

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

INEFICÁCIA DAS LEIS PENAIS: A UTILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Beatriz Fukunari

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

INEFICÁCIA DAS LEIS PENAIS: A UTILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Beatriz Fukunari

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.
Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP
2015

Fukunari, Beatriz.

Ineficácia das Leis Penais: A Utilidade do Direito Penal do Inimigo. - Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015.
54 folhas.

Monografia de Conclusão de Curso de Direito - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo - Toledo: Presidente Prudente - SP, 2015.

1. Direito Processual Penal. I. Ineficácia das Leis Penais: A Utilidade do Direito Penal do Inimigo.

INEFICÁCIA DAS LEIS PENAIS: A UTILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Florestan Rodrigo do Prado
Examinador

Pedro Romão Neto
Examinador

Presidente Prudente, 05 de novembro de 2015.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades,
lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram
conquistadas do que parecia impossível”.

Charles Chaplin

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por proporcionar tantas oportunidades e bênçãos em minha vida, me dando a possibilidade de chegar até aqui, em um trajeto repleto de alegrias e me livrando de diversos males, me dando forças nos momentos que parecia nunca passar e coragem nos problemas que pareciam impossíveis de serem solucionados.

Agradeço aos meus pais, Leonardo e Lucimara, aqueles que sempre foram meu exemplo de determinação, e que sempre me deram total apoio, e, apesar de distantes, estiveram presentes diariamente para me encorajarem, quando a coragem estava em falta, e para me tranquilizarem, quando os momentos pareciam difíceis demais para ter calma.

Também agradeço minha irmã Amanda, que durante a minha vida inteira sempre esteve presente para me aconselhar, ouvir meus desabafos e se mostrar mais companheira do que eu tinha conhecimento.

Com uma imensa gratidão agradeço também ao meu professor e orientador, Dr. Jurandir, a quem tenho como um exemplo de ser humano, com toda a sua bondade, paciência e determinação, a quem tive a honra de conhecer e aprendo a cada dia mais, não só a matéria de processo penal, mas em como eu me tornar uma pessoa melhor a cada dia.

Agradeço ao professor Florestan, com quem tive as melhores aulas de direito penal neste curso, e que com muito prazer leciona e transmite seu conhecimento nesta instituição de ensino.

E também agradeço ao Dr. Pedro, por ter aceitado fazer parte desta banca examinadora, e a quem, ainda que brevemente, me ensinou muito no meu dia-a-dia, e que espero ter o prazer de compartilhar mais conhecimentos.

Por fim, agradeço a todos meus parentes, em especial aos meus avós, e também a todos meus amigos, pois Deus me deu a alegria de poder encontrar pessoas boas e queridas a todo momento da minha vida, e, desta forma, nunca fiquei sozinha, por mais difícil que fosse a situação, nunca me faltaram motivos para sorrir e perceber o quanto sou agraciada por tudo.

Entre amigos

É belo guardar silêncio juntos

*Ainda mais belo sorrir juntos –
Sob a tenda do céu de seda
Encostado ao musgo da faia
Dar boas risadas com os amigos
Os dentes brancos mostrando.*

*Se fiz bem, vamos manter silêncio:
Se fiz mal – vamos rir então
E fazer sempre pior.
Fazendo pior, rindo mais alto
Até descermos à cova.*

*Amigos! Assim deve ser? –
Amém! E até mais ver!*

(Friedrich Nietzsche)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo das leis penais e sua ineficácia, bem como as tendências que o legislador moderno passou a ter, frente à perda do propósito original da pena. Após, demonstra a aplicabilidade do direito penal do inimigo como forma de conter a criminalidade crescente, bem como o funcionamento e divergências a respeito do Regime Disciplinar Diferenciado, concluindo-se que este direito trazido por Jakobs pode ser utilizado como medida de emergência, mas não em sua ideia original, podendo ser aplicado após diversas modificações e após resguardar uma série de direitos, nunca sobrepondo estes direitos ao direito da sociedade.

Palavras Chave: Ineficácia das leis penais. Velocidades do Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Crime organizado. Regime Disciplinar Diferenciado.

ABSTRACT

This project aims the study of criminal law and his ineffectiveness as well as trends that modern legislator now has, compared to the loss of the original pen purpose. After demonstrates the applicability of the criminal law of the enemy as a way to stem the rising crime and the operation and disagreements about the Differentiated Disciplinary Regime, concluding that this law brought by Jakobs can be used as an emergency measure, but not in his original idea and can be applied after several modifications and after save a series of rights, never overlapping these rights the right of society.

Keywords: Ineffectiveness of the criminal code. Velocities of criminal law. Criminal Law of the Enemy. Organized crime. Differentiated Disciplinary Regime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE SOLUCIONAR CONFLITOS ..	12
2.1 Lei de Talião.....	12
2.2 Lei e Religião.....	14
2.3 Lei das XII Tábuas	15
2.4 Código de HAMURABI	16
2.5 Jus Puniendi Como Titularidade do Estado.....	17
3 LEIS PENAIS	20
3.1 Benefícios Processuais	21
3.1.1 Transação penal.....	21
3.1.2 Suspensão condicional do processo	24
3.1.3 Renúncia	27
3.2 Execução Penal	27
3.2.1 Indultos.....	28
3.2.2 Progressão de regime	29
3.3 Prisão Preventiva	30
3.4 Benefícios na Lei de Drogas	32
4 DIREITO PENAL DO INIMIGO	35
4.1 Velocidades do Direito Penal	37
4.2 Intervenção do Direito Penal do Inimigo no Direito Penal Atual	38
4.3 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)	40
4.3.1 Controvérsias a respeito da constitucionalidade do RDD.....	44
4.4 O Direito Penal do Inimigo Como Forma de Conter a Criminalidade	46
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1 INTRODUÇÃO

Este tema foi escolhido devido o notável crescimento e solidez que a criminalidade vem tomando em todo o país, ocorrendo de forma praticamente irreversível, onde as leis penais atuais não estão tendo eficácia, visto que não estão atingindo seu propósito.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a lei penal não está mais atingindo seus objetivos de ressocializar o criminoso e evitar a reiteração da prática criminosa, encontrando-se ineficaz, e, posteriormente, demonstrar quais as medidas possíveis para melhor proteção da sociedade, haja vista que os crimes relacionados a associações criminosas passaram a se tornar algo costumeiro, e os crimes de pequena e média gravidade têm aumentado de forma significativa, elevando a insegurança da população.

Historicamente, o poder de punir nem sempre pertenceu ao Estado, e, quando pertencente a este, na maior parte da história não eram respeitados os direitos e garantias inerentes à pessoa, não ocorrendo um julgamento justo e era comum que a sanção correspondesse a penas cruéis e desumanas, na maioria das vezes irrecorríveis e irreversíveis.

Após compreender e saber de vários exemplos históricos que encaminharam o direito penal para o estado que se encontra atualmente, veremos as leis penais e quais os benefícios que elas proporcionam atualmente, tanto na fase processual quanto na execução da pena, além da prisão preventiva. Desta forma é possível notar como, diversas vezes, o legislador opta em não prosseguir com a ação penal por não ser compensador o propósito alcançado com a pena imposta em relação à grande movimentação estatal requerida.

Por fim, entenderemos do que se trata o direito penal do inimigo, bem como as velocidades do direito penal, no qual há quem defenda a existência até de uma quarta velocidade. É importante também trazer a presença do direito penal do inimigo no direito penal atual, no qual o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) é centro de grandes controvérsias, e a forma de conter a criminalidade tendo como instrumento de suma importância o direito penal do inimigo, porém, evidentemente,

lapidado aos ideais da sociedade moderna, resguardados os direitos fundamentais do cidadão.

A pesquisa se loubou em apanhados doutrinários, estudo de casos reais e em análise da legislação.

2 HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE SOLUCIONAR CONFLITOS

Há muito tempo, concedeu-se ao Estado o direito de punir a quem quer que infrinja suas regras pré-estabelecidas, sendo ele o único e exclusivo titular deste direito. E como titular do direito de punir, cabe a ele aplicá-lo da maneira mais adequada e proporcional possível, ao passo que simultaneamente zela pela segurança da coletividade. Porém, nem sempre as sanções penais foram aplicadas da maneira em que são atualmente, para se chegar ao modelo punitivo que vivenciamos, houve um grande trajeto traçado. Neste sentido, no que se refere ao “poder de castigar”, disserta J. Bentham (2002, p. 20):

A medida que os povos se vão civilizando, vão largando nas mãos do Governo uma parte do exercício desse poder; assim como todo o passo, em que as nações caminham para o seu atrasamento, e anarquia, é assinalado logo pelo esforço, que vai fazendo o povo para se apoderar deste direito.

Portanto, quando mais “desenvolvida” a sociedade, mais responsável é o Estado no que corresponde ao dever de punir a quem infrinja suas leis. E, obviamente, quando mais dispenso e descentralizado o poder de punir, mais frágil é seu sistema legislativo.

Mencionaremos, a seguir, alguns exemplos de como a pena era aplicada ao infrator e como a lei era estabelecida em alguns sistemas antigos, onde a penalização ocorria de forma diversa em que ocorre atualmente.

2.1 Lei de Talião

A Lei de Talião se tratava de um sistema de punição pouco complexo. Era a aplicação prática do “olho por olho, dente por dente”, onde era revidado o mal que o agente cometia, pelo mesmo meio e da mesma forma que ele havia praticado.

Tinha como único propósito a intenção de fazer o indivíduo sofrer o mesmo mal que havia causado, servindo como um “castigo” pela infração realizada.

No que traz respeito ao seu surgimento e avanço representado para a sociedade, afirma Elder Lisbôa Ferreira da Costa (2009, p. 32):

Para se evitar a dizimação dos povos, surge o Talião que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado. Interpretar a lei historicamente é importante para não se cometer erros. Para a época, o Talião representou um grande avanço, visto que dava uma certa proporcionalidade a ofensa praticada pelo inimigo. Talvez o princípio da proporcionalidade, aplicada ao crime e a pena como decorrente deste, esteja justamente na lei de Talião, embora não seja citada.

Porém tratava-se de um sistema falho, já que nem todos os delitos eram capazes de serem punidos por meio da Lei do Talião, ou crimes em que a responsabilização dada não era viável para transmitir o caráter de pena à medida aplicada. Esse sistema punitivo primitivo só era capaz de responsabilizar os crimes praticados contra a pessoa, sendo frustrado em crimes contra a coletividade, por exemplo.

Sobre a Lei do Talião e sua aplicabilidade, critica J. Benthan (2002, p. 50):

Que resta pois na prática a respeito dessa pena? Quase nada. Os únicos delitos, em que se pode empregar e não há de ser sempre, são os que tocam na pessoa; e ainda nesse caso é necessário supor uma paridade de circunstância, que raras vezes acontece. Nos casos mesmo em que pode entrar, tem contra si o ser muito rigorosa: o seu vício radical é ser inflexível. A lei deve medir a pena pelas circunstâncias agravantes, ou que podem diminuir o crime; o Talião destrói toda a medida. Só os Povos vingativos devem gostar dessa pena.

Neste mesmo sentido, traz Antônio Maria Iserhard (2005, p.15), sobre a vingança privada e descentralização do poder punitivo:

O direito de vingança privada, escreve Adolfo Prins, é o direito penal dos povos que estão ainda no começo de sua organização e que carecem de um poder central, assaz forte para refrear os ímpetos do indivíduo, entregue a si mesmo. Desde então se limita a conter a violência pela violência.

Portanto, é possível visualizar um sistema inflexível, onde não há maleabilidade com o autor do delito, de forma que a pena não é dotada de caráter preventivo, ou seja, não se está preocupado em diminuir a criminalidade, evitar a

reincidência do agente ou em até mesmo reinseri-lo em sociedade, e sim, em castigá-lo, nada trazendo de benéfico no sentido social.

Ou seja, trata-se de um sistema falido, com chances inexistentes de sucesso na sociedade em que vivemos atualmente. Demonstrando apenas uma sociedade com “carecimento de poder centralizado”. Porém, de suma importância para o desenvolvimento do instituto pena, conforme novamente Antônio Maria Iserhard nos traz (2005, p. 30), “constatamos, portanto, que o instituto do talião colaborou na formação do direito penal dos povos orientais, caracterizando-se como um embrião do instituto pena, confundindo-se com essa, na origem do direito escrito dos povos”.

2.2 Lei e religião

Também é de nosso conhecimento que diversos povos relacionaram intimamente suas leis com suas crenças religiosas. Justificavam com base em um ser superior, e em muitas dessas crenças, a legislação estava de certa forma “embutida” nas escrituras divinas.

Antônio Maria Iserhard (2005, p. 16) afirma que antigamente “havia, pois, uma correspondência entre a lei e a religião. A religião era, enfim, a única lei conhecida”.

Desta forma, o sistema legislativo que vigorava era pautado nas leis divinas, misturando religião e leis.

É certo que, a religião teve grande importância para a criação e desenvolvimento do direito penal, que no decorrer do tempo foi criando sua própria autonomia e se desvinculando da religião, apesar de, até os dias atuais, ela ditar as leis em certos países do Oriente Médio. Ainda que seja um sistema inviável para um país democrático como o Brasil.

A respeito disso, disserta Antônio Maria Iserhard (2005, p. 19):

Temos, pois que a religião foi a matriz da penalidade. E sendo a religião comum a qualquer grupo social, portanto, pública, os crimes praticados eram considerados atentados contra divindade, cuja ira devia ser aplacada pelos demais integrantes do grupo social, através da infligência do castigo ao

causador do atentado à ordem sagrada estabelecida, sob o fundado temor de que o sobrenatural fizesse recair a punição sobre toda coletividade.

Desrespeitar as leis divinas acarretava uma espécie de “sanção”, um castigo divino, que de certa forma representaria a insatisfação de divindades a respeito do comportamento do agente.

A sanção utilizada naquela época era o suplício, pena corporal extremamente cruel, que tentava ponderar a gravidade do delito cometido com o sofrimento proporcionado através da punição gerada.

Também não havia garantias que hoje em dia são essenciais, como o contraditório, ampla defesa, entre outros, sendo que os magistrados eram dotados de grandes poderes. Neste sentido, traz Michel Foucault (1999, p.32):

Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam pronta, sob a forma de peças e de relatórios escritos; para eles, esses documentos sozinhos comprovavam; só encontravam o acusado uma vez para interrogá-lo antes de dar a sentença. A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo.

Como se pode notar no fragmento acima, ainda se faltava muito para se chegar a um direito considerado “justo”, onde houvesse uma tramitação processual que desse chance de defesa ao réu, e que não prejudicasse de forma tão gravosa sua intensidade física, tendo como justificativa da centralização do poder em mãos do rei devido suposta “força soberana”.

2.3 Lei das XII tábuas

Foi criada provavelmente em 451 e 450 a. C., vigorava aos cidadãos romanos.

A denominada “Lei das XII tábuas” também demonstrou um significativo avanço em relação ao direito, resultando em maior formalidade, advindo

de um instrumento físico e escrito que trazia em seu corpo o ordenamento jurídico. Um avanço em relação ao direito consuetudinário vivido, sem mais formalidades.

Neste sentido, trata Antônio Maria Iserhard (2005, p. 31):

O inciso II da Lei das XII Tábuas contempla o talião nos precisos termos de que fala Montesquieu, ao preceituar que: “Contra aquele que destruiu o membro de outrem e não transigiu com o multilado, seja aplicada a pena de talião”.

Verificamos, pois que o talião constituiu o início da penalidade na origem do direito escrito dos povos, sempre impregnado da marca da religiosidade. O talionato, portanto, foi adotado por povos que já conheciam a escrita, ou seja, povos que já se encontravam num certo estágio da civilização.

Desta forma, a Lei das XXII Tábuas foi advinda de uma população mais civilizada, que se preocupou em transcrever as leis, não sendo meras leis resultantes de costumes, como anteriormente. Porém, ainda sim, muito se deixava a desejar.

Elder Lisbôa Ferreira da Costa (2009, p. 57) ainda entende que a Lei das XXII Tábuas não seria uma lei propriamente dita, mas apenas “regras” a serem seguidas para reduzir o conflito gerado pelo convívio em sociedade.

Esta lei não é um código na verdadeira acepção da palavra, nem mesmo um conjunto de leis, mas é uma redução aos costumes como forma de conter a conflituosidade e pelo menos diminuir as diferenças de julgamentos para casos análogos. Segundo Gilissen, os principais vetores do que continha a Lei das XII Tábuas era: a solidariedade familiar é abolida, todavia é mantida a autoridade quase que ilimitada do chefe de família; a igualdade jurídica é mantida teoricamente; são proibidas guerras privadas e instituído o processo penal.

Ainda que não reconhecida como lei, deve ser considerado seu significativo avanço ante a evolução do direito na sociedade em que foi criada.

2.4 Código de Hamurabi

Trata-se de uma espécie de lei que vigorou na Mesopotâmia.

Da mesma maneira que a Lei das XXII Tábuas, o Código de Hamurabi se mostrou evoluído ao trazer uma legislação escrita, porém mostrou avanço no que

concerne aos assuntos tratados. Para o direito daquele período, demonstrou-se avançado ao tratar de diversos assuntos do cotidiano e tentar trazer uma ideia de isonomia.

A respeito desta situação, afirma Antônio Maria Iserhard (2005, p. 28) que “a obra de Hammurabi, pode, então, ser vista como uma tentativa de criação de uma ordem jurídica ou, com queiram, de um estado de direito”.

Surgiu, no Código de Hamurabi, a composição, que podia ser realizada quando havia a violação de direitos de um cidadão por outro da mesma camada social, onde a pena poderia ser cumprida por meio de composição de conflitos, e não por meio de castigos físicos ou privando algum direito.

2.5 Jus puniendi como titularidade do Estado

Com a evolução da sociedade, o direito de punir foi transferido ao Estado, sendo o Governo o único habilitado a exercê-lo. A evolução da sociedade se demonstra de acordo com a centralização desse poder, que ao pertencer ao Estado, deixa de lado o caráter vingativo da pena, e passa a ser tratado focado para outras questões relevantes, bem como para prevenção de novos crimes e para proteger a sociedade de violências.

Porém, levou bastante tempo para que o conceito de justiça se tornasse no que ele é atualmente, fora uma longa trajetória, com diversas fases aplicadas.

Entende Antônio Maria Iserhard (2005, p. 103):

Como vimos, primeiramente quem julgava os conflitos sociais era o curandeiro, forma embrionária do chefe de Estado e do próprio juiz. O permanente estado de beligerância em que se encontravam os homens, anteriormente o Estado politicamente organizado e a ausência de um poder comum capaz de fazer respeitar as leis, autorizava a própria sociedade, a cada um de seus membros, representada pelo chefe religioso, a aflição da vindita sobre todo aquele causador da ruptura da origem vigente, a qual consistia na transgressão da regra sacral, visto que a religião era o único direito conhecido. Portanto, podemos dizer que a formação da justiça criminal é coisa recente e que o poder de julgar já teve o seu exercício atribuído a sacerdotes e reis.

A pena também passou por um processo evolutivo, deixando de ser aplicada por meio de castigos físicos, e se tornando, de certa forma, “menos cruel” e mais social, após diversas atrocidades acontecidas ao longo da história.

A crueldade das penas foi intensamente criticada por Beccaria (1999, p. 139), que criticou sua desproporcionalidade e aplicabilidade:

De tudo quanto se viu até agora poderá extrair-se um teorema geral muito útil, mas pouco de acordo com o uso, legislador, por excelência, das nações, ou seja: para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei.

Ocorreu, portanto, a “humanização” da pena, modificando seu perfil inquisitorial, proporcionando ao agente a correlação do direito violado com a proporcionalidade da sanção a ser aplicada.

O direito moderno prioriza e protege os direitos relacionados à pessoa humana, e, partindo deste princípio, outros diversos direitos são tutelados. No direito penal atual brasileiro protege-se uma gama de direitos que até então pouco importavam. Bem como, o direito penal seria o último recurso a ser adotado, seria uma situação extrema onde se necessita da intervenção do Estado.

As penas aplicadas pelo direito atual têm o propósito de reprovar e prevenir o crime, conforme traz o Código Penal em seu art. 59, “caput”:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Não há mais a ideia da pena ser aplicada apenas como um castigo, e sim como uma maneira de ressocializar o agente à sociedade. Por este motivo é que há o propósito de reprovar e prevenir o crime.

Na reprovação é onde reside o caráter retributivo, em que o agente é privado de sua liberdade como forma de “pagar” pelo ato ilícito que cometeu. Já o preventivo pode ocorrer de forma geral ou especial, podendo ser negativo ou positivo. A prevenção negativa é realizada no sentido de intimidar as demais pessoas, para que elas revejam as consequências antes de praticar qualquer delito.

Em contrapartida, a prevenção positiva ocorre de maneira a inserir valores na sociedade, onde o indivíduo não deixa de praticar o delito por medo da represália, e sim por achar tal conduta reprovável por motivos de ética e moral.

A estruturação legislativa feita através do Estado é a forma mais eficiente para que a prevenção da prática de crimes. Tais leis devem ser vistas como uma forma de proteção ao direito coletivo e humano da sociedade, devendo ser defendidas e admiradas, não devendo haver grupos dispostos a destruí-las. A respeito disso, Cesare Beccaria (1999, p. 129) traz:

Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se condense em defendê-las e nenhuma parte da nação seja empregada em destruí-las. Fazei com que as leis favoreçam menos as classes dos homens do que os próprios homens. Fazei com que os homens as temam, e temam apenas a elas.

O Estado tem o dever, através do direito, de tentar equilibrar o tratamento humano e igualitário, e no mesmo plano, proteger os cidadãos da violência.

3 LEIS PENAIS

As leis penais são os instrumentos pelos quais o direito penal, por meio do jus puniendi, pertencente unicamente ao Estado, cria e delimita o conjunto de regras a serem seguidas por todos os cidadãos, e, não sendo cumpridas, são punidas por meio de penas, que existem em suas diversas modalidades, sendo a pena privativa de liberdade, a mais grave de todas, que deve ser aplicada somente em último recurso.

É do entendimento de Cezar Roberto Bitencourt (1999, p. 03):

Recomenda-se que as penas privativas de liberdade limitem-se às condenações de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação. Não mais se justificam as expectativas da sanção criminal. Caminha-se, portanto, em busca de *alternativas* para a privativa de liberdade.

Desta forma, a pena privativa de liberdade só deverá ser aplicada na prática de crimes considerados de “maior gravidade”, bem como aos criminosos que apresentam maior dificuldade de recuperação, como é o caso dos réus reincidentes, o que de fato, justifica a perceptível diferença entre o tratamento do réu primário e o reincidente pela legislação penal nacional.

No que diz respeito aos outros tipos de delito, com o decorrer do tempo, o legislador notou que os crimes de baixa ou média potencialidade lesiva não apresentavam uma resposta proporcional à sanção, que esta não “valia a pena” ser aplicada, a não ser para lotar estabelecimentos prisionais, bem como dificultar a máquina estatal no que diz respeito ao grande número de processos no Poder Judiciário, mais prejudicando a sociedade do que beneficiando.

Dado isto, houve forte tendência à aplicação de penas alternativas ou até mesmo benefícios que isentassem o agente da sanção penal, ou no mínimo mitigasse.

Logo abaixo, trataremos de alguns benefícios processuais, bem como institutos benéficos ao réu dentro da própria execução da pena, após a fase processual, e, por último, da prisão preventiva, questões que de certa maneira beneficiam o réu e mitigam a pena ou extinguem a punibilidade nos fatos em questão.

3.1 Benefícios processuais

O ordenamento jurídico brasileiro traz, em diversas oportunidades, alguns institutos que beneficiam o réu ou investigado. Tais benefícios têm o propósito de evitar uma ação penal que não tem tanto impacto pelo ponto de vista penal, havendo economia por parte do Estado, e vêm por “abrandar” a pena que este foi condenado ou porventura poderia vir a ser condenado.

A seguir, trataremos de alguns exemplos de benefícios processuais penais, sendo eles: a transação penal, a suspensão condicional do processo e a renúncia.

3.1.1 Transação penal

A transação penal é um benefício trazido pela Lei nº 9.099/95, tratando-se de um instituto despenalizador, onde há a possibilidade de o Ministério Público realizar um acordo com o autor do fato em vez de se denunciá-lo, ao se tratar dos crimes de menor potencial ofensivo, sendo aqueles cuja pena máxima não seja superior a dois anos e contravenções penais.

Desta forma, o legislador deu a opção ao investigado em optar pelo cumprimento da transação penal, sendo esta consistente em aplicação de pena restritiva de direitos ou multa.

A transação penal pode ser realizada durante a audiência preliminar, a respeito desta, traz o artigo 72, da Lei n.º 9.099/95:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata da pena não privativa de liberdade.

O investigado pode recusar a proposta oferecida pelo Promotor de Justiça, podendo aceitar caso estejam presentes os requisitos legais para que faça jus a tal benefício. A transação penal é considerada um direito constitucional subjetivo, caso o autor dos fatos preencha tais requisitos, que são trazidos no artigo 76, parágrafo 2º, incisos I a III da Lei nº 9.099/95. São eles:

1) Não ter o autor condenação anterior definitiva pela prática de crime, por pena privativa de liberdade (inciso I). Ou seja, não se considera contravenções penais ou penas diversas da privativa de liberdade como impedimento ao recebimento de tal benefício;

2) Não ter o autor do fato sido beneficiado nos últimos cinco anos com a transação penal (inciso II).

3) Antecedentes, personalidades, motivos, circunstâncias do delito.

Na transação penal, o autor do delito vê uma oportunidade de não se ver processado, já que não há a certeza da condenação ou da absolvição. Ao contrário, a transação é certa, oferecendo a “segurança” de que ele não será condenado. Em relação a isso, traz Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 235):

Tanto o Ministério Público como o acusado cedem. O primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução penal, o segundo sobre uma parcela dos seus direitos e garantias. O primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução penal, o segundo sobre uma parcela dos seus direitos e garantias. O primeiro, em tese, poderia levar a ação penal adiante, visando atender à expectativa repressiva clássica do Estado. Ao segundo interessaria, no final dessa atividade persecutória, uma eventual absolvição. A incerteza sobre o resultado do processo, no entanto, pode estimular ambas as partes a composição, suspendendo-se seu prosseguimento.

Importante também ressaltar, que ao aceitar a proposta de transação, não há a correlação da aceitação com a confissão da prática do delito. Aceitá-la, não quer significa que o investigado realmente praticou o delito, até porque, temos como um dos mais relevantes princípios penais, o princípio da não culpabilidade, ou presunção da inocência.

Neste mesmo raciocínio, não gera também maus antecedentes ou reincidência, visto que nem ao menos gera culpa, visto que a transação penal, bem como a Suspensão Condicional do Processo não são penas, mas sim “condições substitutivas do processo”, pois seu descumprimento não permite que haja a execução, apenas a denúncia em face daquele que a descumpriu, conforme entende René Ariel Dotti (1999, p. 90):

Em meu entendimento, as alternativas propostas pelo Ministério Público ao autor do fato visando prevenir a abertura da ação penal devem ser reconhecidas como *condições substitutivas do processo* e não como penas propriamente ditas, máxime porque o descumprimento de qualquer uma delas não permite a execução. Esse fato impõe o oferecimento da denúncia conforme a orientação pacífica dos Juizados Especiais Criminais.

O único efeito da transação penal é o impedimento de nova transação pelo autor do fato no período de cinco anos (art. 76, §6º da Lei 9.099/95).

Ao cumprir a medida, o autor tem sua punibilidade extinta, conforme traz o artigo 84 da Lei. Já o descumprimento enseja a retomada do Termo Circunstanciado e abertura de vista ao Ministério Público, para oferecimento de denúncia.

Porém, este benefício não se estende à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), o legislador vedou a aplicabilidade da transação penal nos crimes ligados à violência doméstica, independentemente da pena cominada.

Tal medida tem em vista dar maior proteção à parte considerada mais “frágil”, e mais rigor em relação ao agressor, sendo tirados de alcance os institutos que de certa forma beneficiam o réu.

A Lei Maria da Penha afasta a concessão de tal benefício através de seu artigo 41, não sendo possível a aplicação da transação penal, bem como da composição de danos e suspensão condicional do processo. Pois, a violência contra a mulher no âmbito doméstico, não é visualizada como um crime de menor potencial ofensivo, devendo ser vista com maior gravidade.

O rito sumaríssimo é afastado, inclusive, em relação às contravenções penais, que seguem pelo rito sumário.

Neste sentido, afirma Maria Berenice Dias (2013, p.104):

Assim, em boa hora, a Lei Maria da Penha expressamente afastou a incidência da Lei dos Juizados Especiais (art. 41) nos delitos domésticos, uma vez que se trata de delitos de maior potencial ofensivo. A lesão corporal desencadeia ação penal pública incondicionada, não havendo espaço para acordo, renúncia à representação, transação, composição de danos ou suspensão do processo.

O Supremo Tribunal Federal já discutiu a respeito da constitucionalidade do artigo 41 da Lei n.º 11.340/06, por meio do HC 106212, o qual foi julgado constitucional, tendo em vista ter sido considerado como mecanismo utilizado para coibir a criminalidade no âmbito doméstico. O referido Habeas Corpus foi negado por unanimidade de votos.

No mesmo intuito que a Lei Maria da Penha veda a utilização deste benefício, no sentido de aplicar o princípio da isonomia, protegendo aqueles que se encontrar em uma posição “inferior”, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) também veda a aplicação da transação penal.

O STF decidiu que, ainda que os crimes praticados com o idoso cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos são de competência do Juizado Especial Criminal, não se aplica a transação penal ou a conciliação, pois, os crimes dessa natureza apenas tramitam pelo rito sumaríssimo devido à celeridade que ele proporciona, não tendo relação com os institutos despenalizadores.

Essa inaplicabilidade foi decidida por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adi 3096) ajuizada pelo procurador-geral da República contra o artigo 94 do Estatuto do Idoso.

3.1.2 Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo é outro instituto também trazido pela Lei n.º 9.099/95, que alcança não apenas os crimes de menor potencial ofensivo, mas todos os crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, em que o Ministério Público propõe no momento em que oferece a denúncia, seguidos dos seguintes requisitos: 1) pena mínima inferior ou igual a um ano; 2) o acusado não pode estar sendo processado por outro crime; 3) o acusado não pode trazer condenações anteriores definitivas; 4) apresentar comportamento positivo a respeito da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos,

desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

§1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – proibição de frequentar determinados lugares;

III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Segundo conceitua Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 234), a suspensão condicional do processo “é a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante determinado período de prova”.

O Ministério Público tem a opção de não processar o acusado, e obter uma espécie de “acordo”, cumpridas as exigências legais. Ocorre a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, pois há a opção ao membro do Ministério Público em não processar o réu.

Da mesma maneira que ocorre com a transação penal, a suspensão condicional do processo evita o risco de que o réu venha a ser condenado pelo sistema clássico repressivo. E, importante lembrar que na SCP o denunciado também não é considerado culpado quando aceita a proposta. Ou seja, é apenas um meio de facilitação, de benefício, não seria uma espécie de recompensa por confissão.

A SCP deve ser aceita por ambas as partes: tanto pelo Ministério Público, ao propor a suspensão, quanto pelo acusado e seu respectivo defensor, ao aceitar suas condições.

Se, ao final do prazo, que pode ser durar de dois a quatro anos, a suspensão condicional do processo não tiver sido revogada por algum descumprimento ou prorrogada, é declarada extinta a punibilidade do autor do fato.

Caso o autor do fato preencha os requisitos legais necessários para fazer jus à SCP, o Promotor de Justiça é obrigado a realizar a proposta, caso contrário, o Juiz poderá remeter esta questão ao Procurador-Geral, como já dispôs o Supremo, através da Súmula 696:

Súmula 696, STF: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Importante ressaltar também que a suspensão condicional não do processo é causa de suspensão do prazo prescricional, ou seja, enquanto estiver valendo, não se pode contar o tempo que passou para fins de prescrição.

Porém, a suspensão condicional do processo não pode ser confundida com a suspensão do processo, pois trata-se de dois institutos completamente diferentes. Enquanto a suspensão condicional do processo necessita dos preenchimentos dos requisitos constantes no art. 89 da Lei, somente se aplicando a crimes com a pena mínima prevista menor ou igual a um ano, enquanto a suspensão do processo pode ser aplicada a qualquer crime, bastando que o réu seja citado por edital e não compareça ou constitua um defensor.

Ou seja, a suspensão condicional do processo, ou SCP, seria uma forma de beneficiar o acusado, que poderia sofrer uma pena mais grave. A respeito das vantagens trazidas pela criação deste instituto, doutrina Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 244):

Essa desburocratização já descongestionou e agilizou a Justiça criminal. Será possível agora alcançar melhores níveis de otimização na sua capacidade operacional. Há mais tempo para se cuidar das infrações graves. Pode-se evitar algumas prisões, principalmente cautelares, o que é muito bem vindo diante da caótica situação penitenciária nacional. A suspensão favorece claramente a ressocialização do acusado, principalmente porque ele acaba por reconhecer “sua” vítima. Evita-se, ademais, o contato criminógeno dos presídios.

Assim como em relação à transação penal, a Lei Maria da Penha também vedou a aplicabilidade da Suspensão Condicional do Processo nos crimes

praticados no âmbito doméstico, tendo em vista a necessidade de serem tratados como crime de maior potencial ofensivo, não tendo como propósito beneficiar o agressor.

Assim como a transação penal, o Estatuto do Idoso não permite que ocorra a SCP nos crimes praticados contra o idoso, já que o sursis processual também foi conferido por meio da Lei n.º 9.099/95.

3.1.3 Renúncia

Nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, há a necessidade da representação da vítima para prosseguimento na ação penal. Desta forma, a renúncia ao direito de representar por parte do ofendido impede o prosseguimento da ação penal, não sendo processado pelo delito em questão.

A renúncia é um ato unilateral, e é certo que beneficia o suposto autor do fato.

Ela pode ocorrer tanto de maneira expressa como tacitamente.

Porém, a renúncia também é vedada pela Lei Maria da Penha nos crimes ocorridos em âmbito doméstico, ante a proteção da vítima. Neste sentido, quanto a renúncia nos crimes abrangidos pela Lei n.º 11.340/06, entende Maria Berenice Dias (2013, p. 191):

Ainda que não exista interesse da vítima em processar o seu agressor, quando se tratar de delito que desencadeia ação pública incondicionada, a retratação não enseja o arquivamento do inquérito policial. Cabe ao Ministério Público oferecer a denúncia.

Pelo fato da vítima de violência no âmbito doméstico merecer maior proteção, o legislador determinou que a mera renúncia da vítima não basta para o arquivamento do inquérito policial.

3.2 Execução penal

A execução penal é instruída pela Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal, e lida com o curso da aplicação da pena imposta na sentença condenatória transitada em julgado. No decorrer da aplicação dessa pena, podem incidir diversos benefícios que beneficiam o réu, entre eles, citaremos brevemente o indulto e a progressão de regime da pena aplicada.

3.2.1 Indultos

É um benefício que emana do poder soberano do Estado, consistente em causa de extinção de punibilidade, de acordo com o artigo 107 do Código Penal, em seu inciso II, podendo ser indulto individual ou coletivo, tratando-se da graça quando for individual e após solicitação e, indulto quando for concedido de ofício a um grupo de determinadas pessoas.

Segundo Renato Marcão (2012, p. 351):

Como emanção da soberania do Estado, o indulto revela-se verdadeiro ato de clemência do Poder Público, consistindo em benefício concedido privativamente pelo Presidente da República, que, a teor do disposto no art. 84, XII, parágrafo único, da Constituição Federal, poderá delegar tal atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

O indulto individual é a conhecida “Graça”, que pode ocorrer tanto de forma total, como de forma parcial. Neste segundo caso, a pena não é extinta, apenas reduzida ou mitigada, podendo ser convertida para outra modalidade de sanção.

Já o indulto coletivo não é provocado, é feito de maneira espontânea pelo Presidente da República, sendo estabelecidas diversas condições para o recebimento deste benefício e, aqueles sentenciados que as cumprirem são privilegiados.

Também pode ser condicional, onde há condições que necessitam ser cumpridas para que o indulto seja concedido, bem como também necessita da aceitação do sentenciado, e incondicional, não necessitando qualquer cumprimento de condições como requisito para que seja concedido.

Normalmente, no Brasil, o indulto é concedido no final do ano, geralmente no Natal ou Ano Novo.

Quando não há a extinção da pena em sua integralidade pelo indulto, ocorre a comutação da pena, se tratando de mera redução na pena imposta, sem, contanto, extinguir a punibilidade do agente.

3.2.2 Progressão de regime

Novamente, dentro do próprio processo de execução da pena privativa de liberdade há a possibilidade da progressão de regime em que o sentenciado se encontra recolhido.

O Juiz da Execução poderá determinar pela regressão do sentenciado a regime menos rigoroso, nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, após cumprir ao menos um sexto da pena no regime anterior, bem como apresentar bom comportamento.

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, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

Importante ressaltar, conforme traz o artigo acima transcrito, é necessário que haja manifestação do Ministério Público a respeito da progressão de regime pretendida, seguida da manifestação do defensor do sentenciado.

Ambos os requisitos para fins de progressão de regime devem estar presentes, porém, no caso dos crimes hediondos, a fração exigida sobe para o cumprimento mínimo de 2/5 tratando-se de réu primário e 3/5 para reincidente. (conforme alteração realizada em 2007, no artigo 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90).

É vedada a progressão por salto, sendo aquela onde não se progride para um regime intermediário antes que se passe para o mais leve, independentemente do tempo cumprido em regime mais rigoroso.

No caso de cometimento de falta grave, o entendimento majoritário adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, é da interrupção da contagem do lapso temporal para o fim de progressão de regime, em que todo tempo contado antes do cometimento da falta grave não tem utilidade para fins de progressão de regime. Neste mesmo contexto, Renato Marcão (2012, p. 168) traz em sua obra:

A prática de falta grave revela absoluta ausência de mérito e interrompe o lapso temporal para a progressão de regime prisional, afetando o requisito objetivo.

Cometida a falta grave pelo condenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, inicia-se a partir de tal data a nova contagem da fração da pena exigida como requisito objetivo da progressão.

A compreensão de tal conclusão vem bem elucidada no v. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de que foi relator o eminente Desembargador BITTENCORT RODRIGUES, onde restou consignado: “Se o condenado, que praticar falta grave, estiver no regime fechado, não se podendo fazê-lo regredir para o regime mais severo, inexistente, sujeitar-se-á ao efeito secundário da regressão, ou seja, à interrupção do tempo, para efeito de progressão, devendo cumprir mais um sexto do restante da pena a partir da falta grave, para obtê-la”.

Esta foi à maneira que o direito nacional achou de privilegiar o condenado que apresenta bom comportamento no decorrer do cumprimento da sentença e “punir” aquele que não cumpre o propósito de ressocialização existente na sanção penal.

Desta forma, ao progredir de regime, o sentenciado é beneficiado com um cumprimento de pena mais brando, e a contagem para a progressão do regime intermediário ao mais leve se inicia do tempo restante para cumprimento.

3.3 Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, ou seja, ocorre antes do trânsito em julgado da sentença, mediante a demonstração dos interesses sociais de segurança e preenchimentos dos requisitos legais para tanto,

fundamentada pela necessidade e fundamentação. Está prevista no Código Processual Penal, nos artigos 311 e seguintes.

Conforme dispõe o artigo 311 do CPP, apenas podem requerer a prisão preventiva o Ministério Público, o querelante e o assistente de acusação, sendo que estes dois últimos só podem requerê-la após oferecer e ser recebida a queixa-crime ou após iniciada a ação penal pública, já o MP pode requerer no inquérito e durante a instrução.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

A prisão preventiva pode decorrer por meio de decreto, onde o agente se encontrava em liberdade e, em determinado momento, no curso do Inquérito Policial ou ação penal, sua prisão preventiva é decretada. Ela também pode decorrer da conversão da prisão em flagrante, e também pode substituir medidas cautelares impostas, quando estas são infringidas (artigo 282, parágrafo 4º, e artigo 312, “caput” e parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal).

Ao ser realizada a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou ao ser decretada a prisão preventiva do réu, há o prazo de 10 dias para conclusão do Inquérito Policial (art. 10, do Código de Processo Penal) e 30 dias nos casos de crimes por drogas, nos termos do artigo 51 da Lei nº 11.343/06, podendo ser prorrogável por igual prazo.

Para que seja determinada a prisão preventiva do autor, é necessária a coexistência de dois fatores: prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Além destes pressupostos legais, também é necessário que haja alguma das hipóteses autorizadoras desta modalidade de prisão, conforme constante no artigo 312, do Código de Processo Penal, sendo elas: garantia de ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assecuramento da aplicação da lei penal.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A prisão preventiva pode ser aplicada apenas nos casos de crimes dolosos, nas hipóteses legais trazidas pelo artigo 313 do Código de Processo Penal, não sendo cabível para crimes dolosos ou para contravenções penais.

Importante ressaltar também que o legislador, através do inciso III do artigo 313, autoriza a prisão preventiva para garantir a execução de medidas protetivas de urgência, caso o agente a descumpra enquanto tal medida estiver vigente. Essa proteção ocorre em relação a crimes praticados no âmbito doméstico ou familiar, contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

No que se trata à pena cumprida provisoriamente, o tempo em que o réu passa preso de forma provisória, é “descontado” quando passa a cumprir a pena definitiva, nos termos do artigo 42 do Código Penal.

Art. 42 – Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Ocorre a detração da pena privativa de liberdade.

3.4 Benefícios na Lei de Drogas

Na legislação esparsa também traz diversos outros tipos de benefícios ao réu, como o trazido pela Lei n.º 11.343/06.

A Lei de Drogas traz em seu art. 33, §4º, uma causa especial de diminuição de pena:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação

legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Basta preencher os requisitos legais para que o réu seja beneficiado com a redução de um sexto a dois terços em sua pena. Tal benefício tem como objetivo privilegiar o traficante de bons antecedentes. Sobre o propósito desta causa de diminuição de pena, traz Damásio de Jesus (2010, p. 143): “A lei pretendeu temperar os rigores da punição ao traficante primário, de bons antecedentes, que não tenha envolvimento habitual com o crime ou que não faça parte de associação criminosa”.

Porém, o que há de especial no traficante brasileiro para merecer tal benefício, que não existe em outros delitos? Ainda mais, porque ainda que haja tal redução, trata-se de crime equiparado a hediondo, sendo clara sua gravidade e seu alto potencial ofensivo, cuja vítima é a coletividade, e, como é de conhecimento geral, o tráfico de drogas é um dos grandes aliados da criminalidade que assombra a nação brasileira, grande contribuinte de um ciclo vicioso de violência, que se aproveita de parte da população viciada em entorpecentes, que, a todo custo, cometendo uma série de delitos, inclusive, passa até a cometer outros diversos delitos para sustento e acesso às drogas.

Ademais, acerca de sua natureza equiparada a de crime hediondo, ainda que com o benefício do §4º, existe o posicionamento da jurisprudência nesse sentido, é pacificada pela jurisprudência através da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça.

“Súmula 512, STJ – A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

Não há justificativa que torne razoável esse benefício trazido pela Lei n.º 11.343/06, visto que não há como associar a prática de um delito com tal grau de periculosidade associado a uma causa de diminuição nesse patamar sem qualquer argumento que faça jus ao criminoso.

Simplificando, seria como “oferecer privilégios a quem não faz jus”, levando se em conta os fatos e a gravidade, bem como risco, oferecidos em decorrência da prática destes.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal de inimigo é um ramo do funcionalismo radical, idealizado pelo professor Gunter Jakobs na década de 1990. Segundo ele, existem dois direitos penais, o do cidadão, um direito penal onde há todas as garantias, respeitando a legalidade estrita, com todos os direitos constitucionais assegurados; e o direito penal do inimigo, onde pode se punir apenas baseado em atos preparatórios, e são mitigadas as garantias processuais e constitucionais, já que o agente não seria merecedor de tais direitos, baseada na periculosidade do agente.

O inimigo seria o imputável perigoso, pois ele quer que o inimigo receba a pena em relação ao crime da mesma maneira de como é aplicada a medida de segurança, o agente deve ser tratado, pois a criminalidade seria vista como doença, não havendo prazo máximo para a medida de segurança. Jakobs diferencia os infratores entre pessoas comuns, cidadãos, cujos direitos devem ser mantidos, e o inimigo, aqueles que não fazem jus a direito algum.

Visando o bem da coletividade, o “inimigo” deverá ser abatido, a todo custo, ainda que se tratando de atos preparatórios.

Quando falamos de “inimigo”, não nos referimos ao mero infrator comum, e sim do “criminoso sem solução”. Nesse sentido, traz Rogério Greco (2014, p.23): “Há pessoas, segundo Jakobs, que decidiram se afastar, de modo duradouro, do Direito, a exemplo daqueles que pertencem a organizações criminosas e grupos terroristas”.

Ainda nessa ótica, segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2010, p.195/196), encaixam-se como inimigos as seguintes pessoas:

Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como ‘inimigos’, aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fiéis à norma. Assim, por não aceitarem ingressar no estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito de ‘pessoa’. Uma vez que não se amoldam em sujeitos processuais não fazem jus a um processo penal legal, mas sim, a um procedimento de guerra.

Também disserta Cancio Meliá (2006, p. 1031) a respeito:

El profesor Jakobs ha advertido que dentro del sistema social existen sujetos que representan *fuentes de peligro*. Asimismo, indica que em los casos de actuación del Derecho penal em situaciones previas se evidencia no sólo el adelantamiento del Derecho penal frente al injusto, sino “tal vez” uma desmedida intervención del Derecho penal.¹

Tal ponto de vista é deveras “radical”, porém, se analisarmos cuidadosamente, perceberemos que o ponto de vista de Jakobs não é totalmente descartável, muito se faz necessário em certos casos, a diferenciação devido as circunstâncias do crime e devido, principalmente, à autoria. Vejamos os casos de crimes cometidos por facções criminosas, o Estado não têm estrutura e, ainda, efetividade, para conter as infrações no âmbito do crime organizado, não havendo outra opção senão tratá-los diferenciadamente, assunto que trataremos posteriormente neste mesmo tópico.

O direito penal do inimigo visa não apenas punir os atos já cometidos pelo autor do delito, bem como de prevenir de forma mais severa, de maneira que assegure fatos futuros, tendo em vista que se trata de pessoa já perdida para a criminalidade. Essa forma de punição a qualidade de pessoa do criminoso, de forma que diversos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana são mitigados, já que estes são vistos como irrelevantes quanto à periculosidade que o agente oferece estando livre na sociedade.

Esta intensidade do direito não visa punir pelos fatos ocorridos, pelo crime praticado em si, mas sim punir o autor em si, por sua personalidade criminosa, por isso é conhecido como uma forma do chamado “direito penal do autor”, que contraria o tradicional direito penal.

O direito penal do inimigo seria apenas aplicado àquelas pessoas em que a punição costumeira não se aplicasse, não cumprisse seu propósito de prevenir e ressocializar o indivíduo. Nesse sentido, disserta Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2010, p. 174):

Quando o defeito volitivo se acentuar de forma costumaz e reiterada, ou mais precisamente, quando o indivíduo, tido até então como ‘pessoa’, demonstrar cognitivamente que não está disposto a respeitar as normas, o funcionalismo sistêmico de Jakobs e sua prevenção geral integradora – retratados em seu ‘Direito Penal do Cidadão’ – darão lugar, como já vem

¹ O professor Jakobs tem advertido que dentro do sistema social existem sujeitos que representam *fontes de perigo*. Além disso, indica que os casos de atuação do Direito penal em situações anteriores se evidenciam não só no avanço do Direito penal contra o injusto, mas “talvez” uma intervenção desmedida do Direito penal (tradução livre).

ocorrendo, a um modelo diverso de Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'.

Como pode se notar no parágrafo acima descrito, o agente submetido à disciplina do Direito Penal do Inimigo não é mais visto como pessoa, perde sua característica de ser humano e cidadão por não conseguir mais se comporta em meio a seus semelhantes.

4.1 Velocidades do direito penal

Ainda nessa ótica, o direito se apresenta em diversas intensidades, conhecidas como “velocidades”, havendo três no total. Sendo certo que a primeira velocidade se refere ao direito mais “tradicional” ou “clássico”, que tornou a prisão privativa de liberdade algo a ser visto em último plano, porém trabalha com a imposição desse tipo de pena, garantidos os direitos individuais, bem como as garantias processuais.

Temos também a segunda, o direito “alternativo”, onde se encontram inseridos os chamados “benefícios processuais”, que foram trazidos ao longo do tempo e com criações de leis, não tendo a finalidade de aplicar a pena privativa de liberdade, havendo flexibilização dos direitos individuais e garantias processuais.

E, finalmente, a terceira velocidade, onde se encontra o direito penal do inimigo, uma espécie de sintetização das duas velocidades anteriores. Esta última velocidade seria aplicada excepcionalmente, pois trabalha com a pena privativa de liberdade, conforme a primeira velocidade e com flexibilização dos direitos individuais fundamentais como a segunda. De forma mais clara, e com as palavras de Rogério Greco (2014, p.24), discorre ele a respeito:

A primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais. Numa segunda velocidade, temos o Direito Penal à aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade, de acordo com o art. 62 da Lei nº 9.099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não importem na privação da liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Nessa segunda velocidade do

Direito Penal poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal.

(...)

Embora ainda com certa resistência, tem-se procurado entender o Direito Penal do Inimigo como uma terceira velocidade. Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

Recentemente tem-se comentado a respeito de uma possível quarta velocidade, em que o direito penal seria aplicado de acordo com o cargo exercido pelo agente, que segundo Rogério Greco (2014, p. 29):

De qualquer forma, tem-se aludido a essa quarta velocidade como as hipóteses em que os chefes de Estado, que praticam crimes contra a humanidade, são julgados pelo Tribunal Internacional, cujos direitos e garantias individuais são minimizados com a aprovação da opinião pública, que enxerga nesses crimes atos de barbárie, dando ensejo à reprovação da comunidade internacional.

Ou seja, essa quarta velocidade seria direcionada especialmente para ser aplicada aos chefes de Estado devido a proporção que os crimes praticados por eles pode tomar, bem como a repercussão que gera internacionalmente, sendo julgado por um Tribunal âmbito internacional.

4.2 Intervenção do direito penal do inimigo no direito penal atual

Na atualidade, o Direito Penal do Inimigo não é diretamente aplicado de forma direta e pura como idealizado por Jakobs, mas é disciplinado da maneira mais “humanizadora” possível, reguardando os direitos fundamentais do cidadão.

Se observarmos, conseguimos notar algumas características no direito penal atual que podem ser apontadas como integrantes do “Direito Penal do Inimigo”, tratando-se de medidas necessárias para manter a ordem na sociedade. Segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2010, p. 196), tais características correspondem a:

Para enfrentarmos os ‘inimigos’, as sociedades modernas têm recorrido a regulamentações jurídicas de características tais que permitiriam identificá-las facilmente como típicas de um ‘Direito Penal do Inimigo’. Seriam elas:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de 'leis de luta ou de combate';
- d) restrição de garantias penais e processuais e
- e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

Como é possível notar, o Direito Penal do Inimigo não está distante e segregado do direito moderno como parece estar diante da filosofia bruta de Jakobs. É possível notar diversas medidas que se tornaram necessárias para o combate de crimes específicos em determinados casos.

Seja com a punição de atos preparatórios, caso de grande relevância no caso dos crimes organizados, visto que, a regra penal é a não punição de meros atos preparatórios, ocorre que, nas grandes facções criminosas, se torna necessário esse tipo de antecipação da punibilidade, independentemente se o resultado é obtido ou não, pois a existência de tais organizações, por si só, já é uma ameaça e dano a toda coletividade, devendo ser prevenido qualquer ação que ameace os cidadãos.

Segundo Cancio Meliá, o crime organizado nunca havia sido notado como uma ameaça para a segurança pública, que atualmente estão aproveitando para se expandirem, e, quanto aos crimes de menor gravidade, estes têm apresentado níveis superiores ao habitual (2006, p. 852):

Con respecto al Derecho penal del enemigo relativo a la lucha contra la criminalidad organiza podemos decir también que nunca como ahora esta forma de criminalidad habia sido percibida como una amenaza para la seguridad pública – por los delitos violentos asociados a ella- y, sobre todo, para el buen funcionamiento de los sistemas económicos em unos tiempos em que ha sabido aprovechar las ventajas de la globalización económica para expandirse e internacionalizase. Con respecto a la criminalidad habitual de poca gravedad, es discutible como veremos que presente unos niveles superiores a lo habitual, pero lo que es indudable es que el desarrollo mediático y el tratamiento de la información en las sociedades actuales han contribuído a que sea percibida en determinados contextos como alarmante.²

² No que diz respeito ao Direito penal do inimigo relativo à luta contra o crime organizado, podemos dizer que nunca antes essa forma de criminalidade havia sido percebida como uma ameaça à segurança pública – pelos delitos violentos associados a ela – e, acima de tudo, para o bom funcionamento dos sistemas econômicos em um tempo em que se sabe tirar proveito da globalização econômica para se expandir e se internacionalizar. No que se trata do crime comum de pouca gravidade, é discutível que vemos presentes alguns níveis superiores ao habitual, porém não há dúvidas que o desenvolvimento e gestão de informações de mídia nas sociedades atuais têm contribuído para que seja percebida em alguns contextos como alarmante (tradução livre).

A respeito das penas, estas devem ser mais rígidas, novamente levando-se em conta o perigo corrido pela população. Tem-se em mente que, ao se punir mais rigidamente um delinquente o qual faz parte de uma facção, ele irá sentir mais o “peso” do direito penal, de forma a gerar consequências positivas.

O tratamento a esses “Inimigos” também é notado através de crimes tipificados especificamente nesse sentido, tendo como autores apenas esses criminosos “desumanizados”, cujas garantias também são restringidas, ainda que de maneira mais sutil do que a pregada por Jakobs.

Por fim, importante trazer a este tópico o posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt (2008, p.539), que defende que os autores de alguns crimes estabelecidos em leis especiais também são tidos como “inimigos”:

No direito brasileiro são muitos os exemplos de tratamento diferenciado (sem justo motivo). Os autores de crimes hediondos, por exemplo (Lei 8.072/1990;0, não podem ter indulto individual ou coletivo, não podem ter liberdade provisória sem fiança etc. São tratados como *inimigos*. Os condenados por crime organizado não podem apelar em liberdade (Lei 9.034/1995), nem contam com direito de liberdade provisória, quando tenham tido intensa participação no delito. Também são *inimigos*.

4.3 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

O Regime Disciplinar Diferenciado foi inserido relativamente há não muito tempo na legislação nacional, entrando em vigor através da Lei n.º 10.792/03, após diversos atentados realizados pelo crime organizado, juntamente com várias rebeliões no Estado de São Paulo, onde fora estabelecido pela Resolução SAP-26, de 04 de maio de 2001, sendo amparado legalmente no ano de 2003.

Acerca do direito processual do inimigo e execução penal do inimigo, há grande controvérsia com o surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), regime este mencionado anteriormente, trazido no art. 52 da LEP.

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 da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – recolhimento em cela individual;

III – visitas semanais de duas pessoas, sem conta as crianças, com duração de duas horas;

IV – o preso terá direito à saída da cela por duas 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 Está igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual caíam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A inserção deste regime em nosso ordenamento ainda é objeto de diversas discussões, que trataremos no tópico seguinte.

Surgiu no diante ao elevadíssimo índice de criminalidade e violência presente na sociedade, como forma de contê-los, mesmo durante a execução da pena, tendo em vista que os estabelecimentos prisionais perderam seu caráter punitivo e social, visando reinserir o delinquente na sociedade, e começaram a se tornar verdadeiras “escolas do crime”, de onde organizações criminosas enviam ordens em grande escala, e comandam a prática de delitos diretamente da cadeia, desfigurando o propósito originário de tais locais.

Neste prisma, Paulo César Busato, em seu artigo “Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal de Inimigo” traz como causa do surgimento do RDD o seguinte:

As origens desta Lei podem ser perfeitamente detectadas. Há um estado de medo permanente na sociedade brasileira, provocado pela existência de alarmantes índices de criminalidade que, além do mais, tem invadido as cadeias e subvertido o próprio sistema de execuções penais, convertendo os próprios estabelecimentos prisionais em pontos de referência das organizações criminosas, de onde partem ordens e diretrizes para a realização de certas ações delitivas.

Não se trata de um regime de cumprimento de pena, como os regimes fechado, semiaberto e aberto, mas sim como uma forma de aplicar, ou seja, disciplinar o regime de cumprimento de pena.

Importante é ressaltar que o RDD, apesar de ser considerado como advindo do direito penal do inimigo, é aplicado de maneira efetiva para conter o crime organizado, de forma a obter melhores resultados que o direito penal

tradicional, apesar de, na fase de execução penal, as características do autor do fato influenciarem na modalidade de punição, o que supostamente não deve ocorrer no direito penal de primeira velocidade.

A respeito da eficácia da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, são claras as palavras trazidas por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2010, p. 271):

No que pesem as críticas, ao que parecem a necessidade de enfrentamento da criminalidade organizada vem ganhando a batalha, institucionalizando alterações radicais no sistema processual clássico, como a limitação do princípio *in dubio pro reo*; a falta de delimitação nítida entre poder de polícia e persecução penal (ou seja, entre prevenção e repressão); a constante falta de limitação do emprego de medidas restritivas de direitos à pessoa do verificado e do suspeito na persecução penal; a falta de transparência das investigações, entre outros.

Ou seja, ainda que haja quem entenda que a aplicação desse regime não é o ideal, não há o que se argumentar a respeito de sua utilidade quando ao confronto ante ao crime organizado, por meio da relativização de princípios inerentes ao condenado que anteriormente eram considerados absolutos.

Conforme trazido pelo parágrafo 1º, do artigo 52, da Lei das Execuções Penais, não é relevante no caso concreto se o preso foi condenado por sentença definitiva ou se trata de delito cometido por brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, o que é de suma importância para que se aplique tal regime ao réu é o risco ao qual ele põe para a ordem de segurança do estabelecimento prisional ou da segurança da sociedade, que não tem como se defender sozinha da violência proporcionada e cometida pelos “inimigos” da sociedade.

Nesse mesmo prisma, outro fator importante em que se pode aplicar este regime é no caso de fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilhas ou associações nesse gênero, nos termos do parágrafo 2º deste mesmo artigo.

Por fim, conforme trazido no caput, também cabe a aplicação deste regime na hipótese de cometimento de crime doloso considerado como falta grave, de forma a causar um tumulto carcerário.

Tem a duração máxima de trezentos e sessenta dias por falta grave cometida, ao somar-se a quantidade de tempo do condenado neste regime devido a

prática de todas suas sanções, este montante não deve ultrapassar um sexto da pena total.

A única autoridade a quem é permitida a autorização do RDD é ao Juiz competente, previamente, mediante sentença fundamentada, nos termos do artigo 54, da LEP.

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I – advertência verbal;

II – repreensão;

III – suspensão ou restrição de direitos (artigos 41, parágrafo único);

IV – isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V – inclusão no regime disciplinar diferenciado.

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.

Como se pode notar, diferentemente das demais sanções aplicadas, o regime disciplinar diferenciado não pode ser aplicado por mero ato motivado do diretor do estabelecimento prisional, devido à gravidade e seriedade da sanção imposta.

Porém, o magistrado não pode agir de ofício, a aplicação deste regime deve ser requerida pelo diretor do presídio, o qual deve gerenciar as faltas praticadas dentro do estabelecimento prisional e comunicá-las ao magistrado, bem como ao Ministério Público, o responsável legal incumbido de realizar a “manutenção” da pena no decorrer da execução penal. E, quando este último não requerer, deve apresentar um parecer a respeito da falta praticada pelo sentenciado em relação a sua inserção no RDD.

A respeito das provas ou indícios utilizados como fundamentação para sua aplicação, Luiz Flávio Gomes alega em seu artigo “RDD e regime de segurança máxima” que “pela gravidade e pelo nível de constrangimento que ele implica ao bem jurídico liberdade, somente provas inequívocas relacionadas com um fato concreto praticado dentro do presídio é que poderiam permitir a sua aplicação”. Em suma, não bastam meros indícios infundados e isolados, a prova utilizada deve ser a mais “concreta” possível.

4.3.1 Controvérsias a respeito da constitucionalidade do RDD

Há divergências a respeito da constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.

Por um lado, defende-se que o RDD é inconstitucional por violar os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, bem como viola o princípio da humanização das penas, pois as medidas aplicadas pelo RDD são consideradas “cruéis e graves”, além de não cumprirem com o propósito de ressocialização do detento. É tido como advindo do Direito Penal do Inimigo, pois, para a aplicação de tal regime, não se leva em conta apenas o fato cometido, porém, a pessoa que o praticou, tido como “inimigo” no presente caso.

As medidas “cruéis e graves” estipuladas pelo RDD seriam os incisos do artigo 52, tratando-se do recolhimento em cela individual e visitas semanais limitadas a duas pessoas durante duas horas, além do direito de saída da cela pelo período de duas horas para banho de sol.

Por fim, alegam que se trata de repressão de gravidade extrema, de forma a acometer prejuízos físicos e psíquicos no condenado.

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 701) defende essa ideia, pautando-se na inconstitucionalidade da lei, pois, em sua opinião, o Regime Disciplinar Diferenciado viola diversos dispositivos constitucionais ao tratar o detento de forma cruel e desumana.

Diante do quadro examinado, do confronto das regras instituídas pela Lei nº 10.792/03 atinentes ao Regime Disciplinar Diferenciado, com aquelas da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, ressalta a incompatibilidade da nova sistemática em diversos e centrais aspectos, como a falta de garantia para a sanidade do encarcerado e duração excessiva, implicando violação à proibição do estabelecimento de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, prevista nos instrumentos citados. Ademais, a falta de tipificação clara das condutas e a ausência de correspondência entre a suposta falta disciplinar praticada e a publicação decorrente, revelam que o RDD não possui natureza jurídica de sanção administrativa, sendo, antes, uma tentativa de segregar presos do restante da população carcerária, em condições não permitidas pela legislação.

Por outro lado, há quem defenda alegando que o RDD só é aplicado em agentes de alta periculosidade, de forma a ameaçar gravemente a sociedade, se

tratando de agentes que não fazem jus a diversos direitos, sendo o RDD uma “arma” que o Estado tem contra o crime organizado no qual se priva um sujeito de diversos direitos, tendo como prol a segurança da sociedade.

Um fato é certo, uma das questões mais difíceis, ainda no direito penal moderno, é conciliar os direitos humanos e o direito penal, ou seja, não é uma tarefa muito fácil conciliar a efetividade do direito penal com os direitos dos cidadãos, sendo necessário, diversas vezes, mitigar direitos individuais para que o direito da coletividade seja tutelado, através de instrumentos considerados advindos do Direito Penal do Inimigo, sendo um exemplo o Regime Disciplinar Diferenciado agora explanado.

Apesar de haver quem defenda a inconstitucionalidade do RDD, o posicionamento pacificado no Supremo Tribunal Federal é a respeito de sua constitucionalidade, conforme a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.162, tendo como requerente o Advogado-Geral da União, proposta em 2008. O STF entendeu que o Regime Disciplinar Diferenciado não viola os direitos humanos do condenado, mas protege os demais cidadãos, como as pessoas que trabalham no estabelecimento prisional, bem como os próprios detentos e a coletividade. Trata-se, no entanto, de medida necessária para a execução da sentença nos casos previstos pela lei.

Por fim, não há no que se falar a respeito da inconstitucionalidade deste regime, visto que todos os direitos inerentes à dignidade humana são conservados, de maneira alguma poderia configurar tortura contra o condenado, já que este está sendo bem tratado e alimentado, mantendo-se em cela indivíduo, assegurados os direitos de visita semanal e banho de sol diário, havendo limitação irrelevante perante o benefício proporcionado à sociedade. O indivíduo que antes comandava facções criminosas é “vigiado” de maneira mais intensa, para que se evitem maiores complicações. Além disso, o RDD não pode ser aplicado de forma desregrada e imotivada, só pode ser estabelecido após sentença do juiz competente, havendo prazo máximo de 360 dias por infração grave, limitando-se a um sexto da pena, conforme exposto no item anterior.

Desta forma, julgou de forma justa o Supremo Tribunal Federal ao manter a constitucionalidade deste instituto e ressaltar sua relevância no que se trata à situação de violência em que se encontra o Brasil nos dias atuais, tanto nas ruas quanto nos estabelecimentos prisionais.

4.4 O Direito Penal do Inimigo como forma de conter a criminalidade

A violência se encontra de forma generalizada em todos os lugares, únicas coisas que mudam é sua intensidade e a forma na qual está presente.

Tanto a violência quanto o risco e a ameaça estão centrados na sociedade, de forma que influenciam no comportamento desta frente à violência, que se encontra encurralada. Por este motivo, o direito penal do inimigo pode ser utilizado como maneira de conter tais fenômenos, ante a ineficiência do direito penal tradicional em relação aos criminosos considerados “inimigos” da sociedade. Ou seja, não há abertura para que a preocupação do Estado ante a não violação dos direitos humanos inerentes ao criminoso sejam maiores que a segurança e integridade da coletividade.

A criminalidade presente na modernidade engloba mais do que os bens jurídicos tradicionais, que são o bem à vida, patrimônio, integridade física, entre outros. Hoje em dia, a violência toma proporções maiores, estando presente e relacionado com o meio ambiente, terrorismo, tráfico de drogas, tecnologia, entre outros fatores em que o direito penal tradicional não está pronto para enfrentá-los ou contê-los.

A ineficácia das leis penais, ainda que relativa, é evidente mediante o contexto de violência crescente que vivenciamos no cotidiano, de maneira que as leis por si só não estão atingindo o objetivo de cessar ou reduzir a criminalidade e reinserir o indivíduo infrator à sociedade.

A respeito disso, trata André Pontarolli em seu artigo “A violência e a ineficácia das leis”:

Entretanto, em muitos casos a lei não realiza os fins para os quais é destinada, tendo-se a sua ineficácia. Esta pode ser absoluta ou relativa. É absoluta quando a lei não for observada e não atingir o seu fim; e relativa quando atingir, mas de maneira imperfeita, os seus objetivos. Porém, todas as normas possuem um certo nível de ineficácia. Isso ocorre porque são imperfeitas na sua estrutura, já que se preocupam unicamente com a punição, na vã tentativa de impedir determinados atos lesivos, esquecendo-se da reeducação do infrator e da reestruturação social que deveria proceder o crime.

As medidas já estabelecidas pela legislação brasileira, consistentes em penas privativas de liberdade, penas pecuniárias e penas restritivas de direitos, por si só não estão sendo suficientes para conter a criminalidade enraizada na nossa sociedade, pois estas já não estão mais sendo eficazes para tal propósito.

Conforme traz Cesar Roberto Bitencourt (1993, p. 149) “Um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão, os internos são submetidos a um tratamento reabilitador”.

Ainda que se trate de dados antigos, este fato mudou nos dias atuais, a pena privativa de liberdade basicamente perdeu na prática o propósito de ressocializar o indivíduo e reinseri-lo na sociedade, sendo que a criminalidade só se encontra em ascensão.

Por este motivo, a tendência adotada pelo legislador é de oferecer diversos benefícios ao criminoso, de forma a abrandar a pena e muitas vezes até deixa de aplicá-la, conforme trazido no tópico “Leis Penais”. Perante a criminalidade irreversível e crescente, o direito penal tradicional, de primeira velocidade, não foi capaz de conter esse quadro, e, desta maneira, entrou em ação o direito de segunda velocidade, com seus diversos benefícios, mitigando a aplicação da pena privativa de liberdade.

Neste mesmo prisma, também discorre Fernando de Almeida Santos a respeito, em seu artigo “A ineficácia do sistema penal brasileiro”:

Desta forma verifica-se a legislação dando benefícios cada vez maiores para o delinquente. Os crimes no Brasil são a cada dia que passa mais comuns e menos punidos. Com penas cada vez mais brandas, progressão de pena, aplicação de atenuantes e criação de institutos de mitigação da punição, trazendo ao nosso Estado um quadro cada vez mais alarmante.

Diante das causas mencionadas anteriormente, o direito penal do inimigo teria grande eficiência em conter boa parte destes problemas, especialmente em relação ao crime organizado, pois, de forma mais rigorosa e eficiente, poderia ter resultados positivos ante a criminalidade, fato que evidentemente o direito de primeira dimensão não afeta em escalas significativas, pois, de nada adianta punir-se levemente o autor imediato do crime, se quem realmente comanda todo fluxo da violência e criminalidade está preso, muitas vezes em regime fechado, e continua comandando facções criminosas de dentro da cadeia, e o peso da pena sofrida é

insignificante para ele, sendo ineficaz tanto ao caráter vingativo, como à reinserção do criminoso na sociedade.

Segundo HASSEMER, Winfried (2001, p. 48):

Incluso la idea de prevención pierde su resabio de terapia individual o social y se consolida como un instrumento efectivo y altamente intervencionista de la política frente a la violencia y el delito. La sociedad, amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como “Carta Magna del delincuente”, lo necesita como “Carta Magna del ciudadano”, como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal en “derecho penal del enemigo”.³

É certo que deverá sempre ser resguardada a segurança da sociedade, para que haja harmonia, porém, a sociedade encontra-se em uma constante mudança, e assim como os diversos avanços culturais e tecnológicos acontecem, a criminalidade, como é possível notar, também acompanha esse avanço, onde o crime organizado encontra-se a cada dia mais bem elaborado e arquitetado, seus líderes impunes e tendo a violência como forma de sustento.

Na tentativa de conter esse avanço, o direito penal também tem que ser atualizado, utilizando-se de recursos inovadores no intuito de estabelecer a paz na coletividade.

Importante ressaltar que o direito penal deve ser utilizado como último recurso, visto que concerne a outras atividades do Estado a contenção da prática de crimes de maneira preventiva, como a educação, por exemplo, deve ser bem aplicada e vista na sociedade, e desta maneira obterão melhores e maiores resultados do que uma lei rigorosa poderá obter.

Isto exposto, e notando que o direito penal não é agente transformador social de maneira positiva, é que deverá ser aplicado mediante aos infratores que não forem capazes de conviver de maneira harmônica com seus semelhantes.

É evidente que todo o sistema penal não pode ser embasado no Direito Penal do Inimigo, pois, desta forma não se trataria de um direito que visa a justiça,

³ Mesmo a ideia de prevenção perde sua mania de terapia individual ou social, e se estabelece como um instrumento efetivo e altamente intervencionista da política contra a violência e o delito. A sociedade, ameaçada pela violência e pelo delito, se vê posta contra a parede. Na sua percepção, ela não se pode dar ao luxo de um direito penal tido como proteção da liberdade, como “Carta Magna do delinquente”, e sim como “Carta Magna do cidadão”, como arsenal de luta eficaz contra o delito e repressão da violência. O delinquente se torna tendencialmente em inimigo, e o direito penal em “direito penal do inimigo” (tradução livre).

visaria apenas a punição pelo direito do autor, e restando aos fatos o segundo plano. Não se pode deixar que o direito penal do autor tome frente e seja aplicado em grande extensão, não se deixando cegar pelo falso senso de justiça. Porém, esse direito penal do inimigo deve ser minimamente aplicado, sob a condição de medida de urgência frente a situação enfrentada pela sociedade como um todo.

A respeito da intervenção de medidas mais rígidas no direito atual brasileiro, novamente disserta Fernando de Almeida Santos, de forma sensata e objetiva:

Diante deste cenário, só resta concluir que o país necessita urgentemente de medidas a salvaguardar a segurança de seu povo, e para isso são necessárias penas mais severas, a diminuição de corrupção dentro do sistema, seja no âmbito legislativo, judiciário ou ainda no executivo. Resta expor que somente com medidas duras contra o cometimento dos crimes será possível reverter este quadro alarmante de violência no país. É preciso olhar com individualização para as vítimas como se olha para o delinquente e usar as regras dos direitos humanos para aqueles que realmente necessitam de direitos humanos porque já estão marcados pela violência urbana generalizada vivenciada no Brasil.

Assim, o Brasil deveria punir de forma mais severa para que se preserve a segurança da coletividade, associado a um sistema livre de corrupções, em todas as esferas. Deve-se analisar o criminoso minuciosamente, analisando se este indivíduo é maior “merecedor” dos direitos humanos do que a própria sociedade em si.

Há a necessidade de uma “modernização” do direito penal, de forma a adaptar-se à atualidade.

Atualmente, o direito penal do inimigo tem ganhado força para o combate do crime organizado, como foi trazido anteriormente o Regime Disciplinar Diferenciado, visto que é a única ferramenta que realmente trouxe alguma efetividade em conter a criminalidade em que a sociedade passava na época em que fora trazido ao ordenamento jurídico.

Ainda que diante dessa relevância e urgência em aplicar medidas mais rígidas e efetivas, não podemos esquecer de que os direitos humanos não devem ser totalmente violados. Apenas podem ser mitigados diante ao direito da coletividade, mas na medida necessária, não podendo se tornar um direito penal cruel e desumano que viola princípios básicos e históricos. Caso contrário, estaríamos regredindo ao direito arcaico onde o poder punitivo era aplicado de forma

que não podia ser contrariada. Talvez um dos maiores desafios do direito é equilibrar os direitos, no caso em questão, seria trazer o equilíbrio ao direito penal aplicado em relação ao agente e aos direitos humanos.

Não devemos substituir o direito penal pela noção de segurança, criando medidas incabíveis que fogem de controle, indomináveis, conforme explana Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 169):

Há de se ter claro o perigo de cair na tentação da “cultura de emergência”, a partir da qual a noção de segurança é substituída pela ideia de eficiência em Direito Penal. De fato, a experiência demonstra que a criação de uma legislação excepcional para uma situação que se define como extraordinária acaba por converter-se no modelo de legislação ordinária, atingindo definitivamente os princípios básicos de convivência social em um Estado Democrático de Direito.

Portanto, essa intervenção do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico atual deve ser realizada de forma mínima, apenas no que for necessário, e com muita cautela, para que ao invés de ocorrer a evolução do direito penal, ele não acabe por retroceder e limitar os direitos inerentes aos cidadãos de bem.

Deve, além disso, preservar o direito do devido processo legal, bem como do contraditório e da ampla defesa, garantindo um processo justo, o que não ocorre na ideia de Direito Penal do Inimigo bruta, concebida por Jakobs. Pois aceitar tal ideia no seu estado de origem, seria como aceitar o retrocesso de milhares de anos de evolução.

5 CONCLUSÃO

Portanto, frente a tudo exposto anteriormente, é importante considerar a aplicação do Direito Penal do Inimigo para casos mais complexos, onde o direito penal tradicional não tem mais eficácia.

Contudo, a intervenção do Direito Penal do Inimigo se trata de medida de urgência, que necessita vir acompanhada de diversos outros fatores, como medidas governamentais para diminuição da violência e desigualdade, já que o direito penal deve ser utilizado apenas quando nenhuma outra forma de reestruturação for cabível.

Deve ser afastada a aplicação ilimitada desta medida, pois o direito penal tradicional deve prevalecer, não podendo nos esquecer de que a regra é que o criminoso deve ser punido pelo fato praticado, e não pela pessoa que ele é, exceto nos casos trazidos pelo Regime Disciplinar Diferenciado, por exemplo, em que o indivíduo se recusa a ser um cidadão.

A ineficácia das leis penais está acarretando em um certo “afrouxamento” em relação aos crimes de médio e baixo potencial ofensivo, onde a pena privativa de liberdade é evitada ao máximo, e, em muitos casos, há a possibilidade de benefícios em que não há nem ao menos o início do processo.

O direito penal do inimigo não deverá ser tomado por sua forma bruta, mas apenas a sua ideia correspondente ao maior rigor ao indivíduo que se recusa em socializar, apesar de diversas tentativas, devendo ser resguardado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, evitando ao máximo mitigar os direitos inerentes ao indivíduo, sem, contudo, priorizá-lo no que diz respeito à segurança da coletividade, que deve ser protegida. Devendo, a intervenção do direito penal ser utilizada apenas em ultima ratio e, dentro do próprio direito penal, as medidas relacionadas ao direito penal do inimigo, também devem ser aplicadas em último caso.

Uma coisa é certa, o legislador não pode mais ficar assistindo a decadência de uma sociedade inteira mergulhando em uma violência na qual é obrigada a encarar diariamente. Ora, ele deve tomar providências no que diz respeito à segurança pública, ainda que para isso seja necessário tomar medidas não abarcadas pelo direito penal tradicional. Porém, assim como a sociedade muda

e as prioridades e direitos protegidos também mudam, o direito penal também deve se atualizar e caminhar com ela.

Conclui-se, dessa maneira que, quando estiver em cheque a integridade de um criminoso “sem solução” frente a toda uma sociedade composta de diversos cidadãos de bem, o direito da sociedade deve se sobrefazer ao direito do indivíduo criminoso, não ocorrendo a aplicação descontrolada de medidas de emergência e resguardados os direitos do indivíduo até o cumprimento da pena, após diversas tentativas de reinserção e recuperação do indivíduo na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme: Edijur, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BITERCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal de Inimigo**. Disponível na internet: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>. Acesso: 10 de outubro de 2015.

CAMARGO, Daniel Marques de; SALVADOR, Juliana de Almeida. **Direito Penal contra o Inimigo**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; KAZMIERSCZAK, Luiz Fernando. *Estudo Contemporâneo de Direitos Humanos*. Birigui: Boreal Editora, 2013.

COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. **História do Direito: de Roma à História do Povo Hebreu e Muçulmano**. A evolução do Direito Antigo à Compreensão do Pensamento Jurídico Contemporâneo. Belém: Unama, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: RT Editora, 2013.

DOTTI, René Ariel; JÚNIOR, Miguel Reale; TOLEDO, Francisco de Assis; SHECAIRA, Sérgio Salomão; AZEVEDO, David Teixeira; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas**. Lei 9.714, de 22.11.1998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **RDD e regime de segurança máxima**. Disponível na internet: <http://jus.com.br/artigos/9061/rdd-e-regime-de-seguranca-maxima>. Acesso: 12 de outubro de 2015.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma visão minimalista do Direito Penal**. 7ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo: RT Editora, 2000.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Bogotá – Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ISERHARD, Antônio Maria. **Caráter vingativo da Pena**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

JAKOBS, Günter. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Nova Lei de Drogas**. São Paditora Saraiva, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 2ª ed. – São Paulo: LTr, 2005.

MELIÁ, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara. **Derecho Penal del Enemigo**. 2 volumen. Buenos Aires: EDISOFER S. L., 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito Penal Contemporâneo – Questões Controvertidas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

PONTAROLLI, André. **A violência e a ineficácia das leis**. Disponível na internet: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1546/A-violencia-e-a-ineficacia-das-leis>. Acesso: 12 de outubro de 2015.

SANTOS, Fernando de Almeida. **A ineficácia do sistema penal brasileiro**. Disponível na internet: <http://imepac.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05FERNANDO.pdf>. Acesso: 12 de outubro de 2015.