

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
MARILANE DA COSTA NUNES

**ASPECTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

FORTALEZA-CEARÁ

2010

341.5
N972a
S402
F580

MARILANE DA COSTA NUNES

ASPECTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA da Universidade Estadual do Ceará - UECE, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientação: Prof. Ms. João Araújo Monteiro Neto.

FORTALEZA
2010



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA

Coordenação do Núcleo *Lato Sensu*

COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

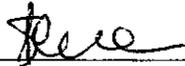
A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 e 25 da Resolução 2516/2002 CEPE, 27 de dezembro de 2002, da Universidade Estadual do Ceará / UECE, após análise e discussão da Monografia submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Marilane da Costa Nunes
Monografia: Aspectos do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal
Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 29/2010
Data de Defesa: 13/04/2010

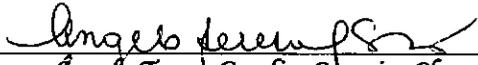
Fortaleza – CE, 13 de abril de 2010


João Araújo Monteiro Neto

Orientador(a)/Presidente/ Mestre


Sílvia Lúcia Correia Lima

Membro/ Mestre


Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves

Membro/Mestre

A Deus, pelas forças que a mim foram doadas no decorrer desta caminhada, e por fazer de mim um ser dotado de fé e esperança.

Aos meus amados pais, que me proporcionaram mais um avanço acadêmico, fortalecendo-me como profissional através dos conhecimentos adquiridos nesta árdua jornada, e como pessoa pela aquisição de bons frutos colhidos nas amizades por esta especialização proporcionada.

Ao meu irmão, pelo companheirismo e apoio nos momentos decisivos de minha vida.

Ao meu amado Breno, meu eterno namorado, por me apoiar em todos os momentos da minha vida, transbordando paciência, compreensão e confiança, suportando as minhas angústias e preocupações, ajudando e incentivando em meu crescimento profissional.

As amigas adquiridas através da especialização (Luluzinhas), pela amizade a mim conferida em todos os momentos dessa longa caminhada, confiando em minha capacidade e amizade.

A equipe de coordenação, pela dedicação e respeito conferida à todos que dela necessitaram.

AGRADECIMENTOS

Ao professor José Araújo Monteiro Neto, por aceitar a árdua tarefa de orientar e contribuir de maneira fundamental e decisiva na realização desta monografia.

À professora Maria do Socorro Ferreira Osterne, que de maneira competente e tranqüila orientou o desenvolvimento metodológico deste trabalho.

Aos professores examinadores, por aceitarem o convite para participar da banca examinadora desta monografia.

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

A presente pesquisa monográfica tem como objetivo investigar os aspectos do direito penal do inimigo na legislação penal brasileira, diante do constante recrudescimento da legislação que busca conter o crescimento acelerado da criminalidade vivenciada pelos brasileiros. Além de conceituar a teoria em epígrafe, verificar quais são os possíveis danos sofridos pelos chamados “inimigos” do Estado quando de sua adoção e indicar a legislação nacional que possui aspectos marcantes da teoria. Em seguida far-se-á uma explanação da teoria Direito Penal do Inimigo na legislação estrangeira, enfatizando o comportamento adotado pelos Estados Unidos, em especial após os atentados terroristas ocorridos no ano de 2001, sendo detalhadas as principais e mais relevantes novidades adotadas nas leis alienígenas em virtude da situação ocorrida naquele ano.

Palavras-chaves: Direito Penal do Inimigo. Legislação Penal.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 09 |
| 2. DIREITO PENAL DO INIMIGO | 13 |
| 2.1 Conceito | 13 |
| 2.2 Características | 18 |
| 2.3 Finalidades | 22 |
| 3. DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 25 |
| 3.1 Regime Disciplinar Diferenciado | 26 |
| 3.2 Lei dos Crimes Hediondos | 29 |
| 3.3 Castração química | 32 |
| 4. DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA | 36 |
| 4.1 Interceptação de comunicações, de fluxos eletrônicos e digitais e de registros | 37 |
| 4.2 Medidas financeiras de controle | 37 |
| 4.3 Terrorismo e direito penal material..... | 38 |
| 4.4 Proteção das fronteiras e leis de imigração | 39 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 45 |
| REFERÊNCIAS | 49 |

1. INTRODUÇÃO

A notória evolução da sociedade no âmbito econômico, alterando tendências e costumes, traduz a idéia de competitividade exagerada em virtude dos avanços tecnológicos bem como a constante busca em se destacar perante a sociedade, e que apesar da frequente mudança de hábitos e valores, o que não se vê é o tratamento igualitário entre a comunidade global.

Parâmetros socioeconômicos são utilizados para definir a que grau de comportamento e aceitabilidade perante a sociedade cada indivíduo irá se inserir, onde aqueles que não se encaixam em requisitos mínimos, sempre serão vistos e tratados como marginais, ficando amplamente excluídos de uma maturação saudável, proporcionando-lhes somente desprazeres em gozar a vida. Atributos estes, que, infelizmente, levam esses indivíduos a um “caminho sem volta”, o da criminalidade.

Alienados e totalmente incompatíveis com o convívio social, inseridos no mundo do crime, onde a lei que impera é a do mais forte, vivenciando constantemente o sofrimento e a dor, a precariedade em busca de sobreviver, onde qualquer vantagem auferida nesta vida torna-se lucro, isso tudo caracteriza a impotência do Estado em lidar com essa situação calamitosa, revertendo-se em uma verdadeira guerra entre “marginais” que se confrontam com “cidadãos de bem” e o Estado.

A sociedade contemporânea tem se demonstrado inconformada com a atual onda de criminalidade, por tornarem-se reféns de suas próprias grades, trancafiados, enquanto os reais infratores da lei ganham a liberdade e agem despreocupadamente e impunemente.

Assim, em conseqüência da insatisfação social com o aumento indiscriminado da criminalidade, contaminado pelo sentimento de impunidade, a Teoria do funcionalismo sistêmico ou radical, surgida em 1985 encabeçada por Günther Jakobs, enunciada como Fundstrafrecht ou Direito Penal do Inimigo, vem colecionando seguidores e apreciadores, por basear-se em políticas públicas de combate ao criminoso e por punir o criminoso e não o fato, aprovando-se um maior rigor na punição e prevenção do crime.

Observa-se, dentro das constantes evoluções desenvolvidas durante décadas, que existem momentos em que são utilizados determinados “meios”, e apesar de posteriormente caírem em desuso, retornam a ser novidades, e vistos como solução para problemas os quais não surtiram, nem surtirão, efeito algum, é o que vem ocorrendo com a atual e eminente anseio por um Estado repressor.

Meios utilizados em épocas precedentes, como penas de mutilação, açoite, a verdadeira Lei de Talião, privação de direitos, demonstraram-se métodos ineficazes no combate a criminalidade, assim como pode se falar que uma maior repressão penal se traduzirá em remédio para o caos que vem se alastrando. Verdadeira incoerência.

Medidas rigorosas de opressão são meramente vistas como remédios paliativos, mascarando e ludibriando o real problema vivenciado sobre a questão de insegurança. Incontestável a necessidade de utilizar-se dessas medidas, entretanto somente devendo ser utilizadas como *ultima ratio*, para amparar situações urgentes.

Certamente, de fácil compreensão, é explicitar quais medidas são mais eficazes e úteis para repressão ao crime, dentre investimentos nos âmbitos socioeconômicos e políticos, sobretudo na área da educação, saúde, transporte, habitação, lazer, etc. Planos estes com resultados para longo prazo, que ocasionariam uma revolta social, por cobrarem medidas urgentes, no anseio de se camuflar e procrastinar o problema vivenciado por gerações e gerações.

Órgãos de segurança, notadamente, surgiram com o intuito de conter eventuais transgressões penais. A massificação deste poder com o intuito de debelar a indiscriminada violência somente acarretará verdadeiro estado de ‘guerra’ aos considerados inimigos do Estado.

A teoria do Direito Penal do Inimigo preconiza o tratamento aos inimigos, ou não pessoas, sem as mínimas garantias estatais, não sendo observado o devido processo legal, muito menos uma real acusação.

Buscando entender quem seria o inimigo, foram analisados diversos conceitos dados por inúmeros doutrinadores bem como a idéia de periculosidade uma vez mencionada em todas as conceituações.

Estudaram-se também as características, finalidades, aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e na legislação estrangeira, concluindo com as críticas nacionais e internacionais oriundas do uso da Teoria de Jakobs.

Não resta dúvida de que o princípio da dignidade da pessoa humana teve que ser abordado, pois o Direito Penal do Inimigo não respeita a este princípio bem como ao da *ultima ratio*, dentre outros. No entanto, não se pode falar em desrespeito a princípios constitucionais e garantias processuais dentro de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, sendo o Brasil um Estado regido por sua Carta Magna, deve sempre estar em conformidade com o que nela está compreendido, sob pena de inconstitucionalidade. Entretanto, devido aos clamores sociais e incentivo midiático percebe-se a tendência da sociedade por esta teoria.

No âmbito internacional, destacou-se o estudo nos Estados Unidos, mais precisamente, no “Patriot Act” que foi uma medida tomada pelo governo americano no ano de 2001 buscando maior severidade aos terroristas uma vez que estes são os considerados “inimigos” do Estado.

Nessa perspectiva, no decorrer deste trabalho, buscou-se responder aos seguintes questionamentos: Em que consiste o direito penal do inimigo? Há perspectiva desta teoria no ordenamento jurídico pátrio? A legislação estrangeira vem adotando a teoria de Jakobs?

A justificativa para o presente trabalho monográfico encontra-se exatamente na crescente onda de criminalidade que assusta a sociedade mundial, cada Estado com sua peculiaridade, o Brasil, por exemplo, com o aumento de delitos, sensação de impunidade, enquanto os Estados Unidos assusta-se com os ataques terroristas. Assim, os países estão tendendo para a aplicação da teoria de Jakobs denominada Direito Penal do Inimigo por entenderem que, caso se identifique quem são os “inimigos” estatais, haveria uma medida sancionadora direcionada a estes e, conseqüentemente cessariam os problemas vivenciados pelos “indivíduos de bem”.

A pesquisa monográfica teve como objetivo geral o estudo do tema direito penal do inimigo e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro que se encontra

fragilizado com a atual situação do sistema de políticas públicas que parece não responder ao avanço da criminalidade.

O objetivo específico foi explicar a teoria utilizada por Jakobs, teoria do Direito Penal do Inimigo, conceituar quem é o inimigo, demonstrando as características principais tanto do inimigo quanto da teoria, onde esta se baseia filosoficamente e quais são suas finalidades, bem como demonstrar que, apesar de totalmente incompatível com nosso ordenamento jurídico, existem traços desta teoria em algumas leis brasileiras. Fez-se também o estudo da teoria na legislação alienígena, focando nas medidas adotadas após os ataques terroristas sofridos pelos Estados Unidos no ano de 2001, e por fim verificou-se a constatação da efetividade da aplicação da teoria direito penal do inimigo, fazendo as devidas críticas e demonstrando quais medidas poderiam ser utilizadas no combate à criminalidade, que não o Direito Penal do Inimigo.

A metodologia utilizada neste trabalho será realizada através de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na Internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise, pura, à medida que terá como único fim a ampliação dos conhecimentos, qualitativa, buscando apreciar a realidade do tema no ordenamento jurídico pátrio, descritiva, posto que buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer o problema apresentado e exploratória, objetivando aprimorar as idéias através de informações sobre o tema em foco.

Cumpre-se, então, verificar a pertinência do tema abordado e observar as transformações impactantes propostas por este instituto.

Com relação ao procedimento metodológico, pautou-se em pesquisas bibliográficas mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, ou seja, publicações especializadas, quer impressas quer em dados oficiais publicados na Internet, que abordem direta e indiretamente o tema.

A respeito da tipologia da pesquisa, esta é, conforme a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos. Segundo a

abordagem é qualitativa, com a apreciação da realidade no que tange ao tema no ordenamento jurídico pátrio.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, descrevendo, explicando, classificando e esclarecendo o problema apresentado, e exploratória uma vez que procura aprimorar idéias, buscando mais informações sobre o tema em foco.

No primeiro capítulo, serão abordados os conceitos através dos quais doutrinadores buscam explicar de maneira objetiva à teoria direito penal do inimigo, apresentando as principais características tais como: antecipação de punibilidade através da tipificação dos atos preparatórios, desproporcionalidade das penas, punição ao autor e não ao fato por ele praticado, supressão de garantias processuais, enfim, as características que apontam nas legislações se há traços da aplicação desta teoria. Estudando, ainda, as finalidades às quais se destinam a teoria de Jakobs.

No segundo capítulo, será analisada a aplicação do direito penal do inimigo na legislação brasileira, evidenciando quais leis encontram-se marcadas por características da teoria, destacando o Regime Disciplinar Diferenciado, a Lei dos Crimes Hediondos e o Projeto de Lei que versa sobre Castração Química.

No terceiro capítulo, faz-se a abordagem da teoria ora apresentada na legislação estrangeira, enfatizando as modificações trazidas pelo "PATRIOT ACT" após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas nos Estados Unidos.

Assim, o ponto crucial deste trabalho é procurar explanar os conceitos acima mencionados, a fim de se analisar os aspectos do direito penal do inimigo na ordem jurídica brasileira, abordando-o brevemente também na legislação internacional.

A lei não pode forçar os homens a serem bons; mas pode impedi-los de serem maus.

Anônimo

2. Direito Penal do Inimigo

Surgida em 1985, a teoria do Direito Penal do Inimigo, criada e defendida pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, baseia-se em políticas públicas de combate à criminalidade em âmbito nacional e internacional, desclassificando certos indivíduos como pessoas e a estes não sendo oferecidas as garantias estatais, tais como devido processo legal, acusação formal, dentre outras, bem como, olvidando a aplicação dos princípios basilares, como por exemplo, princípio da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, humanização das penas, etc.

2.1 Conceito

O principal destaque histórico gerador de modificações no direito penal em âmbito mundial foi o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas nos Estados Unidos da América, pois foi a partir deste fato que os EUA decretaram “guerra” contra o terror, passando a adotar medidas mais severas, como, por exemplo, detenção em celas minúsculas e desrespeito as garantias e direitos fundamentais, contra aqueles que o Estado rotulou de inimigos.

Somando ao ataque terrorista dos Estados Unidos, outros passaram a ocorrer em diferentes pontos da Europa (11/03/2004, em Madri, e 07/07/2005, em Londres), nascendo, assim, a institucionalização da era de combate ao inimigo, de forma a colaborar com a aceitação e proliferação do Direito Penal do Inimigo.

A teoria do funcionalismo sistêmico ou radical, mais conhecida como Direito Penal do Inimigo, passou a ser defendida por Günther Jakobs, doutrinador alemão, em 1985 embasada nas políticas públicas que visam reprimir a criminalidade no campo nacional e/ou internacional.

O funcionalismo sistêmico compreende o direito penal como o subsistema do sistema sociedade. Logo, para esta teoria, o crime se arraigaria da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Entende-se por conduta típica o comportamento humano voluntário causador de um resultado

evitável, violando o sistema e frustrando as expectativas normativas. O dolo e a culpa do agente florescem do fato típico, conforme também ocorrem nas teorias de Roxin, teoria finalista dissidente e teoria finalista.

Para a teoria de Jakobs (*Direito Penal do Inimigo*, p. 49), a principal missão do direito penal é proteger o sistema, a norma e somente, indiretamente, tutelar os bens jurídicos fundamentais, pois ele, diferentemente do que entendem Roxin e Zaffaroni para os quais o Direito Penal serve para a proteção de bens jurídicos e para reduzir a violência no estado de Polícia, respectivamente, entende que na oportunidade da aplicação do direito penal, este bem jurídico tutelado já teria sido violado. Portanto, não se admite nesta teoria o princípio da insignificância uma vez que quem viola o sistema é considerado inimigo.

Apesar de ter sido lançada em 1985, a teoria do Direito Penal do Inimigo somente fora intimamente desenvolvida a partir dos anos 90. Percebe-se que tais acontecimentos históricos, acima mencionados, têm trazido a sociedade uma sensação de desconforto, preocupação, acarretando em respostas emergenciais para sanar, ou melhor, maquiagem os fatos.

De forma sucinta, Gomes (2009, online) entendeu que Jakobs elaborou o seguinte raciocínio lógico: “o Direito Penal serve para proteção da norma, a pena serve para reforçar o valor da norma, o crime é expressão de uma infidelidade ao Direito. Desta forma, a pena serve para criar fidelidade ao Direito e prevenir crimes. Assim, o Direito Penal divide-se em Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão”.

Moraes (*Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal*, p. 173). expõe o pensamento de Guillaumondequi, que seguindo Zaffaroni, caracteriza a legislação penal de emergência como:

a) existência de um reclamo da opinião pública para reagir à sensação de insegurança; b) adoção de sanção com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal-clássico (vulnerando-se princípios de intervenção mínima, de legalidade- com redação de normas ambíguas ou tipos penais em branco ou de perigo abstrato, de culpabilidade, de proporcionalidade das penas, de ressocialização do condenado etc.) e c) adoção de um Direito Penal meramente “simbólico”.

Rousseau apud Moraes (*Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal*, p. 187) entende: “o malfeitor que infringir o contrato social será considerado traidor da pátria, daí deixará de ser considerado membro da sociedade, passando a guerrilhar contra o

Estado. Logo, a única solução para este malfeitor seria a morte uma vez que a conservação do Estado é incompatível com a sua”.

Já Fichte apud Moraes (Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal, p. 187) analisa que aquele que infringir o contrato social terá como forma de penalidade a perda de todos os seus direitos como cidadão e ser humano. Kant apud Moraes (ibid, p. 187) assevera que aquele que se exclui do estado civil ou dele não faça parte significa ameaça a sociedade e ao Estado, devendo ser tratado como inimigo. Por fim, Hobbes (ibid, p. 187) leciona que o inimigo são os delinquentes, ou seja, todos aqueles que optam pela renúncia ao pacto geral, não se submetendo as determinações das leis naturais ou civis.

Jakobs em entrevista concedida ao periódico argentino “La Nación” definiu Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

Es un fenómeno que se da em todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste em sancionar la conducta de un sujeto peligroso em una etapa muy anterior a um acto delictivo, sin esperar a uma lesión posterior tardía. Se sancionam la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da em El ámbito procesal, especialmente com la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada com fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente em los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos em los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos.

Percebe-se do exposto acima que a punição do indivíduo deve decorrer de sua periculosidade, não levando em consideração o que de fato fora praticado, em virtude deste indivíduo ter de ser punido antes mesmo de agir.

Os grandes sustentáculos da teoria ora analisada são os argumentos da antecipação da punição do inimigo, desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais, através da criação de leis mais severas direcionadas aos inimigos, sendo exemplos de inimigos os terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros.

Em 1985, o referido autor, analisou a respeito da legitimidade de tipificar a conduta antes mesmo de lesar o bem jurídico tutelado, fazendo, a partir de então, a primordial diferença entre Direito Penal do Cidadão que preza pela liberdade e Direito Penal do Inimigo que visa à proteção dos bens jurídicos.

Ao lançar a figura de cidadãos e inimigos na esfera estatal, Jakobs entendeu que o Direito Penal também deve ser dividido e por logo diferenciado, uma vez que aos delinquentes cidadãos devem-se manter todas as garantias penais e processuais, respeitando o devido processo legal, ao passo que para o delinquentes inimigo não existe respeito nem mesmo à pessoa do indivíduo, muito menos as garantias penais e processuais, devendo ser instalado apenas um procedimento massacrador de guerra.

Compreende inimigo como sendo alguém que não pode se equiparar ao cidadão-pessoa por não se admitir seu ingresso no Estado, portanto não cabe ao inimigo tratamento equivalente dado ao cidadão.

Prado (2009, online), em entrevista concedida a Carta Forense em março de 2009, conceituou Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

Direito Penal do Inimigo é um Direito Penal de exceção, feito regra. Trata-se de uma construção teórica fundamentada essencialmente na distinção entre cidadãos e não-cidadãos (ou inimigos) que, no âmbito dogmático, consiste na própria separação entre pessoas e não-pessoas, conduzindo à distinção entre dois pólos de regulação normativa penal, coexistentes no ordenamento jurídico: um dirigido ao cidadão e outro ao inimigo. Desse modo, de um lado, o Direito Penal do cidadão define e sanciona delitos cometidos por pessoas de forma incidental, ou seja, delitos que representam um abuso nas relações sociais de que participam. Assim, o cidadão oferece a chamada "segurança cognitiva mínima", ou seja, a garantia de que se submetem ao preceito normativo e, por isso, são chamados a restaurar a sua vigência por meio da imposição sancionatória. Por essa razão, esses indivíduos continuam a ser considerados pessoas e, portanto, cidadãos aptos a fruir de direitos e garantias assegurados a todos que partilhem desse status. O Direito Penal do inimigo, de seu turno, dirige-se a indivíduos que, por seu comportamento, externam uma pretensão de ruptura ou destruição da ordem normativa vigente e, portanto, perdem o status de pessoa e cidadão, submetendo-se a um verdadeiro Direito Penal de exceção, cujas sanções têm por finalidade primordial não mais a restauração da vigência normativa, mas assegurar a própria existência da sociedade em face desses indivíduos. O Direito Penal do inimigo tem como uma de suas marcantes características o combate a perigos, por isso representa, em muitos casos, uma antecipação de punibilidade, na qual o "inimigo" é interceptado em um estado inicial, apenas pela periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade. Para ele, não é mais o homem (= pessoa de "carne e osso") o centro de todo o Direito, mas sim o sistema, puramente sócio normativo.

Canotilho, ao tratar do tema ensina que o inimigo é aquele que se nega na qualidade de pessoa, acabando com a sua existência como cidadão, excluindo-se voluntariamente de sua comunidade e do sistema jurídico que a regulamenta.

Prado (2009, online) definiu inimigo assim:

O "inimigo" é considerado o "irreconciliavelmente oposto", isto é, aquele que apresenta um distanciamento duradouro e não incidental das regras de Direito, verificado pelo seu comportamento pessoal, profissão, vida econômica, etc. As

relações sociais desses indivíduos desenvolvem-se à margem do Direito e, por isso, não oferecem a segurança cognitiva mínima necessária para que sejam considerados como pessoas. Essa condição de inimigo radica, sobretudo, em sua desconsideração enquanto pessoa, conceito que, segundo essa teoria, tem um viés normativo. Assim, pessoa não é um dado natural, inerente a todo e qualquer indivíduo, mas está relacionado ao destino das expectativas normativas. É dizer: a atribuição dessa condição social - pessoa - a um indivíduo depende do grau de satisfação das expectativas normativas que ele é capaz de prestar. O inimigo, portanto, seria incapaz de atender o mínimo de expectativas normativas, pois, em realidade, ele não só refuta a legitimidade do ordenamento jurídico, como busca a sua destruição.

As principais mudanças que podem ser observadas em relação ao tratamento dado ao inimigo e ao cidadão são, em primeiro lugar, a desconsideração do inimigo como uma pessoa para o ordenamento jurídico uma vez que não oferece nenhum grau de satisfação das expectativas normativas, acarretando diversas supressões aos direitos e garantias individuais. Outro ponto relevante é a busca de eliminar estes grupos de indivíduos, caracterizando um Direito Penal autoritário, apartando-se dos princípios norteadores do Direito Penal, fazendo surgir o Direito Penal do autor.

Prado (2009, online) menciona que os principais traços da aplicação do Direito Penal do Inimigo em contraposição ao Direito Penal do cidadão são:

As manifestações do Direito Penal do inimigo incidem sobre diferentes instâncias do sistema penal. Há dispositivos de natureza material, processual e de execução penal, que enunciam características dessa doutrina, vigentes em Estados Democráticos de Direito. Essa construção relaciona-se com a utilização excessiva da lei penal, que passa a ser a *prima ratio* e não a *ultima ratio*, o emprego desmedido de medidas emergenciais simbólicas e negativas, a flexibilização excessiva de princípios penais liberais e supressão de garantias. Prevalece a finalidade de prevenção especial negativa da sanção penal, utilizada para neutralizar ou segregar o indivíduo que, segundo essa concepção, jamais terá condições de oferecer a garantia mínima de satisfação das expectativas normativas. O Direito Penal do inimigo é construído a partir da pessoa do delinqüente e não do fato delituoso, como ocorre com o Direito Penal do cidadão.

Jakobs (1985) busca de forma sucinta a melhor distinção entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo afirmando que o Direito Penal do Cidadão é aquele direito voltado para toda sociedade e cidadãos que eventualmente possam cometer um delito, ao passo que o Direito Penal do Inimigo é somente destinado àqueles denominados inimigos, devendo ser aplicado mediante coação física, o que não acarreta necessariamente na exclusão de todos os direitos inerentes ao inimigo, pois, deve-se preservar o status de proprietário dos bens sobre os quais detém direito.

No decorrer da conceituação, ficou evidente que o Direito Penal do Inimigo se baseia na diferenciação de tratamento que deve ser destinada ao cidadãos e aos não cidadão, ou

inimigos, sendo que tal fato mostra-se por demais impactante uma vez que desqualifica e deprecia as conquistas democráticas as quais, durante séculos, toda sociedade batalhou em busca de avanços consideráveis nos tratamentos destinados aos infratores da lei, objetivando, sobretudo, que as garantias fundamentais fossem observadas e respeitadas.

Assim, ultrapassada a etapa inicial de conceituação, a qual foi pormenorizada apresentada, avança-se para a análise das características a fim de estudá-las e evidenciá-las.

2.2 Características

Os valores jurídicos objetivados pelo direito penal são, primordialmente, patrimônio, moral, integridade física, vida, acolhidos por diversos e numerosos sistemas penais e estes se distanciam do valor jurídico penal pensado por Jakobs (Direito Penal do Inimigo, p. 49-50), já que este tem como fundamento principal a manutenção da validade da norma, aplicando-a aqueles que não se enquadram no perfil de cidadão por ele proposto.

Inimigo, para Schmitt apud Moraes (ibid, p. 192), provém do latim *hostis*, significando alguém que é desconhecido e ao qual se atribui uma recusa em termos políticos. Já para Jakobs apud Moraes (ibid, p. 191) inimigo advém do latim *inimicus* significando criminoso, e esta é uma condição da personalidade da pessoa.

Pessoa, segundo Jakobs, é aquele titular de direitos e deveres numa ordem social enquanto que o cidadão é aquele de quem se pode esperar o conhecimento da estrutura normativa da sociedade e o comportamento segundo expectativas comunicativamente compartilhadas. Desta forma, o inimigo não perde a humanidade.

Moraes (ibid, p. 196) alerta que para que se possa identificar e lutar contra os ditos inimigos são necessárias observações as principais características do direito penal do inimigo que são:

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

Jakobs apud Moraes (ibid, 197), elenca as primordiais características, como sendo:

a ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e organizações criminosas; falta de redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa) e mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica.

Já Meliá apud Moraes (Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal, p. 197) conclui que as características básicas deste modelo de política criminal se resumem por três elementos básicos:

ordenamento jurídico-penal prospectivo (adiantamento da punibilidade); penas desproporcionalmente altas, o que, equivale à constatação de que a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada e relativização ou supressão de determinadas garantias processuais

As três principais características do Direito Penal do Inimigo segundo Meliá apud Moraes (ibid, p. 197) são:

O adiantamento do âmbito de incidência da punibilidade, que passa a adotar um enfoque prospectivo (pune-se o fato criminoso futuro), ao invés do tradicional enfoque retrospectivo (criminalização do fato já consumado), a acentuada desproporção das penas cominadas, pois o legislador não leva em consideração o adiantamento da punibilidade referido acima para efeito de reduzir proporcionalmente a pena; o abrandamento ou até mesmo supressão pura e simples de determinadas garantias processuais do réu.

O Direito Penal do Inimigo se configuraria, portanto, como sendo um modelo de Direito Penal parcial, através do qual se pune de forma antecipada e mais rigorosamente, restringindo-se a liberdade, tanto de agir e quanto a de pensar.

E ainda, percebe-se que o direito penal do inimigo exclui direitos e garantias, tanto materiais quanto processuais, trazidas pelo direito penal comum, embasado no princípio da legalidade uma vez que de forma genérica as descrições dos crimes e das penas, ferindo e esquecendo dos princípios basilares adotados por nosso ordenamento jurídico como por exemplo, ofensividade, exteriorização do fato, imputação objetiva, presunção de inocência e proporcionalidade, dentre outros.

Outra característica é a punição, através da tipificação dos atos preparatórios como forma de antecipação da punibilidade tendo em vista que o inimigo representa para a sociedade perigo futuro. No entanto, a legislação penal brasileira, pelo menos em tese, não pune os atos preparatórios em respeito ao finalismo clássico tripartite, ou em casos mais recentes, ao funcionalismo de Roxin

Prado (2009, online) citou como sendo as características mais marcantes desta teoria:

a antecipação de punibilidade (combate a perigos), buscando-se atingir momentos anteriores à realização do fato delituoso propriamente dito (punem-se inclusive os atos preparatórios); não visa à proteção de bens jurídicos, mas a estabilidade de expectativas normativas (ordenamento penal sistêmico e meramente formal); o processo é quase sumário, desprovido das garantias fundamentais. Com relação às penas, verifica-se um notável incremento das margens penais e flagrante desproporcionalidade, entre outras características.

Compartilhando da idéia de Meliá, Gomes expressa sua ótica de modo a pensar que o inimigo não pode ser punido com pena, mas sim, com medida de segurança; não devendo ser punido conforme sua culpabilidade, mas sim com base na periculosidade.

Continua defendendo que as medidas a serem tomadas em desfavor do inimigo não devem observar o que ele fez, mas sim, o que ele representa de perigo futuro. Assim sendo, é considerado em Direito Penal prospectivo ao invés de retrospectivo.

Quanto ao inimigo este não é um sujeito de direito, sendo um objeto de coação, importando tão somente a periculosidade que representa para a sociedade ao passo que o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa.

O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma enquanto o Direito penal do inimigo rebate principalmente os perigosos, devendo antecipar a tutela penal, objetivando o alcance aos atos preparatórios.

Percebe-se que esta teoria não aguarda o início da execução para punir, como por exemplo, no Brasil nos casos de quadrilha ou bando. No entanto, a doutrina rebate afirmando que nestes casos não há que se falar em antecipação de punibilidade aos atos preparatórios uma vez que a punição decorre da execução que é a formação de quadrilha ou bando.

Não resta dúvida que existe nesta teoria a antecipação de punibilidade também aos crimes de mera conduta bem como com a criação de tipos de perigo abstrato, ou como prefere denominar o Supremo Tribunal Federal, crime abstrato.

Por fim, tem-se ainda como marca desta teoria o surgimento das chamadas leis de luta ou de combate que buscam responder de forma imediatista aos clamores da sociedade cada vez mais amedrontada com a insegurança. Tal característica pode ser facilmente apontada em nosso ordenamento jurídico através da lei dos crimes hediondos.

Portanto, Jakobs entende que o inimigo deve ser punido baseado na sua periculosidade e não na sua culpabilidade, daí não ser necessária a prática do fato delituoso, bastando apenas que o inimigo participe de organização que tenha como objetivo principal violar o sistema proposto pela sociedade.

É baseado nisto que se justifica a chamada ação controlada na flexibilização da prisão em flagrante, ou seja, o direito penal do inimigo permite a postergação de procedimentos legais com a finalidade de possibilitar a identificação e descoberta dos inimigos envolvidos nas organizações criminosas, sendo que esta ação é controlada pela autoridade competente, admitindo-se, inclusive, infiltração de agentes em quadrilhas, bandos ou associações criminosas.

Detecta-se a aplicação desta característica no ordenamento jurídico pátrio através da lei 9034/95 com redação dada pela lei 10217/01 que possibilita policiais federais, civis e militares, além de servidores públicos de outros órgãos serem designados para investigar os crimes relativos as suas atribuições, devidamente autorizados judicialmente, de maneira fundamentada e sigilosa, respeitando seus limites de atuação, e as provas obtidas através de tais operações serão consideradas legítimas.

As medidas cautelares apresentam-se flexíveis aos olhos da sociedade quando seu uso é destinado aos inimigos do Estado, sendo aceita, por exemplo, quebra de sigilo bancário não fundamentado, interceptação telefônica *contra legem*, ampliação dos prazos de detenção para cumprimento para fins investigatórios, penas estipuladas de maneira desproporcional e regime de execução mais rigoroso, mas desde que tudo seja devidamente autorizado judicialmente. Entretanto, não esquecendo que, para a autoridade competente, o inimigo é mero objeto de coação e não um detentor do direito de se redimir após o cumprimento da pena.

Em nosso ordenamento, apesar de constante em algumas leis, conforme acima demonstrado, não é cabível a adoção da teoria Direito Penal do Inimigo com base em uma de suas principais características que é a punibilidade dos atos preparatórios ao passo que no contexto pátrio não são punidos a cogitação e os atos preparatórios, quando estes não forem tipificados delitos, punindo somente os atos executórios. Tais características próprias desta teoria se justificariam em virtude dos fatos que caracterizam a atividade e o posicionamento do inimigo perante a sociedade, conforme será demonstrado a seguir quando do estudo das finalidades da teoria.

2.3 Finalidades

As principais funções do direito penal, considerado importante instrumento de controle social, são proteger bens jurídicos, limitar a atuação do Estado, prevenir a vingança privada e reduzir a violência por meio de aplicação de sanções.

Grecco (Curso de Direito Penal, p. 05) acredita que o direito penal tem como uma de suas principais finalidades tutelar bens que, por serem considerados de uma imensurável estima, sob a ótica de diversos campos sociais, não conseguem ser abraçados de maneira condizente pelos demais ramos do direito.

Existem diversas teorias que buscam explicar o poder controlador do direito penal e “se baseiam na promessa de cumprimento da função instrumental da defesa social e do controle efetivo da criminalidade”, conforme ZACKSESK (Da prevenção penal à nova prevenção. Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 169).

A teoria denominada prevenção geral negativa entende que o indivíduo, ou melhor, o criminoso em potencial, se sente intimidado pela ideia de sofrer algum tipo de punição, por isso as penas em abstrato configuram uma forma de inibir a criminalidade.

Contrariando a teoria da prevenção geral negativa, surge a teoria da prevenção geral positiva que acredita na ressocialização dos indivíduos uma vez que acredita ser o crime uma consequência natural do convívio em sociedade, e que por isso merecem estas pessoas de uma sanção já que é através da sanção que se alcança a ressocialização. Portanto, as pessoas que cometem algum tipo de delito são consideradas, para esta teoria, indivíduos anormais tendo em vista terem personalidade perigosa, enquanto que aqueles que não cometem qualquer tipo de crime são chamados normais, que seria a maioria da sociedade.

Outra teoria oriunda da Escola Positiva é a teoria da prevenção especial negativa que entende como medida adequada aos criminosos à neutralização ou até mesmo a eliminação destes. Esta teoria fere claramente o princípio da dignidade da pessoa humana por limitar os direitos e impor sofrimento a estas pessoas.

Finalmente, chega-se à figura da teoria da prevenção especial positiva que determina que o cometimento de crime é fato decorrente da vida social e que somente devem ser consideradas patologias os excessos, e a estes deve ser aplicada a intervenção estatal. Importa

notar que todas estas teorias são utilizadas atualmente em diversos sistemas penais, interno e externamente, quando da análise da função da pena.

Mas para Jakobs (Direito Penal do Inimigo, p. 55) o direito penal não teria a mera finalidade de proteger bens jurídicos, pois o bem jurídico tutelado já haveria sido previamente violado uma vez que a proteção deve ser direcionada a norma e a garantia de sua vigência, dado que os bens se convertem em jurídicos à medida que são transpostos para normas.

Portanto, tomando as idéias de Jakobs (Direito Penal do Inimigo, p. 58), percebe-se que o direito penal seria um instrumento público a serviço do Estado e não uma medida de *ultima ratio*, que deveria atuar somente quando da comprovada necessidade pela inércia dos demais “ramos” do Direito, cuja função é limitar o poder incriminador do Estado, e o objetivo primordial deveria ser a proteção dos direitos humanos, fixando como crime apenas aquelas condutas que ofendessem objetivamente determinado bem jurídico.

A legislação não pode permanecer à margem das mudanças sociais.

William J. Brennan

3. Direito Penal Do Inimigo No Ordenamento Jurídico Brasileiro

Apesar de ser um Estado Democrático de Direito, existem no Brasil algumas leis que foram influenciadas pela teoria de Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo. Democracia significa poder que emana do povo, fundando-se na autodeterminação e soberania popular que escolhe seus representantes livremente. Portanto, falar em Estado Democrático de Direito implica dizer que, conforme enunciado na Carta Magna, o Estado está obrigado a reger-se por normas democráticas, cujas eleições devem se dá livre e periodicamente, sendo os direitos fundamentais respeitados pelas autoridades públicas. Assim, conclui-se que apesar da exigência de participação de toda sociedade brasileira nos atos políticos do Brasil, algumas leis não tiveram a devida participação do povo, o que acarretou na promulgação de leis eivadas pelo direito penal do inimigo.

Tal fato talvez se justifique pelo aumento da criminalidade que vem incomodando a sociedade, e esta, clamando por “justiça”, acaba pressionando o legislativo que de maneira indevida, porém pensada, elabora leis sem analisar e seguir o modelo liberal-clássico que se coaduna com o atual modelo vivenciado pelo nosso Estado Democrático de Direito, isso por somente visarem à repressão desordenada à criminalidade, uma vez que parcela dos representantes do povo buscam preferencialmente se auto-promover, com a elaboração de leis severas, ao invés de buscarem políticas inclusivas e igualitárias.

O direito penal pátrio está enraizado no princípio da *ultima ratio* ou princípio da subsidiariedade do direito penal, significando dizer que o direito penal somente deve proteger os bens jurídicos tidos mais importantes para toda a sociedade, deixando para os demais ramos do Direito a “competência” pelos demais bens jurídicos, agindo, portanto, de maneira subsidiária, última por ser o que detém poder incriminador.

A respeito do assunto Bittencourt (Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão, p. 07) leciona que o princípio da *ultima ratio* “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só é legítima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”.

Importa ressaltar que o ordenamento jurídico nacional também deve observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja principal finalidade deve ser a busca pela humanização do direito penal através da aplicação das penas de maneira justa, não sendo permitido tratamento desumano ou cruel aos indivíduos, sob pena de inconstitucionalidade da lei que contrariar este princípio.

No entanto, vários são os exemplos de flexibilização ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, onde para responder aos clamores sociais em virtude da ausência de segurança pública, vem sendo frontalmente rechaçado, conforme se demonstra a seguir.

3.1 Regime Disciplinar Diferenciado – RDD

O cenário histórico pelo qual o Brasil se encontrava à época da criação da Lei nº 10.792, em 01 de dezembro de 2003, que alterou a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, era lamentável e desesperador, uma vez que cidades como Rio de Janeiro e São Paulo encontravam-se absolutamente dominadas por grupos criminosos conhecidos como Comando Vermelho - CV, atuando no Rio de Janeiro, e Primeiro Comando da Capital – PCC, em São Paulo, cujos mentores eram detentos, que apesar de encontrarem-se encarcerados, detinham total conhecimento dos fatos externos e ainda possuíam pessoas de confiança que executavam os crimes por eles ordenados, como por exemplo roubos, seqüestros, fugas em massas, rebeliões, dentre outros.

A Lei nº 10.792 de 01 de dezembro de 2003, chamada lei do RDD, foi bastante debatida em virtude de suas características marcantes e severas, conforme se verifica abaixo:

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

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

II - recolhimento em cela individual;

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

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

Conforme pode se analisar acima, o RDD se caracteriza primordialmente por manter o detento em cela individualizada, não podendo ter contato com os demais detentos ou mesmo

familiares a não ser nas duas horas dedicadas ao banho de sol ou nos dias de visita semanais, nas quais apenas duas pessoas poderão visitar o preso durante duas horas.

A duração do RDD é de trezentos e sessenta dias, podendo, entretanto, ser repetida nos casos de cometimento de nova falta semelhante à anterior cometida.

Posicionando-se sobre o tema Moreira (Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, p. 104) diz:

Recentemente foi promulgada uma lei que alterou o Código de Processo Penal e, de quebra, modificando também a Lei de Execução Penal, instituiu entre nós o chamado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. Como outras tantas leis no Brasil, esta também foi editada no afã de satisfazer a opinião pública e como resposta a violência urbana (ao menos no que concerne à alteração produzida na Lei de Execução Penal).

Ainda a respeito do tema, referido autor (ibid, p. 106) continua sua análise demonstrando que a Carta Magna também fora esquecida ao editar tal lei, aduzindo o que se segue:

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

Será que manter um homem solitariamente em uma cela durante 360 ou 720 dias, ou mesmo por até um sexto da pena (não esqueçamos que temos crimes com pena máxima de até 30 anos), coaduna-se com aqueles dispositivos constitucionais? Ora, se o nosso atual sistema carcerário, absolutamente degradante tal como hoje está concebido, já não permite a ressocialização do condenado, imagine-se o submetendo a estas condições. É a consagração, por lei, do regime da total e inexorável desesperança. Como afirma José Antonio Paganella Boschi, “a potestade punitiva encontra limites na aspiração ética do Direito (...), inclusive quanto ao processo destinado à imposição, quantificação e posterior execução das penas, matéria do CPP e da LEP.”

Analisando as colocações feitas por Moreira, percebe-se que o RDD simplesmente ignora os preceitos constitucionais, onde em um país democrático de direito se demonstra totalmente incompatível, não esquecendo, ainda, que tal regime é uma forma de tortura física e psicológica ao preso que deve se submeter à solidão por vinte e duas horas diárias, não podendo, inclusive, distraírem-se com jornais, revistas ou televisão.

Outros dois princípios constitucionais visivelmente violados são os da humanização das penas e o da dignidade da pessoa humana. Sobre o assunto Zaffaroni (Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 170-172) ensina:

Há um princípio geral de racionalidade que deriva da Constituição ou do princípio republicano, que exige certa vinculação equitativa entre o delito e sua consequência jurídica, mas este princípio vincula-se intimamente também como princípio de humanidade, que se deduz da proscrição da pena de morte, perpétua, de banimento, trabalhos forçados e penas cruéis (art. 5º, XLVII CF). justamente o antônimo da “pena cruel” é a “pena racional” (e não a pena “doce”, é claro). Do princípio de humanidade deduz-se a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa. O §2º do art. 5º da convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A essa consequência contribui também o princípio da soberania popular, posto que pressupõe, necessariamente, que cada homem é um ser dotado de autonomia ética pelo mero fato de ser homem, ou seja, que por esta circunstância é capaz de escolher entre o bem e o mal e decidir a respeito. O princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito.

Não resta dúvida de que o RDD submete o preso ao tratamento cruel, desumano e torturante uma vez que o retira quase que na totalidade de todos os tipos de convívio social bem como o coloca numa profunda solidão, restando-lhe tão somente o pensamento interno, individualizado, podendo acarretar em diversos transtornos mentais, porquanto configurando a própria expressão do Direito Penal do Inimigo conforme leciona Gomes (2009, online) abaixo:

Parece muito evidente a razoabilidade e superioridade técnica e garantista da LEP em relação ao famigerado RDD e, agora, ao RMAX (regime de segurança máxima, que estaria na iminência de ser aprovado pelo Congresso Nacional). Quando a LEP foi redigida (1984) ainda não se falava em “Direito penal do inimigo”, que é uma idéia difundida mais recentemente na América Latina (estamos nos referindo à doutrina de Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, obra que tem como co-autor Cancio Meliá). Todo endurecimento penal ofensivo à dignidade humana, para além de constituir expressão desse modelo de “direito” penal, enquadra-se no movimento punitivista simbólico e emergencial, desenvolvido desde os anos 80, sobretudo na Itália (para combater inicialmente - as organizações mafiosas).

Ademais, o RDD demonstra sua inconstitucionalidade também ao ignorar o art. 5º, XLVI da Constituição Federal que determina que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Portanto, não resta dúvida de que o RDD é um instituto jurídico com elementos evidentes do Direito Penal do Inimigo encabeçado por Jakobs, mostrando que apesar de ser o

Brasil um Estado democrático, parece que o legislativo optou por “rasgar” a Carta Magna que rege o país, em busca de “calar” a sociedade que está cansada de impunidade aos criminosos.

3.2 Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/90

Os crimes hediondos tiveram sua previsão inicial na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 5º, XLII, conforme abaixo:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Entendeu o constituinte tratar-se de hediondo aqueles crimes que geram repugnância na sociedade, por ser, conforme Ferreira (Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa), “crime pervertido, corrupto, execrável, vicioso, desprezível, repelente, horrendo, assombroso, espantoso”. Assim, a Carta Magna inaugurou a ordem jurídica, trazendo os crimes hediondos e os a ele equiparados, como a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, que seriam merecedores de tratamento diferenciado, conforme Leal (Crimes Hediondos, p. 14) leciona:

Esse contexto histórico é que, política e ideologicamente, motivou o constituinte de 1988 no sentido de introduzir, no art. 5º, do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, o inc. XLIII, estatuinto que a “lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, executores e os que podendo evitá-los, se omitirem”. Verifica-se que o Constituinte de 88 tomou a iniciativa de considerar a tortura, o tráfico de drogas e o tráfico de drogas e o terrorismo como uma espécie maior, imperativa e categórica de crime profundamente repugnante e, portanto, merecedora de uma reação punitiva especificamente mais severa (inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia). São crimes constitucionalmente hediondos.

No entanto, coube ao legislador ordinário, dois anos após a entrada em vigor da Constituição, a elaboração da chamada Lei dos Crimes Hediondos com o principal intuito de enumerar os demais delitos que seriam considerados hediondos, entrando em vigor em 25 de julho de 1990, assim:

Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994) II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VII-A - (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

Em busca de cumprir a determinação constitucional, tal lei, em sua redação original, tratava com real rigor aqueles que haviam praticado crime hediondo, não lhes sendo permitido qualquer tipo de benefício, conforme se lê:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

Além destas restrições, ainda era estabelecida a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, sem falar no prazo da prisão temporária que era diferenciado, trinta dias prorrogável por mais trinta.

Diante de tamanha severidade, iniciaram-se diversas e acentuadas críticas a Lei dos Crimes Hediondos, principalmente no tocante a sua constitucionalidade, uma vez que esta feria diversos princípios constitucionais, como o da individualização da pena, ressocialização do condenado, dignidade da pessoa humana dentre outros.

No entanto, o entendimento da Corte Maior do Estado, Supremo Tribunal Federal, foi pacífico durante quinze anos afirmando não haver qualquer tipo de inconstitucionalidade em virtude da máxima que os diferentes devem ser tratados de maneira diferente, assim aos que cometiam crimes hediondos era legítima a pena diferenciada, aplicada com maior rigor e severidade em virtude da natureza do crime.

Foi somente com a análise do HC nº 82.959 que o Pleno do STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei dos Crimes Hediondos, por

entender que referido artigo feria os princípios constitucionais da individualização da pena e da reserva legal uma vez que não admitia a progressão de regime no cumprimento da pena.

Neste sentido, foram os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Eros Grau, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence a seguir transcritos:

O entendimento segundo o qual a disposição constitucional sobre a individualização estaria exclusivamente voltada para o legislador, sem qualquer significado para a posição individual, além de revelar que se cuidaria então de norma extravagante no catálogo de direitos fundamentais, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma. É que, para fixar a individualização da pena *in abstracto*, o legislador não precisaria sequer de autorização constitucional expressa. Bastaria aqui o critério geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

[...]

Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do *fiat justitia, pereat res publica*. Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico *overruling*, e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas.

Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei nº. 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Defiro a ordem de *habeas corpus*, para que se devolva ao juízo de origem o exame acerca do preenchimento pelo paciente das condições para a progressão de regime.

Relativamente aos outros dois aspectos abordados no presente *habeas corpus* – o enquadramento do atentado violento ao pudor como crime hediondo e a aplicação da causa de aumento – permaneço com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É como voto.

Apesar de tal decisão ter sido lançada em análise de constitucionalidade de um caso concreto, não se pode negar que marcou historicamente o cenário da justiça nacional uma vez que reconheceu o garantismo estatal.

A partir deste momento histórico, passou-se a admitir a progressão de regime para aqueles que cometeram crimes hediondos, desde que cumprissem 1/6 da pena. No entanto, somente ao que concerne ao modo em que a pena deveria ser cumprida, foi reconhecida a inconstitucionalidade, deixando de lado as demais severidades trazidas adotadas pela lei ora analisada.

Buscando regulamentar a situação de progressão de regime, em 29 de março de 2007, foi publicada a Lei nº 11.464 que em seu art. 2º, §1º, estabeleceu a progressão de regime após

o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para os réus primários e de 3/5 (três quintos) para os reincidentes. Tal lei tem aplicabilidade para os condenados por crime hediondo, tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

3.3 Castração Química – Projeto de Lei do Senado nº 552/07

O senador Gerson Camata apresentou em 18 de setembro de 2007 um projeto de lei que visa acrescentar o art. 216-B ao Código Penal, cominando a pena de castração química nos casos em que o autor dos crimes tipificados nos artigos. 213, 214, 218 e 224 do Código Penal, for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças, conforme ementa abaixo:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 552, DE 2007

Autor SENADOR - Gerson Camata

Ementa Acrescenta o art. 216-B ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para cominar a pena de castração química nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts.213,214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças.

Data de apresentação 18/09/2007

Tal iniciativa do senador se espelha em penas aplicadas em países como Estados Unidos, que teve como precursor o Estado da Califórnia que já aplica tal sanção há 10 anos, sendo aplicada em outros três estados americanos, bem como outros países europeus, como, por exemplo, França, Inglaterra, Dinamarca, Suécia, Noruega e Itália, que aplicam como pena a castração química aqueles que cometerem delitos sexuais, desde que consentidos pelos criminosos. A castração química também está sendo votada no Chile e Quênia em busca de programá-la como sanção penal.

A castração química consiste em aplicar injeções que inibem o desejo sexual e a ereção dos agressores de crianças e adolescentes, os chamados pedófilos, sendo obrigatória para os condenados reincidentes da mesma natureza penal e opcional para os condenados primários.

Buscando esclarecer o projeto, o senador Gerson Camata (2010, online) se utilizou de um trágico acontecimento na grande São Paulo em busca de incentivar a rápida aprovação de seu projeto da seguinte forma: “O pedófilo que matou dois meninos em São Paulo já havia sido preso pelo mesmo crime. Em liberdade, voltou a atacar. Se a lei estivesse em vigor, isso não aconteceria”.

A respeito de como deveria ser a formulação da lei, tal senador (ibid) acredita que a melhor maneira de saber a opinião da sociedade seria através de um plebiscito, o qual pretende sugerir: "Tenho certeza que a maioria da população é a favor da idéia".

Não resta dúvida de que a sociedade brasileira certamente concordaria com tal aberração, uma vez que se encontra cansada de "impunidade", e que cada vez mais se indigna com tais aberrações e atrocidades, principalmente quando as vítimas são seres inocentes e indefesos como são as crianças.

No entanto, mais uma vez, percebe-se a elaboração de leis com respaldo no calor do clamor social, e, portanto, descuidando-se e não se observando os preceitos constitucionais, haja vista que tal projeto afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da humanização das penas, não podendo esquecer-se do direito fundamental à vida constitucionalmente protegido, note:

Art. 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 à 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;

XLVII - não haverá penas:

b) de caráter perpétuo;

d) de banimento;

e) **cruéis**; (grifei)

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Ora, conforme se pode analisar acima, são inúmeros os preceitos constitucionais feridos por este projeto de lei, uma vez que a castração química configura tortura física e psicológica, a qual o condenado se submeterá, recebendo, sem sombra de dúvida tratamento desumano e degradante. Sem esquecer que a castração química é de caráter cruel, portanto configura pena perpétua, banindo este condenado da sociedade de forma cruel, demonstrando que não há nenhum respeito à integridade física e moral deste ser humano, e, além disto, demonstrando total descrença no sistema prisional brasileiro, uma vez não acreditar na ressocialização do preso.

Não se pode olvidar que a castração química é um afronte direto ao princípio da dignidade da pessoa humana que através desta medida tem sua dignidade totalmente violada em favor de uma lei decorrente de clamores sociais, esquecendo, ainda, outro fundamento marcante do direito penal nacional qual seja a humanização do direito penal através do

princípio da *ultima ratio* do direito penal, quando for possível a solução do mérito através das demais esferas do Direito.

O projeto nº 552/07, apesar de ter sido apresentado há quase três anos, ainda não esclarece como se efetivaria uma vez que não define qual modalidade de castração química seria usada na punição.

Existem no mercado brasileiro, segundo o senador Gérson Camata, duas formas de se efetivar a castração química que poderia ser através de uma injeção aplicada nos dois testículos, com efeito imediato e irreversível, atualmente utilizada em bovinos, e outra seria com a utilização do hormônio sintético Análogo LHRH, usado para tratar câncer de próstata, mais popularmente conhecida como Goserelina ou Depo-Provera.

Caso se opte pela segunda modalidade, que, diga-se de passagem, é a mais aceita pela comunidade médica, o tratamento deve ser realizado a cada 28 dias, aplicando-o intra molecularmente, normalmente nas nádegas. O período de 28 dias é o tempo em que a medicação age no organismo, causando efeitos irreversíveis nos casos de utilização por mais de três anos.

A atuação do Análogo LHRH ocorre na hipófise, glândula do cérebro onde se secreta substância que estimula a produção de testosterona (responsável pela virilidade e libido) nos testículos. A ausência de testosterona acarreta na perda de apetite sexual, fadiga, sonolência durante o dia e insônia durante a noite, portanto a opção mais viável pelos médicos.

O projeto encontra-se em tramitação, já tendo sido aprovado pela mesa do Senado, passando pelo CCJ e atualmente encontra-se aguardando relator na CDH - Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

Portanto, caso aprovado, mais uma lei estará contaminada pela teoria de Jakobs, Direito Penal do Inimigo, que, até poderia ser aceitável nos demais Estados, desde que não Estado Democrático de Direito.

Entretanto, não é apenas o ordenamento jurídico brasileiro que contempla traços da teoria ora analisada, vários países também se encontram vislumbrados pela teoria de Jakobs, principalmente os Estados Unidos em virtude dos ataques terroristas ocorridos no ano de

2001, que passaram a coibir a entrada de imigrantes em seu país, evidenciando que estes imigrantes são os “inimigos” do estado americano.

Todos somos iguais perante a lei, mas não perante os encarregados de fazê-las cumprir.

S. Jerzy Lec

4. Direito Penal do Inimigo na Legislação Estrangeira

Com o acontecimento dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 as Torres Gêmeas nos EUA bem como com as guerras no Afeganistão e Iraque, a sociedade mundial, especialmente a americana, passou a vivenciar o medo de novos ataques, sendo notícia constante em todos os meios de comunicação o tema segurança. Em virtude de tamanho pavor foi elaborado nos Estados Unidos o chamado “USA PATRIOTIC ACT” que consiste num ato do Congresso Americano, promulgado pelo então presidente George W. Bush, em outubro de 2001, que objetivava a introdução de modificações em quinze leis federais, conferindo extraordinários poderes aos serviços de inteligência e controle, restringindo uma série de direitos constitucionais a fim de ampliar o poder repressivo do Estado para garantir a segurança nacional no combate ao terrorismo.

O comportamento adotado pelo governo e sociedade americana acabou por influenciar outros países da Europa que passaram a aprovar leis antiterroristas, ou mesmo enrijecer as leis já existentes, com o objetivo de evitar ataques terroristas. A União Européia, por exemplo, buscou a aceleração de um projeto já existente que trata da harmonização da legislação penal em matéria de terrorismo. Houve modificações, ainda, no tocante ao mandado de prisão e criação de projeto de ação antiterrorista.

O Código Penal Espanhol de 1995 traz vários elementos do Direito Penal do Inimigo ao elencar meios punitivos excessivos aos terroristas, diferenciando-os dos cidadãos. Também no Código Penal Alemão estão presentes várias características da teoria de Jakobs com o objetivo de tutelar bens jurídicos, como por exemplo, a criminalização antecipada através da punição a atos preparatórios.

Conforme mencionado, foram diversas as modificações oriundas do “USA PATRIOTIC ACT”, por isso faz-se necessário o estudo destas principais notícias.

4.1 Intercepção de comunicações, de fluxos eletrônicos e digitais e de registros

A interceptação de comunicações, fluxos eletrônicos e de registro até os anos sessenta somente seria possível sem autorização quando delas resultassem elementos probatórios suficientes para manter a acusação, devendo ser realizada de forma razoável.

Resumia-se, portanto, a idéia de que uma interceptação sem autorização sempre seria possível quando se tratasse de investigações nacionais ou internacionais com objetivo de assegurar a segurança nacional.

Entretanto, na década de setenta, ocorreu um caso em que a Suprema Corte Americana entendeu que só poderia haver interceptação sem autorização se o interceptado fosse estrangeiro ou pelo menos existisse ofensividade estrangeira. Nos casos de nacionais sem repercussão internacional, as interceptações somente seriam possíveis se houvesse autorização de um tribunal secreto.

Com o "Patriot Act" foi ampliada absurdamente a possibilidade de investigação digital, sem a exigência de autorização judicial em todas as hipóteses. Apesar de promulgado em 2001 e de em 2004 ter sido ampliada a definição de terrorismo, incluindo todos os atos preparatórios, apenas recentemente os políticos de Washington começaram a se revelarem contra a extensão dos poderes de investigação outorgada por esta norma uma vez que essa possibilidade não se limita às hipóteses de terrorismo.

4.2 Medidas Financeiras de Controle

Outro ponto de total importância do "Patriot Act" é o combate a lavagem de dinheiro e o financiamento das atividades terroristas através do rígido controle que vem sendo exercido nas transações financeiras bem como nos objetos de valores, exigindo, inclusive, a posterior regulamentação das operações que venham a se realizar com o intuito de controle não só interno, mas também global.

Inúmeras foram as modificações decorrente desta nova legislação em relação ao combate ao financiamento do terrorismo, dentre as quais pode-se destacar a ampliação da jurisdição americana para todo tipo de lavagem de dinheiro que tenham sido

operacionalizadas, total ou parcialmente, no estado americano ou ainda se os bens tiverem no todo ou em parte nos Estados Unidos.

No tocante as penas pecuniárias, estas foram aumentadas até alcançar o dobro do valor da operação, atingindo o máximo de um milhão de dólares. Pode o tribunal decretar a repatriação do imputado e se não cumprida a pena é aumentada pela desobediência à ordem judicial.

Também passou a ser considerada lavagem de dinheiro o fruto dos delitos cometidos com violência, os oriundo de corrupção, contrabando e todos os que permitem a extradição.

Com relação ao comportamento das instituições financeiras, estas passaram a ser obrigadas a monitorar a titularidade de contas de estrangeiros, não só através de acompanhamento, mas devendo conservar as documentações e apresentar relatórios através dos quais informe as transações feitas pelo titular, tendo o direito, inclusive, de abrir ou suspender contas interbancárias. Os bens de uma pessoa condenada por terrorismo podem ser confiscados integralmente, na atualidade.

4.3 Terrorismo e direito penal material

Através do “Patriot Act” a legislação fundamental que tratava do assunto terrorismo passa a ser modificada, principalmente pela inovação da figura do terrorismo nacional que consiste na “atividade que implica em atos perigosos para a vida humana, que violam o direito penal dos Estados Unidos ou de qualquer País, tendo como finalidade intimidar ou coagir a população civil, influenciar a política do Governo mediante intimidação ou coerção e incidir sobre a atividade do Governo através/com meios de destruição em massa, assassinatos, seqüestros, sendo realizada principalmente dentro da jurisdição territorial dos Estados Unidos”.

Foram dilatadas também as possibilidades de confisco e as condutas típicas, como por exemplo, converteu-se em delito o ato contra meios de transporte de massa se produzir a morte de alguém, sendo possível a prisão. O mais modificado na atualidade é o que diz respeito a qualquer forma de auxílio a terrorista uma vez que a definição de terrorismo é muito vaga e qualquer atitude acaba sendo enquadrada como auxílio ao terrorismo, não necessitando, portanto, de nenhum fim específico, bastando apenas saber que desta ajuda pode resultar em alguma consequência terrorista.

Ao terrorismo informático aplica-se a pena mais rígida, podendo ser de dez anos, se primário, e de vinte anos, se reincidente, para aquele que difundir qualquer tipo de vírus que cause dano grave ao comércio ou comunicação dos Estados Unidos, ou ainda, se danificar rede automatizada estrangeira. Pune-se aquele que estiver com a posse de produtos tóxicos ou biológicos, não sendo necessária a comprovação do *animus* de utilizá-los como arma.

Nota-se que o conceito de terrorismo e auxílio material a grupos terroristas é amplo, confundindo-se, inclusive, com a figura das gangues de rua, que, essencialmente não seria punível, como também não é punível a mera apologia ao terrorismo. Entretanto, diante da vastidão conceitual, muitas formas de associação se confundem com o auxílio ao terrorismo, não se exigindo inúmeras vezes qualquer prova acerca do dolo ou da culpa. Configura crime, por exemplo, receber treinamento militar de grupos terroristas estrangeiros ou mesmo prestar assessoramento/assistência técnica a estes.

4.4 Proteção das fronteiras e leis de imigração: estrangeiros inimigos

Os estrangeiros já passam a ser considerados inimigos nos Estados Unidos quando descumprem obrigações ligadas ao visto ou havendo indisposição do visto legal. Em virtude da situação mencionada, somada aos acontecimentos terroristas de 11/09/2001, o número de indeferimento para a concessão ao direito de imigração passou a ser ainda maior. No entanto, as justificativas dadas pelo poder público aos imigrantes para os quais a imigração foi indeferida têm sido bastante subjetivas, mas que retratam perfis de pessoas que pelo estado americano, através do Secretário do Estado Americano, já são considerados inimigos, negando este direito, por exemplo, aos membros de organizações consideradas pelo Secretário do Estado Americano como organizações terroristas estrangeiras; aos membros de grupos sociais, políticos ou semelhantes que se manifestem publicamente a favor dos atos terroristas, desconsiderando os esforços do país de reduzir ou eliminar as atividades terroristas, e por fim àqueles que estejam suspeitos de apoiar qualquer ato que se encaixe no conceito de terrorismo, dos quais são parte o financiamento, integrar ou auxiliar materialmente a organizações terroristas.

O conceito de terrorismo é ainda mais amplo nas leis que regulamentam as imigrações, o que acarreta inúmeras detenções administrativas, inclusive por período indeterminado, para que a pessoa possa ser informada por qual delito está sendo acusada, e

posteriormente o Departamento de Justiça, geralmente no prazo de 90 dias, expulsa este estrangeiro.

Diante da permissão de detenção administrativa por tempo indeterminado oferecida pelo "Patriot Act" em desfavor dos estrangeiros, a Corte Americana, no ano de 2005, entendeu que esta medida era bastante desarrazoada e por isso determinou que somente é possível a detenção por tempo indeterminado se extremamente necessária para obtenção da expulsão, caso não haja motivos determinantes para a manutenção do estrangeiro preso, este deverá ser solto o mais breve possível.

A decisão do governo americano de criar o "Patriot Act" está sendo severamente criticada pela população, pois esta vem se conscientizando que a medida aprovada apressadamente fere a democracia do país, e as conseqüências são notórias perante toda sociedade que está à mercê de espionagens, interceptações telefônicas, enfim, a intimidade do cidadão passou a ser violada.

Perceberam ainda os americanos que o terrorismo não poderá ser combatido através do "Patriot Act" uma vez que os ideais do terrorismo são praticamente baseados em convicções religiosas, políticas ou idolatraria, não sendo qualquer tipo de punição suficiente para intimidá-los, daí decorrerem as críticas sobre o Direito Penal do Inimigo.

Muitos países, conforme demonstrado, adotam a teoria Direito Penal do Inimigo, quer seja diretamente, através do total conhecimento da aplicação da norma punindo as atitudes ao invés de punir o crime que o indivíduo poderá vir a cometer, quer seja indiretamente, através de aprovação de leis cuja essência se baseia no Direito Penal do Inimigo.

No entanto, baseando-se na análise dos crimes cometidos nestes países, observa-se que a aplicação da Teoria Direito Penal do Inimigo não é suficiente para diminuir a criminalidade, tendo sido demonstrado que o caráter educativo e social das medidas contrárias a esta teoria, são considerados mais eficazes para prevenir a reincidência criminal, uma vez que é mais hábil afastar o cidadão do crime do que o criminoso do âmbito social.

A este respeito, Bulhões apud Melo (As novas perspectivas do direito penal brasileiro, p. 08):

Nenhum sistema de justiça penal pode ter a pretensão de solver todos os conflitos penais potenciais, sob pena de inviabilizar-se, sob pena de revelar a face cruel da

impunidade, pela impossibilidade de um sistema solver, a um só tempo, pelos mecanismos ordinários, as infrações de menor potencialidade ofensiva, as infrações de média potencialidade ofensiva e as infrações graves. Propôs, então, que se extinguisse a punibilidade mediante consenso em determinadas hipóteses.

Os países modernos já entenderam e por isso vêm optando pela substituição das penas privativas de liberdade por penas alternativas uma vez que manter a população encarcerada significa gastos excessivos para o Estado e quase na totalidade, não saem conscientizados de que o crime não compensa, pelo contrário, principalmente no Brasil, muitas vezes o sistema prisional serve de escola de aperfeiçoamento tendo em vista a superlotação que impossibilita a divisão conforme determinação da Lei de Execuções Penais.

As medidas antagônicas ao Direito Penal do Inimigo possuem meios extremamente mais eficientes de recuperação do criminoso, tendo em vista que conserva o delinquentes no meio social, fazendo-o pagar pelo seu erro, e apresentando-o para a sociedade como agente de transformação social, evitando ser nomeado de ex-presidiário, o que acarreta em danos irreparáveis para este cidadão, e o torna inaceitável pela sociedade, inibindo qualquer possibilidade de ingresso nos setores sociais.

Não resta dúvida de que o avanço de uma sociedade está intimamente ligado a confiabilidade concedida aos seus integrantes de forma a conceder-lhes a maior liberdade possível, devendo privá-los de tal instituto somente nos casos em que as substituições não forem possíveis. Entretanto, não se pode olvidar que a eficiência e o êxito da aplicação de qualquer instituto pretendido dependem do equilíbrio na sua aplicação, da forma de execução e, sobretudo, da fiscalização adequada, para que não se confunda com impunidade, não cumprindo com o real objetivo.

Gomes faz inúmeras críticas à teoria de Jakobs, inclusive ao citar Cancio Mélia (Direito penal do inimigo, p. 59) menciona “o direito penal do inimigo nada mais é do que um Direito Penal do autor, que pune o sujeito pelo que ele é, e não pelo que fez”, destacando, inclusive que este Direito Penal do autor surgiu durante o período nazista, assim sendo, o Direito Penal do Inimigo rememora este trágico período histórico da humanidade.

Prado (2009, online) compartilhando do mesmo entendimento de Gomes evidenciou:

Em que pese essa construção não tenha sido desenvolvida na época da propagação do pensamento nazista, não resta dúvida que a grande maioria das leis penais e processuais elaboradas e aplicadas durante a vigência do regime nazista na Alemanha apresenta traços típicos do Direito Penal do inimigo. As normas penais então em vigor eram de caráter eminentemente segregacionista e autoritário.

Outra crítica severa acerca desta teoria consiste na forma como a punição se destina aos agentes, pois, para ela, deve-se punir em virtude da periculosidade e não da culpabilidade. Isto se mostra inaceitável uma vez que não se pode punir o que não está descrito como conduta criminosa.

Mais uma opinião importante de Gomes (2009, online) é a seguinte:

Desde 1980, especialmente nos EUA, o sistema penal vem sendo utilizado para encher os presídios. Isso se coaduna com a política econômica neoliberal. Cabe considerar que desde essa época vem se difundindo o fenômeno da privatização dos presídios. Quem constrói ou administra presídios precisa de presos (para assegurar remuneração aos investimentos feitos). Considerando-se a dificuldade de se encarcerar gente das classes mais bem posicionadas, incrementou-se a incidência do sistema penal sobre os excluídos. O Direito Penal da era da globalização caracteriza-se, sobretudo pela prisionização em massa dos marginalizados.

As críticas ultrapassam as fronteiras chegando à Argentina quando Eugenio Raul Zaffaroni (ibid), Ministro da Suprema Corte Argentina, lembrou que para a teoria Direito Penal do Inimigo, o Estado passa da condição de órgão punitivo, para a de vítima já que ao invés de atuar conforme o Estado de Direito terá que se portar como Estado de Polícia, sempre em busca do inimigo.

Portanto, a partir do momento que a teoria determina que o Estado perca o seu viés e não observe sua Constituição Democrática, conclui-se que somente há que se falar na não aplicação da teoria no nosso ordenamento por se mostrar prospectiva, porquanto inconstitucional uma vez que fere explicitamente o princípio constitucional basilar da legalidade, e buscar a aplicação das medidas antagônicas que geram mais efeitos positivos, de acordo com o que se explicita.

O uso de pulseiras eletrônicas é uma das medidas antagônicas ao Direito Penal do Inimigo que produziu mais resultados positivos e que se inspirando no modelo adotado nos EUA, Inglaterra, País de Gales, Escócia, Suécia, Holanda, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul e em Portugal, o deputado paulista do PMDB, Baleia Rossi, através do Projeto de Lei nº 443/07, propôs e foi sancionada em 14 de abril de 2008 pelo então governador José Serra uma lei paulista nº 12.906/08, portanto estadual, que visa complementar a lei federal de Execuções Penais através do instituto das pulseiras eletrônicas, veja:

LEI 12.906, DE 14 DE ABRIL DE 2008

Artigo 1º - Esta lei estabelece normas suplementares de direito penitenciário e regula a utilização da vigilância eletrônica para a fiscalização do cumprimento de condições fixadas em decisão judicial que:

- I - determine a prisão em residência particular, de que trata o artigo 117 da Lei federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal;
- II - aplique a proibição de freqüentar determinados lugares;
- III - conceda o livramento condicional, autorize a saída temporária do estabelecimento penal, sem vigilância direta, ou a prestação de trabalho externo.

As pulseiras eletrônicas são uma tecnologia já utilizada nos países acima citados através das quais os presos que ganham os benefícios de se ausentarem das penitenciárias, quer seja para trabalhar fora quer seja por está voltando ao convívio sócio-familiar, ou ainda nos casos de livramento condicional, prisão domiciliar e proibição de freqüentar determinados lugares sejam “monitorados” pelo Estado uma vez que o dever de vigilância ainda não está cessado tendo em vista ainda não ter cumprido a totalidade da pena.

Nos termos legais do art. 1, § único - A vigilância eletrônica consiste no uso da telemática e de meios técnicos que permitam, à distância e com respeito à dignidade da pessoa a ela sujeita, observar sua presença ou ausência em determinado local e durante o período em que, por determinação judicial, ali deva ou não possa estar.

A respeito do tema José Serra (2010, online) disse: “Vamos melhorar o controle de 20 mil presos em regime semi-aberto e diminuir os custos”, e complementou garantindo que “As pulseiras não vão constranger ninguém”.

Portanto, tal inovação não se confunde com afronto ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois para ser implementada depende da aprovação do condenado e de decisão judicial, e pelo contrario mostra-se como um avanço na legislação nacional conforme declarou o presidente da OAB-SP, Luiz Flavio Borges D’Urso (2010, online):

O monitoramento eletrônico mostra-se uma solução altamente viável por reunir três grandes vantagens: humanizar o cumprimento da pena possibilitando a ressocialização do condenado; evitar o confinamento em presídios superlotados e em condições insalubres e propiciar economia para os cofres públicos

Esta regulamentação encontra-se presente no art. 2º, da seguinte maneira:

Artigo 2º - A determinação da vigilância eletrônica, sempre por decisão judicial, será precedida de oitiva do Ministério Público e dependerá de consentimento do condenado, que será presumido quando requerer essa providência, diretamente ou representado por seu defensor.

§ 1º - A qualquer tempo caberá a retratação do consentimento previsto no “caput” deste artigo.

As pulseiras eletrônicas são uma maneira que o Estado consegue ter para monitorar o condenado de forma a defender a sociedade bem como prevenir a prática de novos delitos que

poderiam ser cometidos enquanto não monitorados, sem ofender a dignidade nem as perspectivas de uma vida futura sem crimes.

Assim sendo, plausível e digna de ser reproduzida a inovação adotada no estado de São Paulo, uma vez que conseguiu conceder os benefícios elencados na lei federal, mesmo para aqueles aos quais a sociedade “teme”, sem quebrar o equilíbrio estabelecido na Carta Magna.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico foi desenvolvido em busca de se fazer uma análise sobre a influência da teoria Direito Penal do Inimigo, surgida em 1985 e encabeçada por Günter Jakobs, no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Esta teoria se baseia em políticas públicas de combate aos denominados “inimigos” do Estado.

Analisou-se inúmeros conceitos dados por vários doutrinadores em diferentes épocas e situações em busca daquele que melhor retrata a teoria de Jakobs uma vez que muito se questionava o que realmente preconiza a teoria direito penal do inimigo, quem de fato são considerados os inimigos do Estado, quais legislações brasileiras e estrangeiras possuem características desta teoria.

Apesar dos inúmeros posicionamentos, pode-se observar que limitar um indivíduo a mera condição de alguém “perigoso” é demasiadamente complexo, isto é, não existem meios suficientes nem fórmulas para se determinar se alguém é perigoso ou não em virtude de ter cometido um tipo de delito.

Portanto, parece mais sensata a análise de cada caso concreto bem como do histórico dos crimes cometidos para só então poder estudar o comportamento deste indivíduo, sem rótulos predeterminados, diferenciando-se do que determina a teoria Direito Penal do Inimigo já que esta determina que os indivíduos devem ser punidos em razão de sua periculosidade e não em virtude do ato praticado.

Posteriormente, vieram às análises das características, das quais se destacam a antecipação de punibilidade dos atos preparatórios, criação de crimes abstratos e de mera conduta, desproporcionalidade das penas, dentre outras, todas demonstrando que o Direito Penal do Inimigo busca primordialmente a manutenção da validade da norma.

Ainda no primeiro capítulo foram analisadas as finalidades do direito penal, sendo destacável a busca do controle social, a limitação da atuação estatal, prevenção da vingança privada bem como redução da violência através da aplicação de sanções. Já as finalidades do Direito Penal do Inimigo são divergentes uma vez que acredita ser o direito penal um instrumento público a serviço do Estado e não uma medida de proteção a direitos humanos.

O principal objetivo do direito penal é garantir resultados justos e proporcionais de modo que com a adequação as medidas estatais estejam aptas a atingir os fins pretendidos, a necessidade de atingir os fins pretendidos através de meios menos gravosos e a proporcionalidade em sentido estrito possibilitando a decisão estatal mais justa uma vez ser a responsável pelos freios e contrapesos entre os meios e os fins.

Assim, pode-se observar que os preceitos pregados pelo Direito Penal do Inimigo estão consubstancialmente dissociados do que está posto e salvaguardado, em tese, pelo nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro, o qual está pautado nos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, entretanto, como se pode perceber; há traços desta teoria, mesmo que inicialmente, no ordenamento pátrio.

Ultrapassado o primeiro capítulo, chega-se ao segundo cujo estudo foi direcionado a aplicabilidade, mesmo que acanhada, da teoria enunciada por Jakobs no ordenamento jurídico pátrio, que ao contrário daquilo que ocorre nos demais países cuja teoria se aplica, caracteriza-se por sua opção política denominada democracia, portanto, importa ressaltar, um Estado Democrático de Direito.

Tais traços são encontrados, conforme demonstrado, no chamado Regime Disciplinar Diferenciado, Lei dos Crimes Hediondos e também no Projeto de Lei do Senado nº 552/07, conhecido como Castração Química, todas essas legislações apontam claramente características determinantes do Direito Penal do Inimigo, evidenciando, sobretudo, o tratamento distinto aos “perigosos/inimigos” da sociedade, do Estado, com o intuito de inabilitá-los tendo em vista que para estes indivíduos não há mais nenhuma perspectiva da ressocialização.

O grande problema nas leis nacionais está no confronto direto que esta enfrenta quando fere os princípios que regem a Constituição Federal, pois o grande ápice da Carta Magna consiste na observância que deve ser feita a ela quando da promulgação de toda e qualquer lei, sob pena de ser decretada inconstitucional.

Neste aspecto, não resta dúvida que as leis marcadas por esta teoria ferem inúmeros princípios, principalmente o da presunção de inocência visto que independente de qualquer tipo de apuração já existe a punição severa. Não há divergência de que pessoas iguais devem

ser tratadas igualmente ao passo que os desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade.

Entretanto, o que não é permitido é o desrespeito, ou melhor, o afronto por parte do Estado aos direitos e garantias fundamentais inerentes a todo e qualquer cidadão, inclusive aos “inimigos”, pois, não se pode olvidar que a partir do momento em que o Estado fecha os olhos para os preceitos constitucionais norteadores e instituidores deste mesmo Estado, as garantias e os direitos passam a ser obscuros não somente aos “inimigos” como também a todos os cidadãos que se encontraram a mercê do Estado.

Por fim, o terceiro capítulo tem o condão de análise da aplicação da teoria Direito Penal do Inimigo na legislação internacional, enfatizando a legislação americana que sofreu inúmeras alterações através do “Patriot Act” após os atentados às Torres Gêmeas no ano de 2001, fazendo-se as críticas nacionais e internacionais devidas e demonstrando que não são medidas mais severas que resolvem o problema da macrocriminalidade, mas sim a boa vontade e desempenho dos representantes do povo através de medidas socioeducativas, ressocializadoras e não através de elaboração de leis em virtude do clamor social.

As críticas à teoria de Jakobs, abordam, principalmente, o fato de tratar-se de um direito prospectivo cujo principal objetivo é a punição a fatos que poderão vir acontecer (punição aos atos preparatórios) afrontando o princípio contido no artigo 1º do Código Penal Brasileiro, princípio da legalidade, bem como a não aceitação ao desrespeito a outro princípio de suma importância, qual seja, dignidade da pessoa humana uma vez que a pessoa humana não pode ser vista como mero objeto de coação, esquecendo suas garantias constitucionais.

Percebeu-se que a sociedade brasileira prima pela penalização generalizada, acarretando no encarceramento impulsivo de pessoas, agravado pelas prisões preventivas. A sociedade americana, no primeiro momento após o impacto dos atentados, entendia que medidas mais severas acarretariam resolução para os problemas. No entanto, esta vem se conscientizando que os direitos dos cidadãos, e não somente os dos criminosos, vêm sendo feridos, como por exemplo, através de interceptações telefônicas indevidas, espionagens, dentre outras.

Destacou-se ainda a figura das pulseiras eletrônicas como meio de punição distinto ao adotado pela teoria de Jakobs uma vez que o uso de maneira correta das pulseiras eletrônicas

implica numa medida reconhecidamente eficaz, conforme observada em ordenamentos estrangeiros.

Não resta dúvida que a existência de um sistema penal justo, perfeito, pronto e acabado não passa de uma utopia, no entanto, é condizente e nada utópica a adoção de um modelo legítimo garantidor de direitos fundamentais.

Conclui-se com a certeza de que, apesar de saber que sempre existirão crimes e condutas socialmente reprováveis, as mudanças no âmbito da segurança somente ocorrerão se forem decorrentes da aplicação de medidas socioeconômicas e políticas, especialmente nas áreas da educação, saúde, transporte, trabalho, habitação e lazer, destinando os recursos públicos nestes setores que visam verdadeiramente a inclusão social ao invés da exclusão, a partir de então a problemática denominada violência que tanto acanha a sociedade será objetivamente controlada, esquecendo-se das meras edições de leis severas.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: Informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002. 25p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 07 set. 2009.

_____. Lei 7.210, de 11.7.1984. Instituiu a Lei de Execução Penal, acompanhada da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 15 Jul. 2009.

_____. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 set. 2009.

_____. Lei n.º 9.034, de 03 de maio de 1995. Lei das Organizações Criminosas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 set. 2009.

_____. Lei n.º 10.217, de 11 de abril de 2001. Utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Acesso em: 21 set. 2009.

BASTOS, Alda. Algumas ponderações sobre os princípios constitucionais fundamentais. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Princípios constitucionais fundamentais**. São Paulo: Lex, 2005.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARAÚNA, José Roberto. **Lições de Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Buschatski, 1978.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: RT, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. (coordenador). **Direito Penal no Terceiro Milênio – Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BULHÕES, Nabor. Valor das limitações processuais e constitucionais do direito a prova. Apud MELO, Yure Gagarin Soares de. **As novas perspectivas do direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: América Jurídica.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO, Renato de Lima. Lei 9714/98: inaplicabilidade das penas restritivas de direito à Lei de Crimes Hediondos e equiparados. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1106>>. Acesso em: 19 mar. 2007.

CURTY, M.G.; CRUZ, A. da C.; MENDES, M. T. R. **Apresentação de trabalhos acadêmicos, dissertações e teses**. Maringá: Dental Press, 201. 104p.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas. 7 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zommer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, São Paulo: RT, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar Projetos de Pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991,

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luís Flávio. RDD e regime de segurança máxima. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15. jul. 2009.

_____. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br>>. Acesso em: 20. out. 2009.

HABER, Carolina Dzimidas: Reflexos do Direito Penal do Inimigo na realidade brasileira. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/eventos/pet/carolina.pdf>. Acesso em 18. Out. 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. [S.l.]: Nova Cultural, 1997.

JAKOBS, Gunther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. part, I.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo**. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LEAL, César Barros. **Prisão, crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Atlas, 1996.

LEITE, Déric Funck. **Limitação das penas: interpretação conforme a constituição e sua efetividade**.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima**. Revista dos Tribunais, ano 87, v. 757, nov. 1998.

MARCÃO, v. Renato. **Curso de Execução Penal**, 4 ed., Saraiva, 2007.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. In: Série ciência do direito penal contemporâneo. São Paulo: RT, 2007.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. In: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. part, II.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in* Repertório IOB de Jurisprudência nº. 23/94.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal, parte geral**. São Paulo: Atlas, 21 ed., 2004.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. Revista Jurídica, 325. Porto Alegre: NOTADEZ, nov. 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8.ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo, 0, Revista dos Tribunais, 303, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. **O Projeto de Pesquisa e a Monografia: Etapas fundamentais do Trabalho Científico**. Fortaleza: UECE/IEPRO, 2000.

PACELLI, Eugênio Oliveira. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Inimigo. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3624>> Acesso em: 10. nov. 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios de direito político. Tradução de Antônio de Pádua Danesi; revisão da tradução de Edílson Darci Heldt. 4. ed. São Paulo, 2006. Título Original: *Du Contrat Social: principes du droit politique*.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 20. Ed. São Paulo: Cortez, 1979.

SZNICK, Valdir. Regime progressivo: tortura e hediondo in *Revista APMP*, jun-jul/2000, pp. 63 a 65.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à nova prevenção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 29, jan-mar.2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (*Pensamento criminológico*, 14).