, não alcançando a finalidade que deveria, ou seja, conter a criminalidade.

Por todo exposto, estudar-se á o conceito, diferenciação, aplicação e cabimento do Direito Penal do Inimigo nos Ordenamentos Jurídicos em geral.

Por tudo isso, pretende-se debater o Direito Penal do Inimigo empregando primeiramente o método histórico, no intuito de proporcionar ao leitor uma visão geral do assunto em análise.

O presente estudo também se utilizará do método comparativo, para que se possa distinguir o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

Valer-se á ainda do método indutivo, para chegar as conclusões finais, e por sim far-se-á uso da pesquisa bibliográfica para ponderar os posicionamentos desta complexa questão.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL

Para se ter uma efetiva compreensão do Direito Penal atual, e sua função na sociedade, é preciso atentar para os seus aspectos históricos. Neste sentido destaca Luiz Régis Prado (2002 p.47) “para bem entender uma legislação, é indispensável o conhecimento de sua evolução histórica”.

O Direito Penal tem a finalidade de regular a relação dos indivíduos na sociedade, e não só de puni-la como pensa a maioria dos cidadãos. Para entendermos qualquer assunto que se coloque em questão, é necessário saber sua origem e história, para que se possa compreender o desenrolar o tema. A partir desta premissa, é mister conhecer o Direito Penal em suas raízes para que se possa entender o Direito Penal vigente.

Os estudos deixam claro que a história do Direito Penal se tratou de uma progressão sistemática, por isso a doutrina dominante dividiu o início do Direito Penal em três fases: a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública.

De acordo com René Ariel Dotti (2010, p.201)

Nas sociedades primitivas, o tabu era a proibição aos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou dele se aproximarem, em virtude do caráter sagrado dessas pessoas, objetos e lugares cuja violação acarretava ao culpado ou a seu grupo o castigo da divindade.

Pelo que se vê, punia-se o infrator quando ele desagradava uma divindade, seu crime era de desobediência, e este fato levava o nome de infração totêmica, o castigo para tal infração era o sacrifício da vida do infrator. Nesta época não se falava em justiça, e foi denominada Fase da vingança divina. Nesta fase, a finalidade da pena era intimidatória. Pode-se destacar como exemplo de legislação o Código de Manú adotado, por exemplo, no Egito, China, Pérsia, Israel e Babilônia.

Após este período evolui-se então para fase de vingança privada, a punição para o infrator era o banimento, ou seja, a entrega deste indivíduo para o outro grupo social, que então o mataria. Porém com a evolução, surge-se a primeira tentativa de humanização da sanção criminal que foi a Lei de Talião “olho por olho,

dente por dente”. Esta lei foi adotada no Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas.

Mas com o tempo, o número de pessoas deformadas foi aumentando de forma desordenada, e assim definiu-se então a composição, onde o infrator podia comprar sua liberdade. Após a vingança privada, surgiu a fase da vingança pública que fundia em um, o poder devido e o poder político. Nesta fase destaca-se Aristóteles e Platão que contribuíram significativamente para a evolução.

Além das três principais divisões da história do Direito Penal, é importante conhecer as legislações penais dos países que tiveram mais destaque da história da humanidade.

2.1 Direito Penal das Culturas Distantes

Deve-se começar com o estudo das culturas distantes, abordando países e culturas que não estão distantes apenas no tempo, mas também no espaço.

2.1.1 Direito Penal Chinês

O Direito Penal Chinês ganha destaque por ter instituído em seu ordenamento a lei das cinco penas, onde as penas eram caracterizadas pela mutilação do corpo.

Neste sentido escreve Pierangeli, Zaffaroni:

Na China, a história mais remota, confunde-se com lenda. Nos primórdios históricos comprovados eram conhecidas as chamadas “cinco penas”: o homicídio penalizado com a morte, o furto e as lesões penalizados com a amputação de um ou ambos os pés, o estupro com a castração, a fraude com amputação do nariz e os delitos menores com a marca na testa (p.160).

Apesar de já considerar essas penas cruéis, com o passar do tempo, a crueldade foi piorando e as penas ficando cada vez mais rudes. Podemos citar como

exemplo: abraçar uma coluna de ferro incandescente, esquartejamento, tortura espancamento, pena de morte, furar os olhos e inclusive extensão do castigo à família do infrator.

No século VII d.C a pena foi ficando mais humanitária, e extinguiu-se a extensão das penas aos familiares do infrator. As penas foram reduzidas novamente a cinco modalidades: morte, deportação, desterro, espancamento e açoitamento.

Após este período, no ano de 1389, foi sancionado o Código Penal da dinastia Ming que adotava o sistema das cinco penas, porém com algumas modificações, deixando as penas mais humanizadas em relação às cinco penas previstas anteriormente.

2.1.2 Direito Penal Indiano

Na Índia, destaca-se como texto mais importante, o código de Manu. Para este código, a função da pena era apenas purificar aquele que a suportasse. Neste sentido destaca René Ariel Dotti (2010, p.208) “o réu que houvesse cumprido sua pena corretamente poderia chegar ao céu tão limpo de culpa como se tivesse praticado uma boa ação”.

Neste contexto, abriu-se a discussão do dolo da culpa e do caso fortuito.

Havia também no ordenamento da Índia, a incidência de multa que aumentava conforme a posição social do infrator. A pessoa que tinha maior posição social na maioria das vezes era eximida das penas corporais. Uma curiosidade a ser mencionada é que o homem que soubesse de memória o texto sagrado, poderia cometer qualquer crime que não haveria punição, desde que fosse de casta superior.

2.1.3 Direito Penal do Egito

No Egito, as condutas que afetassem a religião ou o faraó eram punidas com penas de morte, que podiam ser simples ou qualificada pela tortura. Os demais crimes também eram punidos de forma violenta, conforme observa Pierangeli, Zaffaroni: (2010, p. 161).

Eram aplicadas penas de mutilação, desterro, confisco e escravidão, como também o trabalho forçado nas minas. A falsificação era punida com a amputação das mãos, o estupro com a castração, o perjúrio com a morte, a revelação de segredos com a amputação da língua, etc. Mais tarde substituiu-se a pena de morte, pela amputação do nariz na maioria dos delitos em seguida foi introduzido desterro.

Da Babilônia, vem o Código Penal mais antigo, conhecido por Código de Hamurabi, que não era apenas penal, pois possuía também disposições civis. O texto distinguia as penas para homens livres e escravos, e como exemplo cita-se os crimes patrimoniais onde o infrator deveria devolver o triplo do que roubou.

O Direito Penal Hebreu seguia a Lei de Talião “olho por olho, dente por dente”. Esta lei vem do latim e significada tal qual.

René Ariel Dotti (2010 p.203)

A pena de Talião consistia em impor ao delinqüente um sofrimento igual ao que ele produziu com sua ação, surge então a idéia de proporcionalidade. Assim consta na Bíblia: Pagará a vida com a vida; mão com mão; pé por pé; olho por olho; queimadura por queimadura. (Êxodo XXI, versículos 23 a 25).

Os Hebreus consideravam como fonte de direito, os dez mandamentos, e a partir destes mandamentos surgiu o Direito Penal mosaico que recebeu este nome, por se basear nas Leis de Moisés.

Neste Código, a pena de morte era exercida de diversas maneiras, força, fogo, apedrejamento, afogamento, esquartejamento, etc. Havia também a pena de asilo, nos crimes de homicídio culposo, onde o infrator ficava instalado nas cidades asilo.

Passado o tempo, a legislação penal mosaica foi se aprimorando, e em V a.C tornou-se o “Talmud” onde se pode apreciar a legítima defesa, a culpa, a reincidência, a preterintenção e o erro. Neste Código também se estabelecem as penas de morte, corporais e pecuniárias.

2.1.4 Direito Penal Árabe

O Direito Penal Árabe se influenciava por diversas culturas. As penas mais utilizadas eram mutilação, estrangulamento, apedrejamento, etc. Com a chegada do Alcorão, introduziram-se grandes reformas na legislação penal. Distingua-se claramente o dolo, da culpa. (Zaffaroni, Pierangeli, 2010, p.168-169)

2.1.5 Direito Penal Espanhol

O livro mais importante do período espanhol ficou conhecido como livro dos juízes. Este livro sofreu grande influência do Direito Penal Germânico primitivo, trazendo em suas normas penas corporais, a lei de talião, diferenças entre nobres e plebeus, traz também avanços em relação à distinção do dolo e da culpa, legítima defesa e a necessidade. (Zaffaroni, Pierangeli, 2010, p.170-171)

2.1.6 Direito Penal Japonês

No Japão havia duas classes de pena: A primeira aplicação se dava no sul para os condenados que algum dia poderiam ser libertados, e ao norte eram para aqueles que jamais seriam libertados. Dentre estes condenados, homens e mulheres podiam se casar e os filhos que tivessem, ao completarem 08 (oito) anos de idade seriam vendidos como escravos.

No século VIII d.C. foi sancionado o Código Taiho Ritsu que trazia como característica interessante suas atenuantes de pena como, por exemplo, o

parentesco com o Imperador, o título de nobreza, os serviços prestados ao Estado, a religião e a ciência. (Dotti, 2010, p.207)

Além do Direito Penal das Culturas distantes é preciso também conhecer as legislações que tiveram e exerceram maior influência na humanidade, começando pelo Direito Penal Romano.

2.2 Direito Penal Romano

No período de fundação de Roma, como já visto em outras épocas, a figura do rei ainda se confundia com a do Sacerdote e por isso eles possuíam poderes ilimitados. Passados os anos, Roma começa a se organizar e nesta fase prevalece o Direito Consuetudinário que tem como principais características rigidez e formalismo.

Pode se falar que o primeiro código romano escrito, foi a Lei das XII Tábuas no século V a.C. Esta lei vem para limitar os alcances da vingança privada, se utilizando da Lei de Talião, admitindo também a composição entre o poder e os infratores. Nesta fase, surge ainda a divisão entre os crimes públicos e privados. Os crimes públicos eram a traição ou conspiração política contra o Estado, e eram punidos pelas *ius pulliciem*, exercido por Tribunais especiais cuja sanção aplicada era pena de morte. Os demais crimes eram privados, tais como furto, injúria, etc, estes crimes eram punidos pela *ius civile*, e seu julgamento era confiado ao próprio particular ofendido

De acordo com Cezar Roberto Bittencourt (2010 p. 62) nesta fase surgiu uma nova modalidade de crime:

Na época do império surgiu uma nova modalidade de crime que recebeu o nome de crimina extraordinária fundada nas ordenações imperiais, nas decisões do Senado ou na prática da interpretação jurídica, que resulta na aplicação de uma pena individualizada pelo arbítrio judicial à relevância do caso concreto.

Ao fim da República, mais precisamente 80 a.c, surge à base do Direito Penal Romano clássico com as leis "*Leges Corneliae e Juliae*" que catalogaram os comportamentos criminosos e travaram a tipologia dos crimes. As *Leges Corneliae*

ocuparam-se dos crimes interpessoais dos cidadãos, quais sejam patrimoniais, pessoais, etc. Já as *Leges Juliae* se ocuparam dos crimes praticados contra o Estado.

Estas duas leis, apesar de tratarem de crimes diferentes, exigem as mesmas circunstâncias, qual seja, que os fatos incriminados e sanções correspondentes ao crime, já estejam previstas no ordenamento.

A pena de morte nessa fase, praticamente desapareceu, voltando a ser utilizada com grande frequência no século II d.c, punindo os crimes determinados como extraordinários, por exemplo, furto qualificado, extorsão, aborto, heresia, bruxaria, etc.

A prisão usada nesta época era a prisão custódia, onde os presos já condenados apenas aguardavam a execução da pena já imposta. Nesta época, os Romanos já se utilizavam dos institutos do dolo e da culpa e das agravantes e atenuantes da pena.

Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (1995, p.20) destacam algumas principais características do Direito Penal Romano:

- A) afirmação do caráter público e social do Direito Penal.
- B) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes.
- C) o elemento subjetivo doloso se encontra claramente diferenciado o dolo – animus - que significava a vontade delituosa que se aplicava a todo campo do direito, tinha, juridicamente o sentido de astúcia – dolus malus – reforçada a maior parte das vezes, pelo adjetivo má, o velho dolus malus, que era enriquecido pelo requisito da consciência da injustiça.
- D) a teoria da tentativa, que não teve um desenvolvimento completo, embora se admita que era punida nos chamados crimes extraordinários.
- E) o reconhecimento de modo excepcional, das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade).
- F) a pena constituiu uma reação pública correspondendo ao Estado sua aplicação.
- G) distinção entre crimina pública, delicta privata e a previsão dos delicta extraordinária.
- H) a consideração do concurso de pessoas, diferenciando a autora e a participação.

Conclui-se, que o Direito Penal Romano foi um dos mais importantes para a evolução do Direito Penal, através dele começou a tipificação e crimes, além

dos demais avanços trazidos por este povo, tais como a distinção entre do dolo mau e dolo bom, que hoje seria a culpa.

2.3 Direito Penal Germânico

O Direito Penal Germânico primitivo não possui qualquer tipo de lei escrita, ele se caracteriza pelo Direito consuetudinário. O direito era tido como ordem de paz e seu rompimento com ruptura da paz. Assim como Direito Romano, havia divisão entre os crimes privados e públicos. O crime público tinha como consequência à morte do agressor por qualquer pessoa do povo, já quanto ao crime privado, o agressor era entregue a vítima e seus familiares para exercerem o direito de vingança.

Com a chegada do período da Monarquia, extingue-se essa vingança de sangue, que é substituída pela composição, ou seja, o indivíduo deveria compensar o prejuízo sofrido em dinheiro. O Direito Penal Germânico se caracteriza pelas leis bárbaras que definiam detalhadamente a indenização a ser paga pelo infrator. Aqueles infratores que não podiam pagar a indenização, ou seja, insolvente sofriam em substituição penais corporais após, por influência do Direito Romano, adotou a lei de Talião. A principal característica do Direito Penal Germânico era a responsabilidade objetiva onde o que importa é o resultado e não o dolo ou culpa, por isso consagra-se a máxima o fato julga o homem.

2.4 Direito Penal Canônico

Era um ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana e tinha caráter disciplinar. Com o passar do tempo, este Direito foi se estendendo aos religiosos e leigos desde que o crime praticado tivesse conotação religiosa. A jurisdição era dividida em *ratione personae* e *ratione materiae*. O primeiro, sempre destinado aos religiosos. Estes sempre eram julgados por tribunal da igreja, independente do crime, já no segundo, a jurisdição era fixada em razão da matéria do crime, mesmo que este fosse cometido por leigo.

Os delitos também eram classificados:

A) *Delicta* eclesiástica: ofendendo o direito divino.

B) *Delicta mere secularia*: ofendiam a ordem jurídica laica.

C) *Delicta mixta*: violava as duas ordens a laica e divina.

O Direito Canônico contribuiu para a forma de prisão moderna, onde a palavra penitência deu origem às penitenciárias atuais. Contribuiu também para introduzir a ressocialização do preso, e o princípio da individualização da pena.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL NO BRASIL

A história do Direito Penal Brasileiro pode ser dividida em três grandes fases, o Período Colonial, o Código Criminal do Império e o Período Republicano.

Antes mesmo da chegada de Portugal ao Brasil, os índios que já viviam em sociedade, praticavam o direito consuetudinário nas tribos. A principal característica dos indígenas era a vingança, e por este motivo nada influenciou nas construções das leis penais brasileiras. (Bitencourt, 2010, p.76)

3.1 Período Colonial

Na antiga civilização brasileira, antes do domínio português, adotava-se a vingança privada, vista anteriormente. Nesta fase não havia qualquer proporcionalidade nas sanções penais. Havia grande influência do misticismo, e as penas geralmente eram corporais, porém sem tortura.

A partir de 1.500, com o descobrimento do Brasil, passou a vigorar no Brasil o Direito Lusitano, ou seja, o mesmo ordenamento de Portugal.

Nesta época aplicava-se em Portugal as Ordenações Afonsinas. Além de ser considerado o primeiro Código Europeu completo, foi o primeiro grupo de leis que vigorou no Brasil. Publicado no reinado do Rei Afonso V trazia características do Direito Canônico e Romano. O Código Afonsino foi manuscrito e era dividido em 5 livros.

Vicente Amêndola Neto (1997,p.125) destaca uma característica importante das Ordenações Afonsinas:

Aquele que acusasse e não obtivesse a condenação deveria ressarcir a desonra e o dano que em razão da querela o acusado tivesse recebido, Não pagando as custas, deveria sofrer penalidade.

Em 1521 surgem as ordenações Manuelinas, promulgada por Manoel I. Porém estas Ordenações não tiveram qualquer sucesso no Brasil, já que cada donatário queria exercer o seu Direito em cada colônia.

No Código Manuelino, Martin Afonso apoiado pelo governo português tinha carta branca para processar e julgar os infratores aplicando a pena de morte como maior conseqüência para as infrações. Este Código foi uma tentativa de modernizar as Ordenações Afonsinas.

Segundo Neto (1997, p.126) sobre a prisão, este Código tinha como característica:

A prisão antes realizada apenas recebida a querela, passou a poder acontecer somente em determinadas hipóteses (lesa majestade, roubar de estradas, incesto, matador de homem, matador de mulher) Quanto aos outros crimes, necessária era, para ser preso o querelado, prova da acusação em 20 dias.

Após, com a entrada em vigor das Ordenações Filipinas em 1603, a pena de morte continuou sendo a principal forma de punição. Nesta época o Governo Português passou para as mãos de um espanhol devido ao falecimento do Rei Dom Sebastião que não tinha herdeiros e por isso passou o trono a seu primo Dom Felipe II da Espanha.

As Ordenações Filipinas foram criadas por ele e permaneceu em vigor até 1816 no governo de Dom João IV quando a coroa volta a ser de Portugal. Após 1816 criou-se a figura do Governador Geral que administrava as capitânicas e não havia mais divisões, extinguindo desta forma, as capitânicas hereditárias.

Entra em destaque deste período a frase *morra por ello* que tem como significado morra por isso. Dentre essas penas de morte, haviam 04 (quatro) espécies, quais sejam: morte natural cruelmente, morte natural de fogo, morte natural que se dava pelo enforcamento, e morte natural para sempre, onde o individuo era posto pra fora da cidade apenas esperando pela morte, e quando morresse ficaria no mesmo lugar até apodrecer.

Era característica também das Ordenações Filipinas, a discriminação dos delinquentes levando em conta religião, nacionalidade. Nesta fase confundia-se crime, moral e pecado. Houve a separação de causas Públicas e Particulares. As causas públicas podiam ser intentadas por qualquer cidadão, já as particulares apenas pelo ofendido. Entrou-se em discussão o Processo sumário e ordinário. (Lubacheski, 2012 s.p)

Neste sentido Neto (1997, p.129):

Não era necessário ser ofendido para acusar por crimes públicos. Qualquer pessoa podia querelar no interesse público – tratava-se da querela de interesse público.

Ainda nesta fase colonial, foram instalados no Brasil os Tribunais de 2ª instância, chamados então de Tribunais de Relação. O primeiro na Bahia em 1587 e o segundo em 1751 no Rio de Janeiro. Havia 10 desembargadores e por este motivo causava grande confusão nas vezes em que o resultado era empate. Acima destes Tribunais, só havia a Casa de Suplicação que ficava em Lisboa e era a última instância em recursos.

Quem exercia o Poder Judiciário no Brasil era escolhido pela Coroa Portuguesa, para que desta forma fosse mantida a relação de subordinação entre Metrópole e Colônia. Os juízes eram escolhidos por terem vínculo ou parentesco com autoridades Portuguesas e a família Real.

3.2 Código Criminal do Império

A Constituição de 1824 determina urgentemente a criação de um Código Criminal que tivesse como base justiça e equidade. Portanto dois indivíduos, quais sejam, Bernardo Pereira de Vasconcelos e José Clemente Pereira apresentaram em 1827, seus projetos para o Código Criminal. O projeto de Bernardo foi o escolhido por englobar as necessidades mais importantes da época.

De acordo com as idéias de André Estefam (2010 p.64):

O Código Criminal do Império trazia a idéia de que na sociedade os sujeitos eram obrigados a obedecer a autoridade, por isso o delito era um ato de desobediência em que o fundamental era a atitude interior de rebeldia.

Portanto percebe-se nesta fase que há uma grande ligação entre desobediência e crime, por isso estas duas atitudes tomaram o mesmo significado.

Alem desta característica pode-se observar um grande avanço quanto a humanização das penas no Código Criminal do Império.

Neste sentido (Pierangeli, Zaffaroni 2010, p.189) destacam alguns dispositivos da Constituição de 1824 que nortearam a criação do novo Código Criminal.

XIII A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

XIX Desde já ficam abolidos os acoite, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis.

XX Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum, confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes de qualquer grau que seja.

XXI As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes.

Sobre esta época é importante frisar os avanços que o Código Criminal do Império trouxe à legislação Brasileira. Neste sentido André Estefam (2010 p.60) destaca:

A entrada em vigor do “velho” Código Criminal representou enorme avanço em nosso direito positivo. Com efeito, saímos da “Idade das Trevas” em matéria penal e, guiados pelos faróis do Iluminismo, com as idéias de Beccaria e Bentham, dentre outros, ingressamos no grupo das nações vanguardistas em matéria legislativa.

Ao tempo das ordenações do Reino, via-se que o Direito Penal cumpria função de atemorizar os cidadãos submetendo-os a vontade da Coroa Portuguesa. A partir da edição do Código Criminal do Império, nota-se uma radical mudança de enfoque de modo a se promover uma humanização do Direito Penal, não obstante se encarasse o crime como ato de desobediência e pena como resposta.

3.3 Período Republicano

Com a chegada da República no Brasil foi necessário criar um novo Código Penal, e para isso Batista Pereira foi o encarregado. Porém como o Código foi elaborado as pressas e por este motivo considera-se o pior Código Penal da

história, apesar de ter tido inspiração nitidamente clássica. Para incluir tantas emendas e correções viu-se necessário criar a Consolidação das Leis Penal, em 1832 por Vicente Piragibe. (Bitencourt, 2010 p. 78)

3.4 Código Penal Atual

Em 1837 durante o Estado Novo, Alcântara Machado apresentou projeto de um novo Código que passou a vigorar desde 1942 até os dias atuais.

De acordo com André Estefam (2010 p.66).

De modo geral a doutrina qualifica o Código Penal de 1940 como “ecletico”, uma vez que teria logrado conciliar o pensamento neoclássico e positivismo.

O vigente Código Penal em sua redação original foi grandemente influenciado pela Escola Clássica, mas adotou diversos postulados da corrente positivista

Por derradeiro, a reforma da parte geral em 1984 imprimiu ao Direito Penal uma função terapêutica consubstanciada na ressocialização como meta principal da pena (notadamente a privativa de liberdade e sua execução). (Estefam 2010, p. 67)

A estrutura do Código Penal atual foi dividida em 02 (duas) partes: Parte geral e Parte Especial.

A parte geral é subdividida em oito títulos e estabelece as regras gerais sobre crimes, pena, extinção da punibilidade, ação penal aplicação da lei penal etc.

Já a parte especial é subdividida em onze títulos onde se descreve as condutas criminosas e comina a elas sua espécie de pena.

Tramita atualmente no Senado Federal, a reforma deste código Penal de 1940 e dentre os assuntos a serem reformados, destacam-se os de maior polêmica, entre os quais aborto, legalização da maconha, etc. O anteprojeto possui aproximadamente 300 (trezentas) páginas, e traz propostas para modernizar a legislação vigente que nas últimas décadas não sofreu alteração significativa.

As principais modificações trazidas pelo Código podem ser elencadas da seguinte maneira de acordo com jornal Estado de São Paulo (2012, s.p)

Aborto: No caso do aborto, são sugeridas a diminuição das penas e o aumento nas hipóteses de descriminalização. A principal inovação é que a gestante de até 12 (doze) semanas poderá interromper a gravidez desde que um médico ou psicólogo ateste que a mulher não tem condições de arcar com a maternidade

Ortotanásia: Deixa de ser um homicídio comum, com pena máxima de 20 anos para até 04 (quatro) anos de prisão. A prática não será considerada crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente, a doença é grave e for irreversível, atestada por dois médicos, com consentimento do paciente ou da família.

Enriquecimento ilícito: Servidores públicos e agentes políticos dos três Poderes que não conseguirem comprovar a origem de um determinado bem ou valor poderão ser presos por até cinco anos. O Estado poderá se apossar do bem de origem duvidosa. Atualmente, ter patrimônio a descoberto não é crime por si só.

Jogo do bicho: A prática deixaria de ser contravenção, delito de menor potencial ofensivo, para se tornar crime, com pena de até 02 (dois) anos de prisão. Ao contrário do que ocorre hoje, os apostadores não estariam sujeitos a penas.

Furto: Uma pessoa que devolva um bem furtado pode ter a pena contra si extinta. A vítima tem de concordar expressamente com a restituição do produto, antes ou no curso do processo. A anistia valeria também para os reincidentes na prática.

Progressão de regime: Dificulta a progressão de regime para quem tenha sido condenado ao praticar crimes de forma violenta, sob grave ameaça, ou que tenham acarretado grave lesão social.

Abuso de autoridade: O servidor público poderá ser punido com até 05 (cinco) anos de prisão. Pela lei atual, de 1965, a pena máxima é de 06 (seis) meses de prisão. Foi mantida a previsão para a pena de demissão para quem tenha praticado a conduta.

Crimes hediondos: Embora tenha excluído a corrupção do rol de crimes hediondos, o colegiado acrescentou outros sete delitos ao atual rol: redução análoga à escravidão, tortura, terrorismo, financiamento ao tráfico de drogas, tráfico de pessoas, crimes contra a humanidade e racismo. Os crimes hediondos são considerados inafiançáveis e não suscetíveis de serem perdoados pela Justiça, tendo regimes de cumprimento de pena mais rigorosos que os demais crimes.

Crime de terrorismo: Foi sugerida a criação do tipo penal específico para crimes ligados ao terrorismo, com pena de 08 a 15 anos de prisão. A proposta prevê ainda revogação da Lei de Segurança Nacional, de 1983, usada atualmente para enquadrar práticas terroristas. A conduta não será considerada crime se tiver sido cometida por movimentos sociais e reivindicatórios.

Bebida a menores: De acordo com a nova proposta, passaria a ser considerado crime vender ou simplesmente oferecer bebidas alcoólicas a menores, ressalvadas as situações em que a pessoa seja do convívio dele.

Anistia a índios Teriam redução de pena ou simplesmente seriam anistiados os índios que praticarem crimes de acordo com suas crenças, costumes e tradições. A previsão só valerá para situações em que haja um reconhecimento de que o ato não viole tratados reconhecidos internacionalmente pelo País e ficará a critério da decisão do juiz. O oferecimento de bebida a índios dentro das tribos passaria a ser crime, com pena de até 4 anos de prisão.

Organização criminosa: Cria o tipo penal, com penas de até 10 (dez) anos de prisão. Hoje, por inexistência de previsão legal, a conduta é enquadrada em formação de quadrilha, com pena máxima de 03 (três) anos.

Máquina eleitoral Poderá ser punido com pena de até 05 (cinco) anos de prisão o candidato que tenha se beneficiado pelo uso da máquina pública durante o período eleitoral. Hoje, a pena é de 06 (seis) meses. O colegiado enxugou de 85 (oitenta e cinco) para apenas 14 (quatorze) os tipos de crimes existentes no Código Eleitoral. Entre as sugestões, estão o aumento de pena para crimes eleitorais graves, como a compra de votos e a coação de eleitores, e a descriminalização de algumas condutas, como a boca de urna.

Empresas criminosas: Uma empresa pode ser até fechada, caso tenha cometido um crime. Ela responderá a processo se tiver cometido crimes contra a economia popular, contra a ordem econômica e contra a administração pública, que é o caso de corrupção. Atualmente, há previsão na Constituição para esse tipo de sanção penal, mas na prática apenas as que atuam na área ambiental estão sujeitas a penalização.

Informação privilegiada: Cria o tipo penal para quem se vale de uma informação reservada de uma empresa que potencialmente pode aumentar as ações dela, tem a obrigação de não a revelar ao mercado, mas a utiliza para obter privilégios.

Cópia de CD: Deixaria de responder a processo por violação do direito autoral quem fizer uma cópia integral de uma obra para uso pessoal, desde que não tenha objetivo de lucro. Ou seja, copiar um CD de música ou um livro didático para uso próprio deixaria de ser crime. Atualmente, a pena para os condenados pela conduta pode chegar a até 04 (quatro) anos.

Meio ambiente: Seria aumentada de 01 (um) ano para 03 (três) anos a pena máxima para quem tenha sido condenado por realizar obra ou serviço potencialmente poluidor sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes.

Abuso de animais: Passaria a ser crime abandonar animais, com pena de até 4 anos de prisão e multa. Foi aumentada a pena para quem tenha cometido abuso ou maus tratos a animais domésticos, domesticados ou silvestres, nativos ou exóticos. A pena subiria de 03 (três) meses a 01 (um) ano de prisão para 01 (um) ano a 04 (quatro) anos.

Discriminação: Aumentariam as situações em que uma pessoa pode responder na Justiça por discriminar outra. Pelo texto, poderá ser processado quem praticar discriminação ou preconceito por motivo de

gênero, identidade ou orientação sexual e em razão da procedência regional. Pela legislação atual, só podem responder a processo judicial quem discrimina o outro por causa da raça, da

cor, da etnia, da religião ou da procedência nacional. Os crimes continuariam sendo imprescritíveis, inafiançáveis e não sujeitos a perdão judicial ou indulto. A pena seria a mesma de atualmente, de até 05 (cinco) anos de prisão.

Embriaguez ao volante: Foi retirado qualquer obstáculo legal para comprovar que um motorista está dirigindo embriagado. Passaria a ser crime dirigir sob efeito de álcool, bastando como prova o testemunho de terceiros, filmagens, fotografias ou exame clínico.

Drogas sem crime : Pela proposta deixaria de ser crime portar drogas para consumo próprio. Não haveria crime se um cidadão for flagrado pela polícia consumindo entorpecentes. Atualmente, a conduta é considerada crime, mas sujeita apenas à aplicação de penas alternativas. Mas há uma ressalva para a inovação: consumir drogas em locais onde haja a presença de crianças e adolescentes continua sendo crime. A venda - de qualquer quantidade que seja - é crime. O plantio - se for para consumo próprio - não seria mais considerado crime.

Delação premiada O delator poderia ter redução de pena e até ficar livre da prisão caso colabore com a Justiça.

Crimes cibernéticos: Cria o tipo penal para tipificar crimes contra a inviolabilidade do sistema informático, ou seja, aqueles cometidos mediante uso de computadores ou redes de internet, deixando de serem considerados crimes comuns. Passaria a ser crime o mero acesso não autorizado a um sistema informatizado.

A partir desta citação, se pode extrair as principais alterações que ocorrerão no Código Penal. Ao passo que as alterações tipificam novos crimes, para outros já diminuem as penas ou até mesmo deixam de ser crimes, portanto podemos concluir que as alterações que não possuem nem caráter punitivista, nem caráter abolicionista.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Adentrando efetivamente a ao tema, é importante salientar que para que se possa afirmar um entendimento sobre qualquer assunto deve-se conhecê-lo em sua origem e buscar seus motivos e proposições.

Neste sentido afirma Moraes (2011, p.81)

Entender e questionar a legitimidade de um Direito Penal para o 'inimigo da sociedade' pressupõe, pois, entender o contexto da realidade do Direito Penal, pressupõe entender como o Direito vem sendo contaminado por idéias estranhas ao seu código operativo e como novas demandas decorrentes dos avanços tecnológicos, da globalização e da aceleração da comunicação vem modificando o Direito Penal Clássico.

O Direito Penal do Inimigo é um tema muito complexo que deve ser analisado a luz não só do Direito Penal, mas também baseados em outros institutos, além de que, deve-se levar em conta a realidade que vivemos para que se possa encontrar uma solução para as dúvidas que permeiam o assunto.

Segundo Moraes (2011 p.182):

As características da sociedade pós moderna, as novas demandas alçadas ao Direito Penal, o incremento do risco e da sensação de insegurança que, acentuados pelo papel da mídia e da opinião pública buscam soluções exclusivamente junto ao Direito Penal, traçam o panorama da dogmática criminal da modernidade. Pautada pela hipertrofia legislativa muitas vezes irracional e pela criação de tipos e de instrumentos processuais que cada vez mais se distanciam do modelo clássico, a dogmática penal mais recente revela uma política criminal que, há algum tempo, Jakobs denominou criticamente de Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo, apesar de se distanciar do Direito Penal garantista, não pode ser visto e tachado superficialmente. Pois em uma primeira análise, o que se se extrai é apenas sua rigidez perante um inimigo do Direito Penal, porém ele deve ser visto também como uma alternativa ao Direito Penal que nos dias atuais encontra-se saturado.

4.1 Origem

O Direito Penal do Inimigo começou a ser debatido por Gunther Jakobs, renomado doutrinador alemão em meados de 1985, porém apenas publicou sua obra que apresenta o tema na década de 90, intitulada *Derecho Penal Del Enemigo*. Sua tese neste período não obteve grande destaque, mas já se iniciava a discussão do tema, com a queda do Muro de Berlim.

Com os fatos recentemente experimentados pela humanidade, especialmente os atentados aos Estados Unidos, potencia mundial é que se aguçou o verdadeiro debate em relação ao tema.

Damásio afirma que assim como a queda do muro de Berlim iniciou um novo período, os atentados de 11 de setembro também iniciaram uma nova época e entre estas duas etapas surgia uma legislação de emergência, conhecida como Direito Penal do Inimigo. (Damásio, 2008 p.1)

Pautado pela ideia de impunidade passada pelo Direito Penal Clássico, Jakobs começou a dar contornos a uma nova tese para o Direito Penal

Sobre este assunto, afirma Luisi (2003, p. 192):

De um lado como decorrência daquilo que Carrara, em fins do século passado, chamou de nomorréia penal, e mais recentemente Carnelutti definiu como inflação penal, a presença de um processo de descriminalização e despenalização. De outro lado, a imperativa necessidade de novas criminalizações, como conseqüência de uma série de fatores tais como o desenvolvimento industrial, as concentrações humanas em gigantescas megalópolis, e principalmente a trepidante revolução tecnológica que fizeram surgir inéditas formas de graves agressões a bens fundamentais para a sobrevivência do homem e da sociedade.

Primeiramente antes de falar em Direito Penal do Inimigo, devemos esclarecer que o Estado pode enxergar a pessoa sob dois aspectos, o primeiro diz respeito ao Direito Clássico, onde todas as garantias processuais devem ser respeitadas, já o segundo modelo representa o oposto e é intitulado como Direito Penal do Inimigo. Esta é a primordial assertiva a se fazer para que se possa entender o conceito do Direito Penal do Inimigo

A base desta teoria apresenta-se no entendimento do Estado como um contrato social, e o cidadão que não o cumpre, não quer viver no ordenamento estatal vigente, contudo comete um delito, e dessa forma não pode se beneficiar dos atos do Estado e nem das garantias Constitucionais, assim descumpe o contrato firmado com o Estado. É influenciada pelo pensamento de Rousseau, Fichte, e Hobbes.

Para Rousseau (1959) apud Jakobs (2007 p.25) “(...) qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este”.

Semelhante é o pensamento de Fichte apud Jakobs (2007, p. 26) “(...) quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que o contrato se contava com sua prudência seja de modo voluntario ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os direitos como cidadão e como ser humano.”

Com esta citação, pode-se concluir que o Estado tem o poder de obrigar os cidadãos a entrarem na sociedade e assim permanecerem, e conseqüentemente aqueles que não aceitarem, poderão ser classificados como não cidadãos, cabendo a eles o tratamento do inimigo.

Hobbes elucida a questão (2002, p. 233)

Os rebeldes, traidores e todas as outras pessoas condenadas por traição não são punidos pelo direito civil, mas pelo natural: isto é, não como súditos civis, porém como inimigos ao governo – não pelo direito de soberania e domínio, mas pelo de guerra.

A partir da exemplificação de Hobbes, fica claro o tratamento oferecido àquelas pessoas que desrespeitam o Estado, ou seja, as pessoas que quebram o contrato social devem ser severamente punidas, não para que o Estado mostre sua soberania diante de outros, mas sim para que o inimigo possa ter a punição adequada e seja mantida a ordem social.

4.2 Conceito

De acordo com o próprio mentor da teoria (Jakobs, Meliá, 2003, p.30) Direito Penal do Inimigo nada mais é:

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem conta o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado não necessariamente, excluía o inimigo de todos os direitos. Nets sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas.

E em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.

Por outras palavras, segundo próprio Jakobs (2007, p.21), direito Penal do cidadão, mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo combate perigos.

Apresentado conceito pelo mentor da teoria é importante trazer ao presente estudo outros conceitos formulados por doutrinadores também de grande renome.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2005 p. 2)

Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

A diferença entre Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do cidadão se mostra gritante, se levamos em conta que uma obedece fielmente o Direito Clássico, enquanto a outra é totalmente o oposto.

4.3 Direito Penal do Cidadão x Direito Penal do Inimigo

Para que se possa entender a grande diferença existente entre 2 modelos de Direito penal, se faz necessária a introdução no assunto, explicando quem é na verdade o cidadão e o inimigo.

4.3.1 O inimigo

O inimigo é aquele sujeito que além de não querer se adequar as normas da sociedade, ainda não oferece garantias que de irá permanecer fiel a legislação.

Sanchez (2002, p.149) descreve o conceito o inimigo:

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

Resumindo, inimigo é aquela pessoa que ao contrário do cidadão, não oferece garantias cognitivas que irão ser fiéis a norma, assim por não aceitarem as regras do Estado de Direito, não podem gozar dos benefícios que ele oferece aos cidadãos legítimos. Assim, não sendo um sujeito processual não faz jus ao procedimento penal legal, e sim a um procedimento de guerra.

Temos como exemplo de inimigos: criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de delitos sexuais, entre outros.

Jakobs (2000, p.59) exemplifica:

O inimigo é um individuo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais: o antigo delinqüente habitual “perigoso” segundo o § 20 do Código Penal Alemão).ou em sua ocupação profissional (delinqüência econômica, delinqüência organizada,e também especialmente tráfico de drogas ou o antigo “complô de assassinato”), isto é em qualquer caso de uma forma

supostamente duradoura, tem abandonado o Direito e, portanto não garante a mínima certeza de segurança de comportamento pessoal e demonstra esse déficit através de seu comportamento.

Esta diferenciação feita entre pessoa e inimigo, parece inaplicável ao Estado Democrático de Direito, algo que feriria profundamente os Direitos Humanos. Porém de nada adiantará adiar a discussão a cerca desta diferenciação, pois permitirá que se instale o caos normativo ao aplicar a norma igualmente ao cidadão e ao inimigo.

4.3.2 O cidadão

O conceito de pessoa considera que o sujeito é livre, porém sempre deve mostrar responsabilidades, sendo assim a pessoa não vem da natureza, ela é uma construção social, por isso nem todo ser humano é pessoa jurídico - penal.

Vejamos o conceito de pessoa segundo Luhman apud Moraes (2008, p.193)

Pessoa é algo distinto de um ser humano, um individuo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela um produto social(do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderia existir pessoas jurídicas) ; ou seja somente pode ser pessoa jurídico penal ativa, é dizer, autor ou partícipe de um delito, quem dispõe da competência de julgar de modo vinculante a estrutura do social, precisamente o Direito. Se trata, como resulta evidente, do conceito jurídico-penal de culpabilidade.

Importante destacar que a pessoa não pode se prejudicar pelos atos praticados pelo inimigo, por isso mostra-se interessante esta divisão no Direito Penal, sendo injusto um sujeito trabalhador, conduta ilibada ser tratado igualmente a um delinqüente.

Neste sentido Jakobs (2003, p.36):

Quando, porém um individuo não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa, permanecendo, pois no estado de natureza, ou seja, um estado de ausência de normas.

Por este motivo que Jakobs considera importante a divisão entre cidadãos e inimigos, para que se possa fazer a diferenciação do tratamento entre estes dois entes do Direito Penal.

O que Jakobs busca com essa diferenciação entre cidadão e inimigo, é delimitar a abrangência do Direito Penal de terceira velocidade, já que ele seria aplicado excepcionalmente apenas aos que não tem interesse em voltar em ordenamento jurídico do Estado.

Por isso, importante destacar a conceituação de Jakobs (2003, p.49):

Só é pessoa quem oferece garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal e isso como consequência da idéia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real, eis que sem um mínimo de cognição, a sociedade constituída juridicamente não funciona.

Finalizada a diferenciação entre os conceitos de cidadão e inimigo, deve-se destacar as principais características e diferenciação entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo.

Importante trazer à baila as lições de Santoro Filho, (2000, p.130) que descrevem o que vem ocorrendo com a sociedade:

De um lado, os criminosos, que cada vez mais atemorizam a sociedade e desrespeitam a lei impunemente; de outro os homens de bem, trabalhadores, cumpridores da lei e que prezam a ordem, mas que se encontram numa situação de reféns dos delinqüentes, “presos em suas próprias casas” e constantemente em pânico(...). O primeiro instrumento a ser utilizado nesta batalha, sem dúvida é a sanção penal, que não deve ter uma preocupação preventivo-especial de reintegração social, mas antes representar uma retribuição acentuada, exemplar. O mal deve ser pago com o mal, o que, se observado, implicará uma redução da criminalidade, pois o delinqüente diante da gravidade da sanção, terá o temor de incorrer na conduta ilícita.

Portanto para que se possa efetivamente enfrentar os inimigos, as sociedades modernas têm apelado para regulamentações jurídicas que possuem características típicas de um Direito Penal do Inimigo.

Pois as pessoas devem oferecer uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, sendo que inexistindo essa garantia ou se a pessoa se

nega a dar a tal garantia, o direito passa a ser para ela não uma reação da sociedade perante um crime, mas sim uma reação contra um inimigo.

Jakobs exemplifica (2003 p.55):

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.

Portanto, no estado normal cidadão, aplica-se em regra a sanção penal como medida de reafirmação da vigência da norma, ou seja, há uma expectativa de não transgressão da norma, porém se esta expectativa for quebrada, haverá reação do ordenamento jurídico.

4.4 Principais Características do Direito Penal do Inimigo

Importante destacar as principais características do Direito Penal do Inimigo, para que se possa compreender sua maneira de interpretação do Direito Penal em relação aos seus cidadãos e seus inimigos, além de ser possível a compreensão de que nem todo Ordenamento Jurídico que se torna mais rígido, possa ser caracterizado como Direito Penal do Inimigo.

Seriam elas, segundo Alexandre de Moraes (2008 p.196):

a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato.

A tipificação de atos preparatórios representa um caráter preventivo do Direito Penal do Inimigo, penalizando uma conduta se por si só se mostra contrária as regras da sociedade,

Pimentel, (1968, p.91) comenta esta primeira característica:

A punição de crimes de mera conduta é inegavelmente de ordem preventiva: A idoneidade dessa conduta basta para torná-la objeto reprovação por parte do legislador, em face da presunção de dano ou de perigo, sendo indiferente que chegue, ou não, a produzir qualquer resultado.

Passando a segunda característica, a desproporcionalidade das penas está no fato de ao inimigo não ser aplicado pena, mas sim medida de segurança que não possui prazo para término.

b) desproporcionalidade das penas

Com o aumento da criminalidade, pode-se notar que as penas impostas pelo Estado já não estavam surtindo efeito, por isso viu-se necessário na teoria do Direito Penal do Inimigo impor ao invés de pena, medida de segurança.

Neste sentido, Ferri (1999, p.275):

Frente ao criminoso de estado, o direito penal propriamente dito não resulta suficiente, posto que não está em condições de exibir uma força que satisfaça e dê apoio á moral. A pena retributiva, delimitado pelo grau da culpa, não faz a periculosidade permanente que reside na personalidade do autor. Ela deve ser combatida mediante uma classe distinta de medidas de segurança, que, conjuntamente com a pena, conseguirão o pleno amparo dos bens jurídicos. O direito vigente coloca a disposição as casas de trabalho para os anti-sociais que revelem uma criminalidade leve, e para os criminosos perigosos, os estabelecimentos de segurança como medida de segurança (a aplicar a continuação da pena imposta como retribuição da culpa).

Deve-se ressaltar também que muitas vezes o criminoso sofre de doença mental, não podendo ele ser comparado aos delinqüentes “normais” e nem ser penalizado como eles.

c) legislações como nos explícitos casos europeus que se auto denominam de leis de luta ou de combate

Nos ensinamentos de Hungria (1955, p.209-2010)

É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficiente na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais. Ao lado disto existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de

segurança ou de custódia, senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia, foram instituídas ao lado das penas que tem finalidade repressiva e intimidade, as medidas de segurança.

d) restrição de garantias penais e processuais e

e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

Vejamos as características segundo Jakobs (2003 p.55-57)

a) ampla antecipação da punibilidade, ou seja mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e organizações criminosas

b) falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma tentativa de homicídio e somente incidindo a diminuição referente a tentativa) e

c) Mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate á delinqüência e, em concerto á delinqüência econômica.

Muito importante se faz o estudo das características do Direito Penal Inimigo por Jakobs, pois foi este o criador desta teoria. Porém além dele, esta teoria se faz objeto de estudo de muitos doutrinadores, na atualidade inclusive brasileiros, um dos quais passa-se a ver as características analisadas por ele, abaixo.

No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes (2005 p.1) apresenta suas diretrizes referentes a 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 delinqüir, 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 da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio 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.

É importante destacar que mesmos tantos autores tendo definido as características, todas levam ao mesmo entendimento, o direito penal do inimigo vem com a roupagem de antecipação da tutela penal, o inimigo não é considerado um cidadão, sua pena é baseada na sua periculosidade por isso não tem prazo de validade e a ele, não resta nenhuma garantia constitucional.

De acordo com Jakobs (2000 p.30-31)

Aceitar um Direito Penal do Inimigo, é importante repisar, não implica, todavia que tudo esteja permitido: antes é possível que se reconheça no individuo uma personalidade potencial, de tal modo que na luta contra ele não se possa ultrapassar a medida do necessário.

Vistos todas os princípios acima, torna-se mais fácil a compreensão e aceitação do tema, para que se torne clara a possibilidade de aplicação de um Direito Penal mais rígido, mas não que aniquile todas as garantias alcançadas até os dias atuais, mas que possa ser usada como instrumento de repressão ao que não se adaptam ao sistema social.

4.5 Direito Penal do Inimigo e as Velocidades do Direito Penal

A expressão Direito Penal do Inimigo se relaciona muito freqüentemente com a expressão Direito Penal de terceira velocidade, porém antes de entrar neste mérito, deve-se conhecer as velocidades do Direito penal, por isso é essencial trazer elucidações sobre as três velocidades do direito penal proposta por Silva Sanchez para o Direito Penal, quais sejam:

4.5.1 Direito penal de primeira velocidade

Contextualiza-se no Direito Penal Clássico, prevalecendo a pena privativa de liberdade, e por estar tratando sobre a liberdade do indivíduo todas as garantias penais e processuais devem ser respeitadas.

4.5.2 Direito penal de segunda velocidade

Admite além das penas privativas de liberdade, a substituição por medidas alternativas, ou seja, as penas restritivas de direitos. No Brasil, a segunda velocidade se consolidou com a lei do Juizado Especial (Lei nº 9.099/95). Nesta fase admite-se a flexibilização das garantias constitucionais e processuais clássicas, diretamente relacionadas com a gravidade da sanção.

4.5.3 Direito penal de terceira velocidade

A terceira velocidade se forma com a mescla entre as características do Direito penal de primeira velocidade, e o de segunda velocidade caracterizando se então pela pena privativa de liberdade e a flexibilização das garantias constitucionais. Dando ensejo ao Direito Penal do Inimigo. Tendência que pode ser observada nas leis dos crimes hediondos, Lei n. 9.034/ 1995.

4.6 Direito Penal do Autor e do Fato e Direito Penal do Inimigo

A respeito desse tema a primeira assertiva a se fazer, é que o Direito penal ao elaborar um sistema punitivo, pode se basear em dois fatores, quais sejam, o fato ou o autor, salienta-se que quando o direito penal se baseia exclusivamente nos fatos do delito, considera-se direito penal do fato, enquanto se a base for exclusivamente o autor do delito, será direito penal do autor.

O direito penal do autor leva em conta o que o autor do delito é, e não o que ele fez, o delito praticado por ele não é levado em conta. Esta forma de direito penal, se encaixa na teoria do direito penal do inimigo, pois no direito penal do inimigo os delinqüentes são punidos pelo que eles são, ou seja, inimigos

Enquanto o direito penal do fato se preocupa com o fato que o delinqüente se envolveu, por isso não leva em consideração seus antecedentes criminais, e suas características pessoais. Com o direito penal do fato, surge a famosa assertiva: o que não está nos autos, não está no mundo. Ente direito penal do inimigo e direito penal do fato existe uma grande incompatibilidade.

4.7 Países que Adotam Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal Excepcional que é aquele contrário ao espírito liberal, que não se atém as garantias constitucionais sempre existiu desde as primeiras tentativas de codificar o direito penal. De acordo com Conde apud Moraes (2008 p.234)

Este tipo de direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados democráticos de Direito, como o da legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal.

Em muitos países desenvolvidos tem-se adotado políticas criminais de enfrentamento da criminalidade, que nada mais são, que políticas criminais que tem a finalidade de prevenir a criminalidade. Estas políticas baseiam seus fundamentos na ideia de que pequenos delitos podem causar grande desordem se não forem punidos, pois a população levaria em conta que nada foi feito em relação ao pequeno delito, então nada seria feito em relação aos delitos mais graves, e em consequência disto ocasionaria caos total.

Porém deve-se levar em conta outra posição que considera tais políticas uma mera limpeza social onde se exclui os pobres e marginalizados da sociedade.

Se atentarmos aos dias de hoje, facilmente podemos reconhecer esta nova forma de direito penal em vários países do mundo, vejamos:

Na Espanha. Recentemente, mais precisamente no ano de 2003, o Código Penal espanhol passou por algumas reformas e foram inseridos dispositivos que refletem claramente o direito penal do inimigo. Explicita Conde apud Moraes (2008 p.235)

Como exemplos de penas desproporcionadas, junto as que desde muito tempo podem aplicar-se em caso de tráfico de drogas e terrorismo (cf., por exemplo, respeito ao tráfico de drogas art.368, 369, 370; e respeito ao terrorismo arts 571 e SS.), teremos agora a nova regulação dos delitos contra o direito dos cidadãos estrangeiros, que no art. 318 bis permite impor que podem chegar aos 15 anos de prisão, em caso de tráfico ilegal ou imigração clandestina, quando o provisório for a exploração sexual de pessoas, se realize com animo de lucro, e o culpado pertença a uma organização ou associação, inclusive de caráter transitório, que se dedique a realização de tais atividades; ou até 17 anos e 6 meses de prisão quando se trate de chefes, administradores ou encarregados de ditas organizações ou associações.

Um regime de dureza extrema, nunca vida antes, se prescindirmos agora da pena de morte, com a pena da prisão na Espanha, representa o novo regime de prolongação de dita pena até 40 anos sem possibilidades de redução e concessão da liberdade condicional, tal como estabelece agora os arts. 78 e 90, depois da reforma de 30 de junho de 2003 que entrou em vigor no mesmo dia de sua publicação, para os delitos de terrorismo.

Já nos Estados Unidos Damásio reforça (2004 p.7)

Redobram as medidas de segurança a partir de rígido controle dos portos portuários. Ressurgiram os valores patrióticos, até então rebaixados pelo consumismo e multiculturalismo. A militarização da vida americana, tornou-se um fato. Intensificou-se o poderio do complexo industrial – militar. Os Estados Unidos, que já haviam rasgado tratados sobre mísseis assinados com a Rússia e negligenciado o Protocolo de Kyoto sobre o meio ambiente, recusaram o Tribunal Penal Internacional, ficando, então livres para recriar o Projeto Guerra nas Estrelas, na forma de escudo antimísseis, reativando a corrida armamentista de alta sofisticação tecnológica

Como exemplo desta nova política criminal americana, Alexandre de Moraes (2008 p.236) cita o “Combatente Inimigo e o “Patriot Act”

O primeiro instituto supre as garantias que o indivíduo teria perante a Justiça, como por exemplo, o direito de constituir advogado, receber visitas.

Já o segundo, denominado Patriot Act, promulgado em 26 de outubro de 2001, diz respeito a medidas legislativas antiterror, o ato fortalece o poder de polícia sobre seus cidadãos, e como exemplo podemos citar o monitoramento de registro de bibliotecas para investigar quem empresta determinados livros.

Este ato foi uma reação aos atos de terrorismo ocorridos em 11 de setembro. Esta lei confere mais poder as agências nacionais de segurança bem como as agências internacionais, e o objetivo principal era descobrir os responsáveis pelo ataque no World Trade Center, porém hoje busca-se evitar fatos de mesma natureza.

Após o fatídico dia, o Presidente George W. Bush adotou medidas de urgência no combate ao terrorismo, inclusive ordenou a invasão ao Iraque, com o pretexto de defesa preventiva, anunciando ao mundo que estava pronto para atacar, caso fosse ameaçado.

O maior exemplo que Direito Penal do Inimigo que podemos citar, comandado pelos Estados Unidos é a prisão de Guantánamo, onde não há sequer lei, e todos os limites já foram ultrapassados, não restando nenhum direito fundamental, seguindo as regras do poder Executivo desenfreado.

Outro exemplo desta política que se pode ver nos Estados Unidos, o movimento Law and Order, provocou algumas modificações tanto na legislação penal, quanto na política criminal, de acordo com Alencar (2010, s.p).

Em relação a esta teoria, ela deve ser vista sob dois (02) prismas:

I) O primeiro diz respeito à pessoa do criminoso, deve-se observar que para o criminoso, ou o pequeno delinquente esta teoria traz consequências mais graves, que para a um primeiro olhar, parece desproporcional.

II) Pelo segundo prisma, é o olhar para as pessoas de bem, cumpridores da lei, que tem cada vez mais sua liberdade cerceada por receios dos delinquentes. Sendo assim percebe-se uma inversão de punições, onde os

indivíduos de bem da sociedade estão cada vez mais privados, enquanto os delinquentes, cada vez mais livres.

Sobre a França podemos citar como exemplo, a lei sobre segurança cotidiana promulgada em 31/10/2001 que ampliou o poder policial para que pudessem interferir na liberdade pessoal dos seus cidadãos.

Em Londres o mesmo ocorre, pois há alguns anos o país tem adotado medidas para solucionar o problema do terrorismo. Podemos citar como exemplo destas medidas o caso do brasileiro Jean Charles de Menezes que ao ser confundido com um terrorista foi alvejado por oito tiros, sendo sete na cabeça. É visível neste caso, que o povo britânico junto com seu governo, tem rechaçado o terrorismo, inclusive por muitas vezes terem seu país abalado por tais atentados, restando a eles estas medidas que para muitos vem com caráter desproporcional, porém como medida de urgência tomada por este país, amedrontado pelo terrorismo.

Como se percebe a criminalidade tanto nos países mais desenvolvidos, como nos menos desenvolvidos vem aumentando rapidamente e como resposta a este fato os países vem combatendo tal criminalidade com políticas criminais mais severas afim de proteger a sociedade, e reafirmar a vigência de suas normas.

5 DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com a crescente e intensa globalização pela qual os países vêm passando, acentua a ideia de insegurança perante aos cidadãos, ou seja, as novas tecnologias e avanços trouxeram consigo não apenas modernidade, mas também novas preocupações. Mas como podemos ligar essa ideia ao tema do Direito Penal?

Hoje se tem a possibilidade de acompanhar praticamente tudo em tempo real, a televisão, internet, por exemplo, conseguem transformar aquilo que parece muito distante ao toque das mãos. É inegável que estes avanços contribuíram de forma imensurável para a sociedade, porém pode-se dizer que trouxeram também algumas preocupações não existentes antes, onde o distante era realmente distante.

Veja o exemplo da mídia atual, que a cada dia acelera o processo de divulgação de notícias e informações por todo o mundo, o crime praticamente ocorre dentro da sua casa, causando na população temor e aterrorização. Sobre este assunto destaca Alexandre Moraes (2011, p.50) “A sensação de insegurança decorrente deste modelo de sociedade de risco, certamente é acentuada pela atuação da mídia.”

Ainda sobre assunto, Alexandre de Moraes continua (2011, p.52):

É, portanto, incontestável a correlação estabelecida entre a sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. A imprensa, de forma geral, transmite uma imagem da realidade que mistura o que está distante com o que está próximo, confundindo a percepção do telespectador. Essa percepção errônea aproxima o cidadão da cena do crime, aumentando sua sensação de impotência.

Não se pode esquecer que não há apenas pessoas instruídas vendo a televisão, mas há também pessoas com menor conhecimento, pessoas sensíveis como os idosos e crianças, por isso não se pode banalizar a informação. Além do mais a mídia muitas vezes atrapalha todo um trabalho sigiloso, podendo colocar abaixo o trabalho de toda uma equipe.

Por isso deve-se pensar até onde vai à liberdade de expressão, em qual direito ela esbarra, pois a “ilimitabilidade” que se prega hoje em dia deve ser analisada sob dois aspectos, como em todas as coisas, o lado bom e o lado ruim.

Além da sensação de impotência influenciada pela mídia, não há como não considerar a descredibilidade que a Justiça vem passando a seus cidadãos. Dentre a maioria, são poucos aqueles que ainda que acreditam na Justiça. Talvez por este motivo, possa explicar a quantidade de alterações que passa nossa legislação

Alexandre de Moraes (2011, p.56):

Para alcançar a meta da efetividade, o próprio Processo Penal está sofrendo profundas alterações, quase sempre orientadas para a aceleração do procedimento, agilização da instrução e rapidez da Justiça desrespeitando direitos e garantias fundamentais em nome da operatividade da intervenção penal.

A justiça perdeu a credibilidade perante os cidadãos e na busca de tentar reverter esse quadro vem tomando medidas para que o processo e a efetivação da pena possam se tornar tanto mais céleres quanto mais eficientes.

A maior parte da população Brasileira não confia na Justiça para resolver seus conflitos e baseado nesta afirmativa que o Poder Público deve tomar alguma medida para que se possa mudar o quadro atual

Além das legislações criminais mais rígidas, o Brasil também vem adotando medidas processuais, onde se podem detectar aspectos do Direito Penal do Inimigo se basearmos em suas características.

Neste sentido exemplifica Damásio (2008, p.4):

No campo do Processo Penal mostram reflexos da concepção do indivíduo como “inimigo”

- 1) A prisão preventiva, medida cautelar utilizada no curso de um processo, funda-se no combate a um perigo (de fuga, de cometimento de outros crimes, de alteração das provas, etc);
- 2) Medidas processuais restritivas de liberdade fundamentais como a interceptação de comunicações telefônica, cuja produção se dá sem a comunicação prévia ao investigado ou acusada e a gravação ambiental;
- 3) Possibilidade de decretação da incomunicabilidade de presos perigosos

Outro ponto a ser discutido no Direito Penal no Brasil e a ressocialização.

Ela tem sido a principal meta do sistema penal Brasileiro, porém esta finalidade raramente é alcançada. Não há como negar que este aspecto é muito importante para a pena, porém levá-la como principal meta da punição não está levando a lugar nenhum, porque em primeiro o sistema do Brasil pretende ressocializá-lo porém não tem meio para fazê-lo e segundo que muitas vezes o próprio delinqüente não tem a mínima intenção de voltar a vida social, ele vê na conduta criminosa um meio de manutenção de vida.

De acordo com o pensamento de Bonfim (2000 s.p) em seu discurso de abertura do Congresso do Ministério Público:

Ressocializar pela prisão quem mata? Ressocializar pela prisão a professora que matou o marido? Explicar-lhe pela pena, que não pode matar? Ressocializar pela prisão o dentista que matou o advogado, decapitando-o? Explicar pela pena, que é muito grave o que cometeu, para que não faça mais isso, reaprendendo a viver em sociedade e nela reinserindo-se após o cumprimento da pena.

Atualmente o Brasil tem passado por um movimento de intensa criminalidade, o Código Penal de 1940 tem se tornado cada dia mais ultrapassado e ineficaz, não só pelo seu texto como também por sua forma de cumprimento de pena, e por este motivo, a população tem se tornado cada dia mais incrédula e vem se amedontrando a cada dia que passa.

As organizações criminosas não tem sequer respeito pelos policiais, quanto menos com os cidadãos. Não há tema mais atual, do que a guerra formada entre policia militares e organizações criminosas principalmente no Estado de São Paulo. As pessoas contratadas para representar o Estado e manter a segurança dos indivíduos não estão conseguindo mais lutar contra criminalidade.As organizações criminosas é quem vem ditando as regras no Brasil.

Hoje onde se questiona quem é mais forte o Estado ou os marginais, a maioria responde pelos marginais, pois, o Estado não tem conseguido dar a resposta a altura das condutas criminosas.

Por isso se faz necessária a mudança de postura do Estado frente à criminalidade. Este fenômeno tem ocorrido lentamente, mas já é possível constatar certa rigidez frente aos criminosos. Não que o Brasil venha adotando o Direito Penal do Inimigo, mas lentamente alguns indícios podem ser encontrados no Ordenamento.

Onde mais se vislumbra a atuação do Direito penal do inimigo no Ordenamento Pátrio, é no Regime Disciplinar Diferenciado, Lei do abate, que passar-se á a ver em seguida, adentrando efetivamente ao tema da presente pesquisa.

5.1 Regime Disciplinar Diferenciado

5.1.1 Histórico

Os contornos do Regime Disciplinar Diferenciado começaram a se moldar em 18 de dezembro de 2.000 a partir da rebelião na Casa de Custódia de Taubaté, popularmente conhecida como “Piranhão” A unidade prisional em questão se encaixa na categoria dos presídios de segurança máxima e nunca havia registrado fuga de presos. Dentre os presidiários estão os considerados de alta periculosidade, incluindo os líderes de grupos organizados.

A rebelião no ano de 2000 resultou na morte de nove detentos e na destruição total das instalações do presídio.

A autoria da referida rebelião foi imputada ao Primeiro Comando da Capital (PCC) que já havia inclusive anunciado a destruição do “Piranhão”, prevendo toda ação criminosa em seu estatuto da organização criminosa.

Face ao ocorrido, a administração penitenciária tomou várias providências no sentido de evitar novas ocorrências no mesmo sentido, fazendo desta forma transferência dos detentos envolvidos no episódio, para estabelecimentos prisionais da Capital.

Porém, a insegurança continuou reinando no sistema prisional, a violência entre detentos crescia a cada dia.

Ao começar o ano de 2001 a Casa de Custódia de Taubaté foi reconstruída, e os presos que foram transferidos retornaram a referida Unidade, com exceção dos líderes de facções criminosas que foram separados em diversas Unidades Prisionais

Em represália ao endurecimento do tratamento dado aos líderes das facções criminosas, ocorreu no Estado de São Paulo diversas rebeliões que foram denominadas como *megarebelião*. Este evento envolveu vinte cinco Unidades Prisionais controladas pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo e mais quatro cadeias de responsabilidade da Secretaria de Pública do Estado de São Paulo

Como resposta a atuação das facções criminosas dentro dos presídios, o Secretário de Administração Penitenciária editou a Resolução nº 26, de 4 de maio de 2001 a qual criou o Regime Disciplinar Diferenciado

Este regime previa o isolamento do preso por até 180 dias podendo ser prorrogado até 360 dias. Este regime inicialmente foi aplicado em apenas 5 penitenciárias do Estado de São Paulo, quais sejam: Taubaté, Avaré, em duas unidades de Presidente Venceslau e Iaras.

A partir deste momento foi criado na cidade de Presidente Bernardes um Centro de Readaptação criado exclusivamente para aplicar o novo regime, por isso às penitenciárias de Presidente Venceslau e Iaras deixaram de aplicá-lo.

O novo regime em seu modelo inicial dava ao Diretor Técnico das Penitenciárias o poder de solicitar a remoção/inclusão dos presidiários para tal regime de forma escrita e fundamentada ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais. Se o pedido fosse deferido, seria encaminhado ao Secretário da Administração Penitenciária e desta daria a destinação ou não do presidiário ao Regime Disciplinar Diferenciado.

A segunda modificação ao Regime Disciplinar Diferenciado foi referente as visitas. A partir da Resolução SAP nº 49, o preso tinha seu direito de visita restringido bem como direito de entrevista com seu defensor.

O artigo 2º da referida Resolução dispõe que as visitas serão de no máximo 02 pessoas por dia, sem contar as crianças e terão duração máxima de 02 horas. Já as entrevistas com o defensor necessitariam de prévio requerimento, podendo o Diretor de a Penitenciária deferi-las ou não.

Análogo ao regime apresentado pode-se citar o Regime Disciplinar Especial que também serviu como base para as proposições do Regime Disciplinar Diferenciado atual.

Este regime foi instituído no Complexo Penitenciário de Campinas-Hortolândia, e inovou ao aplicar este regime além dos condenados, também aos presos provisórios acusados de crime doloso ou para os detentos que representassem alto risco para ordem e segurança do Estabelecimento Penitenciário

Importante demonstrar algumas características do Regime Disciplinar Especial que contribuíram para o Regime Disciplinar Diferenciado:

- a) Permanência máxima de 360 dias
- b) Aplicação do regime para aqueles que incitarem ou participarem de movimentos de subversão da ordem ou disciplina do presídio, ou tentativa de fuga.
- c) Aplicação para o detento que tiver posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou capaz de manter comunicação com o mundo exterior.
- d) Aplicação para o detento que fizer parte de facções criminosas.

Outro acontecimento importante na área criminal a ser citado como incentivo a criação de regime mais “duro” a ser citado, foi a morte do Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente, Antonio José Machado Dias, assassinado em 15 de março de 2003.

Cabe ainda salientar outro regime análogo ao Regime Disciplinar Diferenciado que foi instituído no Rio de Janeiro em razão da rebelião ocorrida em Bangu comandada por Luiz Fernando da Costa, vulgo “Fernandinho Beira Mar”. Este regime recebeu o nome Regime Disciplinar Especial de Segurança.

No momento do surgimento do novo regime, o principal questionamento foi sobre a incompatibilidade com a atual Lei de Execução Penal(Lei 7.210) que em seu texto ditava que nenhuma espécie de isolamento poderia ultrapassar 30 dias nos presídios de segurança máxima e média. Com isso era inconcebível a previsão de isolamento por 180 dias.

Outra questão debatida foi à necessidade de criação de processo legislativo que o novo regime fosse instituído. Ademias a transferência do presidiário

para o novo regime apenas observava critérios administrativos, não atentando desta forma ao princípio do devido processo legal.

Dentre outras estas forma algumas das principais críticas direcionadas o novo regime implantado pelo Estado de São Paulo. Contudo, frente a situação vivenciado pela população carcerário, o Congresso Nacional foi apoiado a universalizar o Regime Disciplinar Diferenciado, através de Legislação Federal.

A referida Legislação visava acalmar a sociedade que estava se aterrorizando com os eventos ocorridos.

A partir deste contexto então em dois de dezembro de dois mil e três foi publicada a Lei Nº 10.792 que alterou a Lei de Execução Penal, inaugurando, portanto, o Regime Disciplinar Diferenciado, popularmente chamado RDD.

Em um primeiro momento podemos destacar que esta lei visa reafirmar o poder do Estado perante os transgressores da lei.

Neste sentido, Salo de Carvalho (2007, p.275) afirma:

O exemplo mais nítido do “pânico” estatal em demonstrar à sociedade sua incapacidade ocorreu no episódio Fernandinho Beira-Mar. Naquele momento, a construção do anti- herói nacional-personificado na figura do líder da facção Comando Vermelho- associado ao homicídio de dois magistrados de Varas de Execuções Criminais -14 de março de 2003 em São Paulo e 24 de março em Vitória (ES)- Agregaram o elemento que faltava para a implantação definitiva das medidas de maximização dos métodos de contenção e neutralização.

O Estado começou a perceber que estava perdendo forças para o crime organizado e desta forma, necessitou criar um mecanismo de auto afirmação, para que a sociedade voltasse a crer na efetividade do mesmo e que as organizações criminosas voltassem a temer ao Estado. Neste contexto surge o Regime Disciplinar Diferenciado, que em um primeiro momento veio como forma de punição as organizações criminosas.

5.1.2 Conceito

O regime disciplinar diferenciado, diferentemente do que muitos pensam não é um regime para cumprimento de pena, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, pois inclusive presos provisórios podem ser encaixados neste regime.

De acordo com Rogério Neiva (2010, s.p):

Trata-se de regime de disciplina carcerária especial, com maior grau de isolamento e restrições de contato com o mundo exterior, aplicado como sanção disciplinar ou medida de cautelar. Exatamente por isto, a medida está sendo adotada com presos envolvidos com condutas delituosas no caso do RJ, com o encarceramento em presídios de segurança máxima. O RDD, conforme o art. 52 da Lei de Execuções Penais, pode ser adotado nas seguintes situações: (1) o preso (provisório ou condenado) praticar crime doloso causador da subversão da ordem ou disciplina; (2) o preso (provisório ou condenado) apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; (3) o preso (provisório ou condenado) seja suspeito de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Renato Marcão (2007 p.39) comenta as hipóteses de aplicação do RDD:

Não basta como se vê a prática de falta grave consistente em fato previsto como crime doloso. É imprescindível que de tal agir decorra subversão da ordem ou disciplina interna.

Subversão é o mesmo que tumulto. Assim ocasionar subversão é o mesmo que tumultuar. É o ato ou efeito de transtornar o funcionamento norma ou considerado bom (de alguma coisa).

Ordem lembra organização e no léxico significa regulamento sobre a conduta de membros de uma coletividade, imposto ou aceito democraticamente, que objetiva o bem - estar dos indivíduos e o bom andamento dos trabalhos.

Disciplina, por sua vez, significa obediência às regras e aos superiores.

Importante destacar o depoimento de um dos maiores criminosos do país que hoje se encontra sob o RDD, Fernandinho Beira- Mar, dado ao programa de televisão Fantástico, dado em 2003, no início do Regime Disciplinar Diferenciado:

Aqui o lugar é horrível, é horrível. É o pior lugar que eu já tive na minha vida.

Eu estou bem fisicamente. Psicologicamente é que eu estou um bagaço. Esta é que é a verdade. - Isso aqui é horrível. Nada se

compara com isso aqui. É uma fábrica de fazer maluco, sinceramente.

Outros detentos que também estão sob o referido sistema são Marcos Camacho, mais conhecido como Marcola, e Pedro Chiechanowicz considerado um dos maiores sequestradores do país.

Na mesma entrevista concedida ao Fantástico no ano de 2003, o ministro da Justiça na implantação do RDD, Márcio Tomaz Bastos disse:

Se ele se recuperar, ótimo. Se ele nunca se recuperar, pelo menos durante o tempo em que ele estiver preso não terá condições de se conectar, de dar ordens, de comandar as suas atividades criminosas

- É um regime duro, um regime forte para aqueles criminosos fisicamente perigosos, para os chefes de quadrilha e para os quadrilheiros. Estes têm que estar isolados, num regime disciplinar duro. Essa é a nossa posição, que nós apoiamos.

Estes comentários tecidos pelo Ministro da Justiça se mostraram importantes para a entrada em vigor da Lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado

Importante também destacar o artigo da Lei de Execução Penal que conceitua o Regime Disciplinar Diferenciado:

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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Importante passar ao estudo individual de cada característica:

a) 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: Em relação ao preso provisório como ainda não há pena em concreto aplicada, usa-se a pena mínima cominada ao crime. O artigo 10 do Código Penal prevê que o RDD será computado em dias, por isso que a primeira aplicação do regime poderá ter duração de 360 dias, e poderá ser aplicado novamente caso o detento cometa nova falta grave. Importante destacar que caberá o RDD quantas vezes forem necessárias em decorrência de prática de falta grave.

b) Recolhimento em cela individual: O recolhimento deve obedecer as proibições do artigo 45 da LEP, não podendo desta forma, a cela ser escura ou insalubre. Geralmente os detentos possuem acompanhamento psicológico.

c) Visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas: Este inciso dá a entender que as crianças podem entrar livremente quantas forem, porém na prática vem sendo interpretado diferentemente, inclusive impedindo a entrada de crianças pelo fato de ser um ambiente não apropriado a crianças conforme artigo 6º do ECA.

d) O preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. O horário de banho de sol foi ampliado de 1 hora para 2 horas.

De acordo com o artigo 54 da LEP a aplicação do RDD somente se procederá a partir de provocação via requerimento do diretor do estabelecimento prisional ou outra autoridade administrativa.

Além disto, a decisão que incluir o preso em tal regime deve ser fundamentada havendo embasamento com provas que confirmem de uma das hipóteses previstas na Legislação.

Oportuno destacar detalhadamente as hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado:

a) Cabe aplicação do presente regime quando da prática pelo preso de fato previsto como crime doloso, ocasione subversão da ordem ou disciplina interna:

A primeira hipótese de aplicação se mostra cláusula aberta em relação ao que seria subversão da ordem ou disciplina interna, por isso cabe a doutrina a interpretação.

Neste sentido, destaca Luiz Flávio Gomes (2005, p.18):

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 culposo 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. (grifo do autor)**

b) Materializa-se o presente regime em face do preso, nacional ou estrangeiro, que ofereça alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade: Novamente o legislador usa de expressões abertas, por isso fica a critério do juiz a análise do que seja alto risco. Além deste fato, importante destacar a hipótese em que o preso independente de ter praticado falta é incluído no RDD pelo fato de ser considerado perigoso.

Neste sentido, ensinamento de Fernando A. N. Galvão da Rocha (2004, p.513)

Segundo esta previsão legal, o preso pode ser submetido ao RDD mesmo sem ter produzido qualquer subversão da ordem ou disciplina interna ou mesmo da ordem pública. Basta a constatação do alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

c) O regime também incide no caso de recair sobre o condenado fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Sobre tal hipóteses, Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2007, p.291) tece os seguintes comentários:

A propósito teria sido bom que o legislador esclarecesse se as fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando, deve dizer respeito à vida prisional, ou ao crime pelo qual o preso é processado ou foi condenado.

O que se pode concluir sobre o estudo da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado é que as cláusulas são abertas e por isso uma interpretação

aberta do Magistrado, e para a maioria da doutrina esta foi justamente a intenção do legislador.

5.1.3 O regime disciplinar diferenciado como indício de direito penal do inimigo.

O direito penal do Inimigo pode ser visto sob diferentes óticas no Direito, e uma das principais assertivas que se faz em relação ao Regime Disciplinar Diferenciado, é que este seria uma fiel expressão Direito Penal de Terceira Velocidade no Brasil.

Chega-se nesta conclusão pelo fato do Regime Disciplinar Diferenciado não buscar em sua essência a ressocialização do detento, mas sim excluir do convívio carcerário o preso-inimigo, para que desta forma o Estado consiga alcançar a segurança almejada.

No pensamento de Paulo César Busato (2005, p.2)

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.

Por esta citação podemos observar presentes várias características do Direito Penal do Inimigo, tais como leis pouco garantistas, modelo político criminal violador de Direitos Humanos, e Direito Penal do autor que vem propriamente a ser o Direito Penal do Inimigo.

Surge também o questionamento sobre as leis penais de emergência e por isso se faz necessário o estudo das características do RDD que o qualificam como Direito Penal do Inimigo.

A primeira hipótese que autoriza a aplicação do RDD, é a pratica de crime tipificado como doloso, quando o criminoso subverte a ordem ou disciplina interna da Unidade Prisional.

A principal função nesta hipótese é reafirmar a vigência da norma, ou seja, mostrar para o delinqüente que apesar dele ter transgredido a ordem ou disciplina, o Estado ainda tem poder sobre ele, aplicando desta forma, o “ castigo” pela sua atitude.

Pode - se destacar também que fica suprimido o devido processo legal, e conseqüentemente a presunção de inocência e a ampla defesa, pois feito o pedido pelo Diretor da Unidade Prisional, não há como o detento se defender.

Ademais não na qualquer menção na lei que discipline quais são os crimes dolosos que subvertem a ordem ou disciplina interna, faltando neste caso, outro princípio fundamental, qual seja, tipicidade.

O que se extrai, portanto, é que enquanto o cidadão para ser acusado, deve ter todo devido processo legal cumprido, o “inimigo”, ou seja, o detento perigoso é isolado do convívio social.

Portanto percebe-se que a estas pessoas não são punidas pelo fizeram, mas sim por suas identidades, máxima do Direito Penal do Inimigo.

Paulo César Busato assim leciona (2005, p. 6)

A imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massas não é mais do que um “Direito penal de inimigo”, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos”.

O § 2º do artigo 52 da LEP contempla a hipótese do individuo ser submetido ao RDD pela suspeita de participar em alguma organização criminosa. Neste caso, novamente o delinqüente é punido pelo que é e não pelo crime que ele praticou. O Estado buscar cortar relações do detento com o mundo exterior a fim de diminuir a criminalidade, tanto fora como dentro do cárcere.

Pois é notório que vários líderes comandam sua facções de dentro dos presídios, e não podemos fechar os olhos a realidade que nos envolve.

Vale ressaltar que o Regime Disciplinar Diferenciado, não tem qualquer conteúdo ressocializador, sua principal meta é excluir do convívio social os delinqüentes perigosos, mesmo que isso custe o desrespeito aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido Paulo César Busato (2005, p.4):

Todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são “suspeitas” de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal de autor, onde “não importa o *que* se faz ou omite (o fato) e sim *quem* – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor).

O endurecimento de certas regras penais se faz necessário quando se constata que o modelo apresentado pelo Estado, já não se mostra mais eficaz. É inegável que nosso Código Penal necessita ser modernizado, e que o sistema atual não tem mais funcionado em nossa sociedade. Mais de 70 anos se passaram a partir da vigência do Código Penal, e a sociedade já perdeu muitos bens que além de serem jurídicos, são sentimentais, portanto se faz necessário a atuação do Poder Público da forma que entender necessário para que esta situação possa ser revertida.

Themis Maria Pacheco de Carvalho (2006, p.12) afirma sobre o Estado:

Inegável que a manutenção de extensa vida criminosa mesmo intramuros de prisões não se deve somente a astúcia do delinqüente, mas sim também a ineficácia do Estado e seus agentes para impedir o acesso à prisão de meios que possibilitem o exercício da atividade criminosa cuja sede, em alguns casos, tem por base uma penitenciária do Estado.

Por todo exposto, a conclusão que se pode tirar é que o Regime Disciplinar Diferenciado por seus contornos e características é sim uma verdadeira realidade do Direito Penal do Inimigo, no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

5.2 Lei do Abate

Outra manifestação no Ordenamento jurídico penal Brasileiro que nos remete ao Direito Penal do Inimigo é a Lei do Abate. Como todo assunto em assunto

em questão no presente trabalho, primeiramente há que se estudar o histórico da referida lei.

5.2.1 Histórico

O Código Brasileiro de Aeronáutica, instituto regulamentador da Lei do Abate foi instituído em 1986 através da Lei nº 7565, e posteriormente modificado pela Lei nº 9614 de 1998, que em seu artigo 303 traz as hipóteses em que uma aeronave pode ser detida, interditada ou apreendida não só por autoridade aeronáuticas, como também por autoridades fazendárias e da Polícia Federal. A partir desta modificação dada em 1998, foram acrescentados parágrafos ao artigo 303 que apresentaram ao Brasil, o Tiro de Destruição, divulgado pela imprensa como Lei do Abate, e desta forma ficou o artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica:

Art.303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou de Polícia Federal, nos seguintes casos:

- I- se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;
- II- se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;
- III- para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;
- IV- para verificação de sua carga no caso de restrição legal (art. 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do art. 21)
- V- para averiguação de ilícito.

§ 1º. A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe foi indicado.

§ 2º. Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada (parágrafo acrescido pela Lei 9.614/98)

§ 3º. A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório.(parágrafo re-numerado e alterado pela Lei 9.614/98)”.

A partir deste artigo, o Decreto nº 5.144/2004 veio para regulamentar definitivamente a Lei do Abate, e a partir desta regulamentação fomentou-se o debate sobre o tema.

O Decreto em questão introduziu conceitos novos, e novos procedimentos a serem adotados, por isso se faz necessária a rígida observação dos critérios legais para que se dê a aplicação de tal lei.

Com a modernização do Sistema Aéreo, se viu necessária atualização do controle e fiscalização das aeronaves que passavam pelo território Brasileiro, principalmente pelo fato do Brasil ser rota do Tráfico e ficar próximo a países que são grande produtores de drogas, e que começaram a se utilizar do meio aéreo para o transporte de suas mercadorias já que não houve um controle rígido sobre este meio de transporte.

Por falta de regulamentação, as aeronaves clandestinas simplesmente ignoravam as ordens da Força Aérea Brasileira, e nada podia ser feito a respeito

Por isso, determinado a reverter esta situação, o Governo Brasileiro adotou uma série de ações, dentre elas transferência de militares para Amazônia e criação de leis no sentido de preparar as Forças Armadas no sentido de combater o tráfico de drogas.

É neste momento que entra o Decreto nº 5.144/2004, medida imprescindível para auxílio ao combate no tráfico de drogas.

De acordo com o Centro de Comunicação Social da Aeronáutica¹

A regulamentação da “Lei do Tiro de Destruição”, assinada pelo Presidente da República, criou instrumentos de dissuasão adequados ao policiamento do espaço aéreo brasileiro. O texto é resultado de uma série de intercâmbios com países vizinhos, que ocorreram para integrar os procedimentos de interceptação aérea e, com isto, minimizar riscos de equívocos. A questão foi amplamente debatida com outros governos interessados no tema. Esses entendimentos indicam que a entrada em vigor da regulamentação não trará efeitos adversos ao país.

Mais uma vez o Estado se viu em um momento que precisaria tomar atitudes para que a soberania nacional fosse resguardada, impondo sua legislação de forma mais rígida, afim de que todos a respeitassem, sob pena de inclusive perder a vida por não respeitar a legislação.

¹ Centro de Comunicação da Aeronáutica. Disponível em <http://www.reservaer.com.br/legislacao/leidoabate/entenda-leidoabate.htm>. Acesso em 1o de outubro de 2012.

Não que isso irá se tornar atitude banal, como já dito anteriormente, a série de critérios a serem adotados antes da medida final, impede que injustiças ocorram, porque na verdade a única finalidade da Lei do Abate é impedir que o País se torne trânsito de tráfico de drogas.

5.2.2 Conceito

Em primeiro lugar, se faz necessário destacar que Lei do Abate, tecnicamente conhecida como Lei do Tiro de Destruição, somente se aplicará, quando verificado ingresso de aeronave hostil com envolvimento com tráfico internacional, atendido todos os requisitos.

Porém primeiramente, antes da aeronave ser considerada hostil, ela será classificada como suspeita. De acordo com a Força Aérea Brasileira,² as atitudes são:

Antes de ser classificada como hostil e, portanto, sujeita à medida de destruição, a aeronave deverá ser considerada como suspeita e submetida a procedimentos específicos, detalhados e seguros. São duas as situações em que uma aeronave pode ser considerada suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins:

- a) a que entrar em território nacional, sem plano de voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidas fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou
- b) a que omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações dessas mesmas autoridades, caso esteja trafegando em rota presumivelmente utilizada na distribuição de drogas ilícitas.

Se a aeronave se encaixar em alguma destas hipóteses, ela será considerada suspeita, e desta forma, a Força Aérea Brasileira poderá adotar três providências aplicadas de maneira gradativa.

A primeira providência a ser tomada é o reconhecimento à distância, nesta etapa devem ser colhidas informações de matrícula, tipo de aeronave, nível de voo e características marcantes da aeronave.

² Força Aérea Brasileira. Disponível em <http://www.reservaer.com.br/legislacao/leidoabate/entenda-leidoabate.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

Após a primeira etapa, confirmada a matrícula, o Departamento de Aviação Civil (DAC) verifica se a matrícula corresponde ao tipo de aeronave, o nome de seu proprietário, endereço, dados de identificação, validade do certificado de aeronavegabilidade, nome do piloto, licença, validade de exame médico, dados de qualificação e de localização. Se a aeronave estiver de acordo, apenas será acompanhada, porém se a aeronave não estiver com os requisitos em ordem, passa-se a terceira etapa.

Deverá ser feito contato com a aeronave através da frequência internacional de emergência, e também através de sinais visuais, que deve imediatamente responder aos sinais enviados. Caso o piloto não responda, os pilotos devem solicitar por meio de todas as frequências de rádios possíveis que a rota da aeronave seja desviada, e em seguida a aeronave suspeita é orientada a pousar obrigatoriamente.

Caso nenhuma destas medidas surta efeito, os aviões de interceptação poderão efetuar disparos de advertência paralelamente a aeronave de forma visível sem que possa atingi-la.

Ultrapassado todos estes procedimentos, a aeronave será considerada hostil, e partir deste momento poderá ser disparado o tiro de destruição.

5.2.3 Lei do abate como expressão do direito penal do inimigo

Em uma superficial análise da Lei do Abate, já é possível considerar grandes características do Direito Penal do Inimigo.

Em primeiro lugar, há que considerar que o abate da aeronave para grande parcela da doutrina se revela inconstitucional pelo fato de haver uma punição desrespeitando o contraditório e ampla defesa. Em outras palavras o indivíduo será punido de forma sumária, sem que ela possa exercer seu direito de defesa, através da presunção de culpa dos indivíduos.

Outro ponto muito discutido envolve o fato da Lei do Abate violar um Direito fundamental expresso na Constituição Federal, que seria o direito a vida explicita no artigo 5º LXVII do mencionado ordenamento.

Porém por outro lado, existem os defensores da referida lei, que afirmam que a soberania do País esta acima da individualização, portanto seria legítima, em virtude da vida de muitos, ofender a vida de alguns.

A partir da idéia de uma aeronave ser considerada hostil, ela será considerada inimiga do país e por consequência, seus tripulantes também. Trata-se de pessoas que não dão a mínima segurança que não irão transgredir a ordem penal, já que não respeitaram nenhuma ordem advinda do país. Característica esta específica do Direito Penal do Inimigo.

E daí se faz legitimo adotar, portanto as providências cabíveis no Direito Penal do Inimigo, tais como relativização de direitos e garantias, pelo fato de ser característica do Direito Penal do Inimigo a garantia dos direitos do cidadão, mesmo que isso venha a prejudicar o inimigo.

Deve-se lembrar que o cidadão possui direitos fundamentais que não podem desrespeitados, tais como a segurança prevista no artigo 5º caput, da Constituição Federal. Já o inimigo não pode contar com este aparato, pois não faz parte da sociedade.

Marcelo Yukio Misaka (2009, s.p) neste contexto afirma:

A crença do cidadão na vigência do ordenamento jurídico seria abalada com constantes violações da lei desprovidas de sanções aptas a assegurar o restabelecimento da paz social. O criminoso passaria a ter consciência da existência de instrumentos estatais aptos a assegurar o cumprimento da lei, fornecendo maior segurança jurídica e paz social.

Esta lei visa à proteção do país contra o tráfico de drogas no território aéreo, e este foi o meio encontrado para fazer a valer a norma prevista. Importante destacar que a fiscalização no espaço aéreo se torna muito dificultosa, portanto é necessário um meio eficaz para coerção do cumprimento das leis nacionais.

O procedimento aplicado acima segue toda uma previsão, portanto a única finalidade é destruir um inimigo nacional. Em nenhum momento há previsão de desrespeito ao ser humano que atende as leis nacionais, por isso a única função desta lei é garantir sua eficácia.

Insta salientar o discurso de Marcelo Yukio Misaka (2009, s.p):

A postura seria necessária por inexistir meios mais amenos que garantissem a mesma eficácia. Por fim, encontraria equilíbrio entre meios e fins, já que a segurança nacional, com a defesa da sociedade contra o tráfico de drogas, delito vetor dos demais, justificaria a relativização dos direitos e garantias de quem teve todas as oportunidades de pousar o avião, mas optou por continuar contrário à lei.

Não há como negar, portanto a Lei do Abate se encaixa perfeitamente ao Direito Penal do Inimigo, podendo ser considerado mais um indício do Direito Penal de terceira velocidade no Brasil.

Não são apenas estes exemplos que podemos citar no Ordenamento Jurídico Brasileiro, pois devemos levar em conta também as hipóteses que não englobam todas as características do Direito Penal do Inimigo, mas são usadas para investigação e repressão de crimes.

O que se deve levar em conta, é que mesmo com tantas posições desfavoráveis ao Direito Penal do Inimigo, ele tem encontrado seu espaço no Ordenamento, inclusive no Brasil que adota um Direito Penal extremamente garantista.

Desta forma, deve-se pensá-lo como uma alternativa para saturação do Código Penal e também como um meio de atenuar os casos de impunidade que vem acontecendo frequentemente no Brasil, para que assim o Brasil possa se tornar não um exemplo fiel do Direito Penal do Inimigo, mas sim país onde seus cidadãos possam acreditar realmente que a verdadeira justiça será feita.

6 CONCLUSÃO

Entrando na etapa conclusiva da presente pesquisa, algumas considerações devem ser feitas.

Em primeiro lugar, constata-se que o Direito Penal do Inimigo surge em um contexto de mudanças entre países ocidentais e orientais com a queda do muro de Berlin, e a partir destas mudanças começa a discussão entre um direito penal para o inimigo e outro para o cidadão. O inimigo era desconhecido, e com o passar do tempo, a questão foi fomentada, e aumentou –se a discussão.

Com o presente trabalho buscou-se mostrar que a um primeiro momento a teoria do direito penal do inimigo elaborada por Jakobs parece ser inconcebível, no entanto precisa ser debatida, e enfrentada a luz da sociedade moderna.

Não há como negar que o mundo tem passado por grandes modificações e a cada dia que passa as organizações criminosas vem se tornando mais fortes, enquanto o direito se torna mais ultrapassado. É notório que o modelo de direito atual, não está apto a enfrentar os desafios que a sociedade moderna vem impondo, e quem sofre as consequências de um direito penal que não evolui, é a própria sociedade.

Não podemos fechar os olhos a realidade, os “inimigos” caracterizados por Jakobs realmente existem, e tem –se que pensar em alternativas para tratar a situação, pois a sensação que se experimenta nos dias de hoje, é a de impunidade.

Por isso, torna-se importante a discussão do presente trabalho, para que se abram novas possibilidades sob o tema que deve ser discutido sob todos os aspectos, tanto pela sua constitucionalidade quanto pela suas formas de aplicação

De acordo com o presente, pode-se constatar que o Direito Penal do Inimigo, possui características marcantes e rígidas se comparadas ao Direito Penal Clássico, por isso a maior discussão se faz em torno desta premissa, que por ser um Direito que suprime as garantias do acusado, não pode ser aplicado no Ordenamento devido sua inconstitucionalidade.

Outro ponto marcante é a divisão feita por Jakobs dos indivíduos em cidadãos e inimigos, e desta forma o Direito Penal em questão só seria aplicado àqueles considerados inimigos do Estado, que abandonam o contrato social.

Importante destacar a semelhança do Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal de terceira velocidade, onde se faz uma mistura entre supressão de garantias e aplicação de medida de segurança.

Apesar de suas rígidas características o Direito Penal do Inimigo tem encontrado espaço em alguns países que pretendem extirpar o terrorismo, que vem sendo considerado um dos maiores problemas da Humanidade. Como por exemplo pode-se citar os ataques ao World Trade Center, marco inicial para o maior debate sobre o tema em questão.

Desta forma, além dos países norte americanos e europeus que vêm adotando explicitamente o Direito Penal do Inimigo, há quem defenda que ele encontra incidência também no Brasil. Não voltado ao terrorismo, mas sim ao combate ao crime organizado.

O debate do presente estudo se faz em torno do Regime Disciplinar Diferenciado, histórico, hipóteses de incidência e principais características que o qualificam como Direito Penal do Inimigo, assim como também a Lei do Abate.

O que se pode concluir é que apesar do Direito Penal do Inimigo a um primeiro olhar se mostrar inconstitucional, pode ser considerado uma nova alternativa de combate ao crime, já que o modelo atual tem se mostrado saturado e ineficiente frente a criminalidade do Brasil, já que a cada dia que passa mais absurdos vem acontecendo mais próximos do que se imagina.

Por derradeiro, espera-se ter contribuído para fomentar a discussão do presente tema, para que se possa buscar a solução dos problemas atuais de violência e criminalidade e para que se encontre o equilíbrio, buscando não só a punição, como também a justiça para todos os cidadãos, sejam eles inimigos ou não.

BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Antônia Elúcia. **Revista dos Tribunais**. Ano 99. Maio/ 2010. v. 895. Acesso em 7 de maio de 2012

BASTOS, Marcelo Lessa. **Alternativas ao direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 12](#), [n. 1319](#), [10 fev. 2007](#) . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9481>>. Acesso em: 8 maio 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 15 ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei nº 10.792 de 1 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984-Lei de Execução Penal e o Decreto Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2 de dez. de 2003 Disponível em HTTP: // www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/l10.792.htm . Acesso em 28 de outubro de 2012.

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 p.137-145, Abr./Jun. 2004.

----- **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo**. Mundo Jurídico, Paraná, 12 jul. 2005. Disponível em <http://WWW.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10 set.2012.

CARVALHO, Themis Maria Pacheco 2006, SP disponível em http://revista.ampem.org.br/2004/01.05_Themis%20ressocializa%20o%20e%20RDD%20para%20RECJ.pdf acesso em 10 de setembro de 2012.

DOTTI, René Ariel Curso de Direito Penal: Parte Geral. 3 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999

GOMES, Luiz Flávio. [Direito Penal do inimigo \(ou inimigos do direito penal\)](#). **Revista Jurídica Unicoc**. Ano II, n.2, 2005. ISSN 1807-023X

HOBBS, THOMAS. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HUNGRIA, Nélson; CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955-1967.

JAKOBS, Günther / JAKKOBS, Gunther. **Ciência do direito e ciência do direito penal: dois estudos de Günther Jakobs**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes 1.ed.; Barueri: Manole, 2003.

-----, MELIÁ Manuel Cancio; **Direito penal do inimigo: noções e críticas** organização e tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli 4. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

JESUS, Damásio de. **Breves considerações sobre a prevenção ao terrorismo no Brasil e no Mercosul: opúsculo distribuído no evento**. In: JUSTIÇA CRIMINAL EM TEMPOS DE TERROR, 2004, São Paulo: Auditório Júlio Fabbrini Mirabete, Escola Superior do Ministério Público, 2004.

----- . **Direito penal do inimigo. Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 13](#), [n. 1653](#), [10 jan. 2008](#) . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 7 maio 2012.

Jornal do Estado de São Paulo: **As polêmicas do novo Código Penal**. Edição de 19 de junho de 2012. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,as-polemicas-do-novo-codigo-penal,888570,0.htm> Acesso em 10 de outubro de 2012

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **Qual a diferença entre o direito penal do autor e o direito penal dos fatos?** Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 8 de maio de 2012

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

MISAKA, Marcelo. Lei do Abate, Direito Penal do Inimigo e Constituição Federal Disponível em <http://marcelomisaka.wordpress.com/2009/06/08/lei-do-abate-direito-penal-do-inimigo-e-constituicao-federal/>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do Inimigo: Terceira Velocidade do Direito Penal**. 1ed., Curitiba Juruá, 2011.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma** . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 502p.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal anotado e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 1403 p

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito penal do autor ou direito penal do fato?** Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 7 de maio de 2012.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004 1033 p

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme, SP: LEUD, 2000

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. 154p.

ZAFFARONI, Eugênio Raul **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1 Parte geral**. 8 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009

ANEXO A- Lei nº 10.792/03

LEI Nº 10.792, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2003.

Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório." (NR)

"Art. 34.

§ 1º (parágrafo único renumerado)

§ 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios." (NR)

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

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

II - recolhimento em cela individual;

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

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

§ 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.

§ 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." (NR)

"Art. 53.

.....

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado." (NR)

["Art. 54.](#) As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias." (NR)

["Art. 57.](#) Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei." (NR)

["Art. 58.](#) O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado."

....." (NR)

["Art. 60.](#) A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar." (NR)

"Art. 70.

I- emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso;

....." (NR)

"Art. 72.

.....

VI- estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar.

....." (NR)

"Art. 86.

§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

.....

§ 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos." (NR)

"Art. 87.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei." (NR)

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes." (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor." (NR)

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa." (NR)

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa." (NR)

["Art. 188.](#) Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante." (NR)

["Art. 189.](#) Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas." (NR)

["Art. 190.](#) Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam." (NR)

["Art. 191.](#) Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente." (NR)

["Art. 192.](#) O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo." (NR)

["Art. 193](#) Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete." (NR)

["Art. 194.](#) (revogado)"

["Art. 195.](#) Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo." (NR)

["Art. 196.](#) A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes." (NR)

"Art. 261.

[Parágrafo único.](#) A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada." (NR)

["Art. 360.](#) Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado." (NR)

Art. 3º Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

Art. 4º Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no [art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.](#)

Art. 5º Nos termos do disposto no [inciso I do art. 24 da Constituição da República](#), observados os [arts. 44 a 60 da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984](#), os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;

II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;

III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;

IV - disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;

V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar." (NR)

Art. 6º No caso de motim, o Diretor do Estabelecimento Prisional poderá determinar a transferência do preso, comunicando-a ao juiz competente no prazo de até vinte e quatro horas.

Art. 7º A União definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar.

Art. 8º A União priorizará, quando da construção de presídios federais, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos a regime disciplinar diferenciado.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10 Revoga-se o [art. 194 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.](#)

Brasília, 1º de dezembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Márcio Thomaz Bastos

LEI Nº 9.614, DE 5 DE MARÇO DE 1998

Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986,
para incluir hipótese destruição de aeronave.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, passa a vigorar acrescido de um parágrafo, numerado como § 2º, renumerando-se o atual § 2º como § 3º, na forma seguinte:

"Art. 303.

.....

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de março de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Iris Rezende

Lelio Viana Lobo

DECRETO Nº 5.144, DE 16 DE JULHO DE 2004.

Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos [§§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986](#).

DECRETA:

Art. 1º Este Decreto estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública.

Art. 2º Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações:

I - adentrar o território nacional, sem Plano de Vôo aprovado, oriunda de regiões reconhecidas fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou

II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

Art. 3º As aeronaves enquadradas no art. 2º estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito, executadas por aeronaves de interceptação, com o objetivo de compelir a aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle no solo pelas autoridades policiais federais ou estaduais.

§ 1º As medidas de averiguação visam a determinar ou a confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, a vigiar o seu comportamento, consistindo na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave interceptada, com a finalidade de interrogá-la, por intermédio de comunicação via rádio ou sinais visuais, de acordo com as regras de tráfego aéreo, de conhecimento obrigatório dos aeronavegantes.

§ 2º As medidas de intervenção seguem-se às medidas de averiguação e consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo.

§ 3º As medidas de persuasão seguem-se às medidas de intervenção e consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.

Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.

Art. 5º A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.

Art. 6º A medida de destruição terá que obedecer às seguintes condições:

I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro - COMDABRA;

II - registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos;

III - execução por pilotos e controladores de Defesa Aérea qualificados, segundo os padrões estabelecidos pelo COMDABRA;

IV - execução sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; e

V - autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada.

Art. 7º O teor deste Decreto deverá ser divulgado, antes de sua vigência, por meio da Publicação de Informação Aeronáutica (AIP Brasil), destinada aos aeronavegantes e de conhecimento obrigatório para o exercício da atividade aérea no espaço aéreo brasileiro.

Art. 8º As autoridades responsáveis pelos procedimentos relativos à execução da medida de destruição responderão, cada qual nos limites de suas atribuições, pelos seus atos, quando agirem com excesso ou abuso de poder.

Art. 9º Os procedimentos previstos neste Decreto deverão ser objeto de avaliação periódica, com vistas ao seu aprimoramento.

Art. 10. Fica delegada ao Comandante da Aeronáutica a competência para autorizar a aplicação da medida de destruição.

Art. 11. O Ministério da Defesa, por intermédio do Comando da Aeronáutica, deverá adequar toda documentação interna ao disposto neste Decreto.

Art. 12. Este Decreto entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

Brasília, 16 de julho de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

José Viegas Filho

Celso Luiz Nunes Amorim

Jorge Armando Felix

