

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO – “PERSPECTIVAS DOUTRINARIAS
E PRÁTICAS NA JUSTIÇA BRASILEIRA”**

Karine Pires Cremasco

Presidente Prudente
2008

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO – “PERSPECTIVAS DOUTRINARIAS
E PRÁTICAS NA JUSTIÇA BRASILEIRA”**

Karine Pires Cremasco

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Cláudio Palma Sanches.

Presidente Prudente
2008

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO – “PERSPECTIVAS DOUTRINARIAS
E PRÁTICAS NA JUSTIÇA BRASILEIRA”**

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

CLAUDIO PALMA SANCHES

GABRIEL LINO DE PAULA PIRES

ANDRÉ LUIS FELICIO

Presidente Prudente, 04 de março de 2008

Aos meus pais:

Wilson e Clélia

As minhas irmãs:

Camila e Caroline

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Cláudio Palma Sanches, pela orientação, exemplo de profissionalismo e amizade construída nos momentos importantes de nossa convivência.

As minhas amigas Thaísa Soriano e Lisleangela Leite pelas colaborações dadas a esta pesquisa e pelo apoio, compreensão e paciência.

Aos professores pela amizade e incentivo durante o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus colegas e amigos pelo apoio, compreensão, amizade e pelo incentivo constante.

A minhas irmãs Camila Pires Cremasco e Caroline Pires Cremasco e meus cunhados Beto e Elton pelas diversas formas de apoio que me transmitiram.

Aos meus pais Wilson Cremasco e Clélia Maria Pires que sempre estiveram ao meu lado de forma sincera e honesta me apoiando em todos os momentos.

RESUMO

O presente trabalho, analisa o aumento da violência e da criminalidade e tal aumento acaba por corromper o Direito Penal Brasileiro. Desta forma, o chamado Direito Penal do Inimigo, originário por Gunther Jakobs e defendido por diversos autores, trás uma perspectiva na análise da criminalidade. Para o aludido autor existem dois tipos de criminosos, sendo que o primeiro é o criminoso cidadão que pratica um delito por um fator qualquer e o segundo o criminoso inimigo é aquele que atenta diretamente contra o Estado, se separando de maneira inalterável do Direito e assim, não seria justificável oferecer as garantias processuais e constitucionais. No entanto, não se analisa o fato criminoso praticado, mas sim o grau de periculosidade do criminoso para que posteriormente aplicar a sanção. São considerados inimigos os terroristas, autores de delitos sexuais, criminosos econômicos, bem como autores de outros autores de ilícitos perigosos. Assim, o inimigo é considerado como coisa, não sendo mais considerado como cidadão e nem um sujeito processual, não sendo justificável um procedimento penal, visto quem não oferece segurança a sociedade não deve ser tratado como pessoa, pois se tivesse o mesmo tratamento afetaria a segurança da sociedade. Diversas são as críticas acerca desta teoria, visto que poderia remeter a um direito penal nazista, e provoca uma contradição entre a doutrina penal e a teoria política do Estado Constitucional de Direito, visto que implicaria abandonar o principio do Estado de Direito e passar ao de policia, o qual acarretaria num Estado Absoluto. Ademais, se faz necessário destacar que na exposição apresentada, sintetizam-se ou ampliam-se em conceitos e textos publicados, à medida que a pesquisa avançada.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Constitucionalidade do direito penal do inimigo.

ABSTRACT

This study examines the rise of violence and crime and the increase ultimately corrupt the Brazilian criminal law. Thus, the so-called Law of Criminal Enemy, originating by Gunther Jakobs and defended by several authors, behind a perspective on the review of crime. For the author said there are two types of criminals, and the first is the criminal citizen practicing an offence for any one factor and the second is that the criminal enemy that careful directly against the state, is separated from unalterable way of law and thus would not be justified as providing procedural and constitutional guarantees. However, the fact is not analyzes criminal practiced, but the degree of danger from criminal to subsequently apply the sanction. They are considered enemies the terrorists, perpetrators of sexual offences, economic criminals and perpetrators of other perpetrators of illegal hazardous. Thus, the enemy is considered thing, not being regarded more as a citizen and not a subject procedural and not justified criminal proceedings, because who offers no assurances society should not be treated as a person, because if it had the same treatment affect the security of society. Several are criticisms about this theory, since it could refer to a Nazi criminal law, and creates a contradiction between doctrine criminal and political theory of the rule of constitutional law, since it would mean abandoning the principle of the rule of law and go to the police , which would result in a State Absolute. Moreover, it is necessary to emphasize that in the exhibition presented, synthesize it or extend themselves in concepts and texts published as the advanced search.

Keywords: Criminal Law. Criminal Law of the Enemy. Constitucionalidade criminal law of the enemy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	15
3 A DOCTRINA QUE DEFENDE O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	18
4 A CONSTITUIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS PROCESSUAIS....	21
4.1 Os Princípios Constitucionais.....	22
4.1.1 Conceito de Razoabilidade.....	24
4.1.2 Princípio da Proporcionalidade.....	25
4.2 As Vedações Constitucionais	26
5 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO	31
6 APLICAÇÃO PRÁTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL	34
6.1 Análises de Casos.....	37
7 APLICAÇÃO DA DOCTRINA PENAL DO INIMIGO NA JUSTIÇA BRASILEIRA....	42
7.1 Jurisprudência.....	43
7.2.1 O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo.....	48
8 CONCLUSÃO	51
BIBLIOGRAFIA	54

1 INTRODUÇÃO

O *Direito Penal do Inimigo* é uma conjectura lançada por Gunther Jakobs, desde 1985, sustenta essa teoria com base nas políticas públicas que combatem a criminalidade internacional, bem como a nacional. Esta preposição da mesma forma passa a ser conhecida como direito penal de *terceira velocidade*, com base nas mesmas premissas, ou seja, a punição seria com base no autor e não devido ao ato praticado por ele. Frise-se que esta designação tem maior proeminência atualmente em razão de ataques terroristas ocorridos freqüentemente. Desta forma, certos países deram início a esta nova forma de punição, sendo que na maior parte dos direitos humanos é restringido de maneira absoluta, com inclusão o direito a vida.

Jakobs (2003) propõe um direito diferenciado a pessoas de alta periculosidade, visto que para estas o direito penal do cidadão não se faz eficaz, assim, desta forma, os inimigos seriam os sujeitos criminosos, que cometem delitos de ampla truculência, como crimes econômicos, crimes organizados, infrações penais perigosas, crimes sexuais, bem como terroristas. “Em suma, é inimigo do estado todo aquele que abduz com caráter inalterável do Direito e, portanto, não apresentar garantias estáveis de que continuará fiel a norma”. (GOMES, ano 2005, p 215.).

O direito penal do inimigo é na realidade uma forma de direito que serve para combater determinadas classes, ou seja:

[...] a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida. (CAPEZ, 2005, p115.).

Frise-se que, o inimigo surge por ter infringido um “contrato – social” consolidado com o Estado, e por ter fragmentado tal contrato, não teria o indivíduo o direito de ser respeitado como cidadão. De maneira que, nos eventos de elevada

traição, não haveria qualquer subordinação dele para com o Estado, privando-os dos direitos de serem considerados com cidadãos, e estendendo-se como exatos inimigos do Estado.

Os direitos fundamentais somente pertenceriam aos cidadãos de bem, tais direito, de outra sorte seria abjurado para os inimigos. Segundo *Hobbes (2003)*..:

“Os indivíduos que não fossem capazes de se adaptarem a uma vida em um estado comum de direito, deveria, ser expelido a custódia de segurança, devendo tratá-los não como pessoas, mas como inimigo”.(Hobbes, 1998, p. 93).

Ademais, o inimigo não representa somente um risco ao ordenamento jurídico, como também um perigo a sociedade, explicando a sua punição. Todo sujeito que delinqüe faz jus a certas proteções, no entanto, o inimigo somente recebe a coação, por isso o nome Direito Penal do Inimigo, visto que, este somente se quadra para paralisar certas atitudes e o potencial ofensivo.

Destarte, são essencialmente dois Direitos Penais, sendo que um cercado de garantias, portanto, como hoje, para aqueles que são considerados como cidadãos, e o segundo, para aqueles que não se comportam como cidadão, considerados os inimigos e tais garantias não podem ser de usufruto deles.

Podemos, compreender de tal forma que o Direito Penal do Inimigo seria a exceção do direito tradicional, tal exceção existiria para assegurar a estabilidade da regra. Desta forma, o direito penal do inimigo preza em eliminar todos aqueles que ofereçam a sociedade um risco, ou seja, não ofereçam uma garantia mínima necessária para que possam ser tratados como pessoas. De outra sorte, o direito tradicional, somente preconiza a conservação ou a manutenção da ordem.

Tal direito aduz ainda, a exclusão dos inimigos, que se justificam por não serem pessoas, aduz ainda a otimização da proteção dos bens jurídicos, enquanto o direito tradicional, otimiza as esferas de liberdade. No primeiro o estado não mais dialoga com os cidadãos para manter a vigência da norma, mas combate seus inimigos, isto é, combate o perigo.

A existência de inimigos é um fato real, o qual o perigo que eles representam ao ordenamento jurídico é um problema que não pode ser resolvido pelo direito tradicional, ou seja, o direito penal, muito menos através de meios policiais.

Verifica-se que com o surgimento de novos delitos, e com a dilatação do direito penal teve por conseqüência jurídica o aumento dos tipos penais. No entanto, tais tipos penais têm por sua vez um abrandamento nas penas, este fato deriva da administração e da implementação de acordos no campo do processo penal, no qual as penas de liberdade são substituídas por penas alternativas, assim como as restritivas de direito, bem como multa.

Segundo Roxim (2002), a substituição da pena por penas alternativas ficará inviável, no âmbito político e econômico para que o estado possa mate – lá. Alega que:

Nos últimos anos a Alemanha tem aumentado consideravelmente a aplicação da multa ao invés da prisão, pois o Estado demonstra sua reprovação aos crimes não pela intensidade da sanção e sim pela simples prevenção. (ROXIM, 2002, p.70).

Com os delitos advindos da globalização, há uma chamada macrocriminalidade, ou seja, criminalidade econômica, bem como organizado, terrorismo, tráfico de armas e pessoas e as demais dita alhures, se faz primordial a prevenção do direito penal o qual passa a ter um setor unificado.

Fábio D`Ávila (2004, p. 91) descreve com precisão novo cenário do Direito Penal:

A disparidade de tais universos apresenta-se de forma muito clara nos problemas enfrentados pela dogmática penal. São evidentes as inúmeras deficiências que vem atestando em sua tentativa de acompanhar a pretensão político-criminal nestes novos âmbitos de tutela, uma vez que preparada para atender uma demanda absolutamente diversa daquela que ora é proposta. O direito penal liberal elaborado tendo por base o paradigmático delito de homicídio doloso, no qual há marcante clareza na determinação dos sujeitos ativo e passivo, bem como do resultado e de seu nexos de causalidade, defronta-se com delitos em que o sujeito ativo dilui-se em uma organização criminosa, em que o sujeito passivo é difuso, o bem jurídico coletivo, e o resultado de difícil apreciação. Sem falar, obviamente, do aspecto transnacional destes novos delitos, em que tanto a ação como os resultados normalmente ultrapassam os limites do Estado Nação,

necessitando, por conseguinte, da cooperação internacional para a elaboração de propostas que ambicionem uma parcela qualquer de eficácia.

Com a necessidade de combater os novos crimes surgidos com a evolução e com a constatação que o direito penal tradicional não está preparado para tanto, surge desta forma, a “teoria dualista do sistema penal com regras de imputação e princípios e garantias processuais de dois níveis”. (D’ÁVILA, 2004, p. 108).

Segundo a teoria da velocidade do direito, adotada por Silva Sanches, o direito penal leva em consideração os delitos socioeconômicos os quais são imputadas penas privativas de liberdade, e são respeitados todas as garantias e princípios processuais.

A proposta é que as garantias fundamentais sejam relativizadas, porém, mais branda, isto é, que ocorra a flexibilização dos princípios processuais e das garantias fundamentais, bem como a exclusão da pena de prisão. Segundo o autor existem duas conseqüências:

Admitir as penas não privativas de liberdade, como mal menor, dada as circunstâncias, para infrações nas quais tem flexibilização os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Sobretudo, exigir da lei, as penas de prisão de larga duração, e que se mantenha o rigor clássico de imputação de responsabilidade. (SANCHEZ, 2002, p. 142).

Com o fim de atender a política criminal e a inobservância dos princípios fundamentais, Hasser em seu artigo alega que “é necessária a repressão e prevenção não se separa com clareza o controle da criminalidade organizada”, assim, deveriam ser flexibilizadas as penas, da mesma forma que são flexibilizados a imputação.

Preconiza Silva Sanches (2002) que deveria ser o direito penal ao mesmo tempo funcional e garantista onde fossem preservadas as garantias individuais para o núcleo dos delitos individuais, nos quais a pena é de prisão. No entanto, para as novas modalidades de delitos os quais colocam em risco a sociedade aduz resumidamente que a flexibilização deve ser controlada das regras de imputação, a saber, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ampliando a

autoria ou da comissão por omissão, analisando os requisitos, bem como os princípios políticos – criminais.

Tal teoria atende o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade entre o direito penal do inimigo e rígido e um direito penal amplo e flexível. Com a flexibilização, as garantias individuais e das regras de imputação, há a perda de tradições liberais, contudo essa é a perda do direito penal tradicional/funcional, isso tem como objetivo reduzir a insegurança social.

Jokobs (2007) considera necessária essa criação de um novo direito precisamente para poder manter a vinculação do direito penal geral a noção do Estado de Direito. Quem não quer privar o direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito, deveria na realidade de chamar de outro modo o que dever ser feito contra os terroristas se não deseja sucumbir, isto é, deveria chamar de direito Penal do Inimigo, guerra reprimida.

Os inimigos são aqueles cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro e não apenas incidental em relação ao direito, e que, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando um déficit por meio de sua atitude.

Certamente as atividades desses indivíduos se concretizam geralmente na comissão de fatos delituosos, como assassinatos lesões, danos, extorsões, mas não são esses fatos os que constituem base dos dispositivos do direito penal do inimigo, pois estes, enquanto tais, não diferem dos incidentalmente realizados pelos cidadãos vinculados ao e pelo direito.

Os dados concretos servem como bases aos dispositivos específicos do direito penal do inimigo são habitualmente e o profissionalismo de suas atividades, mas, sobretudo, o fato de pertencerem aos seus autores à organização que se opõem ao direito e ao exercício de sua atividade a serviço dessas organizações.

Por outro lado, essas circunstâncias fundamentariam, com relação ao comportamento desses indivíduos, um significado adicional de negação frontal dos princípios políticos ou socioeconômico básicos do nosso modelo de convivência e por isso, representariam perigos que ameaçam a existência da sociedade, ou

infrações de normas relativas a configurações sociais consideradas essenciais, mas que são especialmente vulneráveis.

Alem das lesões dos bens jurídicos de titularidade individual que se distingui, nitidamente, pois os inimigos, são indivíduos que se caracterizam, primeiro por rechaçarem a legitimidade do ordenamento jurídico e perseguirem a destruição dessa ordem, e segundo como conseqüência disso, por sua especial periculosidade para a ordem jurídica, dado que tais indivíduos não oferecerem garantias mínimas de segurança cognitiva de um comportamento pessoal, ou seja, seu comportamento já não é calculável conforme as expectativas normativas vigentes na sociedade.

Jakobs (2007, p.67, grifo do autor) preleciona:

”Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não ‘deve’ tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”

Em suma, o individuo que não cumpre com o dever de cidadão, zelando pela segurança estatal e desrespeitando normas cogentes impostas pelo Estado, deve ser este individuo banido da sociedade como cidadão, não devendo ser mais tratado como tal.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

No século XIII, idade média, foi criada a Santa Inquisição, sobre o domínio da igreja católica romana, o qual era composto por tribunais que julgavam aqueles que eram considerados uma ameaça à sociedade.

Os condenados eram presos e submetidos há um processo inquisitivo, nem ao menos tendo o direito de saber quem os denunciava. E tais formas de julgamento foram ganhando mais partidários de maneira especial na Europa como: Portugal, França, Itália e Espanha. Os suspeitos eram perseguidos e se condenados, cumpriam as penas, onde estas podiam variar desde prisão temporária, perpétua até a pena de morte na fogueira, onde os condenados eram queimados vivos em praça pública.

Milhares de pessoas, nessa época foram torturados, queimados vivos por acusações que, em sua maioria, eram injustas e sem qualquer comprovação probatória, significando dizer que não havia contraditório efetivo, ampla defesa, presunção de inocência, devido processo legal, ou seja, os pressupostos básicos dos processos penais, chamado: Garantista.

Esse cenário voltou com o chamado direito penal do autor, fruto do nazismo alemão, o qual com os conflitos sociais advindos na sociedade alemã surgiram no cenário político, partidos ultranacionalistas, radicalmente contrários ao comunismo e ao socialismo. Um desses partidos chamava-se Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (Partido Nazista) que era liderado por um ex-cabo de nome Adolf Hitler.

Com o crescimento de tal partido político, o Führer implantou uma cruel ditadura, onde milhares de judeus, negros, homossexuais, dentre outros grupos, raças e etnias, foram aniquilados nos campos de concentração, condenados a morte, por sua própria existência que contaminava a raça ariana (Direito Penal do Autor) e não porque fizeram ou deixaram de fazer algo. A história também nos conta, o resultado desse Direito Penal e Processual Penal legalista e segregador: atrocidades, injustiças e vergonha.

Traspassando para épocas mais recentes podemos ressaltar o atentado terrorista ocorrido em 11 de setembro de 2001, após o acontecido adveio uma medida como solução, um novo Direito Penal, que seria o *Direito Penal do Inimigo* também conhecido com *Direto Penal da Terceira Velocidade*. Desta forma, podemos dizer que todos aqueles que infringissem uma norma do Estado, ou colocassem em risco a ordem e norma jurídica, como por exemplo praticas terroristas seriam aplicadas normas penais, extraindo os direitos fundamentais.

Assim, o inimigo do Estado, deveria ser condenado rapidamente, sem qualquer contraditório, ampla defesa, o devido processo legal, ou qualquer outro preceito garantista, ou seja, o preceito constitucional que reza o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, seria retirado para aqueles que colocassem em risco a norma jurídica e ou a ordem estatal.

Essa corrente é liderada pelo alemão *Gunther Jakobs*, o qual afirma que os inimigos não merecem quaisquer garantias fundamentais, visto que, não são seres humanos, e assim, não são regidos pela constituição. Tal corrente, vem provocando polemica, e ganhando mais adeptos.

Outro fato que podemos citar como exemplo é do crime praticado contra Jean Charles de Menezes, que foi morto por ter sido confundido com um terrorista. Ressalta-se que este não teve a oportunidade de se defender, bem como se identificar, haja vista que, mataram para posteriormente saber de quem se tratava, observe que não teve direito a identificação pessoal.

O direito Penal do Inimigo, introduziu-se em nosso sistema jurídico, motivado pelo Direito Penal Emergencial, o qual busca satisfazer o anseio de vingança da sociedade, liderado por “politicólogos”, que adentraram no meio de comunicação.

Ademais, o Direto Penal do Inimigo, vem do Direito Penal do Terror, ocorrido na idade média, e mais recentemente como Direito Penal do Autor, vivido na 2ª (segunda) guerra mundial.

O crime, somente é combatido pelo Direito Penal, como a “*Ultima Ratio*”, ou seja, o ultimo meio de se fazer, visto que primeiramente combatido com pela criminologia e a política criminal.

Atualmente, podemos destacar que em 2003, entrou em vigor a Lei nº 10.792, que seria uma forma dissimulada de infiltração um instituto do Direito Penal do Inimigo, o chamado *regime disciplinar diferenciado* (rdd). É o instituto caracterizador, visto que, primeiramente se alterou a forma de interrogatório, para posteriormente tratarem do inimigo, como por exemplo, o tráfico ilícito de entorpecentes, qual podemos citar notoriamente Fernandinho Beira Mar, que se reveste como um dos maiores traficantes do mundo.

3 A DOCTRINA QUE DEFENDE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Quem defende o direito penal do inimigo é nomeado Gunteher Jakobs, declara que deve haver dois tipos de direito, o primeiro voltado ao cidadão e o segundo voltado para o inimigo.

Preleciona o autor que: “Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas de descrever dois pólos de um só contexto jurídico-penal” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 23.)

O primeiro direito é marcado pelo fato de ao contrair a norma, ao cidadão é dada a oportunidade de restabelecer a validade dessa norma de maneira coercitiva, neste episódio o Estado não observa o sujeito como inimigo, mas sim apenas como autor de um delito habitual, onde ainda que cometendo um ato censurável perante a sociedade sustenta seu papel de cidadão dentro do Direito.

De outra sorte, há autores de atos ilícitos, como delitos sexuais, ou pela ocupação profissional, assim como criminalidade econômica, tráfico de drogas, bem como a participação de uma organização criminosa, como por exemplo terrorismo, se separou do direito, não produzindo uma garantia cognitiva primordial para que ocorra o tratamento como se fosse uma pessoa, e desta forma devem ser tratados como inimigos, portanto, para estes se faz necessário o Direito Penal do Inimigo.

Para Jakobs (2007) tudo se restringe sobre a consideração de pessoa ou não pessoa, de forma que para ele o inimigo não é uma pessoa, visto que o indivíduo não se manteve num estado democrático de direito não pode participar dos benefícios dados ao conceito de pessoa.

Ademais, declara que pessoa e indivíduo são totalmente distintos. O primeiro diz respeito à ordem, são inteligentes, conduzindo-se pelas suas realizações e insatisfações, interesses e etc. A pessoa, de outra sorte, encontra-se envolvida com a sociedade, tendo direitos e obrigações como também proporcionando o mantimento da ordem.

É previsto o devido processo legal a todo o sujeito que cometer um ato ilícito, no qual em decorrência deste será dada uma sanção. Para o Estado, ao inimigo não será aplicada a pena e sim uma medida de segurança, esta tem o fim de combater o perigo.

Para caracterizar o inimigo analisa-se a periculosidade deste, fazendo uma comparação ao cidadão, analisa – se o ato ilícito, e verifica-se se o autor do delito ainda possui condições de oferecer as garantias de um cidadão comum, agindo com lealdade a norma jurídica.

De contra partida, ao inimigo não se oferece esta garantia, devendo ser condenado por sua periculosidade e não conforme sua culpabilidade. A punibilidade aqui é vista pelo âmbito interno do indivíduo, e a pena é proporcionada consonante a segurança e de acordo com os atos a serem praticados pelo agente, caracterizando desta forma, o direito penal do inimigo como um direito penal do autor.

A transição do cidadão ao inimigo ocorre pela integração em organizações criminosas, como também por cada ato ilícito cometido com habitualidade e da profissionalização criminosa. Assim podemos citar que:

“O Direito do inimigo – poder-se-ia conjeturar – seria, então, sobretudo o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos”.(Garcia Martín, 2007, p.119)

Em contraposto às medidas de segurança seriam aplicadas e também imputáveis no Direito Penal tradicional.

O ocorrido em 11 de setembro de 2001 é utilizado pelo autor em tela para demonstrar sua tese, como exemplo de terrorismo. Alega que um indivíduo como esse não pode ser tratado como cidadão normal, que é sujeito a erros, haja vista que este está intimamente ligado a uma organização criminosa, no qual da validade para o ordenamento jurídico rechaça-lo.

Assim o autor sustenta a idéia da separação do direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, o qual visa resguardar a legitimidade do Estado de Direito voltado do cidadão. Sustenta ainda, que o Estado tem o direito de buscar a

segurança diante aos inimigos, bem como os cidadãos tem também o direito de exigir do Estado à referida segurança.

Destarte, o Estado não pode abordar o inimigo como pessoa, visto que se assim fizesse vulneraria o direito a segurança as demais pessoas tidas como cidadãos.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS PROCESSUAIS

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, ente federativo, no qual é baseado por um ordenamento jurídico, que se perfaz, em um conjunto de leis, organizado por normas legais em uma hierarquia normativa.

No entanto, há de se observar que entre as normas constitucionais não existem hierarquias, visto que são elas que emitem os direitos fundamentais. Assim, há a possibilidade de surgir conflito entre duas ou mais normas constitucionais, nesta hipótese, passa a existir um impasse entre quais das normas que chocam entre si deve prevalecer.

Ressalta-se que a colisão entre essas normas de direitos fundamentais, se da quando no caso, o exercício de um direito fundamental de um indivíduo impede ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro indivíduo, sendo que tais direitos podem ser idênticos ou até mesmo distintos.

Da mesma maneira é totalmente plausível a colisão entre um direito fundamental individual e um direito coletivo fundamental.

Todavia, se faz primordial que tais direitos fundamentais derivam da Constituição, através de normas expressas, ou de modo contrário que se possa deduzi-los de conteúdo constitucional. Portanto, a caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional.

Desta forma se procura solucionar, tais conflitos existentes entre as normas fundamentais, apesar disso não se pode sopesar a solução desses conflitos através de valores, visto que não é lícito sacrificar um direito em detrimento de outro.

Frise-se que a norma constitucional não é hierárquica. Assim, procura-se resolver observando a constituição, na tentativa de conciliar os preceitos divergentes.

Então na prática para a resolução do aludido conflito, o interprete deve buscar mutua implicações de normas e princípio até chegar no consenso único da

Constituição, com o fim de evitar contradições, harmonizando as dúvidas utilizando para tanto as técnicas do direito.

É de suma importância ressaltar que cada direito fundamental dispõe um núcleo essencial de proteção máxima, o qual corresponde ao conteúdo do direito. Segundo Walter Claudius (1999):

“A concordância prática ou a harmonização quando ocorre à concorrência ou a colisão de direitos fundamentais não pode acarretar o sacrifício definitivo de alguns deles, sendo resolvidas na prática, através do critério da proporcionalidade, buscando-se no máximo de aplicação com um mínimo indispensável de prejuízo dos direitos fundamentais envolvidos”

Tal interpretação tem o objetivo de solucionar a colisão entre os direitos fundamentais conflitantes, necessitando observar o princípio da proporcionalidade.

No entanto deverá haver uma ponderação pautando-se de critérios racionais que demonstram a importância dos direitos fundamentais em colisão, entretanto, dessa ponderação não resultará somente uma única solução, haja vista que é provável a obtenção de outros resultados, todavia sempre através de uma racionalidade fundamentada.

4.1 Os Princípios Constitucionais

A constituição brasileira tem como base o princípio da humanidade, devendo ser aplicado extensivamente as disposições constitucionais relativas ao Direito Penal. Tal princípio encontra-se relacionado as sanções penais, bem como o tratamento do condenado que deve ser acima de tudo como pessoa humana, com suas necessidades básicas, mas sem fechar os olhos a pena prevista para a infração por ele cometida.

O princípio da humanidade pode ser observado em diversos momentos, sobretudo em seu artigo 5º, inciso III:

“Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

país a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

Deste modo, a constituição é nitidamente contrária a qualquer tratamento diverso de respeito devido a pessoa humana. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido a dignidade inerente ao ser humano.

Aduz ainda a Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Civis datada de 1966 prevê em seu artigo 10, inciso, I que “o preso deve ser tratado humanamente, e com respeito que lhe corresponde por sua dignidade humana”.

Do mesmo modo, aduz ainda a constituição em seu artigo 5º, inciso XLIX que é assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral, estabelecendo de forma clara e evidente o tratamento humanitário em relação as pessoas que são condenadas.

Frise-se ainda que entre os princípios da dignidade humana corresponde também a vedações impostas pela constituição federal discriminado em cinco espécies de pena.

Conforme o artigo 5º, inciso XLVII, é proibido as penas:

- a – de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX;
- b - de caráter perpetuo;
- c - de trabalhos forçados;
- d - de banimento;
- e – cruéis.

Assim, conforme previsto pela constituição brasileira, ninguém poderá ser condenado com pena a que não é permitida pela constituição, desta forma, se um indivíduo que pratica um ato ilícito é condenado com qualquer uma das penas dito alhures será totalmente inconstitucional.

Outrossim, se faz de suma importância destacar os outros dois princípios constitucionais que embasam a Constituição Federal o qual se perfazem no Principio da Razoabilidade e no Principio da Proporcionalidade, consagrados no artigo 5º, inciso LIV, do mesmo Codex.

4.1.1 Conceito de razoabilidade

Conforme o artigo 5º, inciso LIV disciplina que:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assim, nenhuma pessoa será julgada ao não ser por um juízo competente e ou pré-constituído, bem como a aplicação dos enunciados latinos “*nullum crimen sine lege*” (“nulo o crime sem tipificação legal”, ou “*nulla poena sine lege*” (nula a pena sem lei)).

Destarte que podemos ressaltar que o artigo supra citado consagra o princípio do devido processo legal, tal princípio está ligado à separação de poderes, isto é, em um regime democrático de direito, de forma a ultrapassar a simples garantia processual.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material, como no direito a liberdade do indivíduo, bem como no âmbito formal, o qual assegura a igualdade de condições em um Estado persecutor e a plenitude de defesa.

Ademais, tal princípio corolários a ampla defesa e o contraditório, que devem se assegurados aos litigantes da lide. Ampla defesa se perfaz na proteção dada ao réu de condições que possibilitem trazer todos os elementos a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir ou calar-se se entender necessário.

O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, visto que todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se ou dar versão melhor, bem como fornecer versão jurídica diversa daquela dada anteriormente.

Segundo Nelson Nery Junior (2006, p. 58):

“O princípio do contraditório, além de fundamentalmente contituí-se em uma manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com a

igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório”.

No entanto o princípio da razoabilidade não está expressamente prevista na Constituição brasileira, porém, pode-se encontra-lo em alguns dispositivos constitucionais.

Cabe ressaltar que a previsão de tal princípio adveio com o trabalhos da Assembléia Constituinte de 1988, principalmente com a redação do artigo 44:

“A administração pública, direta ou indireta, e qualquer do Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade”. (Barroso, Luis Roberto, Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade).

Assim, não se pode negar que tal princípio integra de forma total no ordenamento constitucional brasileiro.

4.1.2 O Princípio da Proporcionalidade

O aludido princípio encontra-se consagrado em diversas normas como nos direitos e garantias individuais, conforme artigo 5º, inciso V, que consubstancia o direito de resposta proporcional ao agravo.

No tocante ao direito penal, aplica-se o artigo 5º, inciso XLVI, caput, o qual se aplica de maneira implícita as garantias proporcionais ao delito cometido, no qual regula a individualização das penas, e ainda em seu inciso XLVII, disciplina sobre a proibição de determinadas penas.

Da mesma forma, podemos ressaltar sobre a atuação do Ministério Público, que assegura as medidas necessárias, isto é, proporcionais, visando garantir os direitos constitucionais, conforme reza o artigo 129, inciso II da Constituição Federal. Ainda o inciso IX, zela a função do Ministério Público no exercício de outras atividades.

Citados tais exemplos fica demonstrado com mais nitidez a presença do princípio da proporcionalidade na Constituição Federal.

4.2 Vedações Constitucionais

Os princípios Constitucionais relativos ao direito penal tende a limitar a interferência penal, fixando termo inderrogáveis, de forma a limitar a atividade penal do Estado no sentido de garantir a inviolabilidade do direito a liberdade e de outras prerrogativas individuais.

Dentre os princípios constitucionais penais, podemos citar com mais ênfase o princípio da humanidade, o qual iremos discorrer a cerca do que reza a constituição federal, no tocante as penas, visto que o tema em estudo visa a retirada de qualquer garantia dada ao delinqüente.

Da pena de morte, conforme expressamente consagrado na constituição brasileira, a pena de morte não é totalmente proibida, visto que permite-se a pena de morte no tocante a casos de guerra declarada, ressalte-se que esta é uma situação excepcional, no entanto permitida pelo próprio artigo 5º. Todavia, para que possa haver a aplicação da pena de morte se faz primordial uma guerra externa, e não meramente civil, visto que esta não se faz necessária para que o Estado possa intervir.

Ademais, Segundo o artigo 84, inciso XIX, o qual relaciona a pena de morte, o Presidente da Republica somente poderá declarar guerra nos casos de agressão estrangeira, no entanto esta deve ser autorizada pelo Congresso Nacional.

Há de se observar que a pena de morte é utilizada pelos governos totalitários, a Constituição Federal de 1937 estabeleceu tal pena, o qual poderia ser aplicado por vários crimes, entre eles crimes de natureza política e homicídios cometidos por natureza fútil, bem como homicídios de alta periculosidade. Com a emenda Constitucional nº 1/1969, também aplicou a pena de morte de forma menos restrito.

Por estar inserida a pena de morte em um dos rol dos direitos e garantias fundamentais, se torna uma clausula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, o que não poderá sofrer qualquer emenda ou alteração pra

diminuir tais direitos, de forma de proteger o direito de punir contra os abusos que existem, tornando-se assim imunes as mudanças.

Da pena de caráter perpétuo, tais penas estão fora do nosso ordenamento jurídico e do sistema penal brasileiro, se entende que penas como estas não trazem efeitos positivos para a sociedade, bem como para os condenados, tornando totalmente contrários do querido inicialmente.

Observe-se que o retorno ao convívio social se torna primordial na ressocialização do condenado, e surgindo deste modo, o princípio da natureza temporária limitada e definida das penas.

No entanto, existem discussões a cerca das penas que não são caracterizadas pela perpetuidade, porém, são penas longas, decorrendo deste modo revolta e desestímulo aos condenados.

Na Itália, existe uma previsão para a pena perpétua, contudo, apenas na teoria, haja vista que na prática, os condenados deveriam obedecer certas condições para então ser concedido o livramento condicional após o cumprimento da pena em 26 anos da sua condenação.

Das penas de trabalhos forçados, na época da escravidão fora permitida o trabalho forçado, entretanto, fora desse contexto histórico, não é mais permitido ou admissível qualquer tipo ou cabimento da referida pena.

O trabalho forçado, reluz a idéia de que o indivíduo terá que trabalhar, ainda que seja sobre violência física ou até moral, não tendo o condenado opções, escolhas, o qual reflete claramente em uma situação inteiramente desumana.

Frise-se que o artigo 39 do Código penal disciplina sobre o trabalho do preso:

Artigo 39: O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

Verifica-se também que, a Lei de Execuções Penais também disciplina tal trabalho em seu artigo 29:

Artigo 29: O preso será remunerado, mediante previa tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo, sendo que o produto desta remuneração devesse atender:

- a- à indenização dos danos causados pelo crime;
- b- à assistência familiar;
- c- pequenas despesas pessoais;
- d- o ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado

Outrossim, não se pode confundir a prestação de serviços prestado pelo condenado com o trabalho forçado, pois, embora os dois são exercidos gratuitamente, observe-se que a prestação de serviços não tem a privação da liberdade de locomoção, porém, uma simples restrição, bem como é previsto constitucionalmente tendo como objetivo evitar que o condenado seja segregado da sociedade, da sua família e de seus hábitos normais.

Assim, totalmente diferente a prestação de serviço prestada ao condenado e do trabalho forçado.

Das penas de banimento, consiste na remoção forçada de um nacional em seu país, em detrimento da prática de um fato no território nacional, isto é, é a amortização de um cidadão conviver na sua terra natal.

Ademais, é primordial fazer a distinção entre o banimento e a extradição, deportação e expulsão, sendo que a primeira é destinada somente a nacionais e as duas últimas aos estrangeiros.

Todavia, o artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal, aduz que:

Artigo 5º, LI: nenhum brasileiro será extraditado, salvo naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas a fins, na forma da lei.

A constituição anterior previa a possibilidade do banimento no Brasil, com o seqüestro do Embaixador norte-americano Elbrik, para que fossem efetuadas as exigências dos seqüestradores, culminaram no Ato Institucional 14, o qual resgatou o banimento no Brasil.

Naquela época, o governo brasileiro havia exilado alguns presos políticos e que pela exigência dos seqüestradores deveriam ser libertados. Entretanto, com a emenda constitucional 11/78, aboliu novamente o banimento, bem como o banimento como sanção política.

Tal pena somente recairia sobre um nacional, e não deve ser confundido com os demais institutos citados acima, o qual somente se relaciona com a situação jurídica do estrangeiro no país.

Cabe fazer um breve relato sobre os institutos. A extradição é o envio de estrangeiro ao seu país de origem, onde cometeu o crime, sendo que deve ser feito a pedido da autoridade competente do daquele lugar. A deportação é a expulsão do estrangeiro quando este se encontra em situação irregular ou clandestina. E no que se refere à expulsão é uma medida tomada pelo Estado que consiste em retirar forçadamente de seu território um estrangeiro que nele entrou ou permanece irregularmente, ou ainda praticou atentados à ordem jurídica do país em que se encontra.

Em síntese, tal pena não é permitida em um Estado Democrático de Direito, visto que este deve zelar pelas condições de seus nacionais, ademais, um Estado não é obrigado a aceitar um delinqüente de um outro País, sendo que isso poderia acarretar insegurança para seus cidadãos.

Das penas cruéis, conforme a constituição brasileira, tem-se por base a dignidade da pessoa humana, o que repudiam as penas marcadas pela crueldade e sofrimento inútil.

Segundo os artigos 1º, inciso III e artigo 5º, inciso III, disciplina respectivamente sobre um dos fundamentos constitucionais que é o principio da dignidade da pessoa humana e o repudio das penas cruéis.

Antigamente, as Ordenações Filipinas previa aos condenados penas nitidamente marcada pela crueldade, como por exemplo, ter os seus corpos marcados com fogo, ou ainda amarrados com botas de ferros, mulheres eram colocadas e celas destinadas a homens, tendo que se prostituírem em troca de alimentos.

Tal situação é totalmente contraria o que a Constituição Federal, a qual aduz que os delinqüentes não devam ser condenados sem a devida

proporcionalidade entre a infração cometida e a sua respectiva pena, ainda a Carta Magna nacional defende e propõe como suas bases, que excluem de imediato tal afronta.

Por isso a constituição constituiu um rol de penas que jamais poderão ser objeto de aplicabilidade sob a sua vigência, salvo as exceções previstas no caso de pena de morte prevista.

Por isso o mandamento constitucional serve como escudeiro contra as eventuais injustiças ocorridas emanada de um direito de punir do Estado, visto que o individuo que pratica um ato delituoso deve ser punido, ate como forma de recuperá-lo para reenviá-lo a sociedade.

Assim, punir não significa ofender a dignidade inerente a todo ser humano e sim uma forma de reparar o dano causado a outrem e reintegra-lo ao convívio social após o cumprimento da pena.

5 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Primordialmente se faz necessário analisar determinados princípios penais e processuais penais que sustenta uma relação com o ser humano, para posteriormente analisar o direito penal do inimigo e sua viabilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, institui um Estado Democrático de Direito, o qual é baseado nos direitos e garantias individuais, como a dignidade da pessoa humana, resguardada no rol do artigo 5º.

Tais medidas advieram com a finalidade de impedir que os bens jurídicos como a liberdade e a vida, fossem alvos de interesses escusos e discricionários como antigamente já ocorrera no Brasil.

Na Alemanha, Gunther Jakobs (2007), já estudado anteriormente, desenvolveu a teoria do direito penal do inimigo, que atenua os direitos e garantias fundamentais, assim, seria o direito penal do cidadão, o qual se aplica a pena aquele que é criminoso comum, e secundariamente o direito penal do inimigo que puniria mais severamente os criminosos de alta periculosidade para a sociedade.

Deste modo o Estado teria legitimidade a extinguir os direitos e garantias individuais, haja vista que o criminoso não seria mais considerado como cidadão. O que não preceitua a Constituição.

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como base de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Brasileira, instituiu como um paradigma, assim, qualquer cláusula, preceito, que desobedeça a este princípio deve ser banida da ordem jurídica, visto que o processo penal e o ordenamento jurídico penal devem ser conduzidos com a observância aos direitos e garantias processuais.

Neste sentido, por ser direito penal do inimigo um direito penal do autor e pune-se não pelo fato praticado, ou seja, pune-se antes mesmo da realização da conduta delituosa, simplesmente por não mais oferecer uma segurança a sociedade, ferindo os princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência que também reza a constituição.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que dispõe:

“Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento”:

III- a dignidade da pessoa humana;

Portanto, inegável a conjuntura do valor da dignidade da pessoa humana como princípio elevado, embasamento de um Estado brasileiro.

Segundo José Afonso da Silva:

“...a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito a vida...” (Silva, José Afonso, 2.000, pág. 109).

Outrossim, há de se observar a Declaração Universal dos Direitos do Homem que ordena:

“...O fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo consiste no reconhecimento da dignidade de todos os seres pertencentes à família humana e dos direitos iguais e inalienáveis...”

Desta forma, tal princípio é considerado como fonte suprema do direito e maior de todos os valores, o qual se perfaz no ser humano, o que se distingue do restante da natureza.

Kant (2005), filósofo iluminista, alega que “tal princípio traduz que a pessoa humana é sempre um fim e nunca meio, sempre sujeito e nunca objeto, sempre pessoa, nunca coisa”.

De acordo com o artigo do Promotor de Justiça Sergio Abinagem (2006), o direito penal e o direito processual penal, têm sido operados como “coisificação” do ser humano, negando a qualidade humana do autor do fato delituoso, transformando em mero instrumento do processo.

Portanto, observamos que a adoção ao direito penal do inimigo versaria em total contradição a Constituição Brasileira, pois afronta aos princípios do processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Frise-se mais uma vez que a afronta a estes princípios representa o desrespeito ao princípio da humanidade e da individualização das penas, na medida em que o inimigo, por perder o *status de cidadão*, poderia ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

Por isso, o direito penal do inimigo, adotado por Gunther Jakobs, é totalmente incompatível com a ordem jurídica instituída pela Constituição de 1988, primeiramente por possibilitar a perda do caráter cidadão, negando a dignidade humana a este. Em segundo lugar pelo perigo que o direito penal do inimigo, visto que permitir que o Estado se torne uma espécie de Estado autoritário, ditatorial, nazi-fascista.

Ademais, podemos lembrar os trágicos acontecimentos vivenciados pela Segunda Guerra Mundial e os períodos da ditadura vivida no Brasil, e que originou a atual Constituição. Outrossim, é sabido notoriamente que se torna prejudicial concentrar nas mãos do Estado poderes ilimitados, e para limitar tal domínio, nada melhor que a estrita observância do princípio da dignidade da pessoa humana que é a base, como já estudado acima, servindo como freio e devendo ser obedecido por todos sem exceção.

Por esta razão que não é adotado diretamente a doutrina do Direito Penal do Inimigo, uma vez que afronta diretamente a Constituição Federal da República de 1988.

6 APLICAÇÕES PRÁTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

No Brasil, com o advento da Lei nº 10.792/2003, o qual alterou a Lei de Execuções Penais e introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado, se perfaz a aplicação significativa do direito penal do inimigo, visto que abrigam presos, ainda que provisoriamente, sob suspeitas de envolvimento, bem como participação em organização criminosa, quadrilha ou bando.

Ademais, o artigo 52, §§ 1º e 2º, da referida Lei, aduz expressamente aspectos da teoria do direito penal do inimigo:

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

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

II – recolhimento em cela individual;

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

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

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

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Conseqüentemente, verifica-se uma situação que se pune não pelo ato ilícito cometido, o qual é a regra do nosso ordenamento jurídico, e sim se perfaz na punição do autor pela sua periculosidade, ou seja análise do autor do fato, assim se traduz na característica marcante do direito penal do inimigo.

Segundo o professor Rômulo de Andrade Moreira (2006) em seu artigo, afirma preteritamente que tais artigos são totalmente inconstitucionais:

“Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranqüilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis, conforme artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”, assegurando ao preso sem qualquer distinção o respeito a integridade física e moral, artigo 5º, inciso XLIX garante que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal”. (Moreira, Rômulo de Andrade – este monstro chamado RDD).

Além disso, pode-se fazer referência ao nobre autor Norberto Bobbio (1998, p. 115), no qual aduz resumidamente que:

“o problema atual não é mais fundamentar os direitos do homem, é sim protege-los, ou melhor, não se trata de um problema de cunho filosófico, mas sim jurídico, em sentido amplo político”.

De tal modo, não pode ser admissível em um Estado Democrático de Direito, preceitos adversos às normas fundamentais, consagrados à constituição brasileira, principalmente no tocante a defesa do homem, portanto, o direito penal do inimigo não pode e não se encontra resguardo no sistema jurídico brasileiro.

Tal direito, versa em ofensa ao princípio da ampla defesa negativa, ou seja *“nemo tenetur se detegere”*, o qual significa que não se pode constranger ninguém a produzir provas contra si mesmo, sendo que tal princípio é elemento primordial no nosso ordenamento jurídico democrático, e sua violação pode ser considerado um retrocesso no âmbito dos direitos fundamentais.

Ressalte-se ainda que não se pode penalizar um indivíduo pela sua escolha, sem que haja um constrangimento da sua autodeterminação e ofenda os princípios fundamentais que foram assegurados pela constituição brasileira.

Para o professor Luiz Flavio Gomes (2005), seria uma volta a barbárie, se o estado adotar o direito penal do inimigo, visto que:

“Ninguém contesta que o estado deve intervir para evitar danos para o patrimônio e vidas das pessoas, contudo, dentro de um estado democrático de direito até mesmo o direito deve ter limites”.

Portanto, mesmo que o direito penal do inimigo não encontre guarida a constituição brasileira explicitamente, verifica-se que com a nova lei em vigor o direito penal do inimigo encontra-se presente mesmo que implicitamente.

Outro exemplo prático que podemos citar é a Lei nº 9.614/1998, a chamada Lei do Abate, o qual tem o objetivo a destruição de aeronaves suspeitas de estarem transportando contrabando de armas, bem como tráfico ilícito de entorpecentes.

Frise-se que tal lei instituiu a execução sumaria de passageiros de aviões civis sem o devido processo legal, por uma simples suspeita.

Ressalte-se ainda que, com o Decreto nº 5144/2004, estabeleceu procedimentos que devera ser adotados pelos pilotos da Força Aérea Brasileira, onde efetuará o abatimento após o descumprimento de nove procedimentos.

De acordo com o Ministro José Viegas (2007):

“Não há condenação a morte sem o julgamento, porque se trata de resistência a prisão e as aeronaves somente serão destruídas se os pilotos não obedecerem as ordens dos pilotos da Força Aérea Brasileira, além disso só serão abatidos aviões que estivessem transportando drogas”

É flagrante a utilização do direito penal do inimigo no caso em tela, visto que se confrontarmos com exemplo de um carro contendo passageiros e o motorista não obedecesse à ordem de parar, bem como para a fiscalização de documentação e porta-malas, não poderia ser o motorista e ou os passageiros mortos.

Ainda que houvesse a tentativa de fuga, o que na pratica normalmente ocorre não poderia ser submetido a pena de morte sem o devido processo legal, ainda reza o artigo 352 do Código Penal:

“Artigo 352 - Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o individuo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:

Pena-”detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência”

Desta forma, fica clarividente que exceto mediante violência contra a pessoa, a tentativa de fuga, ou ate mesmo a fuga não tipifica o crime, assim, não justificaria a pena de morte. Ressalta-se que o Estado tem o dever de punir e prender suspeitos e não podendo matá-los, salvo em legitima defesa.

Por esta razão que afirmam que tal lei é inconstitucional, haja vista que coloca em risco a vida de pessoas inocentes, por uma simples suspeita, sem o direito de defesa e sem o julgamento.

Todavia, tal medida é adotada visando evitar que o espaço aéreo brasileiro sirva como rota para o narcotráfico internacional, já que o Brasil possui fronteiras com diversos países o qual se inclui países produtores e exportadores de cocaína, e por tal motivo não foi o Supremo Tribunal Federal provocado para analisar a constitucionalidade da aludida Lei.

Por conseguinte, observamos que o Estado para combater a criminalidade subordina ao direito, desrespeitando a Constituição, e o devido processo legal, abduzindo a decisão do poder de decisão do judiciário competente para solucionar os conflitos existentes e aplicar as devidas sanções previstas na lei penal, aplicando de tal forma a direito penal do inimigo mais uma vez de forma implícita.

6.1 Analise de Casos

A teoria lançada por Gunther Jackobs (2007), é utilizada para esbulhar uma serie de direitos processuais, com o objetivo de dar maior segurança a sociedade, com relação aos indivíduos de alta periculosidade, utilizando uma política de tolerância mínima, ou seja, desconfiança, atenção e prevenção.

Com os acontecimentos internacionais, sobretudo após o ataque terrorista em 11 de setembro de 2001, nas torres gêmeas, nota-se novas políticas criminais, que

retiram os princípios de garantia, colocando de lado, e punem pela pessoa e não pelo fato por ela cometido.

Desta forma, advém uma nova figura no direito penal, o chamado INIMIGO, também conhecido como não cidadão.

Após este acontecimento, ressurgiu a idéia do chamado “tolerância zero” nos Estados Unidos, o qual surgiu uma nova política de segurança, visto o pânico que pairava em toda Europa. Além disso, uns dos meios de controle de isolamento foi o desenvolvimento de uma pulseira para obter o controle dos criminosos norte-americanos.

Isto, tem o objetivo de proporcionar a sociedade uma segurança estável, demonstrando que aquele individuo é uma ameaça. Ademais, tornaria mais fácil o sistema de controle, caso o mesmo individuo praticasse novo delito.

Tal sistema da mesma forma foi adotado em Portugal, bem como na Inglaterra e Suécia.

No Brasil, com os grandes problemas prisionais, e as dificuldades de combater a reincidência, se busca desenvolver um controle prisional o qual se baseia em uma pulseira eletrônica, que tem por finalidade controlar os condenados em regime de detenção, tais como, liberdade condicional, semi-aberto, etc.

A referida medida teve como base a idéia implantada nos países acima citados e proposta pelo Senador Aloízio Mercadante através do Projeto de Lei 1º 165/2007, o qual foi aprovado pelo Senado e encontra-se para votação na Câmara dos Deputados e posteriormente para aprovação do Presidente da República.

O projeto propõe a alteração do artigo 312 do Código de Processo Penal, no qual dispõe:

“Artigo 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”

Assim, com o projeto tal artigo passaria a vigorar com a seguinte redação:

“Parágrafo 1º - Quando a prisão preventiva for decretada para assegurar a aplicação da lei penal, e havendo comprovação nos autos de efetivo risco

de fuga do acusado, o juiz poderá, fundamentadamente, substituir a medida cautelar de prisão pela liberdade vigiada por monitoramento eletrônico”.

Ademais, tal projeto, veda expressamente a possibilidade da medida de monitoramento eletrônico, nos casos de crime hediondo.

Para o senador tal projeto se faz justificável em razão do sistema prisional estar debilitado, praticamente falido, onde analisando os dados do Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça, se observa que existem mais de 401 (quatrocentas e uma mil) pessoas presas, bem como aproximadamente cerca de 550 (quinhentos e cinquenta mil) mandados de prisão a serem cumpridos pela polícia brasileira.

Ressalte-se que tais medidas demonstram de forma clara e evidente a aplicabilidade do sistema do direito penal do inimigo, com a justificativa de que o sistema prisional não oferta mais soluções, e seu pensamento atual norte-americano, onde a sociedade deve se proteger do inimigo.

È sabido que o referido projeto tem um bom funcionamento nos demais países, visto que há um planejamento e preparo para tanto, no entanto, a aplicabilidade no Brasil poderá ser gerada um sentimento de desconfiança, insegurança e revolta, quando um condenado for encontrado com a pulseira.

Outra prova existente de traços do Direito Penal do Inimigo no Brasil, é a Lei do Abate estudado anteriormente, onde as aeronaves brasileiras têm a autorização para abater aeronaves de outros países, que sobrevoam o território brasileiro e não fornecem a identificação, bem como não correspondem a ordem de pouso.

Se analisarmos friamente, o Estado retira todas as garantias processuais e fazem um pré-julgamento, julgando culpável, de forma que o Estado não esteja mais tratando como cidadão, e sim como um verdadeiro inimigo.

De outra sorte, milhares de aviões adentram em nosso país, mais especificamente clandestinamente na floresta amazônica traficando drogas, como também o tráfico de armas.

Desta forma, seria justificável a Lei do Abate na legislação brasileira, haja vista que, haverá uma contribuição na redução da entrada das drogas no Brasil, e

também tem como o objetivo de impedir que nosso território seja transformado em passagem do narcotráfico internacional.

Ademais, é sabido que o Brasil possui fronteiras com onze países da América do Sul, o qual se inclui com os produtores e exportadores de diversas drogas, como por exemplo a Colômbia, Bolívia e o Peru, sendo que a floresta amazônica é uma das principais passagens dos traficantes para o transporte desta.

Outro caso que merece análise sobre a teoria adotada por Jakbos é o Regime Disciplinar Diferenciado, da mesma forma já estudada anteriormente, o qual conduz a violação dos direitos e garantias, no entanto de forma indireta.

Deste modo, a alteração feita na Lei de Execuções Penais, tem a finalidade que vai muito além de efetuar o controle da disciplina dentro do cárcere não somente os direitos fundamentais do homem, mas sim capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humana e, inclusive capaz de substituir um modelo de Direito Penal de fato por um modelo de Direito Penal do Autor.

Ressalte-se ainda que, ao auferir o indivíduo ao sistema de execução penal, submetendo – o ao isolamento completo, equivale a dizer que não deriva mais um juízo de valor o qual não tem a haver com um direito penal do fato, o tradicional e sim com o direito penal do inimigo.

A aludida alteração legislativa, decorre de um alto grau de periculosidade tanto ao estabelecimento penal quanto a sociedade. Todavia, cabe verificar, que essa submissão ao RDD, seria na realização de um delito ou de uma falta grave regulamentada pelo estabelecimento prisional? A mera suspeita de participação ou bando ou ate mesmo em organizações criminosas justificariam o tratamento diferenciado?

Desta forma, se o juízo que se faz, é meramente de suspeita, não havendo provas e nem a certeza de tal participação e já havendo a imposição da pena diferenciada, fica caracterizada a adoção do direito penal do inimigo, a que se refere a sua forma de execução.

Como se não bastasse tal fato, todas as restrições realizadas não são dirigidas aos fatos cometidos e sim a determinada classe de autores. Tem por escopo dificultar o convívio dos condenados no interior do cárcere, não por ter

cometido um delito e sim, porque representam um risco social e/ou administrativo, sendo em suspeitas de participação em bandos ou organizações criminosas.

Em um artigo de Zugaldía Espinar, tal iniciativa, condiz a um direito penal do autor, no qual não se importa o que tenha feito, ou se tenha omitido, e sim de quem, a personalidade, características do autor, “faz ou omite” (a pessoa do autor).

7 APLICAÇÕES DA DOCTRINA PENAL DO INIMIGO NA JUSTIÇA BRASILEIRA

No Brasil, um Estado Democrático de Direito, verificamos, diversos crimes praticados por grupos organizados que, inclusive, possui regras e estatutos para os integrantes, praticam ataques contra as forças estatais, bem como contra polícias e poderes judiciais, ataques de facções tombando milhares de funcionários públicos.

Tais grupos anunciaram impetuosamente que tem como objetivo abater o Estado, para que possam constituir um novo poder. No entanto, cabe verificar certas indagações surgidas no percorrer de tal estudo, as quais seriam:

- a) Esses integrantes de facções se encaixam no conceito de não-cidadão adotado por Jakobs?
- b) E tais facções, já afrontaram as forças armadas, como exemplo em 1994 no estado do Rio de Janeiro, e ultimamente afronta a força nacional, essas facções são consideradas como inimigos, teria o Estado à competência de empregar o chamado direito penal do inimigo no nosso ordenamento jurídico?

Na opinião de Jakobs (2007), ele opta a deixar de fora o direito penal, disponibilizando no âmbito do ordenamento jurídico as medidas de emergências. De contrapartida, Meliá prefere integra-lo ao direito penal, oferecer ao ordenamento jurídico um enriquecimento das leis para um processo penal verdadeiro, e não somente simbólico.

Meliá (2007), preceitua as idéias de Silva Sanches (2007), no qual para este existiria exclusivamente duas velocidades no nosso ordenamento, sendo que a primeira seria as penas privativas de liberdade e a segunda seria as pecuniárias e as restritivas de direito. Desta forma, teria Meliá criado na mesma linha de um direito de terceira velocidade, o qual seria o direito penal do inimigo, aduz o referido autor que:

“Coexistiria a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a flexibilização dos princípios político-criminais e as regras de imputação” (Meliá, 2007, p. 74)

Uma demonstração da existência do direito penal do inimigo no Brasil é a chamada Lei do Abate já estudada anteriormente, no qual estabelecer a autorização para abater aeronaves de outros países em que sobrevoando em território brasileiro e sem identificação ou ainda não responderem as ordens de pouso.

Verifica-se que, o Estado lhe retira todas as garantias processuais e fazem uma adição da punibilidade com a uma das maiores penas, o qual se traduz na morte.

Ressalte-se ainda que o Estado já acaba com o perigo futuro, direcionando a pena de morte a este agente, não o tratando como cidadão e sim de forma como inimigo do estado.

Outra demonstração já dita alhures é o chamado regime disciplinar diferenciado, o qual já foi demonstrado em todo o estudo que tal regime viola as garantias fundamentais constitucionais igualmente já estudadas, no entanto fere principalmente a que se refere a humanidade da execução da pena, como também o principio da igualdade.

Todavia, é de sua importância ressaltar, que tais violações ocorrem de maneira indireta, haja vista que tal regime é para aqueles suspeitos, dado um tratamento cruel para o autor, e desta forma, vem corroborar a diferenciação dada ao cidadão e aos inimigos.

Deste modo, se perfazendo o Direito Penal do Inimigo na justiça brasileira, onde desconsideram determinadas classes com direitos fundamentais aos demais.

7.1 Jurisprudencia

Cabe destacar que a afirmação que opuseram sobre a inconstitucionalidade da Lei acerca do RDD, fora completamente repudiada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, assim vejamos:

Ementa

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.

2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social.

3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus.

Precedentes (...)

5. Ordem denegada.

Analisando o rol de internos no regime disciplinar diferenciado, e suas infrações por eles cometidas, observa-se que se faz a adoção de certas medidas para que se institua a paz social.

Nomes como de Marcola, Fernandinho Beira – Mar, dentre outros, são conhecidos mundialmente como chefões do tráfico de entorpecentes, o qual se dá a figura da mais alta periculosidade e que necessitam de isolamento.

Assim, defende-se as garantias e os direitos fundamentais, como segurança que vivenciam dentro das normas introduzidas pelo Estado.

Outrossim, se proporciona o direito penal do inimigo, na tentativa de proteger a sociedade contra aqueles criminosos que cometem delito não por causa de uma falha da sociedade durante a sua vida, mas sim aqueles que necessitam de se de se tornar efetiva a simples e pura essência do ato.

De outra sorte, observamos julgados que procedem de maneira diversa do que vimos acima, se não vejamos:

RECURSO ESPECIAL Nº 662.637 - MT (2004/0070068-1)

RELATOR : MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO : ALAIR FERNANDO DAS NEVES (PRESO)

ADVOGADO : ELÍDIA PENHA GONÇALVES

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CRIME DOLOSO CONSTITUI

FALTA GRAVE. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD. PROVIMENTO. ART.

52, LEI 7.210/84.

Recurso conhecido e provido.

CONCEDIDA.

1) Nos termos do artigo 52, parágrafo 2º, da Lei nº 7.210/84, com a redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, 'Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando' (cf. art. Cit.).

2) Contudo, as fundadas suspeitas de envolvimento do paciente em organização criminosa, que serviu como fundamento do ato judicial ora impugnado, tendo em vista sua condenação nos autos da Ação Penal nº 2003.36.00.015427-1, como incurso nas penas do artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86; do artigo 1º, inciso VI, parágrafo 4º, da Lei nº 9.613/98; e dos artigos 61, inciso II, letra 'b', 62, inciso II, e 69 do Código Penal, deve ter origem em atos praticados pelo detento (condenado ou internado) dentro do estabelecimento prisional, eis que o aludido Regime Disciplinar Diferenciado – RDD tem por única finalidade resguardar a ordem e a segurança do estabelecimento penal, embora, por óbvio, tenha reflexo direto na sociedade, contra a ação delituosa de presidiários.

3) O fato de o detento, como na hipótese em exame, ter integrado organização criminosa, para praticar determinados delitos, que lhe renderam condenação, por si só, não autoriza sua inclusão do aludido regime diferenciado, que é pena por infração disciplinar carcerária.

4) No caso em análise, não há comprovação de ter o condenado praticado falta grave. Ao contrário, pois, segundo atestou o diretor da Unidade Prisional Regional Pascoal Ramos, em Mato Grosso, o paciente, oriundo do Departamento de Polícia Federal. 12 de maio de 2003, à época, com prisão temporária decretada em seu desfavor, não registra nenhuma nota que desabone sua conduta.

5) Assim sendo, sua inclusão no aludido regime disciplinar, atendendo solicitação desfundamentada do Superintendente do Sistema Prisional, da Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso, caracteriza constrangimento ilegal.6) Ordem concedida, para desconstituir a decisão que determinou a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, por falta de amparo legal.” 5. Insurge-se o Parquet alegando violação ao artigo 52, § 2º, da Lei nº 7.210/84, uma vez que o Regime Disciplinar Diferenciado-RDD deve ser

aplicado aos presos ligados ao crime organizado, independente do cometimento de falta grave.

6. Cinge-se a controvérsia acerca da aplicação do artigo 52, § 2º, da Lei de Execuções Penais ao detento condenado pelos delitos previstos no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, art. 1º, inciso VI, parágrafo 4º, da Lei nº 9.613/98 e artigos 61, inciso II, letra 'b', 62, inciso II e 69 do Código Penal.

7. Pela norma prevista no art. 52, da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003, estabelece-se que “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: duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol” (art. 52, incs. I, II e III). Também por força da referida lei, o RDD “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” (art. 52, § 1º), bem como “o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”(art. 52, § 2º)

8. Com efeito, o tratamento diferenciado imposto ao recorrido, com a consequente restrição aos direitos do reeducando, previstos no artigo 41 da Lei de Execuções Penais, decorre antes de mais nada da atual realidade do sistema prisional, em que o Estado foi levado a construir presídios especiais para abrigar os criminosos cuja presença no meio carcerário possa colocar em risco a ordem e a disciplina interna, a integridade física dos condenados e a própria sociedade.

9. Por outro lado, cumpre salientar que o regime disciplinar diferenciado não constituiu uma nova modalidade de prisão penal de caráter provisório, ou um novo regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes já existentes (fechado, semi-aberto e aberto). Na verdade, o RDD nada mais é do que um regime de disciplina carcerária especial, dentro do regime fechado, que tem como característica um maior grau de isolamento do preso com o mundo exterior, inclusive com o bloqueio de comunicação por telefone celular e outros aparelhos. Trata-se de uma medida emergencial que visa transformar ao caos do sistema penitenciário para, ao menos em relação aos presos mais perigosos, impor-lhes um verdadeiro regime de segurança máxima, sem o qual, infelizmente, a atuação desses líderes de organizações criminosas não pode ser contida.

10. Assim, aos criminosos que, mesmo aprisionados, pretendem continuar exercendo sua maléfica liderança, subjugando e usando os demais presos como massa de manobra em suas rebeldias, é imperioso que o Estado lhes imponham um regime de disciplina diferenciado que, sem ser desumano ou contrário à Constituição, possa limitar os direitos desse presos, evitando que continuem a comandar organizações criminosas de dentro dos estabelecimentos penais.

11. O tratamento diferenciado imposto ao recorrido pelo juiz de primeiro grau em nenhum momento afronta os regramentos disciplinados pela Lei de Execuções Penais na aplicação da pena ao reeducando, ainda mais na espécie, quando trata-se do condenado Alair Fernando das Neves que, segundo o Superintendente do Sistema Prisional de Cuiabá/MT, é um

dos presos mais perigosos do Estado do Mato Grosso, integrante da organização criminosa de João Arcanjo Ribeiro, conhecido como "Comendador".

12. De outra parte, ao contrário do asseverado pelo Tribunal a quo, a Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 52, da LEP, não estabelece que seus efeitos sejam aplicados exclusivamente aos casos de cometimento de crime, ou de falta grave dentro do cárcere. A propósito, extrai-se das razões da ilustre Procuradora Regional da República ELIANA PÉRES TORELLY DE CARVALHO, às fls. 108, o seguinte excerto:

"De relevo ainda que, o fato de estar a norma que institui a aplicabilidade do regime disciplinar diferenciado inserida em subseção da Lei de Execução Penal relativa a 'faltas disciplinares', não conduz à conclusão de que a mesma somente poderá ser aplicada em caso de falta grave. Ora, a subseção mencionada faz parte da Seção III, que trata da disciplina carcerária de modo geral. Outro não é o objetivo da norma impugnada senão o resguardo da disciplina intramuros, reiteradamente ameaçada com a presença entre a massa carcerária de prisioneiros com elevada periculosidade, tais como os descritos nos §§ 1º e 2º do art. 52 da LEP, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03. Tais parágrafos constituem norma que estende a outrashipóteses as disposições aplicáveis às perturbações disciplinares oriundas de faltas graves."

13. Desta feita, o Tribunal de origem, ao desconstituir a decisão que determinou a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado-RDD, ao fundamento de não haver comprovação da prática de falta grave, violou o art. 52, § 2º, da Lei de Execuções Penais.

"Conforme o exposto, dou provimento ao recurso.

Frise-se então que, analisando casos práticos, observamos uma discricionariedade na aplicação do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico, onde determinados julgados admitem a aplicação do RDD por simples e mera suspeitas de participação em crime de quadrilha ou bando, bem como participação em organizações criminosas.

Diferentemente, vimos que a quem entende que mera suspeita não poderia ensejar a aplicação do aludido regime, haja vista que este somente poderá ter a sua aplicabilidade no tocante a falta grave dentro do estabelecimento prisional, isto é, sendo necessário que o indivíduo já tenha sido devidamente processado e condenado e em cumprimento da pena.

Contudo, se faz primordial destacar que de qualquer forma a aplicação do regime diferenciado, se torna presente em nosso ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que de forma indireta, a teoria do adotada por Jakobs, o direito penal do inimigo.

7.1.2 O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo

Como dito alhures com a entrada em vigor da Lei nº 10.792/2003, altera a Lei de Execuções Penais Brasileira Lei nº 7.210/1984, esta nova lei traz a inserção de um *Regime Disciplinar Diferenciado*.

Tal regime é aplicado a certos detentos, violando determinadas garantias fundamentais, principalmente a que se refere à humanidade da execução da pena, bem como o princípio da igualdade, ainda que tal violação ocorra de maneira indireta.

Há existência de teorias dogmáticas, cujos ensinamentos demonstram estar em concordância com o modelo político-criminal, o qual é reconhecido como autoritário.

Ressalta-se que o Direito Penal tradicional, é uma instancia estatal de controle social, que serve para manter o controle entre as demais instâncias que ocupam o referido controle.

Segundo, Zaffaroni em seu artigo, rechaça a idéia de um controle institucionalizado, formando três alicerces, o qual seria o policial, judiciário e o executivo, de forma que atuariam juntamente, mas cada um com sua autonomia no controle de cada etapa.

Da mesma forma, aduz que não se pode perder de vista que o sistema penal é imune de influencias das distorções de um sistema liberal-burguês, da mesma forma não pode ser considerado solução do problema da criminalidade.

Com a alteração da Lei de Execução Penal, demonstra a intenção de uma obediência a um padrão político – criminal violador não apenas a direitos e garantias fundamentais do homem, mas também, o intuito abstrair da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive, suprir o Direito Penal tradicional, para o modelo do Direito Penal do Inimigo.

Após a modificação da Lei de Execução Penal, o artigo 52, funda, o isolamento celular do individuo que comete delito doloso ou falta grave, no prazo ate 1 (um) ano, com a possibilidade de prorrogação pelo mesmo período a um sexto estabelecido inicialmente, bem como restrições quanto ao recebimento de visitas.

Frise-se que o problema mais grave advém com a leitura dos parágrafos do mesmo artigo, o qual aduz que:

“§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”.

“§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos”.

Verifica-se a possibilidade no sistema prisional, o detento ser submetido a um isolamento, em cela separada, ou seja, deriva de um juízo de valor que não condiz com o direito penal tradicional, e sim corrobora com o direito penal do.

Ademais, observe-se que as restrições feitas não são feitas pelos fatos ocorridos, mas sim a determinada classe de autores, delinqüentes que evidencia risco a sociedade. Tenta dificultar a vida dos condenados no interior do presídio, para que estes não cometam mais crimes, em segundo plano porque representam um risco social e ou administrativo, como pro exemplo, suspeita de participação de quadrilha ou organização criminosa. No entanto, esse juízo é apenas de suspeita, assim não há certeza a respeito de tal participação, desta forma é admitida à imposição de uma pena diferenciada.

O procedimento da pena diferenciada relacionada apenas a “suspeitas” de uma participação na criminalidade, se perfaz no Direito Penal do Inimigo, isto é, desdém a uma determinada classe com direitos iguais aos demais a partir da classificação que se impõe as instancia de controle.

O tratamento desumano de apontado ao autor de um crime, com a adoção do RDD, vem corroborar a distinção entre cidadãos e inimigos.

No entanto, a quem defenda que, tal alteração legislativa não é capaz de reduzir os índices de criminalidade, uma vez que tal delinqüência se encontra muito mais grave nas distorções sociais, bem com econômicas do que no regime interno do presídio.

Ademais, verifica-se que no Brasil os problemas estão vinculados a criminalidade que se depara nas ruas realizadas por quadrilhas, bandos, enquanto no Europa, o problema é identificado com os ataques terroristas, de forma a aparecer propostas semelhantes em algumas legislações.

8 CONCLUSÃO

Quando se aborda uma valoração do direito penal do inimigo como parte do ordenamento jurídico-penal, sobretudo se deve verificar que se é capaz de ser aceito como inevitável segmento instrumental do direito penal moderno.

Cabe ressaltar que aplicação da teoria do inimigo seria viável para a redução da criminalidade que paira sobre o país.

No entanto tal aplicabilidade num país como o Brasil, no qual todo sistema é falho e muitas vezes atos praticados por determinadas classes de pessoas se tornam impunes e diferentemente até mesmo um furto de uma espiga de milho feito por um pobre se torna um crime de maior valoração em relação de um crime de “colarinho branco”, não deveria vigorar.

Frise-se mais uma vez que nosso país possui uns dos sistemas mais falhos que podem por sua vez punir inocentes, retirando as garantias fundamentais inerente a ele e, o verdadeiro criminoso, o corrupto, os deputados, senadores, governadores, prefeitos e presidentes, ficam a mercê de um devido processo legal, no qual por inúmeras vezes sempre saem impunes e imunes.

Por esta razão, pela falha no sistema brasileiro, a melhor atitude que se deve tomar, não é a aplicabilidade nua e crua do direito penal do inimigo e sim apresentar alternativas ao direito penal do inimigo, visto que deve se reconhecer que é de difícil aceitação num cenário de Estado Democrático de Direito, o qual se perfaz o Brasil.

Ademais, se torna inimaginável efetuar a divisão das pessoas em duas classes, sendo a cidadão ou não cidadão, quando é claro que a Constituição Brasileira, impõe a igualdade dos seres como cláusula pétrea, sem a distinção de qualquer natureza.

Desta forma, se faz primordial a necessidade de propostas, referindo-se as mudanças legislativas referentes ao Direito Penal e das flexibilizações das garantias processuais penais.

Segundo o professor Bernd Schunemann, da Universidade de Munique na Alemanha, opinou no sentido crítico das idéias de Jakobs, sendo a favor da instrumentalização da Justiça Penal como alternativa ao Direito Penal do Inimigo, pelo meio da neutralização dos principais grupos organizados.

Em sua palestra¹ realizada pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, afirmou que:

O Estado deve encontrar formas de combater o terrorismo, mas sem abandonar as conquistas do Estado de Direito Penal;...frente ao delito organizado, se deve reforçar a força instrumental da chamada Justiça Penal, mas sem anular a condição de “sujeito” do chamado inimigo;...o Direito Penal do século XXI terá como tarefa primordial desenvolver instrumentos contundentes, porém, controláveis (por novas instituições que permitam o controle da legalidade) contra o terrorismo, respeitando, acima de tudo, o chamado Estado de Direito. (SCHUNEMANN, 2006, s.p.).

Assim, podemos concluir que se faria primordial insistir no endurecimento das sanções penais para determinados atos ilícitos, como também na tipificação de novos delitos, na medida em que há o surgimento de novos fatos sociais, bem como na releitura de garantias processuais.

Frise-se que se o Direito é fato, valor e norma, adotando assim, a teoria tridimensional de Miguel Reale (2000, p. 65), existe deste modo, a possibilidade que sempre surja um novo comportamento humano, ou que sempre mude o comportamento humano, de modo a despertar a atenção do Direito Penal, “fato”, podendo aprová-lo, bem como reprova-lo, desta forma, demonstrando o “valor”, surgindo assim a “norma” que tipifica o comportamento como crime.

Concluimos então, que o Direito Penal do Inimigo, deve causar diversas reflexões, ao invés de críticas sem o acompanhamento de propostas ou alternativas de solução para o problema.

Ressalte-se ainda que, não é possível fazer dentro de um Estado Democrático de Direito, a distinção de cidadão ou inimigo, visto que não se pode destoar o Direito Penal.

¹ Em palestra proferida em 02 de outubro de 2006, promovida pela EMARF (Escola de Magistratura Regional Federal da 2ª Região), no auditório do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Na minha opinião, seria necessário, já que não temos um sistema concreto e seguro para a aplicação deste, oferecer então soluções racionais, proporcionais e de forma efetiva para a solução para fatos de alta gravidade que se repetem a cada dia, alastrando medo na sociedade, com a sensação de impunidade que paira sobre nós, e que acabam por abater o próprio Estado de Direito Democrático, o qual se perfaz na segurança pública.

Os inimigos hoje são traficantes, homicidas, terroristas, funcionários públicos corruptos, que se alastram feito “metástase pelas células” sociais. Verifica-se que antigamente, o Direito Penal se dedicou a perseguir inimigos imaginários, como forma de controle social, no entanto hoje os inimigos são outros não podendo mais um País como o Brasil viver de passado, sendo que é notório que toda sociedade muda, assim como os criminosos, portanto nada mais do que correto o ordenamento jurídico mudar juntamente com a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Cláudio do Prado, **Bases teóricas da ciência penal contemporânea, dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**, São paulo, IBCCRIM, 2007.

ARISTOTELES, **Política**, São Paulo, 2004.

BARBOSA, Ruy, **Comentários a Constituição Federal Brasileira**, São Paulo, Saraiva, 1993.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**, Brasília, Brasília Jurídica, 1998.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Alternativas ao direito penal do inimigo. Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1319, 10 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9481>>. Acesso em: 18 dez. 2007.

Bernd Schunemann, Em palestra proferida em 02 de outubro de 2006, promovida pela EMARF (Escola de Magistratura Regional Federal da 2ª Região), no auditório do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

BOBBIO, Norberto, **Da estrutura à função, novos estudos de reoria do direito**, Barueri, São Paulo, 2007.

CARVALHO, Julio Marino de, **Os direitos humanos no tempo e no espaço, visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da historia**, Brasília, Brasília Jurídica, 1998.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Lei do abate. BDJur**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8622>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo” Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 6, n. 11, 2005.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **O direito penal do inimigo tupiniquim. Papini Estudos Jurídicos**, São Paulo, 09 maio 2007. Disponível em: <http://www.papiniestudos.com.br/ler_estudos.php?idNoticia=100>. Acesso em: 12 dez. 2007.

HOBBS, Thomas, **O elemento da lei natural e política: tratado da natureza humana, tratado do corpo político**, São Paulo, Ícone, 2003.

JAKOBS, Gunther, **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Gunther, **Ciência do direito e Ciência do direito penal, dois estudos de Gunther Jakobs**, São Paulo, 2003.

KANT, Immanuel, **Metafísica dos costumes: princípios metafísicos da doutrina do direito**, Lisboa, 2004.

KREBS, Pedro. **Teorias a respeito da finalidade da penal. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 6, n. 11, 2005.

LUIZI, Luis, **Os Princípios Constitucionais Penais**, 2ª edição, Revista e Aumentada, Porto Alegre, 2003.,

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

MARTINS, Ives Gandra da Silva, **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo, Saraiva, 1999.

MELIÁ, Manuel Cancio, **Noções e Críticas do Direito Penal do Inimigo**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

MERCADANTE, Aloizio, Projeto de lei do Senado nº 165, São Paulo. 20 de abril de 2007, disponível em: <http://www.mercadante.com.br/>

MORAES, Vinicius Borges de. **As teorias da finalidade da pena e o respeito às garantias fundamentais.** *Revista Ibero-Americano de Ciências Penais*, ano 6, n. 11, p. 121, 2005.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, São Paulo, editora Atlas, 2007.
PASCHOAL, Janaina Conceição, **Constituição e o direito penal mínimo**, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e o direito penal do inimigo.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

REALE, Miguel, **Lições preliminares de direito**, São Paulo, Saraiva, 2000.

ROBERTI, Maura, **A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**, São Paulo, Revista e Aumentada, 2002.

ROTHERNBURG, Walter Claudius, **Princípios Constitucionais**, Porto Alegre, Fabris, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**, Brasília, Atica, 1990.

SILVA, José Afonso de, **Curso de direito constitucional positivo**, São Paulo, Malheiros, 2000.

SIRVINSKAS, Luis Paulo, **Introdução ao estudo do direito penal, evolução histórica, escolas penais, valores constitucionais, princípios penais e processuais e direitos humanos**, São Paulo, Saraiva. 2003.

ZAFFARONI, E.R, **Direito penal**, parte geral, Ediar.