



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
CARLA CALDAS FONTENELE BRIZZI

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO:
PRODUTO DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO?

FORTALEZA – CEARÁ

2007

341.5
B849x
S404
T582

Carla Caldas Fontenele Brizzi

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: produto de um Direito Penal do Inimigo?

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, da Escola Superior do Ministério Público – ESMP em convênio com a Universidade Estadual do Ceará – UECE, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Msc. Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Fortaleza - Ceará
2007



COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Carla Caldas Fontenele Brizzi
Monografia: Regime Disciplinar Diferenciado: Produto de um Direito Penal do Inimigo?
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal
Resolução: 2516/2002 - CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 13/2007
Data de Defesa: 25/5/2007

Fortaleza (Ce), 25 de maio de 2007

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Orientador/Presidente/Mestre

Sandra Maria Pereira Melo

Membro/Mestre

Sílvia Lúcia Correia Lima

Membro/ Mestre

A meu pai, *in memoriam*.

Foram muitos os momentos felizes ao seu lado; jamais esquecerei o brilho do seu olhar, encorajador, apaixonado.

AGRADECIMENTOS

A Jesus, razão do meu viver, pelo dom da vida e pelas misericórdias que se renovam a cada manhã;

À minha mãe, pelo amor e dedicação a mim dispensados todos os dias; pelas palavras de ânimo e confiança, pelos sorrisos e lágrimas a cada conquista;

Ao meu amado irmão e colega de profissão, sempre próximo, em todos os momentos dessa caminhada;

Aos meus queridos amigos Gustavo e Juliana, pelo apoio, força e amor que a mim têm dedicado;

À Dona Antonia, que esteve presente em todos os momentos, sempre me encorajando a olhar para o alto.

Aos demais familiares e amigos por compreenderem o período de refúgio sem visitá-los e sem recebê-los e pelo estímulo prestado;

A meu orientador, Prof. Msc. Marcus Vinícius Amorim de Oliveira, pela receptividade, disponibilidade, orientação valiosa e pelo grande exemplo que é como pessoa e profissional;

Aos demais Professores do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Escola Superior do Ministério Público, pela inestimável contribuição ao aperfeiçoamento de todos os que participaram do curso;

Aos meus colegas do Curso de Especialização, pelos momentos e experiências compartilhadas;

Aos funcionários da Escola Superior do Ministério Público, pela prestimosidade no atendimento e pelo apoio dispensado a todos durante as aulas.

A todos, meu mais sincero agradecimento!

"A ciência incha, mas o amor edifica. Se alguém pensa saber alguma coisa, ainda não sabe como convém saber. Mas se alguém ama a Deus, esse é conhecido dele."

1 Coríntios 8:2,3

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar o regime disciplinar diferenciado, instituído pela Lei nº 10.792/03, que tem como finalidade submeter determinados indivíduos a um regime de cumprimento de pena mais gravoso, por certo período de tempo. Iniciou-se a pesquisa fazendo uma abordagem sobre o princípio da dignidade da pessoa humana no contexto da atual crise enfrentada pelo sistema prisional brasileiro, sendo a falência desse sistema o motivo ensejador da implementação do Regime Disciplinar Diferenciado nos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro. Procurou-se, então, trazer o conceito e os fundamentos do direito penal do inimigo, a fim de se estabelecer, ao final, uma correspondência entre o RDD e essa teoria, que tem sido muito discutida na atualidade, em razão do desenfreado avanço da macrocriminalidade no mundo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	11
2.1 O princípio da dignidade humana.....	11
2.2 A Filosofia Ressocializadora na Execução Penal.....	14
2.2.1 Teorias sobre a função da pena.....	14
2.2.2 A finalidade de ressocialização do preso e sua previsão na legislação penal brasileira.....	19
2.3 A crise no sistema prisional brasileiro.....	21
3 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	28
3.1 A idéia de periculosidade.....	28
3.2. Bases filosóficas.....	30
3.3 Conceito e fundamentos.....	33
3.4 O pré-crime.....	38
4 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	41
4.1 Conceito e natureza jurídica.....	41
4.2 Breve histórico.....	44
4.3 A imprecisão terminológica do art. 52, da LEP.....	48
4.4 RDD como produto de um direito penal do inimigo.....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, a Lei de Execuções Penais (LEP) sofreu uma alteração trazida pela Lei nº 10.792/03, que incluiu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto denominado regime disciplinar diferenciado.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a sua origem é anterior à supracitada lei. Em maio de 2001, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado São Paulo editou a resolução SAP/SP nº 26 instituindo referido regime disciplinar; após uma megarebelião ocorrida no Estado; em 2003, o Estado do Rio de Janeiro, seguindo o exemplo de São Paulo, implementa o regime disciplinar especial.

Tais medidas administrativas foram extremamente criticadas, e a novel legislação veio apenas no sentido de legitimar o instituto, já posto em prática nos dois maiores Estados brasileiros, no que se refere à população carcerária e à concentração de organizações criminosas.

A fim de discutir o tema sob o ponto de vista criminológico, iniciou-se o trabalho fazendo uma abordagem acerca do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto do sistema prisional brasileiro.

Referido princípio, considerado o sustentáculo de toda a ordem jurídica vigente, tem sido flagrantemente desrespeitado no Brasil, principalmente no que diz respeito ao tratamento dispensado ao preso dentro das unidades, que não possuem, em sua maioria, estrutura adequada de funcionamento, seja no que se refere à estrutura física propriamente dita, ou a qualificação de seus profissionais.

Dentro desse contexto de insatisfação geral, tanto da população carcerária, como do restante da sociedade, que se vê vulnerável e desprotegida diante do aumento dos índices de violência, é que surge o regime disciplinar diferenciado, como uma forma de contenção dos indivíduos considerados perigosos, e, por outro lado, como uma resposta à população, que anseia pelo recrudescimento das penas e dos métodos de execução penal.

Paralelamente à questão do sistema prisional brasileiro, aborda-se uma teoria que tem conquistado adeptos no mundo inteiro: o direito penal do inimigo, idealizado pelo penalista germânico Günter Jakobs.

Referida teoria preconiza a existência de determinados indivíduos que não devem ser classificados como “pessoas”, e que, portanto, não podem gozar das garantias estatais. Seriam estes os grandes criminosos, terroristas, homens-bomba etc., ou seja, os considerados “inimigos” do Estado.

Para se determinar quem seriam os inimigos, trabalhou-se a idéia de periculosidade e desenvolveu-se uma pesquisa acerca do conceito e dos fundamentos do direito penal do inimigo.

Analisou-se, também, o conceito de pré-crime, inerente ao direito penal do inimigo, e que está previsto pela LEP, no art. 52, que define os parâmetros de aplicação do RDD.

Importante frisar, outrossim, que o objetivo geral delineado para o estudo do tema foi a análise do regime disciplinar diferenciado, contextualizando a sua implementação à atual crise por que passa o sistema prisional brasileiro, traçando,

ainda, os pontos de contato que possui referido instituto com o direito penal do inimigo.

Os objetivos específicos dessa pesquisa, por sua vez, consistiram em analisar o conceito e a natureza jurídica do RDD, as imprecisões terminológicas trazida pela lei que o instituiu, além de expor as suas raízes históricas, as quais demonstram as verdadeiras razões para o seu surgimento. Não se pode deixar de mencionar, que é também objetivo da presente pesquisa traçar a correlação entre o RDD e o direito penal do inimigo.

O procedimento metodológico adotado pautou-se por um delineamento de pesquisa descritiva, amparada por mecanismos de consulta e análise documental, doutrinária e jurisprudencial, além, evidentemente, da legislação pertinente.

Assim, procurou-se trabalhar os conceitos supramencionados, a fim de se analisar o regime disciplinar diferenciado estatuído pela Lei nº 10.792/03, como um produto do direito penal do inimigo.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

2.1 O princípio da dignidade humana

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em *dignidade* e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”, reconhecendo, portanto, a igualdade entre os homens no que diz respeito às suas qualidades essenciais – razão e consciência – traços distintivos dos demais seres e pressupostos da dignidade humana, ou melhor, da dignidade da *pessoa humana*.

A Constituição Federal consagra, no seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual, é vista como o fundamento material da própria constituição.

Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro:

no que toca aos direitos fundamentais do homem, impende reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades.¹

¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-179.

Apesar de ser considerado um conceito jurídico indeterminado e de utilização ainda recente, a dignidade humana universalizou-se e tem se firmado como um princípio de extrema importância, principalmente no âmbito do Direito Constitucional democrático.

Fala-se em dignidade da *pessoa humana* para fortalecer a idéia de que o princípio se refere ao ser humano, sendo esse conceito mais amplo do que o de cidadão, conforme leciona Luiz Regis Prado:

O homem deixa de ser considerado como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. [...] Desse modo, e coerentemente com a sua finalidade maior, o Estado de Direito democrático e social deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização. [...] **Daí porque toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser reputada como inconstitucional.** (grifos nossos)²

A proteção aos direitos fundamentais, portanto, refere-se diretamente à observância do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como consequência a limitação da ação do Estado em face do indivíduo, de forma que, havendo texto normativo que viole direitos fundamentais e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, será considerado inconstitucional. No esteio do supracitado autor, Fernando Capez:

Do Estado Democrático de Direito parte um gigantesco tentáculo, a regular todo o sistema penal, **que é o princípio da dignidade humana, de modo que toda incriminação contrária ao mesmo é substancialmente inconstitucional.** Da dignidade humana derivam princípios constitucionais do Direito Penal, cuja função é estabelecer limites de seleção típica do

² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral: arts. 1º ao 120. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

legislador, buscando, com isso, uma definição material do crime. (grifos nossos)³

É a dignidade da pessoa humana, dessa forma, o princípio do qual decorrem todos os outros previstos na constituição, e não somente aqueles relacionados ao Direito Penal. São seus corolários o direito à vida, à liberdade, à saúde e todos os outros direitos fundamentais albergados em nosso ordenamento jurídico.

Alguns autores como Günter Dürig e Ludwig Schneider entendem ser a dignidade humana o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, responsável pela limitação dos poderes do Estado em relação ao particular⁴.

Magdalena Lorenzo Rodriguez-Armas posiciona-se no mesmo sentido, alegando:

O conteúdo essencial é a expressão jurídico-positivada do valor intrínseco de cada um dos direitos fundamentais e liberdades públicas que reconhece a Constituição espanhola, resultado da conjunção entre o valor da dignidade humana ("fundamento da ordem política e da paz social") e o núcleo radical próprio de cada direito ou liberdade que se relaciona com suas manifestações particulares (internas e externas ou relativas ao seu exercício)⁵

A mesma autora afirma se tratar a dignidade humana "de um valor absoluto em qualquer das coordenadas de tempo e espaço que se queira contemplar".⁶

Nesse sentido, Cláudia Perotto Biagi:

³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴ *Apud* BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, 90 p.

⁵ *Apud* BIAGI, Cláudia Perotto. 90 p.

⁶ *Apud* BIAGI, Cláudia Perotto, 92 p.

A dignidade da pessoa humana é, com efeito, reconhecida como “valor-fonte de todos os valores”, “valor fundante da experiência ética” e mesmo como o princípio e fim de toda a ordem jurídica. Apresenta-se, enfim, como o “compromisso fundamental do Estado”⁷

Pode-se dizer, dessa forma, que a dignidade da pessoa humana é o princípio dos princípios, sustentáculo de toda a ordem jurídica nacional, devendo ser observada no momento da feitura das normas e, principalmente, no momento de sua aplicação, pois qualquer atitude de desrespeito ao referido princípio estará eivada de flagrante inconstitucionalidade.

2.2 A Filosofia Ressocializadora na Execução Penal

2.2.1 Teorias sobre a função da pena

Paulo Queiroz divide as teorias que tratam da função da pena em legitimadoras e deslegitimadoras.

As primeiras, no dizer de referido autor, são as tradicionais, ou seja, aquelas que “reconhecem, sob os mais diversos fundamentos (absolutos, relativos ou mistos), legitimação ao Estado para intervir sobre a liberdade dos cidadãos, por meio do direito penal, com vistas à defesa social”⁸

⁷ *Apud* BIAGI, Cláudia Perotto, 92 p.

⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal*, introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, 45 p.

Dentre as teorias legitimadoras, têm-se as teorias absolutas, as relativas e as mistas ou ecléticas.

Os defensores da teoria absoluta afirmam que o direito penal tem um fim em si mesmo, e, a finalidade da pena, um caráter meramente retributivo, seja moral (Kant), ou jurídico (Hegel).

Para Kant, a pena é uma exigência de justiça. Quem pratica um mal deve sofrer um mal. Hegel, por sua vez, entende a pena não como um mandato absoluto de justiça, e sim como uma exigência da razão. Constrói um raciocínio dialético a fim de justificar sua idéia, traçando a seguinte relação: “o delito é uma violência contra o direito; a pena, uma violência que anula aquela primeira violência (o delito): a pena é, portanto, a negação da negação do direito, ou seja, é a sua afirmação”.⁹

Ao analisar os pensamentos de Kant e Hegel acerca do tema, assevera Heleno Cláudio Fragoso:

Kant ilustrou bem essa concepção dizendo que mesmo se a sociedade civil concordasse em dissolver-se (por exemplo, se o povo que vivesse numa ilha decidisse separar-se e dispensar-se por todo o mundo), o último assassino que estivesse no cárcere teria de ser executado, para que cada um sofra o castigo que merece por seus feitos, e para que não pese a culpa sobre o povo que não insistiu em seu castigo. A pena é imperativo categórico. *Hegel* também formulou a mesma idéia com sua concepção dialética sobre a pena. O crime é negado do direito e é anulado pela pena como negação do crime e restabelecimento do direito.¹⁰

Para as teorias absolutas existia, portanto, uma única finalidade que justificasse a imposição da pena, qual seja, a retribuição.

⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit.*, 47 p.

¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, parte geral. Atualizado por Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 344 p.

As teorias relativas, de outra ponta, são as que definem como finalidade da pena a prevenção geral e a prevenção especial. Trazendo-se mais uma vez à colação pensamento de Paulo Queiroz, tem-se que:

Em oposição às absolutas, as teorias relativas (ou teorias da prevenção) são marcadamente teorias finalistas, já que vêem a pena não como fim em si mesmo, mas como meio a serviço de determinados fins, considerando-a, portanto, utilitariamente. Fim da pena, em suas várias versões, é a prevenção de novos delitos (...)¹¹

A prevenção geral constitui a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, tendo como finalidade a atemorização de possíveis infratores. Volta-se, portanto, para a sociedade como um todo.

A prevenção especial atua sobre o autor do crime, para que este não volte a delinquir.

Existem, ainda, as teorias ecléticas, unitárias ou mistas, que, segundo o ensinamento de Bitencourt "tentam agrupar em um conceito único os fins da pena"¹², propondo uma relação equilibrada de todas as suas finalidades, buscando-se conciliar a *justiça* e a *utilidade*.

Destacam-se como adeptos dessa teoria Claus Roxin e Luigi Ferrajoli. O primeiro, de acordo com a sua teoria dialética unificadora, defende :

ser a finalidade básica do direito penal a prevenção geral subsidiária de delitos (positiva-negativa). *Prevenção geral* porque fim da norma penal é, essencialmente, dissuadir as pessoas do cometimento dos delitos;

¹¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit.*, 48 p.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 88 p.

subsidiária porque o direito penal somente deve ter lugar quando fracassem outras formas de prevenção e controles sociais, como o direito civil, o direito administrativo, sempre, enfim, que não se dispuser de meios mais suaves de controle social. Mas não apenas prevenção negativa, pois, segundo Roxin, cabe ao direito penal também *fortalecer a consciência jurídica da comunidade*, intervindo, assim, positivamente.¹³

Funcionaria, por outro lado, a prevenção especial como fim último da pena, visando à intimidação do condenado, a fim de que ele não venha a reincidir.

Também defensor de uma teoria eclética, denominada de “garantismo penal”, Luigi Ferrajoli entende que:

a única função capaz de legitimar a intervenção penal é a prevenção geral negativa, exclusivamente, mas não apenas a prevenção de futuros delitos, e sim, sobretudo, prevenção de reações informais públicas ou privadas arbitrárias – fim fundamental da pena, a seu ver –, pois, segundo esse autor, a pena “não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos; que não se ameaça com ela e se a impõe só *ne peccetur*, senão também *ne punietur*, que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, e sim também ao delinqüente, frente às reações informais públicas ou privadas arbitrárias”¹⁴

Segundo o próprio Ferrajoli, o sistema garantista:

sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, **como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.**¹⁵ (negrito nosso)

Dessa forma, de acordo com Ferrajoli, o direito penal funciona como um sistema de garantias do cidadão frente ao Estado e aos demais indivíduos; defende, além disso, a abolição gradual das penas privativas de liberdade e a adoção de

¹³ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit.*, 58 p.

¹⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit.*, 59 p.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zommer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luís Flávio Gomes. 2 ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 786 p.

finalidades da pena a retribuição e a prevenção, conforme será abordado no tópico seguinte.

2.2.2 A finalidade de ressocialização do preso e sua previsão na legislação penal brasileira

A legislação brasileira, adotando uma teoria eclética, prevê que a sanção imposta pelo Estado àqueles que praticam delitos possui duas finalidades primordiais: a retribuição ao crime praticado e a prevenção em relação a novas infrações.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a prevenção, subdividida em geral e especial, pode ser analisada a partir de quatro enfoques diferentes:

a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.¹⁷

A pena, no Brasil, além de ter caráter retributivo, ou seja, de impor castigo ao delinqüente, propõe-se a intimidar os membros da sociedade de forma que não pratiquem delitos; busca, ainda, reafirmar o Direito Penal, como um direito eficiente; recolher ao cárcere o apenado, a fim de que ele, privado de sua liberdade, não venha a delinqüir e, finalmente, implementar ações que visem à ressocialização do preso e sua posterior reinserção no meio social.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral e parte especial. 2. ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Alguns dispositivos legais prevêm claramente a opção feita pelo legislador brasileiro, senão vejamos:

O art. 59, do Código Penal, ao estabelecer os critérios de fixação da pena-base, afirma que a pena aplicada pelo juiz deve ser necessária e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime, demonstrando ter a pena a finalidade, de retribuição e prevenção de delitos.

O art. 121, § 5º, do Código Penal, assevera ser possível ao juiz aplicar o perdão judicial, quando as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de maneira tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. Ora, se a pena não tivesse a função de castigar, essa previsão legal seria absurda. É possível visualizar, portanto, a consagração do caráter punitivo da pena pelo legislador penal.

A Lei de Execuções Penais, no seu art. 22, declara manifestamente a finalidade ressocializadora da pena, ao dispor que "a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e *prepará-lo para o retorno à liberdade*" (grifo nosso).

A legislação brasileira alberga, portanto, uma tríplice função da pena, que consiste em punir o agente em razão do delito cometido; prevenir a prática de novas infrações, seja pela sociedade em geral ou pelo próprio apenado; e ressocializar o preso, promovendo a sua reinserção social.

2.3 A crise no sistema prisional brasileiro

Zaffaroni conceitua “sistema penal” como sendo o “controle social punitivo institucionalizado”¹⁸, que abrange desde o momento em que se suspeita da prática de um delito, até a execução da pena, envolvendo, na aplicação das leis que instituem esse sistema, “a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal”¹⁹.

Dentro de qualquer sistema penal pode-se detectar a existência de pelo menos três segmentos: o policial, o judicial e o executivo, e, em cada etapa da persecução penal, um desses segmentos prepondera em relação aos outros.

Um dos grandes problemas da atualidade, que tem contribuído para a grave crise do sistema prisional, consiste na pluralidade de ideologias, decorrente da existência desses segmentos diversos, gerando uma multiplicidade de discursos.

O discurso jurídico ou judicial é, como regra geral, garantidor, baseado na retribuição ou na ressocialização (na argentina e no Brasil costumam-se combinar ambos; o discurso policial é predominantemente moralizante; o discurso penitenciário é predominantemente terapêutico ou de “tratamento”).²⁰

Não há, dessa forma, uma ideologia única, de forma que essa compartimentalização do sistema penal faz com que cada segmento atue ignorando o discurso do outro.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 69 p.

¹⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* 69 p.

²⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* 69 p.

Como consequência disso, surgem atritos entre as diferentes instâncias que realizam a persecução penal, uma vez que uma imputa à outra a culpa pelas falhas existentes, fazendo parecer que o sistema não funciona em condições satisfatórias em razão das falhas dos outros compartimentos. Ninguém assume as suas próprias falhas e não se vislumbra uma tentativa, por parte dos diversos segmentos, de unificação dessas ideologias.

Além disso, a crise do sistema encontra-se vinculada ao fracasso das perspectivas "re" (ressocializadoras, readaptadoras, reeducadoras etc); da finalidade preventiva geral da pena, visto que a prisão tem-se mostrado um fator criminógeno e não preventivo e ressocializador, sem citar a ausência de estrutura física e organizacional.

Zaffaroni, citado por Christiane Russomano Freire, ensina:

o desgaste do paradigma "re" produziu duplo resultado sobre os segmentos do sistema prisional e penitenciário. De um lado, positivo, no sentido de desmascarar sua essência discriminatória, orientada para encobrir a realidade estrutural das prisões, marcada pela deterioração física e psíquica tanto dos operadores do sistema como dos presos. E de outro, negativo, porque envolvida pela tendência do realismo norte-americano, aparece como mera racionalização dos interesses empresariais privatizantes desta área.²¹

A partir do momento em que ocorre o abandono dos ideais de reabilitação, estes passam a ser substituídos por fatores de retribuição, até porque a sociedade clama por uma resposta frente à crescente onda violência e, o sistema, da forma como está estruturado, não tem respondido satisfatoriamente.

Conclui, a autora supracitada, que:

²¹ FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, 138 p.

(...) se a prisão não possui condições de cumprir sua função *reabilitadora*, nada mais coerente do que – instrumentalizada nos discursos que propagam a inconveniência da intervenção do Estado em favor de *mercadorias humanas falhas*, que fracassara em forjar um lugar *honrado e virtuoso* dentro da lógica do mercado e do consumo – se resignar diante de sua função deteriorante e de eliminação.²²

O RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) seria, portanto um mecanismo inabilitador decorrente da sanção penal, garantindo o efetivo isolamento dos indivíduos e dificultando o seu rompimento com a rede do sistema, além de gerar deterioração físico-psíquica nos detentos, em razão do isolamento celular, que, para Foucault, nada mais é que um “sepulcro provisório”²³.

A crise estrutural do sistema, além de persistir em decorrência de antigos problemas, como a superlotação e a falta de espaço físico salubre e adequado, tem se intensificado devido à corrupção da polícia e dos agentes penitenciários, crescimento do crime organizado, eclosão de rebeliões e aumento da violência dentro das prisões.

Para se ter uma idéia, em pesquisa sobre a população carcerária publicada pelo Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional, o número de presos condenados e provisórios, no Brasil, em dezembro de 2006, era de 401.236, enquanto que as vagas totais do sistema, contabilizando-se presídios, penitenciárias e delegacias de polícia, são de 242.292, ou seja, há um déficit de 158.944 vagas.²⁴

²² FREIRE, Christiane Russomano. *Op. Cit.* 140 p.

²³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 32. ed. Petrópolis: Editora Vozes. 201 p.

²⁴ Dados obtidos no site <[http://www.mj.gov.br/depen/sistema/Pesquisa%20\(Desembro-2006\).pdf](http://www.mj.gov.br/depen/sistema/Pesquisa%20(Desembro-2006).pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2007.

O Estado de São Paulo encontra-se em situação emergencial, pois possui um contingente de mais de 130.000 detentos, o maior do país, enquanto que o número de vagas fornecidas não chega a 100.000.²⁵

Tomando-se como exemplo o nosso Estado, além do problema da superlotação, tem-se que dos mais de 11.000 detentos do sistema cearense, cerca de 10.000 não recebem tratamento de saúde. Os únicos a ter acesso à rede de saúde são aqueles que se encontram nas três unidades administradas pela iniciativa privada: a Penitenciária do Cariri (Pirc), a de Sobral (Pirs) e o Instituto Penal Professor Olavo Oliveira (IPPOO) II, em Itaitinga.²⁶

As condições estruturais das carceragens cearenses também não são das melhores. Há, ainda, o problema relativo à falta de funcionários para realizar os afazeres administrativos nas unidades.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, princípio basilar de nosso ordenamento constitucional, torna-se mera utopia quando o assunto é o sistema prisional brasileiro, visto que os princípios que vedam a imputação de penas cruéis e de tortura são flagrantemente violados, em todos os presídios administrados pelo Poder Público, além de não serem observados os demais direitos fundamentais do preso, que, segundo o art. 38, do Código Penal, devem ser conservados, impondo-se respeito à sua integridade física e moral.

Em visitas realizadas no ano de 2006, em que estavam presentes a autoridade judiciária, membros do Ministério Público, vigilância sanitária e a OAB-CE, pudemos presenciar a realidade enfrentada pelos presos e funcionários nas unidades prisionais cearenses.

²⁵ Dados obtidos no site <[http://www.mj.gov.br/depen/sistema/Pesquisa%20\(Desembro-2006\).pdf](http://www.mj.gov.br/depen/sistema/Pesquisa%20(Desembro-2006).pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2007.

²⁶ Dados obtidos no site <<http://www.acmp-ce.org.br/noticias.php?id=1638>>. Acesso em: 26 abr. 2007.

Faltam médicos, dentistas, nutricionistas, terapeutas ocupacionais, professores, enfim, toda a gama de funcionários imprescindíveis para a plena realização dos direitos do preso conferidos pela Constituição e pelos diplomas legais brasileiros.

Os indivíduos sujeitos à medida de segurança, em tratamento no manicômio judiciário, por exemplo, não tinham acesso a água tratada, as condições de higiene do local eram precárias, os medicamentos, ministrados por agentes penitenciários sem qualquer qualificação para realizar tal tarefa, enfim, os indivíduos ali detidos não dispunham, à época em que foi feita a visita, de nenhum mecanismo que tornasse viável e eficaz o suposto tratamento psiquiátrico ao qual estavam submetidos.

Da mesma forma, é a situação da Colônia Agrícola, onde se cumpre pena em regime semi-aberto. Dos 193 detentos existentes ali em março de 2006, apenas 26 realizavam alguma atividade laboral. A capacidade da colônia é para receber 120 apenados, sendo que, nos finais de semana, abrigava cerca de 340 pessoas, que, em sua maioria, dormiam ao relento, por falta de espaço físico.

A realidade da Colônia Agropastoril do Amanari, no Ceará, é o retrato da falência do sistema prisional brasileiro e da inaplicabilidade dos preceitos constitucionais e dos previstos na Lei de Execuções Penais.

O regime semi-aberto é caracterizado justamente pela menor vigilância impingida ao condenado, além de lhe proporcionar a possibilidade de trabalhar ou desenvolver alguma outra atividade. Na referida instituição, no entanto, a maioria dos presos cumpre pena, de fato, em regime fechado, por causa do mau

aproveitamento do espaço da colônia, que não oferece atividades de agricultura, piscicultura, pecuária, nem mesmo qualquer atividade de cunho educacional ou profissionalizante.

O Instituto Penal Paulo Sarasate – IPPS também se encontra em situação alarmante, abrigando o dobro de presos em relação à sua capacidade.

A situação vivenciada no Ceará, infelizmente, parece ser idêntica a de outros Estados brasileiros, guardadas as devidas proporções, visto que o Estado de São Paulo possuía uma população carcerária de 130.814 presos em dezembro de 2006, sendo incomparável com qualquer outro ente da Federação. Só para se ter uma idéia, em segundo lugar está o Rio de Janeiro, com 28.104 presos.

Essa superlotação e falta de condições estruturais e acesso à saúde, aliada à atuação de grupos de criminalidade organizada, resultou no aumento das rebeliões e contribuiu para o aumento dos níveis de corrupção em meio aos agentes do Estado, que, além de mal preparados, recebem baixos salários e não são punidos em razão de seu envolvimento com atividades ilícitas no interior das prisões.

Diante de tamanho caos, a saída encontrada pelo Estado é sempre o recrudescimento do controle disciplinar que, no entanto, é apenas aparente. Tem-se como exemplo o caso do Primeiro Comando da Capital (PCC), uma das principais facções criminosas do país, que surgiu dentro de um presídio de segurança máxima, o Centro de Readaptação Penitenciária de Taubaté, em São Paulo, o que demonstra a ineficácia do isolamento celular ali implementado.

Para Christiane Russomano:

(...) o regime disciplinar diferenciado é parte integrante e proeminente desta nova orientação que age em duplo sentido: primeiro, confirmando a tendência punitiva de nulificação, neutralização e eliminação dos setores sociais que integram a clientela do sistema prisional; e, segundo, proporcionando ao público sensações de domínio e segurança diante da total crise e insubordinação que versa no sistema prisional.²⁷

Nesse azo, o RDD nada mais é do que um reflexo da ideologia que propõe o recrudescimento da execução penal, a fim de se tentar controlar a situação caótica em que se encontra o sistema prisional no Brasil.

²⁷ FREIRE, Christiane Russomano. *Op. Cit.* 144 p.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.1 A idéia de periculosidade

Antes de discorrer acerca do direito penal do inimigo, é de suma importância dimensionar a idéia de “periculosidade”, pois referido conceito é a base para se definir quem são os inimigos do sistema.

Há grande controvérsia na doutrina, tanto entre criminologistas, como entre psiquiatras, sobre o que seria de fato a periculosidade.

A noção de periculosidade surgiu no século XIX, quando se procurou associá-la a uma patologia existente entre certos tipos de criminosos, com características específicas, conforme ensinamento de Newton e Valter Fernandes:

Assim, determinados indivíduos, efetiva ou potencialmente delinquentes, estariam possuídos por algo mais intenso do que a malignidade e menos restritivo do que a loucura: o estado perigoso.²⁸

Rafael Garofalo, criminologista italiano do século XIX, tratou do tema, mas usando terminologia diversa. Entendia ser a temibilidade “a perversidade constante e impulsionadora do criminoso e a quantidade do mal que se pode temer de sua parte, em outras palavras, sua capacidade criminal”²⁹

²⁸ FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 353 p.

²⁹ *Apud* FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. *Op. cit.* 354 p.

Após Garofalo, muitos criminologistas procuraram traçar a diferenciação entre temibilidade e periculosidade; já outros, como Jimenez Asúa, entendiam os termos como sinônimos.

Para Antolisei, a periculosidade não tem origem nas ações do homem, mas diz respeito à sua personalidade.

Não existe, portanto, uma fórmula para se aferir a periculosidade, devendo a mesma ser analisada no caso concreto, a partir de um estudo sobre a capacidade criminal e a inadaptação social do indivíduo.

Pinatel dividiu o diagnóstico da periculosidade em dois momentos, um clínico e outro etiológico:

Informam o diagnóstico etiológico: a) capacidade delinqüencial forte temperada por acentuada adaptabilidade, gerando grave forma de periculosidade (os criminosos de colarinho branco, por exemplo); b) capacidade delinqüencial marcante e adaptabilidade fraca, ensejando periculosidade também grave (criminosos endurecidos e reincidentes dificilmente recuperáveis); c) capacidade delinqüencial e adaptabilidade limitadas, redundando em periculosidade reduzida (criminosos ocasionais); d) capacidade delinqüencial muito tênue e adaptabilidade ampla, advindo periculosidade leve (criminosos passionais). O diagnóstico etiológico de Pinatel é informado pelas seguintes situações: a) influência biológica forte e influência social fraca, acarretando periculosidade crônica; b) influência biológica forte e influência social leve, causando periculosidade marginal; c) influência biológica leve e influência social forte, criando periculosidade marginal; d) influência biológica leve e influência social leve, ocasionando periculosidade episódica.³⁰

Apesar de tantas teorias e estudos a respeito do tema, o certo é que não existem critérios objetivos para se medir a periculosidade de alguém, tanto que

³⁰ *Apud* FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. *Op. cit.* 355 p.

afirmou Roumajon que “a predição da periculosidade não é diferente da previsão meteorológica ou astrológica”.³¹

A despeito disso, mister se faz mencionar o pensamento desenvolvido pela Escola de Keil, originada na Alemanha, durante o nazismo, com a finalidade principal de propor subsídios filosóficos a fim de fundamentar a doutrina nazista.

Afirmavam os teóricos dessa Escola, que:

o Direito Penal era um direito de luta, devendo-se lutar contra a periculosidade criminal, com o fim de extingui-la. **Quem revele periculosidade deve ser sancionado antes de praticar o ato criminoso,** pois o ato jurídico perfaz-se com a vontade de praticá-lo (grifo nosso).³²

Tal posicionamento coaduna-se com a doutrina do direito penal do inimigo, conforme se verá adiante.

3.2 Bases filosóficas

Günter Jakobs, em seu estudo mais extenso sobre o Direito Penal do Inimigo, realiza uma incursão à história da filosofia política iluminista, de Hobbes até Kant, apresentando diversas fundamentações para um tratamento diferenciado para cidadãos e inimigos, e em seguida formula a sua própria idéia acerca do assunto.

³¹ *Apud* FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. *Op. cit.* 356 p.

³² BRANDÃO, Cláudio Roberto C. B. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 133, p. 23-31, jan./mar. 1997. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_133/r133-03.PDF>. Acesso em 30 abr. 2007.

É principalmente na idéia de contrato social que reside a fundamentação da distinção entre direito dos cidadãos e direitos dos inimigos. Por isso, faz-se mister analisar o pensamento dos principais teóricos do contratualismo.

Para Hobbes o inimigo é aquele indivíduo que rompe com a sociedade civil e volta a viver em estado de natureza. O estado de natureza, segundo Hobbes, "é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida"³³.

Portanto, para esse autor, o estado natural dos homens é o estado de guerra, no qual todos os homens são inimigos dos outros, e um homem pode tudo contra seus inimigos.

Hobbes parte de algumas premissas a fim de fundamentar a sua teoria:

O homem não é sociável por natureza (...); o homem é naturalmente egoísta, busca apenas o seu bem, é insensível ao bem dos outros; considera-se governado somente por sua natureza, vive como se devesse reconhecer inevitável uma guerra permanente entre todo indivíduo e seus semelhantes, razão pela qual cada um procura levar vantagem com o prejuízo dos outros (*homo homini lupus* = "o homem é um lobo para o homem").³⁴

Dessa forma, as leis civis são feitas para os cidadãos, sendo que, os inimigos não estão sujeitos a elas, pois negaram a autoridade estatal, podendo, assim, receber o castigo que o representante do Estado achar conveniente.

³³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. [s.l.]: Ed. Nova Cultural, 1997, p. 113.

³⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Tradução de João Baptista de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, 76 p.

O alemão Samuel Pufendorf, fazendo uma analogia com o pensamento de Grócio, entendia que o homem é levado a associar-se por um instinto social, sendo esse instinto considerado como derivação do interesse (Hobbes).

Já o inglês John Locke, indo de encontro às idéias absolutistas de Hobbes, afirma que o homem é naturalmente sociável, não existindo o estado de natureza sem sociedade, visto que esta se confunde com aquele.

No estado de natureza, segundo Locke, o homem já possui certos direitos, precisando apenas de uma autoridade que possa garanti-los. Nesse contexto é que é celebrado o contrato social: os indivíduos renunciam a uma parte de seus direitos, consentido certas limitações, a fim de que possam ser protegidos pelo Estado.

Kant, aceita expressamente a idéia do contrato social, definindo o Estado como "a reunião de uma multidão de homens sob o comando de leis jurídicas"³⁵.

Baseando-se nas idéias de Rousseau, entende Kant o contrato como um princípio regulativo, isto é, um fato não histórico, mas um critério para valorizar a legitimidade do Estado.

Nesse sentido, Del Vecchio:

Na verdade, em tempo algum os homens estiveram unidos por contrato, e a sociedade (máxime nas origens) independe de deliberação. Mas Rousseau quer efetivamente exprimir apenas um princípio de valorização, que é: para todo estado devem-se pressupor o consenso e o acordo livre de seus membros. Tudo isso Kant explica claramente, afastando todo o equívoco e afirmando que o Estado *deve ser* (não foi) constituído segundo a idéia de

³⁵ Apud DEL VECCHIO, Giorgio. *Op. cit.* 122 p.

um contrato social. (O contrato é a base jurídica, o pressuposto ideal de Estado, **que se deve organizar como fundado sobre o reconhecimento dos direitos da pessoa**, ou seja, como síntese da liberdade humana.). (grifo nosso).³⁶

Quem renuncia à sua liberdade individual, entregando parte dela ao Estado, estará acobertado pelas garantias por ele oferecidas; de outra ponta, aquele que rompe com as regras estabelecidas no contrato, não fará *jus* à proteção estatal, devendo ser tratado, a partir de então, como inimigo.

Dessa forma, independentemente de como foi estatuído o contrato social, sendo ele rompido por alguém, esse indivíduo torna-se inimigo de seus semelhantes, não mais sendo tratado como cidadão, deixando de possuir as garantias conferidas pelo Estado.

Foi fundamentado nessas idéias, portanto, que o penalista germânico Günter Jakobs desenvolveu a tese do Direito Penal do Inimigo, tal qual se conhece atualmente.

3.3 Conceito e fundamentos

Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos deflagraram uma “guerra contra o terror”. A partir de então, passaram a transferir guerrilheiros talibãs e elementos ligados à Al-Qaeda, detidos no Afeganistão, para a base de Guantánamo, em Cuba, onde esses indivíduos ficavam detidos em celas minúsculas, com o direito de sair somente 15 minutos por dia.

³⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. *Op. cit.* 122 p.

Além de não lhes serem atribuídos direitos fundamentais, foram suprimidas importantes garantias, como a de ser julgado e ter contra si uma acusação formal.

Os recentes acontecimentos envolvendo atentados terroristas também em alguns países da Europa colaboraram para uma maior aceitação da tese do Direito Penal do Inimigo, defendida pelo penalista Günter Jakobs.

Referido jurista, em recente entrevista concedida ao periódico argentino "La Nación", define o Direito Penal do Inimigo, da seguinte forma:

Es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con 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 en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos.³⁷

Jakobs aborda claramente, no texto transcrito acima, a questão da punição do indivíduo em razão de sua periculosidade e não pelos atos que porventura tenha praticado, até mesmo porque, o ideal, é que seja punido antes mesmo de agir.

Em estudo sobre a legitimidade da tipificação de condutas antecedentes à efetiva lesão de um bem jurídico datado de 1985, o sobredito autor estabeleceu, pela primeira vez, uma distinção entre o Direito Penal do Cidadão (*Bürgerstrafrecht*), o qual otimiza as esferas de liberdade, e Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), que potencializa a proteção a bens jurídicos.

³⁷ JAKOBS, Günter. El enemigo tiene menos derechos, dice Günther Jakobs In: *La Nación*, 26 jul 2006.

Ao distinguir os cidadãos dos inimigos do Estado, Jakobs sugere a separação dessas duas espécies de Direito Penal; de um lado, o delinqüente-cidadão deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; já o inimigo, não tem garantias e direitos assegurados, sendo instaurado contra ele um verdadeiro "procedimento de guerra".

Cancio Meliá, citado por Diogo Rudge Malan³⁸, traça as três principais características do Direito Penal do Inimigo, quais sejam:

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 seria, portanto, um verdadeiro *modelo de Direito Penal parcial*, com o qual se pune de forma antecipada e mais dura, restringindo-se a liberdade de agir e até mesmo de pensar.³⁹

Ao lecionar sobre o tema, o penalista espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez alega admitir "uma graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do Direito Penal, em função do concreto modelo sancionatório que este acabe assumindo"⁴⁰.

³⁸ MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 59, Mar/Abr. 2006, p. 228.

³⁹ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004.

⁴⁰ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140.

Essa graduação, segundo ele, ensejaria uma configuração dualista do sistema de Direito Penal, com dois níveis distintos de regras de imputação e princípios de garantia (os quais referido autor chama de velocidades do Direito Penal): um mais rígido, para as infrações penais sancionadas com pena privativa de liberdade, e outro mais flexível, para as demais infrações.

Entretanto, Silva Sánchez considera legítima uma terceira velocidade do Direito Penal, na qual haja uma ampla relativização dos clássicos princípios político-criminais de garantia – conceito esse que, nesse aspecto, muito se aproxima do Direito Penal do inimigo de Jakobs –, desde que baseada em critérios de necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência.

Ao tratar do tema, Canotilho ensina que o inimigo é aquele que *“nega-se a si próprio como pessoa, aniquila a sua existência como cidadão, exclui-se de forma voluntária e a título permanente da sua comunidade e do sistema jurídico que a regula”*.⁴¹ (grifo nosso).

Para Jakobs, o inimigo é uma “não-pessoa”, o que justifica a antecipação de sua punição, a desproporcionalidade das penas aplicadas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais e a criação de leis severas direcionadas aos chamados “inimigos”, que seriam os terroristas, supostos líderes de facções criminosas, traficantes, homens-bomba entre outros.

A polarização entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo sugerida por Jakobs, permeia igualmente o Direito Processual Penal, afetando inúmeras garantias processuais do “inimigo”.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 58, Jan/Fev. 2006, p. 333.

As críticas à teoria de Jakobs, mencionadas por Luiz Flávio Gomes⁴², são inúmeras. Referido autor, citando Cancio Meliá, argumenta que o Direito Penal do Inimigo nada mais é que um *Direito Penal do autor*, que pune o sujeito pelo que ele é, e não pelo que ele fez. Afirma que o Direito Penal do autor destacou-se durante o nazismo, desse modo, o Direito Penal do inimigo relembra esse período negro da história da humanidade.

Alega, ainda, que sendo o Direito Penal vinculado à Constituição Democrática de cada Estado, conclui-se que o termo "Direito Penal do cidadão" é um pleonismo, enquanto "Direito Penal do Inimigo" é uma contradição, visto que os inimigos não possuem direitos; não se reprova, no âmbito do Direito Penal do Inimigo a culpabilidade do agente, mas a sua periculosidade, o que tem como consequência a aplicação de penas desproporcionais, visto que estas não devem guardar correspondência com o dano causado e sim com a periculosidade do sujeito; além disso, pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas, o que vai de encontro com o sistema previsto nas leis vigentes no Brasil.

Prosseguindo nas críticas, aduz que o fator mais gravoso relativo à adoção dessa teoria, é que não se segue o processo democrático (devido processo legal), e sim um procedimento de guerra, que não se coaduna com o Estado de Direito; há imposição de pena sem as garantias penais e processuais.

Cancio Meliá afirma se tratar de um Direito Penal simbólico somado a um direito punitivista, ou seja, visa à antecipação exagerada da tutela penal, traz bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc., além de ser promulgado somente para aplacar a ira da população. Os críticos consideram o

⁴² GOMES, Luiz Flávio: *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798>. Acesso em: 04.12.2006.

Direito Penal do inimigo claramente inconstitucional, visto que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e de sítio); além disso, aduzem que tratar um criminoso comum como “criminoso de guerra” é tudo o que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); deve-se afirmar, portanto, que a lógica da guerra (da intolerância excessiva, do “vale tudo”) conduz a excessos. Destroi a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático.

A partir do momento em que se subtrai de certas pessoas garantias constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, estabelecendo-se a incomunicabilidade e o uso de provas ilícitas, atinge-se diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento material da constituição, e os princípios do Estado de Direito e o democrático, que, no dizer do Professor Willis Santiago Guerra Filho, *traduzem as opções políticas fundamentais, sobre as quais repousa toda a ordem constitucional*.⁴³

3.4 O pré-crime

A idéia geralmente precede a ação, quando se trata de conduta humana voluntária. Há, dessa forma, um caminho que o crime percorre, desde o momento em que surge a idéia, na mente do agente, até a sua consumação.

⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, 70 p.

Ao itinerário do crime, chama-se *iter criminis*, que, segundo a melhor doutrina, é composto pelo desencadeamento dos seguintes passos: cogitação, atos preparatórios, atos executórios e consumação.

A cogitação não é punível, pois a simples elaboração mental da ação criminosa não faz nascer o direito estatal de punir.

Da mesma forma, sucede em relação aos atos preparatórios, que só serão puníveis excepcionalmente, quando a lei penal tipificar condutas nesse sentido. É o que ocorre, por exemplo, em relação ao delito previsto no art. 291, CP (petrechos para falsificação de moeda).

Os atos executórios, por sua vez, iniciam-se quando o agente passa a por em prática as idéias elaboradas num instante anterior. A partir desse momento, o indivíduo poderá ser punido, inclusive se não houver a consumação do delito, ou seja, caso seja impedido de alcançar o seu desiderato, por razões alheias à sua vontade. Nesse caso, o crime será considerado tentado e o agente receberá punição observando-se o previsto no art. 14, II, do CP.

Dessa forma, não se enquadra em nosso sistema a idéia de punição anterior ao início dos atos executórios, a não ser em casos excepcionais, conforme explicitado anteriormente.

Esse é o entendimento do legislador penal, que consagrou no art. 31, do CP, os casos de impunibilidade, determinando o seguinte: “Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, *não são puníveis, se o crime não chegou, pelo menos, a ser tentado*”.

Ao tratar do concurso de pessoas, determina o legislador, portanto, que o partícipe só responderá pelo delito caso o autor dê início aos atos executórios; se não, a “tentativa” de participação restará impune.

O direito penal do inimigo, por ser prospectivo, ou seja, voltado a punir o fato criminoso futuro, ao contrário do direito retrospectivo, que pune o fato criminoso consumado, cria a figura do pré-crime, consistente na punição do sujeito antes mesmo que ele venha a agir.

É exatamente essa a idéia defendida por Jakobs, a qual explicou com extrema clareza na entrevista concedida ao periódico La Nación, afirmando, que o direito penal do inimigo: “consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía”.⁴⁴

Referido autor coloca como característica do direito penal do inimigo, portanto, a punição anterior à lesão.

Conforme se verá adiante, os §§ 1º e 2º, do art. 52, da Lei de Execuções Penais trazem a hipótese de punição mais gravosa, imposta ao indivíduo que represente “alto risco” à ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou para aquele sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento em organizações criminosas, quadrilha ou bando, hipóteses que se assemelham à idéia de pré-crime defendida por Jakobs, visto que o preso poderá ser colocado em RDD, independentemente de apuração de falta grave ou de efetivo envolvimento nos crimes citados pela lei.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. El enemigo tiene menos derechos, dice Günther Jakobs In: **La Nación**, 26 jul 2006.

4 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

4.1 Conceito e natureza jurídica

Por estar previsto no art. 53, V, da Lei de Execuções Penais (LEP) e regulado na subseção denominada “Das Faltas Disciplinares”, o RDD constitui, a princípio, a mais nova e grave modalidade de sanção disciplinar, caracterizada pelo recolhimento em cela individual, pela duração máxima de trezentos e sessenta dias, por restrições nas visitas semanais e no banho de sol.

Apesar da nomenclatura utilizada pelo legislador, não se trata propriamente, segundo parte da doutrina, de um regime de cumprimento de pena, tal como os regimes fechado, aberto e semi-aberto.

Não se trata, também, de nova modalidade de prisão provisória, constituindo, segundo Mirabete:

um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como **sanção disciplinar** ou como **medida de caráter cautelar**, tanto ao condenado como ao preso provisória, nas hipóteses previstas em lei.⁴⁵ (grifos nossos).

A lei prevê três hipóteses de colocação do preso em RDD: quando o preso provisório ou condenado praticar fato previsto como crime doloso,

⁴⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, 149 p.

conturbando a ordem e a disciplina do presídio onde se encontre; quando o preso provisório ou condenado representar alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; quando o preso provisório ou condenado estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, bastando que haja fundada suspeita.

Terá caráter de sanção disciplinar, segundo Mirabete, a imposição do RDD quando o preso pratica fato descrito como crime doloso. As duas outras hipóteses supracitadas, previstas nos §§ 1º e 2º, do art. 52, da LEP, são motivos para inclusão em RDD, ainda que o preso não tenha cometido falta grave, bastando que ele represente *alto risco* à ordem e segurança do estabelecimento penal, ou haja *fundada de suspeita* de envolvimento do detento em organizações criminosas.

Ao comentar o assunto, Rejane Alves de Arruda alega:

(...) Muito além do que a LEP diz no art. 53, o RDD não consiste apenas em uma sanção de natureza disciplinar (e que, por tal motivo, deve estar atrelada ao cometimento de falta grave), **mas em uma forma, realmente diferenciada, de cumprimento de pena** para presos que são líderes e integrantes de facções criminosas e que, mesmo em regime fechado, não têm sua prática delituosa coibida ou alijada pelas restrições impostas no sistema penitenciário.⁴⁶ (grifo nosso).

Referida autora entende, portanto, que sob a máscara de punição disciplinar, o legislador instituiu as hipóteses dos §§ 1º e 2º, do art. 52, da LEP, mas que, na verdade, uma vez não previstas condutas tipificadas como faltas graves, a aplicação do instituto nesses casos é ilegítima.

⁴⁶ ARRUDA, Rejane Alves. Regime Disciplinar Diferenciado: três hipóteses e uma sanção. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n. 33, p. 35-38, ago/set 2005.

E arremata: “portanto, ao optar por um RDD que tem natureza de sanção disciplinar, caberia ao legislador definir o rol de faltas aptas a ensejar o tratamento diferenciado que, diga-se de passagem, é extremamente gravoso.”⁴⁷

No mesmo sentido, Christiane Russomano Freire:

Do ponto de vista dos efeitos concretos produzidos na execução da pena privativa de liberdade, vale ressaltar que, se a Lei dos Crimes Hediondos significou o golpe inicial na perspectiva reabilitadora, a criação do RDD aparece como golpe de misericórdia. **O isolamento celular de até 360 dias, sob a aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, inaugura uma nova modalidade de cumprimento de pena** – com ênfase na inabilitação e na exclusão – que não apenas redefine o significado do controle disciplinar no interior da execução penal, mas rompe a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, viola o núcleo duro da constituição que são os direitos e garantias fundamentais.⁴⁸ (grifo nosso).

Existe a possibilidade de imposição do RDD como medida cautelar, justamente nas hipóteses supramencionadas, previstas nos §§ 1º e 2º, do art. 52, da LEP, conforme ensinamento de Mirabete:

A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado pode ocorrer também como medida cautelar, nas hipóteses de recaírem sobre o preso fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas ou de representar ele alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou para a sociedade (art. 52, §§ 1º e 2º, da LEP). Em ambas as hipóteses, não se exige a prática de crime doloso ou cometimento de outra falta grave, porque o fundamento para sua imposição não tem caráter punitivo próprio da sanção disciplinar. A inclusão no regime disciplinar diferenciado com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 52 da Lei de Execução Penal **constitui medida preventiva de natureza cautelar**, que tem por fim garantir as condições necessárias para que a pena privativa de liberdade ou a prisão provisória seja cumprida em condições que garantam a segurança do estabelecimento penal, no sentido de que sua permanência no regime comum possa ensejar a ocorrência de motins, rebeliões, lutas entre facções, subversão coletiva da ordem ou a prática de crimes no interior do estabelecimento em que se encontra ou no sistema prisional, ou, então, que, mesmo preso, possa liderar ou concorrer para a prática de infrações no mundo exterior, por integrar quadrilha, bando ou organização criminosa.⁴⁹ (grifo nosso).

⁴⁷ ARRUDA, Rejane Alves. *Op. cit.* 37 p.

⁴⁸ CARVALHO, Salo de. FREIRE, Christiane Russomano. *Op. cit.* 509 p.

⁴⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* 151 p.

Ousando discordar de tão renomado autor, entendemos que a colocação do preso em RDD nessas hipóteses constitui punição, e não mera medida preventiva, e punição antecipada, pois o preso será colocado em RDD no caso de representar alto risco para a sociedade ou quando houver suspeitas fundadas de envolvimento em organizações criminosas, quadrilha ou bando, ainda que não tenha cometido falta grave, apurada em procedimento administrativo e depois homologada pelo juiz, ou esteja sendo processado ou punido por crime de quadrilha ou bando.

Parte da doutrina classifica o RDD, portanto, ora como sanção disciplinar, ora como medida preventiva de natureza cautelar, dependendo da hipótese que fundamente a sua imposição.

Concordamos, no entanto, com o posicionamento que entende o RDD como verdadeiro regime diferenciado de cumprimento de pena, voltado para determinados sujeitos, os chamados inimigos do sistema, que poderão, inclusive, ser punidos independentemente de suas ações concretas, como nos casos previstos nos §§ 1º e 2º, do art. 52, da LEP.

4.2 Breve Histórico

No início do ano de 2001 ocorreu a maior rebelião em presídios já vista no Brasil: 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 4 (quatro) cadeias sob a responsabilidade da Secretaria Pública do Estado de São Paulo uniram-se em uma “megarebelião”, que não tinha como interesse primordial denunciar as péssimas condições em que se encontram as carceragens brasileiras. Diferentemente dos demais conflitos carcerários ocorridos

até aquela data, a rebelião em massa tinha como finalidade pressionar o governo, que havia decidido transferir membros do Primeiro Comando da Capital (PCC) para penitenciárias distantes da capital do Estado.

As reivindicações concentraram-se nos pedidos de retorno para a Casa de Detenção de São Paulo de alguns líderes da facção que haviam sido deslocados para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, que, além de ser distante da capital, o que dificultava o gerenciamento das ações do grupo por parte de seus líderes, ainda tinha rigorosas regras disciplinares, submetendo os detentos à permanência em isolamento por 23 horas diárias, com direito a apenas 1 hora de banho de sol, dentre outras medidas de segurança máxima.

Diante de tamanho caos, medidas emergenciais foram tomadas, “no calor dos fatos”, como sempre ocorre no Brasil. A Secretaria de Administração Penitenciária do Estado São Paulo editou duas resoluções (SAP/SP). A primeira, editada em maio de 2001 (SAP/SP nº 26), introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado, restringindo-o, inicialmente, a 5 unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré.

Em abril de 2002, foi inaugurado o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, criado exclusivamente para aplicação do RDD, de forma que as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a Penitenciária de Iaras deixaram de aplicar o regime.

A Resolução nº 26 trazia as regras de cumprimento da pena em RDD, estabelecendo o tempo máximo de permanência no regime em 180 dias, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período (art. 4º). O procedimento de colocação do preso em regime disciplinar diferenciado era inteiramente

administrativo, cabendo a feitura do pedido ao Diretor Técnico das Unidades, que o dirigia ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais. Caso este manifestasse sua concordância, a solicitação seria enviada ao Secretário de Administração Penitenciária, a quem cabia a decisão final (art. 2º).

Em julho de 2002, entra em vigor a Resolução nº 46, tendo por objetivo impor restrições ao direito de visitas e à entrevista dos presos com seus advogados. O art 2º de referido diploma normativo estabelecia o número de visitantes por dia e, o art. 5º, dispunha-se a regulamentar as entrevistas dos presos com seus advogados, que deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento oral ou escrito à Direção do estabelecimento, que designaria data e horário para atendimento reservado nos 10 dias subseqüentes.

Em agosto do mesmo ano, a Resolução SAP/SP nº 59 é editada, instituindo o RDD no Complexo Penitenciário de Campinas (Hortolândia). A medida mais gravosa passa a ser aplicada não só aos presos condenados, mas também aos provisórios, desde que tivessem praticado crime doloso ou que representassem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento prisional. Referida resolução trazia, no seu art. 2º, o rol de condutas que ensejariam a imposição do regime, cujo tempo máximo de permanência foi estipulado em 360 dias: incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina; tentativa de fuga; participação em facções criminosas; posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa; e prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento.

No Rio de Janeiro ocorreu experiência semelhante, porém menos intensa da vivenciada no Estado de São Paulo.

A rebelião ocorrida no Presídio de Bangu I, liderada por Fernandinho Beira-Mar, foi o marco que determinou a implementação do Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES). Após a contenção do movimento, os líderes foram isolados e o restante dos participantes foram submetidos ao regime supra mencionado.

Em julho de 2003, a Secretaria da Administração Penitenciária do Rio de Janeiro resolveu estender a hipótese de cumprimento de pena em Regime Disciplinar Especial de Segurança a outras penitenciárias do Estado.

Diante das medidas administrativas tomadas nos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, aliadas à pressão feita pela sociedade e, principalmente pela imprensa, o Parlamento resolveu dar uma resposta à população, mostrando seu interesse em resolver o problema da crescente onda de violência no país, através da edição da Lei nº 10.792 de 02 de dezembro de 2003, que modificava a LEP e o Código de Processo Penal.

Antes, porém, que referida norma ingressasse no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu um movimento contra o terrorismo estatal: o movimento antiterror (MAT), liderado pelo Professor René Ariel Dotti.

A carta de princípios assinalava, como principal objetivo do movimento:

Sensibilizar os poderes do Estado, os administradores e trabalhadores da justiça penal, os meios de comunicação, as universidades, as instituições públicas e privadas, e os cidadãos de um modo geral, para a gravidade humana e social representada por determinados projetos que tramitam no Congresso Nacional e que pretendem combater o aumento da violência, o

crime organizado e o sentimento de insegurança com o recurso a uma legislação de pânico.⁵⁰

Apesar de todos os protestos da comunidade jurídica, o Regime Disciplinar Diferenciado foi, então, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da lei nº 10.792/03, com previsão nos arts. 52 e 53, V, da Lei de Execuções Penais (LEP).

4.3 A imprecisão terminológica do art. 52, da LEP

O art. 52, da Lei de Execuções Penais disciplina a aplicação do regime disciplinar diferenciado, da seguinte forma:

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

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

II - recolhimento em cela individual;

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

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

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto

⁵⁰ *Apud* CARVALHO, Salo de. FREIRE, Christiane Russomano. O Regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: **Notáveis do Direito Penal**: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti. Brasília: Editora Consulex, 2006, 502 p.

risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

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

Constituem, portanto, características do regime disciplinar diferenciado: a duração de 360 dias; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, por duas horas; saída diária, por duas horas, para banho de sol.

Inúmeras são as críticas da doutrina em relação ao supracitado artigo, permeado por termos vagos e imprecisos, que deixam à completa discricionariedade do juiz, a decisão acerca da imposição ou não do RDD, depois de ouvidos o Ministério Público e a defesa.

A redação anterior do art. 52 já previa como falta grave a prática de fato correspondente a crime doloso e a incitação à participação de movimento para subverter a ordem ou a disciplina. A mudança trazida pela novel legislação consiste em punir mais severamente o preso que se envolva em atividades que abranjam as duas hipóteses concomitantemente.

Antes, a sanção consistia em isolamento por 30 dias na própria cela; hoje, quando se tratar dos casos previstos para colocação em RDD, esse período pode chegar a 360 dias sem prejuízo de repetição, até o limite de um sexto da pena aplicada.

A menção feita à *subversão da ordem ou disciplina internas* é vaga e imprecisa, deixando ao arbítrio do julgador a valoração das situações que se enquadrem nessa previsão.

Da mesma forma, quando se refere o § 1º aos presos que representem *alto risco* para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, o legislador não deixou clara a dimensão desse risco, ficando novamente a cargo do aplicador da lei a valoração da expressão.

Sobre o assunto, Paulo César Busato:

A submissão ao regime diferenciado deriva da presença de um “alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”. Porém, a respeito de que estamos falando? Não seria da realização de um delito ou de uma falta grave regulada pela administração da cadeia, porque esta já se encontra referida na redação principal do mesmo artigo, que trata exatamente dela. Que outra fonte de risco social ou penitenciário pode decorrer de comissões que não sejam faltas nem delitos? E mais, a mera suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justifica o tratamento diferenciado. Porém, se o juízo é de suspeita, não há certeza à respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução.⁵¹

Rômulo de Andrade Moreira, acerca das imprecisões contidas no art. 52, da LEP, perplexo, questiona:

O que seriam mesmo fundadas suspeitas? Afinal, a presunção constitucional não é a de não-culpabilidade? E o que seria mesmo uma organização criminosa? Como se sabe, não há no Brasil uma lei que traga tal definição, ferindo-se, destarte, o princípio da legalidade, também de índole constitucional.⁵²

⁵¹ BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal do Inimigo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez/PUCRS/ITEC, 2004.

⁵² MOREIRA, Rômulo de Andrade. Esse monstro chamado RDD. *Revista síntese de direito penal e processual penal*. v.5. n. 28. p. 37-40. out./nov. 2004.

A utilização desse tipo de expressão, sem precisão semântica, é uma marca da LEP desde a sua edição, e, em consequência disso, maior poder é concedido às autoridades administrativas e judiciais que a aplicam.

A Lei nº 10.792/03 seguiu a mesma linha, indo de encontro aos preceitos da legalidade e taxatividade.

Veja-se o que diz a respeito Christiane Russomano Freire:

Em sentido diametralmente oposto à concretização do princípio da legalidade, que imporia pela taxatividade o fechamento destes tipos abertos, a Lei nº 10.792/03 incluiu categorias altamente dúbias, gerando duplo efeito. Em primeiro lugar, deflagra efeito normativo no que tange à interpretação das faltas, sobretudo as graves. Assim, se anteriormente a falta de precisão decorrente da ambigüidade terminológica favorecia o arbítrio administrativo, com o novo texto a tendência é a sua potencialização. Por outro lado, produz efeito na gestão da política penitenciária, visto que a importância auferida à ordem, à disciplina e à segurança não apenas reforça a ideologia defensivista, mas ressignifica o sentido da execução, voltada na contemporaneidade à contenção dos "socialmente indesejáveis", dos "corpos excedentes".⁵³

Essa imprecisão terminológica do legislador fere frontalmente o princípio da legalidade e seus subprincípios. Esse princípio compreende que a lei penal, para ser aplicada, deve ser anterior ao fato praticado pelo agente, ou seja, prévia (a lei penal incriminadora é irretroativa), escrita (é proibida a criação de crimes e penas pelos costumes), estrita (é proibido o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas) e certa, ou seja, com todos os seus aspectos bem definidos, evitando-se a utilização de termos vagos.

⁵³ CARVALHO, Salo de. FREIRE, Christiane Russomano. *Op. cit.* P. 510.

4.4 RDD: produto de um direito penal do inimigo?

Conforme já mencionado no presente trabalho, o direito penal do inimigo, considerado típico direito penal do autor, pune os indivíduos não em razão de sua culpabilidade, mas em virtude de sua periculosidade; pune-se, portanto, o sujeito pelo que ele é, e não pelo o que ele fez.

Dentre os institutos típicos desse processo penal, ressalta-se a incomunicabilidade do preso, que visa evitar que ele utilize a comunicação com seu defensor como meio para colocar em risco a vida, a integridade física ou liberdade de terceiros.

Juntamente com a incomunicabilidade, são de recorrente utilização no âmbito do Direito Penal do Inimigo: as prisões para averiguação decretadas com base em mera suspeita, com dispensa de autorização judicial; mecanismos de delação premiada; julgadores de exceção, ou seja, constituídos casuisticamente, após a prática da infração penal, muitas vezes com identidade sigilosa; regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado.

Assim, os direitos e garantias conferidos ao cidadão são completamente negados ao inimigo, agindo o Estado de forma contrária a importantes preceitos constitucionais.

Como tais instrumentos invariavelmente são secretos (v.g. escutas clandestinas, agentes infiltradas etc.), o investigado não tem como se comportar de forma estratégica, pessoal, perante esse controle. Logo, suprime-se o direito

fundamental do investigado ao silêncio. Outra consequência apontada pelo sobredito autor germânico é que os instrumentos em questão inexoravelmente devassam não só a esfera de intimidade do próprio suspeito, mas igualmente a de terceiras pessoas, inocentes que integram o círculo de relações pessoais daquele.

Como se vê, a perda de tradições liberais, com a flexibilização das garantias individuais e das regras de imputação, é o que propõe o Direito Penal funcional, que objetiva atender e aplacar o sentimento de insegurança social, agravado pelos últimos acontecimentos envolvendo atentados terroristas nos Estados Unidos e na Europa.

Assim, num Estado Democrático de Direito, e garantidor da dignidade do ser humano, o *status* de pessoa não pode ser ou deixar de ser atribuído a alguém, ou seja, ninguém pode ser classificado como não-pessoa. Portanto, em não podendo existir não-pessoas, também, não poderá existir Direito Penal do Inimigo.

Nesse azo, não se pode olvidar que um dos fundamentos do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana. No Estado Democrático de Direito todos os princípios que o regem devem se basear no respeito à pessoa humana, pois esta funciona, conforme leciona o Professor Willis Santiago Guerra Filho⁵⁴, como princípio constitucional geral, ou seja, constitui o *núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais*. Por isso, é considerado como princípio maior na interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional.

Deixar de conferir a certos indivíduos os direitos e garantias assegurados pela Constituição significa romper com os ditames fundamentais do Estado Democrático de Direito, abalando toda a sua estrutura.

⁵⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. cit.* 62 p.

É certo que o avanço da macrocriminalidade e a ânsia de contê-la gera esse tipo de pensamento, porém, um Direito Penal de urgência e demasiado amplo, causa insegurança jurídica e atende a fins basicamente simbólicos, carecendo de eficácia prática, e despertando um sentimento de impunidade generalizado na sociedade.

Nesse sentido, Winfried Hassemer, citado por Diogo Rudge Malan, aduz que:

os fenômenos da modernização e da globalização vêm ameaçando maciçamente as clássicas garantias do processo penal, sendo que as reformas processuais penais concentram-se nas últimas décadas somente na fase de investigação, isto é, naquela parte do processo em que se trata de instrumentos de controle.⁵⁵

Ao inimigo não são previstos, no curso do processo, vários direitos permitidos ao cidadão, como o acesso aos autos do inquérito policial, o direito de solicitar a prática de provas, de assistir aos interrogatórios, de se comunicar com seu advogado. São admitidas, ainda, contra ele, provas obtidas por meios ilícitos, como as escutas telefônicas, agentes infiltrados, investigações secretas, além de se ter um avanço da prisão preventiva como regra, que constitui exceção num processo ordenado. Portanto, o processo contra o inimigo não pode denominar-se "processo" e sim procedimento de guerra.

Contrário a essa modalidade de direito penal do autor, é o posicionamento de Zaffaroni:

(...) o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o "ser" de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora da

⁵⁵ MALAN, Diogo Rudge, obra cit., p. 231.

conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.⁵⁶

O regime disciplinar diferenciado, instituído no Brasil justamente por causa do avanço das organizações criminosas, volta-se claramente para uma determinada classe de indivíduos, pondo-se fim ao ideal de ressocialização, visando-se tão somente a segurança e a ordem.

Encontra-se semelhança entre os ideais do direito penal do inimigo e o RDD também pelo fato de ser aquele um direito prospectivo e não retrospectivo, punindo-se antecipadamente os “inimigos”, por fatos que ainda não ocorreram.

Enquadram-se nessa situação as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 52 da LEP, que prevêem, respectivamente, a colocação do preso em RDD, quando o mesmo representar alto risco à ordem e à segurança do estabelecimento prisional ou a sociedade, levando-se em conta, claramente o aspecto relativo à periculosidade do agente e não à sua culpabilidade; e, no caso do § 2º, quando existirem fundadas suspeitas de envolvimento do mesmo em organizações criminosas, punindo-se o indivíduo independentemente da instauração do devido processo legal para se averiguar a existência de falta grave ou a prática desses crimes.

Sobre o RDD e a sua relação com o direito penal do inimigo, aduz Christiane Russomano Freire: “a perversa lógica do “direito penal do inimigo”, revitalizante dos modelos de direito penal do autor é restabelecida, pois o que passa a ser questão é a identificação do “inimigo” e sua neutralização/contenção”.⁵⁷

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* 116 p.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de. FREIRE, Christiane Russomano. *Op. cit.*, 511 p.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do Desembargador Borges Pereira, decidiu, incidentalmente, pela inconstitucionalidade do RDD, em sede de *habeas corpus*. Veja-se parte do fundamento da decisão:

1. Ao contrário do que argumenta o lúcido parecer do d. representante da Procuradoria Geral de Justiça, a ordem deve ser conhecida. Com efeito, toda afronta aos Direitos Individuais dos cidadãos brasileiros, independentemente de raça, credo, condição financeira etc., desde que cause constrangimento ilegal, é, e sempre deverá ser passível de *habeas corpus*. É de se observar, inclusive, que a impetrante questiona não só a ilegalidade RDD, como também pleiteia a transferência do detento para outro presídio da rede Estatal.

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

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

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

(...) Pelo exposto, concederam a ordem com o fim de determinar a imediata remoção do paciente do “*regime disciplinar diferenciado*”, com recomendação (negritos nossos).⁵⁸

O supracitado julgador referiu-se, no bojo de sua decisão, à opinião do Desembargador Marco Nahum sobre o assunto:

A questão já foi abordada por está 1ª Colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo: Na ocasião, como muito bem asseverou o e. des. Marco Nahum no *Habeas Corpus* nº 893.915-3/5-00 – São Paulo (v.u.), “o referido ‘*regime disciplinar diferenciado*’ determina que o preso seja recolhido em cela individual, com saídas diárias de 2 horas para banho de sol, o que significa dizer que a pessoa fica isolada por 22 horas ao dia. Sua duração é de um ano, sem prejuízo de que nova sanção seja aplicada em virtude de outra falta grave, podendo o prazo de isolamento se estender até 1/6 da pena. Ainda é proibido ao preso que ouça, veja, ou leia qualquer meio de comunicação, o que significa dizer que não recebe jornais, ou revistas, assim como não assiste televisão, e não ouve rádio. **Independentemente de se tratar de uma política criminológica voltada apenas para o castigo, e que abandona os conceitos de ressocialização ou correção do detento, para adotar ‘medidas estigmatizantes e inocuidadoras’ próprias do ‘Direito Penal do Inimigo’, o referido ‘regime disciplinar diferenciado’ ofende inúmeros preceitos**

⁵⁸ PEREIRA, Borges. Inconstitucionalidade do RDD. *Boletim IBCCRIM*, ano 14, n. 167, out. 2006.

constitucionais” E continua o insigne magistrado, *“trata-se de uma determinação desumana e degradante (art. 5º, III, da CF), cruel (art. 5º, XLVII, da CF), o que faz ofender a dignidade humana (art. 1º, III, da CF). Por fim, note-se que o Estado Democrático é aquele que procura um equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais de liberdade do homem. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao Estado Democrático”* (...) (negritos nossos).⁵⁹

Entendeu, portanto, referido Tribunal ser ilegítimo o RDD por adotar medidas compatíveis com o direito penal do inimigo, ferindo-se os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna, em especial a dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, é a opinião de Paulo César Busato, aduzindo que as restrições impostas pelo RDD:

(...) não estão dirigidas aos fatos e sim à determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são ‘suspeitas’ de participação em bandos ou organizações criminosas.⁶⁰

Retornando-se ao pensamento hobbesiano, tem-se que aqueles que romperam com o “contrato social” não merecem mais as garantias oferecidas pelo Estado.

Dessa forma, o regime disciplinar diferenciado, legitimado por vários setores da comunidade jurídica, fez nascer um grande abismo entre os presos portadores de direitos e os inimigos. Em relação aos últimos, o Estado deixa de ter qualquer responsabilidade social, voltando seus mecanismos para combater permanentemente sua forma de vida perigosa.

⁵⁹ PEREIRA, Borges. Inconstitucionalidade do RDD. *Op. cit.*

⁶⁰ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.* 139 p.

A manifestação do Secretário Astério Pereira dos Santos, proferida em julho de 2003, logo após a reedição do Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES) no Estado do Rio de Janeiro, demonstra claramente essa associação entre o RDD e o direito penal do inimigo:

No que pertine ao Regime Disciplinar Especial de Segurança ora implantado, tanto aqui no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, está ele em consonância com o que se acabou de expor, deixando certo que se trata de um imperativo de disciplina, mas muito mais que isto, de uma medida destinada a **afastar líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade**, do convívio com os demais presos, que eles subjagam e usam como massa de manobra em suas rebeldias, obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome, como se pode ver na semana passada (grifo nosso).⁶¹

Ainda no que diz respeito à inconstitucionalidade do RDD, deve-se ressaltar que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária proferiu parecer manifestando entendimento no sentido de considerar inconstitucional o citado regime disciplinar, deixando, ainda, evidente que a medida “é desnecessária para a garantia da segurança dos estabelecimentos penitenciários nacionais e dos que ali trabalham, circulam e estão custodiados, a teor do que já prevê a Lei nº 7.210/84”.⁶²

O próprio Ministério da Justiça afirmou que “o isolamento não é boa prática; um modelo de gestão muito mais positivo é o de abrigar os presos problemáticos em pequenas unidades de até dez presos, com base de que é possível proporcionar um regime positivo para presos que causam transtorno, confinando-os em ‘isolamento em grupos’, em vez da segregação individual”.⁶³

⁶¹ Apud CARVALHO, Salo de. FREIRE, Christiane Russomano. *Op. cit.*, 507 p.

⁶² Apud PEREIRA, Borges. Inconstitucionalidade do RDD. *Op. cit.*

⁶³ Apud PEREIRA, Borges. Inconstitucionalidade do RDD. *Op. cit.*

O sistema brasileiro não assimilou, por certo, todas as características que identificam o direito penal do inimigo, como a incomunicabilidade do preso, utilização de julgadores de exceção etc. Não se pode olvidar, no entanto, que, ao introduzir o RDD, incorporou determinados aspectos típicos de um direito penal do autor, que seleciona os inimigos do sistema, procurando inabilitá-los e eliminá-los.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indiscutível que o mundo mudou após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Os criminosos também já não são os mesmos, o que tem levado o Estado a repensar a questão da prevenção e da punição dos delitos.

Esse tipo de delinqüente não pode ser tratado como um criminoso comum; a saída, portanto, é instaurar verdadeiros procedimentos de guerra, em que são suprimidos dos indivíduos seus direitos e garantias fundamentais.

É esse o posicionamento defendido por Jakobs, que considera que determinados sujeitos são como “animais perigosos”, e como tais devem ser tratados, não possuindo *status* de pessoa.

É nesse solo fértil que se desenvolve a tese do direito penal do inimigo, que já tem os seus reflexos na legislação brasileira.

O regime disciplinar diferenciado, implementado no Brasil num momento dramático, em que 25 unidades prisionais do Estado de São Paulo rebelaram-se concomitantemente, demonstra que nesse país assuntos de extrema gravidade só são resolvidos em caráter emergencial.

A negligência do Estado permitiu que grandes quadrilhas se desenvolvessem dentro dos presídios, como é o caso do Primeiro Comando da

Capital (PCC), uma das maiores organizações criminosas do país, com ramificações em diversas unidades prisionais e outros Estados brasileiros.

A fim de conter o avanço da criminalidade, ou pelo menos desejando resolver situações determinadas, altera-se a legislação vigente, buscando sempre o recrudescimento das penas e das medidas de execução. Dessa forma, o governo se engana e, ao mesmo tempo consola a população, ávida por soluções eficazes para o problema da violência crescente no Brasil.

O RDD surgiu nesse contexto, num momento crítico, em que a crise do sistema prisional chegou ao ápice: unidades superlotadas, alto grau de corrupção entre os funcionários da administração, falta de estrutura física e de acesso aos direitos fundamentais básicos pelo preso. Afora isso, o gravíssimo problema do crescimento das organizações criminosas, que hoje dominam os presídios, oprimindo presos e funcionários.

A Lei nº 10.792/03, que instituiu o RDD, assimilando claramente alguns aspectos desenvolvidos pela teoria do direito penal do inimigo, seleciona os sujeitos “perigosos”, a fim de inabilitá-los, visto que, nesses casos, não há mais a perspectiva da ressocialização.

Surge então um questionamento: quem são os inimigos? Quais os métodos para aferir se determinado sujeito é inimigo?

Foi nesse sentido que se buscou trabalhar o conceito de periculosidade e, apesar de existirem inúmeras teses a respeito do assunto, concluiu-se que definir alguém como “perigoso” é algo por demais complexo. Não existe uma fórmula para se determinar a periculosidade de alguém, devendo ser feita a aferição no caso concreto.

A despeito disso, o direito penal do inimigo apregoa que os indivíduos devem ser punidos em razão de sua periculosidade e não pelos atos praticados.

Nesse caso, poder-se-ia argumentar que o Presidente dos Estados Unidos é um inimigo; contra vontade mundial e a vontade da própria nação que governa, instaurou uma guerra que matou milhares de inocentes.

No contexto dessa guerra, Saddam Hussein foi eleito inimigo, e foi aniquilado, pois ele não estava do lado mais forte, o que nos leva a crer que a seleção dos inimigos depende de quem seja o detentor do poder em um determinado momento.

Esse é apenas um dos problemas relativos à adoção da tese defendida por Jakobs. O principal deles diz respeito à punição do agente por fatos futuros, ou seja, ainda não consumados.

A legislação brasileira, nos §§ 1º e 2º do art. 52, da LEP, determina que o indivíduo pode ser colocado em regime mais gravoso de cumprimento de pena caso represente “alto risco”, ou quando houver suspeita de sua participação em organizações criminosas ou quadrilhas.

Nesse caso, o princípio constitucional da presunção da inocência é completamente afastado, pois independentemente de apuração de falta grave ou de existir processo que investigue a prática do crime de quadrilha, o indivíduo receberá a punição.

É a instituição do pré-crime, conceito trabalhado também sob a ótica do direito penal do inimigo.

Não se defende no presente trabalho, que não seja tomada nenhuma medida por parte do Governo, a fim de conter essa macrocriminalidade insurgente.

É óbvio que um sujeito condenado por pequenos furtos não pode ser tratado da mesma forma que um indivíduo que comanda uma grande e poderosa organização criminosa.

O que não se pode conceber é o desrespeito, por parte do Estado, aos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois, a partir do momento em que o Estado não observa a Constituição que o instituiu, ele rompe com a própria ordem constitucional e todos, não somente os inimigos, estarão vulneráveis à ação estatal. Afinal, quem é, senão o próprio Estado, o responsável pela definição de seus inimigos?

Dessa forma, em consonância com os objetivos traçados para essa pesquisa, foram constatadas as semelhanças entre determinadas características do direito penal do inimigo e o RDD, da forma como foi instituído no Brasil, motivo pelo qual referido instituto merece ser rediscutido com seriedade e profundidade, a fim de se tomarem medidas que visem à preservação da segurança, sem afrontar os direitos e garantias fundamentais conferidos a todos.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Rejane Alves. Regime Disciplinar Diferenciado: três hipóteses e uma sanção. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 35-38, ago/set 2005.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Cláudio Roberto C. B. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 34, n. 133, p. 23-31, jan./mar. 1997. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_133/r133-03.PDF>. Acesso em 30 abr. 2007.

BRASIL. **Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal do Inimigo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez/PUCRS/ITEC, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 58, Jan/Fev. 2006.

CARVALHO, Salo de. FREIRE, Christiane Russomano. O Regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: **Notáveis do Direito Penal**: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti. Brasília: Editora Consulex, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-179.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Tradução de João Baptista de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, 76 p.

FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zommer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luís Flávio Gomes. 2 ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 32. ed. Petrópolis: Editora Vozes.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, parte geral. Atualizado por Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo**: o caso do RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005.

GOMES, Luiz Flávio: **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798>. Acesso em: 04.12.2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. [s.l.]: Ed. Nova Cultural, 1997.

JAKOBS, Günter. El enemigo tiene menos derechos, dice Günther Jakobs. In: **La Nacion**, 26 jul 2006.

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 59, Mar/Abr. 2006, p. 228.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Esse monstro chamado RDD. **Revista síntese de direito penal e processual penal**. v.5. n. 28. p. 37-40. out./nov. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral e parte especial. 2. ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Borges. Inconstitucionalidade do RDD. **Boletim IBCCRIM**, ano 14, n. 167, out. 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral: arts. 1º ao 120. 3. ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**, introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, 45 p.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 69 p.