

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 390.

(ano VII)

(08/07/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



08/07/2015 Renato Marcão
» Atividade Probatória na Execução Penal

ARTIGOS

08/07/2015 Diogo Felin Cantarelli
» Isenção de impostos para pessoas com deficiência e com doenças graves

08/07/2015 Isaias Cantidiano de Oliveira Neto
» O Ministério Público e Sua Legitimidade Para Propositura de Ação de Alimentos

08/07/2015 Marcos Eberhardt
» A advocacia criminal e a arte de resistir: sobre as comunicações entre cliente e advogado

08/07/2015 Roberto Monteiro Pinho
» Não existe justiça sem eficácia e celeridade

MONOGRAFIA

08/07/2015 Mônica Franco Tedesco
» Direito Penal do Inimigo: um estudo acerca dos resquícios da teoria de Gunther Jakobs em legislações específicas do ordenamento penal brasileiro

ATIVIDADE PROBATÓRIA NA EXECUÇÃO PENAL

RENATO MARCÃO: Jurista. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Autor, dentre outros, dos seguintes livros pela editora Saraiva: Curso de Processo Penal; Curso de Execução Penal; Lei de Execução Penal Anotada; Execução Penal; Crimes Ambientais; Crimes contra a Dignidade Sexual; Estatuto do Desarmamento; Crimes de Trânsito e Tóxicos.

Engana-se profundamente quem pensa que a produção de provas só se faz possível na fase de investigação e durante o curso do processo de conhecimento.

No processo de execução, de igual forma, e sob as mesmas condições, é intensa a atividade probatória.

Por aqui também se aplicam os princípios sobre prova; as regras sobre a distribuição subjetiva do ônus da prova; os momentos da prova (proposição, admissão, produção e valoração); os meios de prova etc.

Incidem também os princípios da legalidade, individualização da pena, intranscendência ou personalidade da pena, da razoabilidade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, juiz natural, presunção de inocência (sim, presunção de inocência quanto aos fatos novos, surgidos no curso da execução, como ocorre com a imputação de falta grave, p. ex.), persuasão racional ou livre-convencimento, obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), dentre outros.

Já no art. 8º da LEP verificamos situações em que o executado será (ou poderá ser) submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da pena.

O exame criminológico constitui prova técnica, a ser elaborada por profissionais capacitados.

Para obter progressão de regime, o executado deverá provar que atende aos requisitos do art. 112 da LEP, e para tanto, é incumbência sua demonstrar que cumpriu o tempo de pena exigido para a hipótese e que ostenta bom comportamento carcerário, a ser materializado em atestado de conduta fornecido pelo diretor do estabelecimento em que se encontrar.

Há quem entenda que ainda é possível a realização de exame criminológico para a finalidade de apurar a presença, ou não, de requisito subjetivo para progressão de regime (LEP, art. 112), com o que não concordamos.

No sentido de que o juiz pode determinar a realização do exame, temos a Súmula Vinculante 26 (STF)[\[1\]](#) e a Súmula 439 do STJ.[\[2\]](#)

Ainda em sede de progressão de regime, quando se tratar de crime praticado contra a administração pública, para obter o benefício, além dos requisitos genéricos o executado deverá provar a reparação do dano causado ou a impossibilidade de fazê-lo (CP, § 4º do art. 33).

A regressão de regime com base no art. 118 da LEP é providência que só pode ser adotada se ficar provada a prática de falta grave, por documento e/ou testemunha, assegurada a ampla defesa e o contraditório com a possibilidade de oitiva do executado em juízo, quando então poderá confessar ou negar o deslize, apresentar álibi, indicar testemunhas, fornecer prova documental e ainda propor outros meios de prova para a apuração do fato. Nesse particular, calha ressaltar que, se depois de produzidas as provas permanecer eventual incerteza a respeito do

cometimento da falta, a dúvida deverá ser resolvida em favor do executado.

Para obter remição de pena, é preciso prova documental dos dias de trabalho ou de estudo, conforme dispõe o art. 126 da LEP.

Para a declaração de perda dos dias remidos, também é preciso prova do cometimento de falta grave (LEP, art. 127).

Dentre outras situações, também é preciso *produzir prova* quando se pleitear: 1) a concessão de livramento condicional, sua suspensão ou revogação; 2) violação de deveres relacionados com o monitoramento eletrônico; 3) seja reconhecido o descumprimento de pena restritiva de direitos; 4) a avaliação de eventual causa de revogação do *sursis*; 5) o reconhecimento da cessação da periculosidade, e 6) a extinção da punibilidade, pela morte do executado.

Intensa, portanto, a atividade probatória no campo executacional, e para ela devem estar aparelhados tecnicamente os operadores do direito, pena de negação a garantias fundamentais que interessam a toda a sociedade.

Como disse Roberto Lyra, é preciso “modernizar sempre sua caixa de ferramentas: o martelo da lei, o serrote da jurisprudência, os pregos e os parafusos da doutrina”.

E arrematou: “O principal é o direito corrente, a lei aplicada, a seleção, a organização, a crítica dos julgados. Quem ensina, estuda, defende, acusa, decide, não pode dispensar esses instrumentos de ação”.^[3]

Notas:

^[1]. Súmula Vinculante 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou

equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico” (DJe 238, de 23-12-2009, p. 1).

[2]. Súmula 439: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada” (DJe de 13-5-2012).

[3]. Formei-me em direito... E agora? Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1956, p. 67.

ISENÇÃO DE IMPOSTOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E COM DOENÇAS GRAVES

DIOGO FELIN CANTARELLI: Servidor público autárquico. Advogado. Especializando em Direito e Processo do Trabalho/ Universidade Anhanguera/UNIDERP/Rede LFG; Especializando em Direito Tributário - Universidade Anhanguera/UNIDERP/Rede LFG.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a legislação concernente ao tema das isenções em favor das pessoas que apresentam algum tipo de deficiência (física, auditiva, visual, mental e autismo) e das pessoas que vivem com doenças graves. Haverá, por conseguinte, um enfoque no tratamento do tema em conformidade com a Constituição Federal, legislação infraconstitucional, jurisprudência e doutrina nacionais. A abordagem apresentará a legislação respectiva para as isenções em relação aos impostos federais, estaduais e municipais. No desenvolvimento da pesquisa será utilizado o método dialético-dedutivo e como método de procedimento será adotado o método dedutivo, tido por pressuposto a primazia dos princípios e das normas da Constituição Federal de 1988 e interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio. A estrutura seguida é o trabalho monográfico na forma de artigo científico.

Palavras-chave: tributação, isenção, impostos, deficiência física, doença grave.

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa a analisar a legislação concernente ao tema das isenções em favor das pessoas com deficiência física, auditiva, visual, mental e autismo e das pessoas que convivem com doenças graves, bem como provocar para o aperfeiçoamento dos dispositivos legais, partindo

como premissa a necessidade de dar efetividade ao cumprimento do princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana.

No desenvolvimento do tema, serão compiladas as isenções previstas em relação às pessoas com deficiência e com doenças graves no que tange aos impostos federais, estaduais e municipais, com ênfase no desenvolvimento e promoção da dignidade da pessoa humana, revelando-se bastante útil no cotidiano de quem busca obter conhecimento sobre as isenções referentes para o público-alvo em comento.

1. ISENÇÃO DE IMPOSTOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E COM DOENÇAS GRAVES

1.1 ISENÇÃO DE IMPOSTOS FEDERAIS

1.1.1 Imposto sobre a Renda (IR)

1.1.1.1 Isenção para pessoas com doenças graves

O Imposto de Renda, tributo com finalidade de natureza, destacadamente, arrecadatória é o que apresenta a maior arrecadação entre os impostos federais. Tem como fato gerador a renda, assim considerados os produtos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e ainda sobre os proventos de qualquer natureza, entendidos como os acréscimos patrimoniais não definidos como renda. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido da renda ou dos proventos tributáveis, consoante reza o art. 44 do Código Tributário Nacional.

No que tange à isenção do Imposto de Renda para as pessoas que possuem doenças graves, a Lei Federal nº 7.713/1988, o art. 6º, incisos XIV e XXI prevê que são isentos do imposto de renda os rendimentos percebidos por pessoas físicas oriundos dos proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave,

doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (...) e os valores recebidos a título de pensão quando o beneficiário desse rendimento for portador das doenças relacionadas no inciso XIV deste artigo, exceto as decorrentes de moléstia profissional, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após a concessão da pensão. Cabe ainda lembrar o art. 30, § 2º da Lei nº 9.250/1995, o qual inclui a fibrose cística (mucoviscidose), na relação das moléstias a que se refere o inciso XIV da Lei nº 7.713/88.

Assim, somente os rendimentos relativos à aposentadoria, pensão ou reforma são considerados isentos, incluindo-se também a complementação recebida de entidade privada e a pensão alimentícia fixada judicialmente. Outros rendimentos, tais como o salário, por exemplo, que sejam recebidos por pessoas portadoras de doenças graves não estão cobertos pela isenção. São também isentos os proventos de aposentadoria ou reforma motivados por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional. A lei não fixa limites quantitativos para a isenção.

Para a comprovação da existência da doença grave, o contribuinte deve obter laudo médico pericial exarado pelo serviço público oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, no local de sua residência. O serviço médico deverá indicar, se possível, a data em que a doença foi contraída; em caso de tal elemento não puder ser aferido, será considerada a data da emissão do laudo, como a data em que a doença se iniciou. Também deverá ser indicado se a doença é passível de controle e, em caso afirmativo, o prazo de validade do laudo, recomendando-se que o laudo seja emitido por serviço médico oficial da

própria fonte pagadora, a fim de possibilitar que o imposto já deixe de ser retido pela fonte pagadora. Em caso de tal situação não ser possível, o laudo deverá ser apresentado junto à fonte pagadora para que esta, após verificar o cumprimento de todas as condições para a obtenção da isenção, adote os procedimentos para a não retenção do Imposto de Renda na fonte.

No que se refere à relação das doenças que podem ser consideradas como doenças graves, um ponto que merece ser debatido é acerca do caráter exaustivo ou exemplificativo das doenças elencadas no art. 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713/1988. Sobre este tema, são duas as possíveis soluções: a primeira que defende o caráter restritivo da isenção, justamente pela previsão do art. 150, § 6º da Constituição Federal e do art. 111, inciso II do Código Tributário Nacional e dessa forma não cabe ao Poder Judiciário, por exemplo, com base no princípio da isonomia, alargar o alcance das normas isençionais. Neste sentido, a jurisprudência clássica do STF, acerca da impossibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo^[1]:

Ementa: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CÂMBIO. IOF. ISENÇÃO. APLICAÇÃO CONDICIONADA À DATA DE EMISSÃO DA GUIA DE IMPORTAÇÃO. VIOLAÇÃO DA ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO. ART. 6º DO DECRETO-LEI 2.434/1988. ARTS. 5º, CAPUT E I, 145, § 1º E 150, II DA CONSTITUIÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. Segundo orientação firmada por esta Corte, o Judiciário não pode atuar como Legislador Positivo. As razões de agravo regimental tomam como óbvia a falta de justificativa

para a escolha do critério de aplicação da norma de isenção. Mas nada há de óbvio na matéria. Para que fosse possível reverter a decisão agravada seria necessário aprofundar a discussão sobre o elemento que viola a isonomia. A deficiência das razões recursais impede a exata compreensão da controvérsia (Súmula 284/STF). (...) [2]

A segunda solução possível, defendida neste trabalho, adota por analogia, o que já vem sendo pacificado pelo STJ, a respeito das doenças graves para o benefício da aposentadoria por invalidez integral, nos termos do art. 186, § 1º da Lei nº 8.112/1990 e que considera que a referida relação é apenas exemplificativa. Na esteira desse entendimento:

ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PERMANENTE. SERVIDOR QUE PADECE DE DOENÇA INCURÁVEL, NÃO MENCIONADA NO § 1º DO ART. 186 DA LEI Nº 8.112/1990. ROL EXEMPLIFICATIVO. DIREITO A PROVENTOS INTEGRAIS. DECISÃO AGRAVADA QUE DIVERGE DA ATUAL ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Houve, de fato, um realinhamento da jurisprudência desta Corte, em especial de sua Terceira Seção, no sentido de que o rol de doenças constantes do art. 186, §1º, da Lei n. 8.112/90 não é taxativo, mas exemplificativo. Precedente. 2. Assim, tendo o Tribunal a quo reconhecido que a doença que acometeu o requerente era grave e incapacitante, conquanto não estivesse incluída no rol do art. 186 da Lei n. 8.112/90, escorrito, quanto à questão jurídica, o entendimento do Tribunal. (...) [3]

No STJ a questão da isenção deixou de ser enfrentada diretamente, tendo em vista que a matéria deixou de ser apreciada pela Corte de origem, e o seu julgamento pelo STJ implicaria em supressão de instância:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PERMANENTE. DOENÇA GRAVE E INCURÁVEL. ART. 186 DA LEI N. 8.112/90. ROL EXEMPLIFICATIVO. PROVENTOS INTEGRAIS. SÚMULA 83/STJ. IMPOSTO DE RENDA ISENÇÃO. ART. 6º, XIV, DA LEI N. 7.713/88. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. É assente nesta Corte que o rol das doenças constantes do art. 186, inciso I e § 1º, da Lei n. 8.112/90, para fins de aposentadoria integral, não é taxativo, mas exemplificativo, tendo em vista a impossibilidade de a norma alcançar todas as doenças consideradas pela medicina como graves, contagiosas e incuráveis, sob pena de negar o conteúdo valorativo da norma inserta no inciso I do art. 40 da Constituição Federal. 2. No caso dos autos, trata-se de moléstia grave em que foi constatada por perícia médica a incapacidade permanente da ora agravada, devendo, assim, ser estendida a norma do art.186, inciso I e § 1º, da Lei n. 8.112/90 determinando a conversão da aposentadoria com proventos proporcionais para "aposentadoria com proventos integrais". 3. A Corte de origem não analisou a questão relativa à isenção do imposto de

renda à luz do art. 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713/88, mas sim fundamentou suas razões de decidir nos art. 39, XXXIII, do Decreto n. 3.000/99. Incidência da Súmula 211/STJ. (...).[4]

A tese favorável à segunda corrente tem os seguintes argumentos: o primeiro pelo fato de o legislador não acompanhar a atualização das doenças consideradas graves pela medicina e o segundo é a similaridade das doenças relacionadas em ambas as leis. Não se olvida a previsão do art. 111, inciso II, do CTN[5] e o princípio da hermenêutica de que as exceções devam ser interpretadas estritamente, sem o uso de restrições e, principalmente, de ampliações ou analogias. Contudo, também há de se lembrar de que nenhum princípio é absoluto e que o confronto entre as normas constitucionais deve ser resolvido pelo critério da ponderação, mas há de se priorizar a prevalência do princípio de proteção e promoção à dignidade da pessoa humana, levado em conta nas diversas decisões dos tribunais.

Como já dito, ainda que a isenção deva ser somente para os casos previstos em lei, a interpretação que ora se defende consiste não na instituição de novos casos de isenção, mas sim de conferir uma interpretação extensiva à norma que prevê as doenças consideradas graves, no propósito de conferir efetividade à *men legis* do dispositivo legal. Consoante os ensinamentos de ALEXANDRE (2011, p. 277):

A analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica existente a um caso não previsto, mas essencialmente semelhante ao previsto. Em outras palavras, a regra existente não abrange explicitamente o caso concreto a ser resolvido, mas como este se assemelha com o previsto abstratamente pode desfrutar da mesma solução normativa prevista para aquele outro. A analogia não

deve ser confundida com a interpretação extensiva. Nesta, como visto no item 4.2.2, o intérprete percebe que o legislador, ao redigir o texto, disse menos do que intentava, de forma a ser necessária uma ampliação do conteúdo aparente da norma, abarcando situações aparentemente não previstas. Na analogia, a situação a ser resolvida está indiscutivelmente fora do alcance da norma, pois o legislador não pensava em tratar de tal situação ao escrever o texto, mas, em virtude de a situação imprevista se assemelhar à expressamente prevista, acaba por compartilhar com esta a mesma solução. O fundamento da utilização da analogia é o princípio da isonomia, pois aos casos semelhantes devem-se aplicar soluções análogas.

O supracitado autor, no item 4.2.2 ao qual se refere:

A interpretação é extensiva quando o intérprete percebe que no texto escrito o legislador disse menos do que pretendia, deixando de abranger casos que deveriam estar sob regulação, sendo necessário ampliar o conteúdo aparente da norma, de forma a atribuir-lhe o alcance que o legislador originariamente lhe quis conferir. A título de exemplo, o legislador constituinte originário proibiu, no art. 150, IV, da CF/1988, a utilização de tributo com efeito de confisco. Entendendo que o objetivo do legislador era evitar que o Estado, no contexto da tributação, estipulasse quaisquer exações não razoáveis, o STF interpretou extensivamente a regra, aplicando-a, também, às multas tributárias (ADI 551).^[6]

Ante o exposto, defende-se que seja conferida interpretação extensiva aos casos mencionados, haja vista a impossibilidade da utilização do recurso à analogia.

1.1.1.2 Isenção para as pessoas com deficiência

Para as pessoas com deficiência física, auditiva, visual ou autismo não há previsão de isenção sobre o imposto de renda, na forma em que conferida às pessoas que convivem com doenças graves. Há, todavia, isenção de imposto de renda apenas para as pessoas com deficiência mental, nos termos da Lei nº 8.687/93, *in verbis*:

Art. 1º Não se incluem entre os rendimentos tributáveis pelo Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza as importâncias percebidas por deficientes mentais a título de pensão, pecúlio, montepio e auxílio, quando decorrentes de prestações do regime de previdência social ou de entidades de previdência privada. (...)

Observe-se que a referida Lei destaca que a isenção é exclusiva em relação aos proventos de qualquer natureza ou pensão, pecúlio, montepio e auxílio, quando decorrentes de prestações do regime de previdência social ou de entidades de previdência privada, não alcançando, por exemplo, rendimentos de aplicações financeiras ou aluguéis.

1.1.1.3 Isenção para os casos da Síndrome da Talidomida

No assunto em questão, atenção especial é conferida às pessoas que apresentam a deficiência física conhecida como “Síndrome da Talidomida” [7]. A Lei nº 11.727/2008 altera a Lei nº 7.070/1982, a fim de considerar as pessoas com deficiência física conhecida como “Síndrome da Talidomida”, isentos do imposto sobre a renda, a pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, e outros valores recebidos em decorrência daquela deficiência física. Em 2010, a Lei nº 12.190/2010

concede ainda indeniza o por dano moral aos portadores da síndrome, sobre esta não incidindo IR.

1.1.2 Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)

O Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI   imposto de competência federal com fun o predominante extrafiscal; em que pese, para uma boa parte da doutrina já reconheça a sua fun o fiscal – a arrecada o do IPI   a segunda entre os impostos federais. O fato gerador, a base de cáculo e os contribuintes estão disciplinados, respectivamente, nos artigos 46, 47 e 51 do CTN.

As pessoas com doenças graves não são isentas deste imposto. A isen o somente   conferida para as pessoas que apresentam, por exemplo, neoplasia maligna (câncer), quando a doença implica deficiência física nos membros superiores ou inferiores que o impeça de dirigir veículos comuns, isto  , o direito às isen o es não surge pelo fato de ter doença grave;   preciso que ela ocasione deficiência física.

No que se refere às isen o es para pessoas com deficiência, a isen o na compra de veículos adaptados tem sido conferida por leis por prazo definido, sendo que, felizmente, a isen o tem sido diversas vezes prorrogada. Atualmente, de acordo com o art. 77 da Lei n  11.941/09, a vigência da Lei n  8.989/95 foi prorrogada até 31 de dezembro de 2014.[\[8\]](#) Desse modo, nos termos do art. 1  da Lei n  8.989/1995 e altera o es posteriores, ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabrica o nacional, quando adquiridos por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

No que tange aos veículos que podem ser adquiridos com isen o de IPI, não mais se exige que o veículo a ser adquirido seja adaptado às pessoas com deficiência física. Tal exigência s  será cabível em caso de o veículo for conduzido pelo próprio deficiente físico, em

havendo necessidade, nos termos da regulamentação definida pelo Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), por meio das Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN). Ou seja, se o veículo for conduzido por pessoas indicadas pelo requerente do benefício e estas não apresentem deficiência física, qualquer automóvel de passageiros ou de uso misto, de fabricação nacional, sem adaptações poderá ser adquirido mediante a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados. Até a entrada em vigor da Lei nº 10.754/2003, havia a exigência de que os automóveis a serem adquiridos fossem equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos e movidos a combustível de origem renovável ou sistema reversível de combustão. Hoje, não há mais tal restrição.

Há de se atentar que o benefício da isenção poderá ser exercido apenas 1 (uma) vez a cada dois anos, sem limite do número de aquisições, observada a vigência da Lei nº 8.989/95, nos termos da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB nº 988, de 22 de dezembro de 2009. Cabe mencionar também a existência de tramitação do Projeto de Lei nº 6.097/2005 no Poder Legislativo Federal no propósito de alterar a Lei nº 10.098/2000, a fim de conceder isenção do IPI para equipamentos, aparelhos, instrumentos, etc. destinados a suprir ou amenizar as deficiências e as restrições locomotoras de pessoas com deficiência.

1.1.3 Imposto sobre Operações Financeiras (IOF)

O Imposto sobre Operações Financeiras – IOF é imposto de competência federal com função predominante extrafiscal, tem como fato gerador e a base de cálculo e o contribuinte definidos, respectivamente, nos artigos 63, 64 do CTN. Já o contribuinte do imposto é qualquer uma das partes na operação tributada, conforme dispuser a lei. Atualmente, a Lei nº 8.894/94 é a lei que disciplina o Imposto sobre Operações Financeiras, regulamentada, sobretudo, pelo Decreto nº 6.306/2007.

No que se refere às isen es para portadores de deficiência física, a isen o   prevista para as opera es de financiamento para a aquisi o de veículos, nos termos do art. 72, inciso IV, da Lei n  8.383/1991. Em rela o às pessoas que apresentam doenças graves, não há previsão de isen o de pagamento do IOF.

1.1.4 Imposto sobre Importa o (II), Imposto sobre Exporta o (IE) e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR)

Em rela o aos impostos sobre Importa o (II), sobre Exporta o (IE) e o sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) não há qualquer previsão de isen o para as pessoas com deficiência e pessoas que convivem com doenças graves.

1.2 ISEN ES DE IMPOSTOS ESTADUAIS

1.2.1 Imposto sobre a Circula o Mercadorias e sobre Presta o de Serviços (ICMS)

O Imposto sobre a Circula o de Mercadorias e Presta o de Serviços – ICMS   imposto de competência estadual com fun o predominante fiscal, cujos fatos geradores, base de cáculo e contribuinte do imposto são definidos pela legisla o de cada Estado da Federa o, em consonância com a Lei Complementar n  87/1996.

No que se refere às isen es para pessoas com deficiência, a isen o de ICMS na compra de veículos adaptados tem sido conferida por leis estaduais, amparada pela Lei Complementar n  53/1986, a qual dispõe:

Art. 1  Ficam isentos do Imposto sobre Opera es Relativas   Circula o de Mercadorias - ICM, os veículos automotores nacionais que se destinarem a uso exclusivo de paraplégicos ou de pessoas portadoras de defeitos físicos, os quais fiquem impossibilitados de utilizar os modelos comuns

Parágrafo único. Os veículos adquiridos com os benefícios previstos no caput deste artigo deverão possuir adaptação e características especiais, tais como transmissão automática, controles manuais, que tornem sua utilização adequada aos paraplégicos e portadores de defeitos físicos.

Art. 2º Constitui condição para aplicação do disposto no artigo anterior a apresentação, pelo adquirente, de laudo de perícia médica fornecido exclusivamente pelo Departamento de Trânsito do Estado onde residir permanentemente o interessado, especificando o tipo de defeito físico e atestando a total incapacidade do requerente para dirigir automóveis comuns, bem como sua habilitação para fazê-lo em veículo com adaptações especiais, discriminadas no laudo.

Art. 3º Perderá o direito à isenção quem deixar de empregar os veículos automotores nacionais nas finalidades que motivaram a concessão, no prazo de 3 (três) anos, contados da data da compra.

Parágrafo único. A venda dos veículos, na conformidade deste artigo, será permitida somente a pessoas nas mesmas condições de deficiência física, apuradas mediante inspeção por junta médica oficial.

Art. 4º Ocorrendo fraude na transação efetuada com isenção, o infrator pagará o ICM, corrigido monetariamente, sem prejuízo das demais sanções legais aplicáveis. (...)

Além disso, como as isenções devem ser conferidas no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, ou seja, por meio de deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do que

preceitua o art. 155,    4  e 5  da Constitui o Federal, foi firmado o Convênio ICMS n  116, de 11 de outubro de 2013, do CONFAZ, prorrogando até 31 de dezembro de 2014, a vigência do Convênio ICMS n  38/2012 do CONFAZ.

No Estado de São Paulo, a Lei n  6.374/1989, em seu art. 5  trata de forma genérica, fazendo remissão ao disposto na alínea “g” do inciso XII do   2  do art. 155 da Constitui o Federal. Da mesma forma, no Estado do Rio de Janeiro, a Lei 2.657/1996, em seus art. 41 e 42 trata também de forma genérica, registrando que as isen es serão concedidas ou revogadas nos termos de convênio celebrados e ratificados pelo Estado, conforme o estabelecido em lei complementar federal.

No Estado de Goiás, a Lei Estadual não previa isen o para ICMS e IPVA sobre veículo adquirido por pessoa com deficiência mental, mas apenas para as pessoas com deficiência física[9]. Até que a jurisprudência daquele Estado foi sendo importante para promover a altera o legislativa.

No Estado de Pernambuco, felizmente, a Lei Estadual n  10.849/2002, em seu art. 5 , inciso VII, torna isenta a propriedade do veículo de propriedade de pessoa com deficiência, em rela o a veículos novos e usados, sejam eles condutores ou não.

Já no Estado do Rio Grande do Sul, o art. 55 da Lei Estadual n  8.820/1989, com a reda o dada pela Lei n  12.421/2005, isenta as saídas dos veículos automotores, de uso terrestre e de fabrica o nacional ou estrangeira, adaptados às necessidades de seus adquirentes, em razão de deficiência física ou paraplegia, desde que respeitadas as condi es previstas em regulamento. Por sua vez, o Decreto do Estado do Rio Grande do Sul n  37.699/1997, contempla em seu art. 9  as isen es referentes ao ICMS, tornando isentos os recebimentos, a partir de 9 de abril de 2002, pelo importador, diversos produtos intermediários e fármacos destinados   produ o de medicamentos de uso humano para o

tratamento de portadores do vírus da AIDS. Registre-se que tal isenção está condicionada à isenção ou alíquota zero do Imposto de Importação ou do IPI. O inciso XXXIX do art. 9º deste mesmo Decreto isenta as saídas de diversas mercadorias relacionadas para facilitar a vida das pessoas com deficiência, tais como cadeira de rodas e outros veículos para inválidos, próteses articulares e outros aparelhos de ortopedia ou para fraturas, aparelhos para facilitar a audição dos surdos, exceto as partes e acessórios, barra de apoio para portador de deficiência física, implantes cocleares, dentre outros. Já o inciso XL do referido Decreto isenta as saídas, no período de 1º de janeiro de 2013 a 31 de maio de 2015, de veículo automotor novo, quando adquirido por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.^[10] Por fim, o inciso XLI isenta as operações com medicamentos usados no tratamento de câncer (neoplasia maligna).

1.2.2 Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)

O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA é imposto de competência estadual com função predominante fiscal, cujo fato gerador é definido pela legislação tributária estadual. Em relação ao IPVA, não há norma nacional definindo fato gerador, base de cálculo e contribuintes, o que faz com que os Estados exercitem a competência legislativa plena na matéria.

No que se refere à isenção de IPVA em relação a pessoas com deficiência, cada Estado tem a sua própria legislação sobre o imposto. Os Estados que preveem tal isenção são Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo e o Distrito Federal.

No Estado de São Paulo, o art. 13 da Lei Estadual nº 13.296/2008, preceitua que é isento do IPVA a propriedade de um único veículo adequado para ser conduzido por pessoa com deficiência física, ou

seja,   concedida apenas para deficientes condutores habilitados, deixando de serem alcançados pela norma da isen o os deficientes físicos que não sejam condutores.

No Estado do Rio de Janeiro, o art. 5 , inciso V, da Lei Estadual n  2.877/1997 determina que estejam isentos do pagamento do imposto, os veículos terrestres especiais de propriedade de deficiente físico, desde que únicos em cada espécie e categoria, nos termos da classifica o constante da legisla o de trânsito e conforme a regulamenta o disponha.

No Estado do Rio Grande do Sul^[11], consoante o art. 4 , inciso VI da Lei Estadual n  8.115/1985 (reda o dada pela Lei Estadual n  14.381/2013) há isen o do pagamento do IPVA para os portadores de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, proprietários de veículo automotor de uso terrestre, obedecidas as condi oes previstas no Regulamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores e nas instru oes baixadas pela Receita Estadual. Não há previsão legal para as pessoas com deficiência auditiva.

Geralmente, os Estados concedem isen o de IPVA e ICMS somente a veículos cujo proprietário seja o portador de necessidades especiais e ainda condutor, desde que o veículo seja adaptado às suas necessidades. Tal tratamento diferencia-se do que   dado pela União, que concede isen o a qualquer tipo de veículo, o que permite a concessão da isen o de IPI às pessoas com deficiência que não sejam condutores de veículos automotores. Desse contraste das legisla oes, resulta que, em certas ocasiões, a pessoa com deficiência que não   condutor por apresentar provavelmente uma deficiência mais grave e por isso não tem condi oes de habilitar-se para dirigir veículo automotor, não se torna alvo das isen oes referentes ao IPVA e ICMS. Essa falta de isonomia   combatida pela jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul, a qual estende a isen o também para aqueles que não são condutores. Neste teor:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS E IPVA. ISENÇÃO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INCAPACITADO DE DIRIGIR. VEÍCULO A SER CONDUZIDO POR TERCEIRO. POSSIBILIDADE. Deve ser reconhecida a isenção do pagamento de ICMS e IPVA quando o veículo automotor for adquirido por deficiente físico ou mental incapaz de dirigir. Inequívoca a deficiência mental do adquirente do bem, é irrelevante o fato de que o veículo não necessita de adaptações, vindo a ser dirigido por terceiro. APELAÇÃO DESPROVIDA. VOTO VENCIDO DO REVISOR.[12]

O tema ainda não foi diretamente apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a jurisprudência do Colendo Tribunal considera incabível a apreciação da legislação local em sede de Recurso Especial:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DE IPVA E ICMS. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO SEM ADAPTAÇÃO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 126/STJ. 1. O Tribunal de origem, ao compor a lide, interpretou a Lei estadual 3.287/1992 e a Portaria SEFAZ 164/2007 para concluir que o benefício da isenção deve ser concedido ao portador de deficiência que adquire veículo próprio, sem adaptação, para ser conduzido por terceiro em seu

auxílio, com base na prevalência dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. 2. Em Recurso Especial é incabível a interpretação de legislação estadual (Súmula 280/STF). Ademais, a ausência de interposição de Recurso Extraordinário para atacar o fundamento constitucional atrai a incidência da Súmula 126/STJ. (...) [13]

Merece registro que diversos Estados, tais como os de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Pernambuco conferem isenção de IPVA a veículos de entidades que tenham como atividade a assistência às pessoas com deficiência.

Por fim, não há previsão de isenção de pagamento do IPVA para as pessoas que vivem com doenças graves.

1.2.3 Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD)

Em consulta à legislação dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, não há previsão legal de isenção relacionada às pessoas com deficiência e as que vivem com doenças graves, em relação ao Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD).[14]

1.3 ISENÇÕES DE IMPOSTOS MUNICIPAIS

1.3.1 Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU)

O Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana – IPTU é imposto de competência municipal com função predominante fiscal, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município, nos termos do art. 32 do Código Tributário Nacional.

Quanto às isenções, alguns municípios preveem, em sua Lei Orgânica ou por leis ordinárias esparsas, isenção do IPTU para pessoas com deficiência ou para pessoas que convivem com doenças graves. No

Município de São Paulo, não há isenção para portadores de necessidades especiais ou de doenças graves, havendo isenção, por exemplo, para aposentados e pensionistas, o que nem sempre se confunde com as situações objeto deste estudo. No Município do Rio de Janeiro, o art. 61, XXIII da Lei Municipal nº 691/1984 preceitua que o contribuinte com mais de 60 anos, aposentado ou pensionista, com renda mensal total de até três salários mínimos, titular exclusivo de um único imóvel, utilizado para sua residência, com área de até oitenta metros quadrados, persistindo o direito à isenção após o seu falecimento, desde que a unidade continue a servir de residência ao cônjuge supérstite e que seus ganhos mensais sejam iguais ou inferiores a *três* salários-mínimos; (Lei nº 2.277 de 28.12.94 - republicação DCM 26.06.95 - rejeição de vetos parciais). Contudo, a administração pública municipal considera inconstitucional a redação dada ao inciso XXIII pela Lei nº 2.277/94 e aplica aos fatos geradores ocorridos durante a sua vigência o inciso XXIII com a redação anterior, dada pela Lei nº 1.955/93: "XXIII - O contribuinte, com mais de sessenta anos, aposentado ou pensionista, com renda mensal total de até *dois* salários mínimos, titular exclusivo de um único imóvel, utilizado para sua residência, com área de até oitenta metros quadrados, persistindo o direito à isenção após o seu falecimento, desde que a unidade continue a servir de residência ao cônjuge supérstite e que seus ganhos mensais sejam iguais ou inferiores a dois salários mínimos".^[15] De modo semelhante, a isenção para as pessoas com deficiência vem assim prevista, no parágrafo 11 do art. 61 da referida Lei, mas foi também julgada inconstitucional.

O Decreto nº 16.844, de 14 de julho de 1998 estende a isenção do IPTU aos imóveis de propriedade de deficiente físico sobre os imóveis de propriedade de deficiente físico que, por esta razão, receba benefício de um salário mínimo de qualquer instituto de previdência, desde que possua apenas um imóvel e este seja seu domicílio. Por sua vez, o Decreto nº 17.753/1999, alterando o Decreto nº 16.844/1998 alargou o conceito de

deficiente, prevendo que a isenção não se restrinja à deficiência física, mas sim a todos os tipos de deficiência (física, auditiva, visual, mental e autismo).

Já no Município de Porto Alegre, o art. 70 da Lei Complementar nº 7/1973 prevê isenção à pessoa portadora do mal de Hansen, uma vez comprovada a moléstia por atestado médico sanitaria oficial; e ao deficiente físico, deficiente mental, ou seus responsáveis legais, reconhecidamente pobres.

Diversos Municípios preveem isenção do pagamento de IPTU para pessoas com deficiência ou para as pessoas que convivem com doenças graves[16], destacando-se ainda a tramitação do Projeto de Lei Complementar nº 432/2008 no Poder Legislativo Federal, a fim de conceder isenção do pagamento do IPTU para pessoas que convivem com doenças graves.[17]

1.3.2 Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS)

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS ou ISSQN) é um imposto de competência municipal cujo fato gerador, com função predominantemente fiscal, tem como fato gerador as situações definidas no art. 1º da Lei Complementar nº 116/2003, tendo como base de cálculo o preço do serviço (art. 7º da LC nº 116/2003) e como contribuinte o prestador do serviço (art. 5º da LC nº 116/2003).

No que se refere às isenções para pessoas com deficiência, não é comum a sua previsão nas leis municipais, talvez justamente, em função da característica do imposto, cujo contribuinte é o prestador do serviço. Contudo, de forma extraordinária, no Município de Porto Alegre, há previsão de isenção relativa ao ISS para as pessoas com deficiência física, consoante prevê o art. 71 da Lei Complementar nº 7/1973, se houver redução da capacidade normal para o exercício de atividade, sem empregado e que não possua curso universitário. Em relação aos

portadores de doenças graves não se teve conhecimento de qualquer norma que preveja isenção.

1.3.3 Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI)

Nos municípios pesquisados (São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre), a legislação relativa ao Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) não há isenção relacionada ao tema deste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do presente estudo permite chegar-se à conclusão de que é fundamental o aperfeiçoamento das normas que concedem isenções às pessoas com deficiências física, visual, auditiva, mental e autismo e às pessoas que convivem com doenças graves, a fim de efetivar a promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento básico da República Federativa do Brasil.

As isenções existentes no âmbito federal, estadual e municipal ainda são poucas, estão previstas em legislações esparsas, bem como não são de conhecimento da maior parte da população. Este trabalho, sem dúvidas, conta com o diferencial de sugerir uma proposta de sincronismo entre as legislações a fim de torná-las mais eficazes, evitando regulações desnecessárias e burocráticas.

As políticas públicas do Poder Público, no que se refere à promoção e proteção das pessoas com deficiências e das que apresentam doenças graves, ainda que já se tenham obtidos alguns avanços na temática em questão, ainda é considerada insuficiente. Há muito a se fazer, seja pela sociedade civil, ou pelo Poder Público na busca por uma melhor qualidade de vida para as pessoas com deficiência e ou que convivem com alguma doença grave.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Vollstedt de. **A Tributação e os Portadores de Necessidades Especiais - The Taxation and the people with special needs**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 jul. 2011. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32837&seo=1>>.

Acesso em 19 maio de 2014.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PORTADORES DE CÂNCER. **Isenção de IPI na compra de veículos adaptados**. Disponível em: <<http://amucc.org.br/?opcao=avulsa&id=20>> Acesso em 15 de jun. 2014.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6^a ed. Malheiros, São Paulo, 2004.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Estado da Paraíba *versus* José Sérgio Vieira Sá. Relator: Min. Herman Benjamin. **Acórdão de 07 de mar. 2013. Publicado em 20 de mar. 2013. Julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.341.439/PB.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Estado de Sergipe *versus* Eduardo Antônio Costa Fonseca. Relator: Min. Herman Benjamin. **Acórdão de 13 de nov. 2012. Publicado em 08 de mar. 2013. Julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 239.099/SE.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Elebra Informática S.A *versus* União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. **Acórdão de 07 de dez. 2010. Publicado em 31 de jan. 2011. Julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 333.040/SP.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. União *versus* Carla Rosane Nerbas. Relator: Min. Humberto Martins. **Acórdão de 18 de jun. 2013. Publicado em 28 de jun. 2013. Julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.379.747/RS.**

BREMER, Anderson Fiedler. **Benefícios fiscais aos portadores de**

doenças graves e incuráveis. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2697, 19 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17852>>. Acesso em: 26 maio 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação Aplicável aos portadores de deficiência. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema15/306981.pdf> > Acesso em 24 de mai. de 2014.

Sandra Cristina Filgueiras de Almeida Consultora Legislativa da Área XXI Previdência e Direito Previdenciário.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto cria isenção fiscal para beneficiar deficientes. Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/ASSISTENCIA-SOCIAL/81658-PROJETO-CRIA-ISENCAO-FISCAL-PARA-BENEFICIAR-DEFICIENTES.html> > Acesso em 20 de junho de 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CONVÊNIO ICMS 116, de 11 de outubro de 2013. Disponível em: < http://www1.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/ICMS/2013/CV116_1_3.htm > Acesso em 30 de maio de 2014.

DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Isenção para pessoas com deficiência.** Disponível em: < http://www.detran.pe.gov.br/index2.php?option=com_content&view=article&id=896&Itemid= > Acesso em 28 de maio de 2014.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. SECRETARIA DA FAZENDA. ICMS/Imunidades/Isenções Pessoas com Deficiência/Autista. Disponível em: < <http://www.fazenda.sp.gov.br/guia/icms/isencaodeficiencia.shtm> >

Acesso em 30 de maio de 2014.
HOSPITAL SÍRIO LIBANÊS. **Legislação e benefícios: pacientes com câncer.** Disponível em: <
<http://www.hospitalsiriolibanes.org.br/hospital/especialidades/oncologia/Documents/legislacao-beneficios-paciente-cancer.pdf> > Acesso em 02 de junho de 2014.
INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA. **Direitos Sociais da Pessoa com Câncer.** Disponível em: <
http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/orientacoes/site/home/direitos_sociais_cancer > Acesso em 02 de junho de 2014.
MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 19ª. ed. São Paulo: Magalhães Editores, 2001.
MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
PASSO FIRME. **Como funciona a isenção de impostos para compra de automóveis por pessoas com deficiência.** Disponível em: <
<http://passofirme.wordpress.com/2012/03/16/como-funciona-a-isencao-de-impostos-para-compra-de-automoveis-por-pessoas-com-deficiencia/> >
Acesso em 15 de jun. 2014.
PORTAL TRIBUTÁRIO. ICMS – **Portadores de deficiências – Isenção na compra de carros novos.** Disponível em: <
<http://www.portaltributario.com.br/artigos/icms-portadores-deficiencia.htm> >
Acesso em 02 de junho de 2014.
RIO GRANDE DO SUL. Estado do Rio Grande do Sul versus Nilva Scherer. Relator: Marcelo Bandeira Pereira. **Acórdão de 14 de mai. 2014. Publicado em 16 de mai. 2014. Julgamento da Apelação Cível nº 70058689860.**
QUATRO RODAS. **Autoserviço/Isenção de impostos para deficientes físicos.** Disponível em: <

<http://quatorrodas.abril.com.br/QR2/autoservico/mais/deficientes.shtml> >
Acesso em 14 de jun. 2014.
RIO GRANDE DO SUL. Estado do Rio Grande do Sul *versus* Fernanda Castelo Branco. Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício. **Acórdão de 28 de mai. 2014. Publicado em 05 de jun. 2014. Julgamento da Apelação Cível n° 70058953696.**
SABBAG. Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Isenção de IPI/IOF para Pessoas Portadoras de Deficiência Física, Visual, Mental severa ou profunda e Autistas.** Disponível em: <
<http://www.receita.fazenda.gov.br/guiacontribuinte/isenipideffisico/isenipideffisicoleia.htm>> Acesso em 15 de jun. 2014.

NOTAS:

[1] Destaque-se que a jurisprudência colacionada trata de caso de isenção para IOF, não sendo exatamente o caso ora em análise, mas merece ser aproveitada para comprovar a tese mencionada.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Elebra Informática S.A *versus* União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 07 de dez. 2010. Publicado em 31 de jan. 2011. Julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 333.040/SP.

[3] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Universidade Federal de Santa Maria *versus* Clezio Jarbas Matos de Souza. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Acórdão de 26 de nov. 2013. Publicado em 12 de dez. 2013. Julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 1.129.910/RS.

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. União *versus* Carla Rosane Nerbas. Relator: Min. Humberto Martins. Acórdão de 18 de jun. 2013. Publicado em 28 de jun. 2013. Julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 1.379.747/RS.

[5] Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; (...).

[6] ALEXANDRE (2011, p. 267).

[7] Sobre o histórico do caso da Síndrome da Talidomida: <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>

[8] Vide legislação aplicável no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

[9] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. Juiz determina isenção de ICMS e IPVA sobre veículo adquirido por deficiente mental. Disponível em: < <http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=34877> > Acesso em 21 de junho de 2014.

[10] Redação dada pelo art. 1º (Alteração 4206) do Decreto 51.156, de 24/01/14. (DOE 27/01/14) - Efeitos a partir de 30/12/13.

[11] No Estado do Rio Grande do Sul ainda a Lei nº 13.320/2009 que consolida toda a legislação relativa à pessoa com deficiência, que, no art. 89 determina: Art. 89 - A pessoa com deficiência física e a parapléica, proprietária de veículo automotor, de uso terrestre e de fabricação nacional ou estrangeira, em relação ao veículo adaptado às suas necessidades, em razão da deficiência física ou da paraplegia, é isenta do pagamento devido anualmente ao Estado do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA –, instituído pela Lei n.º 8.115, de 30 de dezembro de 1985, conforme dispõe o art. 4º, inciso VI. Parágrafo único - Os veículos automotores de que trata o “caput” são isentos do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS –, de acordo com o art. 55, I, “c” da Lei n.º 8.820, de 27 de janeiro de 1989.

[12] RIO GRANDE DO SUL. Estado do Rio Grande do Sul *versus* Fernanda Castelo Branco. Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício.

Acórdão de 28 de mai. 2014. Publicado em 05 de jun. 2014. Julgamento da Apelação Cível nº 70058953696.

[13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Estado de Sergipe *versus* Eduardo Antônio Costa Fonseca. Relator: Min. Herman Benjamin. Acórdão de 13 de nov. 2012. Publicado em 08 de mar. 2013. Julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 239.099/SE.

[14] Por exemplo, nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, as leis estaduais, 10.992/2001, 1.427/1989 e 8.821/1989, respectivamente.

[15] Obs. 1: Na Representação por Inconstitucionalidade nº 46/93 arguiu-se inconstitucionalidade, por omissão, da alínea "e" do inciso II do art. 71 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, por deixar de incluir entre as leis de iniciativa privativa do Prefeito as que disponham sobre concessão de isenções e anistias fiscais e remissão de dívidas de créditos tributários. A decisão, já transitada em julgado, concluiu pela procedência do pedido, passando assim a constar do art. 71 da Lei Orgânica a inclusão das leis referidas acima entre as de iniciativa privativa do Prefeito, com eficácia *extunc*, coincidente com a da própria Lei Orgânica. Com base nessa decisão, o Prefeito autorizou, no processo administrativo nº 04/000.343/96, o não cumprimento do inciso XXIII, por vício de iniciativa (a redação do dispositivo decorreu de iniciativa do Poder Legislativo). O despacho do Prefeito foi publicado no D.O.RIO em 02.10.96.

[16] O Instituto **Oncoguia** é uma ONG e portal informativo e interativo voltado para a qualidade de vida do paciente com câncer, seus familiares e público em geral. (Adaptado). Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/isencao-do-iptu/1659/4/>. Teresina/PI - Lei Complementar nº 3.606, de 29/12/2006 (art. 41, V) - Isenta do IPTU pessoas acometidas de câncer e AIDS. Rio de Janeiro/RJ - Lei nº 1.955, de 24/03/1993 (art. 61, XXIII) - Isenta do IPTU pessoas com deficiência, aposentados ou pensionistas com mais de 60 anos. Estância Velha/RS - Lei nº 1.641/2010 - Isenta do IPTU os portadores de HIV e câncer. São

Miguel das Missões/RS - Lei nº 1.985/2010 - Isenta do IPTU aposentados, maiores de 60 anos e pessoas com doenças graves. Campos do Jordão/SP - Lei nº 3.426, de 19/04/2011 - Isenta do IPTU pessoas com câncer, AIDS e insuficiência renal crônica. Sorocaba/SP - Lei Orgânica do Município de Sorocaba, de 05/04/1990 (art. 84, 3º) - Isenta do IPTU os portadores de moléstia grave. Paranaita/MT Lei Municipal nº 757/2013. Dispõe sobre a isenção sobre o Imposto Predial Territorial Urbano e dá outras providências.

[17] PLP 432/2008: Art. 1º O art. 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo: Art. 32. (...) § 3º Ficam isentos do pagamento deste imposto os portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, transtorno mental incapacitante, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, silicose, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DE AÇÃO DE ALIMENTOS

ISAIAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO: Discente da Faculdade de Direito - AGES, estagiário no Balcão de Justiça e Cidadania - Fátima-BA, interesse de atuação: Direito Civil e Previdenciário.

RESUMO: O Ministério Público como se sabe é um órgão essencial à administração da Justiça, a ele está atribuído o dever de resguardar o Estado Democrático de Direito e as entidades das quais se faz a administração pública, principalmente quando se trata do erário público, contudo de todas as atribuições dadas ao Ministério Público pela norma mãe, a Constituição Federal de 1988 este trabalho se dedica a possibilidade de propositura da ação de alimentos pelo representante do Ministério Público, ou seja, da legitimidade ativa assistindo o menor em na busca de um direito personalíssimo, irrenunciável e indisponível, busca-se fazer esse trabalho, já que, muitas pais pensam que pagam pensão a genitora, porém, é de tamanha contrariedade tais premissas, pois a pensão alimentícia é sem exceção de caráter alimentar e para criança e o adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; criança e adolescente; ECA; ação de alimentos; legitimidade ativa.

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho busca-se discutir e demonstrar a importância conferida ao Ministério Público de resguardar e ser guardião

dos Direitos da Criança e do Adolescente, assim como do Idoso, entretanto já se inicia o feito com uma grande crítica aos representantes do Ministério Público, não de uma forma geral, mas nesta região norte do nordeste onde existem milhares de casos de verdadeiro arbitramento de pensões no montante de R\$: 50,00 (cinquenta reais), um tamanho absurdo em decorrência da carga processual que tem o Ministério Público para dar andamento.

Deste modo, de olho no Novo Código de Processo Civil no qual o acordo será a regra e o litígio a exceção, onde a qualquer momento e fase o Juiz deve estimular e praticamente forçar a elaboração de um, é de onde surge tal crítica, já que, o Ministério Público quando propõe a Ação de Alimentos busca a todo o momento o acordo para que não se torne o litígio e esse tenha que “trabalhar mais”. A grande demanda de Ação de Alimentos que chega às mãos dos representantes do Ministério Público decorre de atividades realizadas pelo Balcão de Justiça e Cidadania criado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, mas utilizado por diversos Tribunais espalhados pelo Brasil, ou seja, estes balcões tem atribuição de somente realizar acordos a serem homologados pelo Juiz da Comarca, todavia, quando se trata de alimentos de qualquer natureza o mediador do balcão encaminha o filho e seu representante ao Ministério Público.

É com o advento da Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público ganha uma nova roupagem, quando se trata de direito da criança e do adolescente este passa a ser legitimado para a representação dos mesmos em decorrência da doutrina da proteção

integral espancada no art. 227. No entanto, a população ainda é muito carente de informações e de conhecimentos dos seus direitos básicos, infelizmente as políticas públicas hoje utilizadas é absurdamente prejudicada pela corrupção que como visto agora em reportagem recente no Estado de Sergipe tira até a merenda escolar, até as crianças, futuro do país sofre nas mãos de políticos corruptos.

2 A ROUPAGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como visto na introdução, o Ministério Público com o advento da Constituição Federal de 1988 ganhou uma tamanha ampliação em suas atribuições, e importante salientar que atribuições dadas pela norma maior, ou seja, o que dificulta a retirada das mesmas frente a ações contra autoridades publicas e politicas. Ou seja, são atribuições como: órgão essencial à administração da justiça sendo legitimado como guardião da ordem jurídica, interesses do próprio povo, ou seja, sociais e indisponíveis, como dito de que sejam respeitados os princípios dos Poderes Públicos.

Como se pode analisar melhor no próprio texto constitucional.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no [art. 169](#), propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do [§ 3º](#).

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do [§ 3º](#), o

Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

Fica ainda melhor de entender essa explosão de atribuições ao Ministério Público conferidas pela Constituição Federal de 1988 em defesa aos interesses dos verdadeiros legitimados que é o povo de onde emana todo o poder que faz com que a sociedade evolua e consiga sobreviver com os ensinamentos de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 510)

O Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado dado alargamento de suas funções de proteção e de direitos indisponíveis e de interesses coletivos. A Constituição de 1981 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas uma lei de 1890 (de n. 1.030) já o organizava como Instituição. A Constituição de 1934

o considerou órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e a sua Emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição de 1988 lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Contudo, essa explosão de atribuições conferidas ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 gerou uma grande discussão acerca da existência ou não de um quarto poder. Como se sabe, o Brasil o sistema é da tripartição dos poderes onde o Ministério Público estaria inserido junto ao Poder Judiciário, todavia, a elevação constitucional do Ministério Público tendo o mesmo autonomia financeira e administrativa levou muitos doutrinadores a denominarem que o órgão/instituição é um quarto poder, ou seja, como essa autonomia administrativa e financeira ele não está sujeito a famosa hierarquia dos órgãos da administração pública ou melhor dos três poderes políticos do Estado fazendo, dessa forma, a absoluta alusão e confirmação da sua independência.

E com os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias (2008, p. 02) consagra tal entendimento de elevação do Ministério Público a um quarto poder.

Após notável avanço histórico, especialmente com a *Lex Legum* de 1988, o Ministério Público se consolidou como órgão de defesa e promoção dos interesses mais relevantes da sociedade, conforme previsão do próprio Texto Magno. Enfim, ganhou a notável função de promover a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, efetivando, assim, os ideais de uma sociedade solidária (art. 3º, CF), democrática (art. 1º, CF) e igualitária (art. 5º, CF).

Reforçando o que foi dito anteriormente a cerca da tripartição dos poderes e da possibilidade de ser o Ministério Público um quarto poder, afirma Cristiano Chaves (2008, p. 03), “Órgão independente, com autonomia financeira e administrativa, desvinculado de todos os poderes constituídos do Estado (de acordo com a divisão trinária dos poderes proposta por MONTESQUIAEU), o Parquet foi considerado instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”.

Com toda a exposição anterior, reconhecendo a possibilidade em decorrência das características dos poderes conferidos ao Ministério Público, pode-se atribuí-lo, como uma quarta força, todavia, não poder, já que, a Constituição da República assim não o conferiu. Contudo, ser ou não ser um quarto poder não é a grande importância para o presente trabalho e sim a possibilidade de legitimidade que o órgão Ministerial

tem para a propositura da ação de alimentos que lhe é conferido pela Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

3 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO DE ALIMENTOS, ART. 201, INC, III, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Como dito a doutrina da proteção integral inserida pela norma constitucional no art. 227, passa a proteger a criança e o adolescente como o velho pensamento de Rui Barbosa a tratando desigual para que se iguale no futuro e que a sociedade possa colher bons frutos, mas o que seria a proteção integral? A proteção integral seria a prioridade da criança e do adolescente, ou seja, antes se combatia o direito violado, mas agora se busca primordialmente que o direito seja, ao menos, violado.

Quando se trata das crianças e dos adolescentes o nosso sistema jurídico pode ser analisado em duas fases distintas: a primeira que denominamos de situação irregular, no qual a criança e adolescente só eram percebidos quando estavam em situação irregular, ou seja, não estavam inseridos dentro de uma família, ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico; já a segunda fase denominada de Doutrina da proteção integral, teve como marco definitivo a Constituição Federal de 1988, onde encontramos no art. 227, o

entendimento da absoluta prioridade (VILAS-BÔAS, 2011, p. 1).

Far-se-á necessário, para melhor entendimento a transcrição do art. 227 da Constituição Federal a qual deu o ponta pé inicial a um longo tempo de desigualdades concernente ao direito de família e conseqüentemente ao direito da criança e do adolescente.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E dessa forma, o Estado através do Poder Legislativo conferiu ao Ministério Público uma serie de atribuições garantidoras do direito da criança e do adolescente que são encontradas no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Afirma Cristiano Chaves (2009, p. 03), que “tornou-se o Ministério Público um específico órgão de atuação, essencial à função jurisdicional (como agente ou interveniente), em causas que versem sobre interesses de ordem social (difusos ou coletivos) ou mesmo de interesses privados indisponíveis”. A legitimidade do Ministério Público nas ações de alimentos é fundamentadamente no caráter indisponível desta e de natureza de

mínima subsistência, principalmente no tocantes aos hipossuficientes materiais, ou seja, a hipossuficiência aqui exemplificada não se trata de predisposição processual, mas econômica, dos incapazes tanto absolutamente quanto relativamente. E é de tamanha importância salientar que os alimentos como muitos pensam não tem caráter patrimonial e muito menos é para quem detém a guarda da criança, mas tem única e exclusivamente caráter alimentar.

Nesse norte, acerca da legitimidade ativa do Ministério Público, interpretando o art. 127 da Constituição Federal de 1988, aponta Cristiano Chaves (2009, p. 03), “Equivale a dizer: consoante à própria dicção do texto constitucional, tem-se que a simples existência de um interesse indisponível já justifica a atuação ministerial”.

Por isso, versando a demanda sobre alimentos, é incontroversa a indisponibilidade do direito em debate, dizendo respeito à própria dignidade humana e o direito à vida digna. Nesse sentido, esclarece que a legitimidade ministerial para os alimentos decorre, em última análise, da tutela do próprio direito à vida, por meio de uma ação judicial que visa a garantir o mínimo existencial necessário para o substituído, estando presente, assim, a nota da indisponibilidade. Também em decorrência que a obrigação alimentícia funda-se na própria existência da família, porém interessa aos destinos da

sociedade e da comunidade humana, daí a indisponibilidade do direito (FARIAS, 2009, p. 03).

Então dessa forma, após toda uma apresentação da legitimidade ou não do Ministério Público para a propositura da ação de alimentos é certo que não tem como fugir do próprio dispositivo infraconstitucional, art. 201, ECA – compete ao Ministério Público: inc. III, promover e acompanhar as ações de alimentos [...]. E hoje, com a Constitucionalização do Direito que traz o princípio da interpretação conforme a constituição é de se garantir mais ainda o atributo ministerial aqui discutido.

Todavia, como a matéria foi incessantemente discutida nos Tribunais Superiores não poderia deixar de trazer uma jurisprudência que realmente é uma aula de Direito, onde fica evidente a interpretação constitucional e a atribuição ao Ministério Público da legitimidade ativa. E para ficar melhor exemplificado é com o Voto de uma es Ministra do Superior Tribunal de Justiça que se finaliza este Subtítulo, senão vejamos:

Respeitável Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi.

Ementa: Direito civil e processual civil. Ação de execução de alimentos. Ministério Público. Legitimidade ativa. - é socialmente relevante e legítima a substituição processual extraordinária do Ministério Público, notadamente quando na defesa dos economicamente pobres, como também em

virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. - dado o caráter indisponível do direito a receber alimentos, em se tratando de criança ou adolescente, é legítima a atuação do Ministério Público como substituto processual em ação de execução de prestação alimentícia por descumprimento de acordo referendado pelo próprio Órgão Ministerial. - o tão-só descumprimento de acordo de alimentos evidencia violação a direito da criança, que se vê privada do atendimento de suas necessidades básicas. recurso especial provido. Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. (REsp 510969/PR, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgador: 3ª Turma, Data do Julgamento: 06/10/2005, Data da

Publicação/Fonte: DJ 06.03.2006 p. 372, RB vol. 509 p. 28). Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI – VOTO - Da legitimidade ativa do Ministério Público. “O cerne da questão trazida a debate reside na legitimidade do Ministério Público para propositura de ação de execução de alimentos fundada em título executivo extrajudicial (termo de acordo celebrado entre filha e pai, referendado pelo MP - art. 585, II, do CPC). Extrai-se da literalidade do art. 201, III, do ECA, que o Órgão Ministerial se reveste de pertinência subjetiva para "promover e acompanhar as ações de alimentos", não figurando, no referido dispositivo legal, qualquer ressalva ou condição apta a concluir pela limitação da atuação do Ministério Público na defesa dos interesses da infância e da juventude. De se notar que a proteção do ECA é ampla, no sentido de salvaguardar os direitos das crianças e dos adolescentes em todas as circunstâncias, não obstante a existência de "situação irregular" ou de abandono, visto que à própria condição de pessoa em desenvolvimento subjaz a vulnerabilidade e fragilidade a serem tuteladas pela sociedade. [...] No processo em análise, constata-se perfeitamente a existência de violação a direito da criança, qual seja: não-

cumprimento de obrigação de prestar alimentos assumida pelo alimentante em termo de acordo referendado pelo Ministério público, o qual, diante da ofensa a direito indisponível da menor e da inércia do Estado em prover a comarca local de Defensoria Pública, avocou para si a defesa do direito subjetivo, em nome próprio, como substituto processual. Frise-se, a hipótese sob julgamento versa acerca de execução de acordo referendado pelo Ministério Público, no atendimento à comunidade, no intuito de colmatar lacuna relativa à ausência Defensoria Pública no município de Francisco Beltrão. Se não amparada pelo Ministério Público, não haveria como socorrer-se a população que não tem condições de arcar com as despesas advindas de um processo. É, por conseguinte, socialmente relevante e legítima a substituição processual extraordinária do MP, nos termos do art. 129, IX da CF/88, notadamente quando na defesa dos economicamente pobres e ainda em virtude da precária ou até mesmo inexistente assistência jurídica prestada pelas Defensorias Públicas, como o é na presente hipótese. É curial, ademais, o questionamento a respeito de como fica a imagem

do Ministério Público que pode promover acordo, mas não pode executá-lo.

Assim sendo, a conjunção desses fatores não apenas faculta, mas faz pesar a inarredável certeza do reconhecimento obrigatório da atuação do Órgão Ministerial como legitimado extraordinário na defesa do interesse da criança, cujo acordo outrora promoveu e agora vem, tão-somente, executar, diante do seu não-cumprimento. Saliente-se, ademais, que a simples indisponibilidade do direito a alimentos refuta qualquer obstáculo que se lhe interponha, cabendo ao MP defender tal interesse. Cite-se a respeito, o escólio de Belmiro Pedro Welter (Alimentos no Código Civil, Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 112/113): Se alimentos envolvem questão de Estado, em se tratando de menores, emergem direitos indisponíveis, e por conseguinte, não há como inadmitir que em nome do interesse público, já à luz da nova lei, não possa o Ministério Público, em socorro aos necessitados, acionar a máquina judiciária. É que a extensão do campo de atribuições que o Estatuto confere ao Ministério Público permite-lhe, sem peias ou amarras que não as da lei, intervir em tais processos com ampla liberdade e imparcialidade, pois não há como exigir-

lhe vinculação ao pedido. E essa liberdade de ação faculta-lhe, sem dúvida, não só acompanhar como também ajuizar as ações a que se refere o inciso III do art. 201 do Estatuto, tudo isso em nome da defesa dos valores ligados à infância e à juventude, que encartam interesses superiores que, por sua natureza, em boa hora passaram a ser mais seriamente tutelados pelo Estado. [...] Do caráter indisponível do direito subjetivo ora defendido pelo recorrente, extrai-se do art. 127 da CF/88 a atribuição ao MP de tutelar os interesses sociais e individuais indisponíveis, entre os quais, conforme já dito, inserem-se os alimentos. Da mesma forma, o art. 82 do CPC vem corroborar a necessária intervenção dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado quando presente interesse público. Em sintonia com a doutrina e com a tão almejada e propalada Justiça humanitária, vê-se que "a legitimação ministerial prevista pelo ECA 201 III nada mais pretende, senão garantir AMPLO ACESSO À JUSTIÇA na proteção dos direitos infanto-juvenis" (ob. cit., p. 44). Conclui-se, portanto, encontrar-se perfeitamente caracterizada a legitimidade do Ministério Público para atuar como substituto processual na ação de execução de

prestação alimentícia em face do pai e em favor de menor, por força dos arts. 127 e 129, inc. IX da CF/88, do art. 82 do CPC, e da literalidade do art. 201, III, do ECA, o qual restou vulnerado pelo acórdão recorrido, não se descurando que a execução encontra-se fundada em acordo que o próprio MP referendou. Se o Ministério Público teve legitimidade para promover o acordo, terá também, certamente, para executá-lo. Forte em tais razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para declarar a legitimidade ativa do Ministério Público para postular a presente ação de execução de alimentos fundada em acordo por ele referendado, e determinar a devolução dos autos ao TJ/PR, a fim de que se prossiga na esteira do devido processo legal”.

Após o respeitável voto que fora o “vencedor” fica evidente a importância conferida ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, certas discussões são boas para perceber o quanto o texto constitucional e certos momentos é perfeito, pois a doutrina da proteção integral é bem clara, deve, primordialmente, a família, a sociedade e o Estado evitar que a criança e o adolescente não sejam efetivados os direitos fundamentais, com tantas pessoas hipossuficiente, desinformadas, preguiçosas e covardes, não reconhecer a legitimidade

ativa do Ministério público para propositura e execução de ação de alimentos seria mitigar o próprio direito a vida das vossas crianças.

4 A PRISÃO CIVIL POR INADIMPLEMENTO DE PRESTAÇÃO ALIMENTAR, VIDE ART. 733, § 1º, CPC

Como se sabe a prisão por inadimplemento de prestação alimentícia é a única possibilidade de pena restritiva de liberdade no âmbito do Direito Civil brasileiro, assim preceitua o art. 733, § 1º, do Código de Processo Civil, “se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”, mas é importante a previsão da súmula 309 do Superior Tribunal de justiça que somente admite a prisão após o inadimplemento de 3 (três) prestações alimentares.

Mas a prisão civil neste caso causou uma grande discussão a cerca de se manter ou não no Novo Código de Processo Civil, já que, se o alimentante encontra-se preso justamente pela carência de recursos econômicos para o adimplemento das prestações como que conseguirá se está preso como dito. Todavia, é importante perceber que as estatísticas melhoraram em prol do adimplemento que hoje, é muito mais baixo, o certo é que o NCPC manteve a prisão civil por inadimplemento de prestação alimentar, porém se discute onde esse pai de família ou não deve ficar preso, em conjunto com aqueles que matam, roubam, estupram, enfim.

Dessa maneira, nos deparamos, infelizmente com o falido sistema prisional brasileiro e com a impossibilidade de cumprimento de muitas medidas.

Nas últimas décadas do século passado, a população carcerária cresceu, e muito, no mundo. Esse crescimento está presente, com bem poucas exceções, em quase toda parte [...] As diferenças tão marcantes nas taxas de encarceramento observadas no mundo nos leva, portanto, a suspeitar que a prática da prisão como resposta à questão criminal seja resultante de uma pluralidade muito ampla de fatores [...] (ABRAMOVAY, 2010, pp. 299-301).

No Brasil não é diferente e ainda pior o sistema é falido e não ressocializa em grande maioria dos casos e no caso estudado de prisão alimentar, não tem selas adequadas e uma estrutura para o cumprimento da pena como a lei determina, mas é certo que se deixou de pagar por três meses, a pena tem que ser cumprida, segundo Loic (2004, p. 32), “a justiça está aí para punir os culpados, indenizar os inocentes e defender os interesses dos cidadãos que respeitam a lei”. E nesse ponto está mais que certo, mas a mesma justiça está para defender os interesses de toda uma coletividade, inclusive da população carcerária, ainda mais do preso por inadimplemento alimentar que muitas vezes ficam em delegacias de policias com selas insalubres e que afrontam a dignidade humana.

Infelizmente o direito a alimentação se torna muitas vezes uma grande batalha jurídica.

Se o processo é uma guerra autorizada pelo Estado em que o mais forte não necessariamente

ganha, mesmo assim, os fundamentos da teoria da Guerra, podem ser invocados á teoria dos jogos, até porque o fundamente da guerra e da pena é o mesmo (teoria agnóstica da pena) a guerra processual busca o confronto e a vitória, muitas vezes sem levar em conta os custos e os recursos necessários e disponíveis, especialmente diante da escassez (ROSA, 2014, p.33).

Nesse norte, a prisão por inadimplemento alimentar acaba criando mais ainda uma barreira para o próprio alimentante, todavia como foi dito ao longo do discorrer do trabalho, os alimentos são devidos à criança e exclusivamente a criança, ora alimentado, muitos divórcios litigiosos acabam refletindo sérios reflexos para o crescimento saudável da criança, inclusive com alienação parental que é crime. Desta feita é importante a presença do Ministério público para que se cumpra o caráter alimentar da pensão, há uma necessidade de prestação de contas por quem detém a guarda da criança, um estudo social, dentre outras medidas para que se evite o máximo o constrangimento a criança que é a prisão do seu pai, ainda pior, saber que este está sendo preso por não querer lhe dar a assistência devida.

CONCLUSÃO

Desta feita, conclui-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou diversas atribuições ao Ministério Público, todavia, essas atribuições a qual foram conferidas como a independência, autonomia administrativa e financeira não o

tornou um quarto poder, sendo este um órgão essencial à administração da justiça e a defesa do Estado Democrático de Direito, não confundindo com guarda formal a Constituição que é de competência do Supremo Tribunal Federal.

Como visto o art. 227 da Constituição Federal espancou séculos de discriminação familiar, e trouxe em seu bojo a doutrina da proteção integral que consagra a proteção a criança e o adolescente, garantindo-lhes o direito a vida, a saúde, a educação, a segurança a uma convivência familiar e ainda mais dando conferindo este mesmo poder/dever a sociedade e ao Estado, ou seja, todos são responsáveis pelo crescimento e desenvolvimento saudável dos futuros brasileiros.

Neste norte, o alimento da criança e do adolescente, por se tratar de um direito indisponível como visto e fundamentado na melhor doutrina e jurisprudência anteriormente é daí que decorre a legitimidade ativa do Ministério Público para propositura da ação e execução de alimentos, quando se trata de execução como foi visto e o inadimplemento já passa ou é igual a três prestações alimentares surge à única possibilidade de prisão civil no Brasil.

Por fim, segue o apelo aos alimentantes, à prestação alimentícia não é para quem detém a guarda, mas para seu filho, fruto do seu sangue e sua prole, é importante não esquecer que temos que cuidar dos nossos filhos hoje para que eles cuidem de nós no futuro.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma conclusão Constitucional**, 2009. Disponível em <<http://patriciafontanella.adv.br/wpcontent/uploads/2011/01/artlegitimidadeMPalimentos.pdf>> Acesso em 15 de mai. de 2015.

Jurisprudência STJ – **Legitimidade ativa do Ministério Público para propositura de ação e execução de alimentos**. 2006. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/55297/recurso-especial-resp-510969-pr2003-0045745-5>> Acesso em 02 de Jun. de 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em 01 de jun. de 2015.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria* 1999. Tradução: André Telles. Data da Digitalização: 2004.

A ADVOCACIA CRIMINAL E A ARTE DE RESISTIR: SOBRE AS COMUNICAÇÕES ENTRE CLIENTE E ADVOGADO

MARCOS EBERHARDT: Mestre em Ciências Criminais pelo PPG/PUCRS. Professor da Faculdade de Direito da PUCRS e da Especialização em Direito Penal Empresarial. Conselheiro da OAB/RS. Advogado.

A Operação LAVA JATO retomou ponto de preocupação da advocacia criminal: o alcance do sigilo das comunicações entre o cliente e seus defensores.

Segundo o noticiário: **(a)** o presidente de um dos Grupos de empresas que está custodiado na Polícia Federal em Curitiba alcançou um bilhete aos seus advogados por meio de um policial; **(b)** a mensagem foi copiada pelo policial, sendo entregue o original aos advogados do preso; **(c)** em interpretação do pedido, o Delegado responsável pela Operação declarou a clara possibilidade do conteúdo do bilhete significar condutas estranhas à relação advogado-cliente; **(d)** a chamada mais comum, diante do caso, é: **'Destruir e-mail sondas', pede o empresário desde a prisão.**

De acordo com o artigo 41, § único da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), o preso tem direito a *contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes* (Inciso XV). Tal prerrogativa somente poderá ser

mitigada por meio de ato motivado do diretor do estabelecimento prisional, uma vez que, não obstante se reconheça a possibilidade de restri o do direito fundamental ao sigilo de correspondência em prol da segurança pública, esta deverá ser exce o e, como tal, deve estar devidamente justificada com o fim de evitar abusos estatais.

Segundo o STF, a leitura da correspondência do preso poderá ser restringida *apenas* quando se observar as regras previstas na Lei de Execu o Penal e, obviamente, em hipóteses *excepcionais*: segurança pública / disciplina penitenciária / preserva o da ordem jurídica **(1)**.

A complexidade aumenta quando se trata de correspondência entre o cliente preso e seu advogado. Neste caso temos que o sigilo das comunica es opera em grau máximo, o que  , aliás, da essência da atividade.

Segundo WUNDERLICH e ESTELLITA, “o sigilo   * nsito   atividade profissional do advogado.   uma rela o concreta onde os deveres de orienta o e assistência contemplam, em si, o dever de sigilo. Não   possível admitir-se restri o ou limita o genérica do atuar do causídico-procurador, em qualquer fase, judicial ou extrajudicial, em procedimentos ou processos de qualquer natureza, sob pena de frustrarmos o caráter confidante da rela o profissional e macularmos a essência do direito de defesa*” **(2)**.

Mais do que isso, sem adentrarmos na análise metódica do conteúdo do bilhete, duas premissas óbvias decorrem da leitura da mensagem (segundo publicação em vários sítios da internet):

Um. A anotação de próprio punho foi endereçada aos advogados;

Dois. O conteúdo deixa muito claro que se trata de *teses defensivas*: o título do bilhete é “**PTS P/ HC**”.

Assim, fica fácil concluir que o bilhete não poderia ter sido interceptado e nem mesmo tornado público. As interpretações sobre o conteúdo do bilhete não dizem respeito à Autoridade Policial e nem podem invocar o interesse público como cláusula de validade, pois a relação é sigilosa entre advogado e cliente. Se a moda pega, os advogados podem ter interceptadas suas conversas nos parlatórios dos presídios e delegacias, o que seria romper –definitivamente – com o Estado de Direito. Continuaremos resistindo!

NOTAS:

- (1) STF, HC nº 70814/SP, 1ª Turma, Rel. Celso de Mello, j. 01/03/1994.
- (2) WUNDERLICH, Alexandre; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, deveres de informação e advocacia na Lei de Lavagem de Dinheiro. *In*: Janaina Paschoal; Renato de Mello Jorge Silveira. (Org.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. 1ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 27.

NÃO EXISTE JUSTIÇA SEM EFICÁCIA E CELERIDADE

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do periódico Jornal da Cidade, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, é Membro da Associação Brasileira de Imprensa ABI, radialista, consultor e dirigente sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96), Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), é Assessor Especial da Presidência da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção Barra da Tijuca - RJ, no campo da advocacia, com foco no judiciário brasileiro, vem dando através de matérias temáticas, apoio as causas do segmento através do seu "Blog online", e colabora com 29 dos principais sites jurídicos trabalhistas do País.

Um dos maiores males para o direito e a justiça, é a morosidade. Mergulhado em aproximadamente 100 milhões de ações, o judiciário brasileiro, tem a justiça mais cara do planeta. Mesmo assim não atende as maioria das demandas que chegam aos tribunais. Existe de fato uma preocupação latente nos polos, a sociedade/estado, este último, se pronunciando alvissareiro com suas mais de 55 mil leis, na forma de seus códigos, súmulas, atos administrativos, e das medidas do estado/juiz que (por força da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Loman), age, decide e toma medidas que podem (e isso ocorre) extrapolar até aquilo que a lei determina. A interpretar a lei, o juiz pode usar decisão que venha ferir (e fere) princípios elementares do direito, da reciprocidade e

do amplo direito de defesa. Esta última, visível na questão que trata da negativa da gratuidade as pessoas físicas e jurídicas, sem condições de arcar com custas e depósitos para poder recorrer, ou demandar e ainda na péssima falta de esmero nas execuções.

A sociedade que reprova 73% do judiciário, e declara que não confia na justiça, vai pagar mais caro para ter juízes nos tribunais. Está no Supremo Tribunal Federal (STF) a nova lei para a magistratura, cuja minuta contém adicionais e benefícios financeiros que ultrapassam os pedidos por um aumento salarial. Uma soma simples mostra que os benefícios e auxílios previstos no novo Estatuto da Magistratura podem triplicar os rendimentos dos juízes, levando os valores para o patamar de R\$ 90 mil. Um juiz de primeira instância receberá: R\$ 31.542,16 de salário a partir de 2015; Mais R\$ 1.577,10 a cada cinco anos de magistratura; R\$ 1.577,10 de auxílio-transporte, pois não conta com carro oficial; R\$ 1.577,10 de auxílio-alimentação; R\$ 6.308,43 de auxílio-moradia e R\$ 3.154,21 de auxílio-plano de saúde. No total, o juiz receberá ao final do mês R\$ 45.734,05.

Se o magistrado tiver um filho, receberá mais R\$ 1.577,10 de auxílio-creche e outros R\$ 1.577,10 como auxílio-plano de saúde

para o dependente. Os rendimentos sobem para R\$ 48.888,25. Se ele tiver um segundo filho, um pouco mais velho e que estude em escola privada, receberá mais R\$ 1.577,10 de auxílio-educa o. E mais R\$ 1.577,10 de auxílio-plano de saúde para este segundo dependente. Sobem os rendimentos para R\$ 52.042,45.

Tendo em seu currículo um curso de p s-gradua o, receberá ao fim do mês R\$ 53.619,55. Se tiver o título de mestre, chega a R\$ 56.773,76. Na hipótese de ter seguido uma extensa carreira acad mica e, além de p s-gradua o, tiver título de doutor, seus rendimentos v o a R\$ 61.505,08. Se acumular alguma fun o administrativa no foro, o contracheque subir  a R\$ 72.019,13. Se este juiz julgar mais processos do que recebe no ano, ele receberá dois salários adicionais por ano. Dividindo esse valor por 12 para facilitar nossa conta, os rendimentos do magistrado subiriam mensalmente a R\$ 77.276,15. Participando de mutirões de concilia o ou de outras atividades especiais, o juiz receberá a mais, por dia, R\$ 1.051,40.

Um juiz que tenha chegado ao topo da carreira e que alcançado o tempo necessário para se aposentar, ele receberá mais R\$ 1.577,10 por

ano se decidir continuar trabalhando. Além desses valores, há outros benefícios, como ajuda de custo para capacitação (de R\$ 3.154,21 a R\$ 6.308,43) , auxílio para o caso de ser designado para localidade de difícil acesso (R\$ 10.514,05), auxílio-mudança (de até R\$ 94.626,48 em parcela única). Este é o perfil do juiz que nega gratuidade de justiça, que não julga com celeridade e não recebe advogados e ainda se dá ao direito de intervir junto a legisladores na aprovação de PLS, em flagrante acinte a sua postura isenta, já que na frente ira julgar casos em que interferiu no seu bojo, através de “nota técnica”.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
campus Poços de Caldas

Direito Penal do Inimigo:
um estudo acerca dos resquícios da teoria de Gunther Jakobs em legislações
específicas do ordenamento penal brasileiro

Mônica Franco Tedesco

Poços de Caldas
2015

Mônica Franco Tedesco

**Direito Penal do Inimigo:
um estudo acerca dos resquícios da teoria de Gunther Jakobs em legislações
específicas do ordenamento penal brasileiro**

Monografia apresentada na Pontifícia
Universidade Católica em Poços de Caldas
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Tadeu Antônio Dix
Silva.

Poços de Caldas
2015

Mônica Franco Tedesco

**Direito Penal do Inimigo:
a expansão da teoria de Gunther Jakobs em legislações específicas do
ordenamento penal brasileiro**

Monografia apresentada na Pontifícia Universidade Católica em Poços de Caldas como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Tadeu Antônio Dix Silva.

Prof. Dr. Tadeu Antônio Dix Silva (Orientador)

Examinador (a) Curso de Direito – PUC Minas

Examinador (a) Curso de Direito – PUC Minas

Junho de 2015

“Para que o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou”.

Tobias Barreto

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a teoria sustentada por Gunther Jakobs em legislações específicas do ordenamento penal brasileiro. Conhecida como Direito Penal do Inimigo, a teoria alemã tem como percepção o emprego de um Direito Penal e processual de forma distinta para aqueles indivíduos considerados como inimigos da sociedade. Dessa forma, para que se possa compreender a aplicação no Estado Democrático de Direito, deve-se primeiramente analisar a evolução histórica do Direito Penal no Brasil. Posteriormente, compreender diferença entre cidadão e inimigo da sociedade, suas principais características e finalidades e por fim, demonstrar a sua aplicabilidade nas legislações específicas como o Regime Disciplinar Diferenciado, Lei dos Crimes Hediondos e Lei de Drogas. Após o estudo, envolver no objeto de estudo, a posição dos Tribunais Superiores acerca das eventuais inconstitucionalidades e aplicabilidades do Direito Penal do Inimigo em âmbito nacional.

Palavras-Chaves: Direito Penal do Inimigo. Gunther Jakobs. Estado Democrático de direito. Regime Disciplinar Diferenciado. Lei dos Crimes Hediondos. Lei de Drogas.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the theory held by Gunther Jakobs in specific legislation of the Brazilian penal system. Known as the Enemy Criminal Law, the German theory has the perception employing a Direct Criminal and Procedural differently for those individuals considered as enemies of society. Thus, so that one can understand the application in the democratic rule of law, it must first analyze the historical evolution of criminal law in Brazil. Later, understand the difference between citizen and enemy of society, its main characteristics and purposes and finally demonstrate their applicability in specific legislation such as Differentiated Disciplinary Regime, Law of Heinous Crimes and Drugs Act. After the study, involved in the study object, the position of the Superior Courts about the possible unconstitutionality and applicability of the Criminal Law of the Enemy nationwide.

Key Words: Criminal Law of the Enemy. Gunther Jakobs. Democratic state direito. Regime Differentiated Disciplinary. Law of Heinous Crimes. Drug Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL NO BRASIL	10
2.1. Período Colonial e as Ordenações do Reino	10
2.2. O Regime Imperial e o Código Criminal de 1830	13
2.3. Período Republicano e o Código Penal de 1890.....	15
2.4. A Constituição de 1937	19
2.5. O período ditatorial no Brasil.....	21
2.6. Observações relevantes ao Código Penal atual.....	25
3. DIREITO PENAL DO INIMIGO	28
3.1. Conceito de inimigo do Estado.....	29
3.2. Características	36
3.3. Finalidades	38
3.4. As Velocidades do Direito Penal	41
4. DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	43
4.1. O Inimigo no Estado Democrático de Direito.....	44
4.2. O Regime Disciplinar Diferenciado	49
4.3. Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990)	60
4.4. Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).....	73
5. CONCLUSÃO	86
REFERENCIAS	88

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem o intuito de demonstrar os resquícios da teoria defendida por Gunther Jakobs denominada Direito Penal do Inimigo, em normas e legislações específicas presentes no ordenamento penal brasileiro.

Iniciaremos o estudo compreendendo a evolução histórica do Direito Penal e suas normas jurídicas ao longo dos anos, para assim, fazermos uma comparação dos eventos históricos que influenciaram nossa legislação atual. Abordaremos importantes fatores tais como a utilização das penas físicas, o uso das normas penais como instrumento de vingança, o período ditatorial no Brasil e quais métodos o legislador utilizou para que, nos dias de hoje, os princípios constitucionais basilares abarcados pela Constituição Federal sejam protegidos pela esfera penal.

O segundo capítulo tratará o conceito de inimigo defendido pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs. Estudaremos suas características e a finalidade do uso do Direito Penal do Inimigo no ordenamento penal, como forma de prevenção de delitos e conseqüentemente suas punições, para assim compreender como supostamente a utilização dessa teoria, de forma assecuratória, resguardaria as normas vigentes no Estado.

Por fim, no último capítulo do estudo, analisaremos os resquícios do Direito Penal do Inimigo em legislações e normas específicas vigentes no nosso sistema penal, suas contradições com os princípios consoantes do Estado Democrático de Direito, vedações e possibilidades de aplicação em face de um delito, com o propósito de - diante a necessidade atual e contínua de proteção da norma versus índices cada vez mais altos de criminalidade – proteger a sociedade e responder com rigor ao clamor público que anseia por normas cada vez mais severas.

Portanto, a intenção desse trabalho não é esgotar o tema, que é muito amplo e complexo, mas sim, compreender como a legislação brasileira considera de forma implícita a teoria alemã defendida por Jakobs em suas que normas vigentes e as que, por entendimentos jurisprudenciais, foram vedadas.

2. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

O presente capítulo abordará aspectos históricos considerados relevantes ao direito penal brasileiro. A compreensão histórica é necessária por diversos motivos: um olhar retrospectivo busca extrair melhores alternativas para o futuro, observado os erros, as melhores condições para soluções de conflitos, bem como a evolução do ser humano enquanto ser racional. Nesse sentido, Joaquim Augusto Camargo destaca a importância do aspecto histórico da evolução no Direito Penal:

(...) como poderemos saber se o direito penal é uma conquista das ideias esclarecedoras dos tempos modernos sobre as doutrinas viciosas do passado, ou, se é a continuação dessas doutrinas rudes e bárbaras, como as sociedades em que dominavam, sem conhecer a sua história? Como explicar os textos, as suas disposições, os seus preceitos, sem conhecer o passado? É necessário, portanto, estudar a história do direito penal para bem conhecer a este¹.

Dessa forma, estando diante da sociedade moderna, faz-se mister pontuar as necessidades atuais com a legislação pretérita, para, em conjunto, relacionar os acertos e as incoerências e assim, embasar no Direito Penal contemporâneo e suas eventuais reformas, o aperfeiçoamento às prestações jurisdicionais e aspectos relevantes e esclarecedores, para efetivamente cumprir sua finalidade de sanção criminal do Estado Democrático de Direito.

2.1. Período Colonial e as Ordenações do Reino

O período em que o Brasil esteve sob domínio de Portugal, denominou-se Brasil Colônia e compreende os anos de 1500 à 1822². Do descobrimento do Brasil pelos portugueses até os dias atuais, vigoraram no país três códigos penais: o Código Penal do Império de 1830, o da República Velha de 1890 e, o mais recente, de 1940³.

¹ ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63

² **DESCOBRIMENTO do Brasil**. Disponível em: <<http://brasil-colonia.info/>>. Acesso em 23 jan. 2015.

³ LUTHOLD, Pedro Henrique. **Breve história do Direito Penal Positivo Brasileiro e o PLS n.º236/2012**. Disponível

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?h_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12965&revista_caderno=3>. Acesso em: 23 jan 2015.

No período do descobrimento do Brasil, eram vigentes em Portugal as chamadas Ordenações Afonsinas, de 1446, que continham trechos traduzidos das Leis de Justiniano, explicações interpretadas por sabedores antigos, mas também resquícios do Direito Canônico, quando o assunto fosse de ordem espiritual e do Direito Romano, caso não envolvesse alguma espécie de pecado. Havendo divergência, recorria-se ao rei⁴.

A finalidade das Ordenações era preservar a boa ordem do Reino, regulando de forma geral os assuntos referentes à cargos públicos, assuntos de guerra, posse de terras, cobrança de impostos, entre outros. As Ordenações Afonsinas eram compostas por um conjunto de leis manuscritas, por conta dos inúmeros requerimentos do povo junto à Corte, em razão do grande volume de processos e decisões pendentes, pela falta de leis atualizadas ou mesmo uma compilação geral. A tentativa era a formação de jurisprudências, em razão de muitas vezes as leis não estarem escritas, mas faziam parte de costumes e cotidiano dos portugueses⁵.

As Ordenações Afonsinas vigoraram de 1446 até 1521, quando foram publicadas as Ordenações Manuelinas, no reinado de Dom Manuel I⁶. No período que Dom Manuel assumiu o trono, tornou-se necessária a atualização dos textos legais, renovando e atualizando-os à nova realidade⁷.

As Ordenações Manuelinas reuniam as Ordenações Afonsinas juntamente com Leis Extravagantes, aquelas que determinavam a atuação dos responsáveis pela aplicação da lei e administração da justiça⁸. Basicamente, as Ordenações Manuelinas editara preceitos normativos, adaptando as Ordenações Afonsinas, designando principais fontes do Direito da Colônia⁹ e estabelecia hierarquia entre essas fontes: Lei do Reino, estilo da corte e costumes. Também era lícito,

⁴ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Javoli, 2011, p. 06.

⁵ GAMA, Angélica Barros. **As Ordenações Manuelinas, a tipografia e os descobrimentos: a construção de um ideal régio de justiça no governo do Império Ultramarino português**. Disponível em: <http://www.revistanavigator.com.br/navig13/dossie/N13_dossie2.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2015.

⁶ NORONHA, Magalhães. **Direito Penal: Introdução e Parte Geral**. Vol. 01, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 55.

⁷ AZEVEDO, Luis Carlos. **O Reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67454/70064>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

⁸ NORONHA, Magalhães. *op. cit.*, p. 55.

⁹ **PUBLICAÇÕES de Normas no Brasil Colônia**. Disponível em: <<http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/xavier2/Publicaciones-de-Normas-no-Brasil-Colonia.cid221840>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

igualmente como nas Ordenações Afonsinas, recorrer ao Direito Romano e Canônico¹⁰.

Além disso, previa-se a aplicação de certas penalidades nos casos de não observância às Ordenações pelos juízes, bem como, em caso de dúvida na interpretação, recorria-se à presença de desembargadores – magistrados de segunda instância que apreciavam os recursos de suplicação diretamente com o rei¹¹.

As Ordenações Filipinas, sucederam as Manuelinas, em 1603, resultando da reforma feita por Felipe II da Espanha (Felipe I de Portugal), e foi a que teve maior vigência¹², refletindo o Direito Penal da época, tendo como fim, “incutir o temor pelo castigo”¹³.

Nesse sentido, José Frederico Marques, citado por José Henrique Pierangeli descreve as Ordenações Filipinas como verdadeira forma cruel e severa de punição de delitos:

Espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas ideias religiosas e políticas, que invadindo fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; abundavam penas infamantes como o açoite, a marca de fogo, as galés (...) a pena de morte era agravada pelo modo cruel de sua inflação; certos criminosos eram queimados vivos e feitos em pó, para que nunca seu corpo e sepultura se pudesse haver memória. (...) ¹⁴.

Percebe-se então, que as Ordenações Filipinas previam de maneira cruel e severa as punições dos indivíduos que cometiam delitos, observando somente a gravidade da culpa.

As penas eram consideradas extremamente severas, permitindo-se os açoites, esquartejamento e a força¹⁵ como formas de punição. Devia o juiz, aplicar a

¹⁰ SANTOS, Giovanna Aparecida Schittini dos. **Relações de gênero no livro V das Ordenações Manuelinas Portugal – Século XVI**. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308180091_arquivo_comunicacao_giovanna_anpuh2011.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2015.

¹¹ FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. *op. cit.*

¹² PIERANGELLI, José Henrique. *op. cit.*, pag. 07

¹³ NORONHA, Magalhães. *op. cit.*, p. 55.

¹⁴ MARQUES, José Frederico *apud* PIERANGELLI, José Henrique, *op. cit.*, p. 08.

¹⁵ MACIEL, Fabio Rodrigues. **Ordenações Filipinas- considerável influência no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

pena “segundo a gravidade do caso e a qualidade da pessoa”, sendo multa a pena aplicada aos nobres, e aos cidadãos humildes, os castigos pesados e humilhantes¹⁶. Vale destacar que Tiradentes, líder da Inconfidência Mineira, foi condenado à forca e após, ao esquartejamento de seu corpo, durante a vigência das Ordenações Filipinas¹⁷.

As Ordenações Filipinas tiveram vigência entre 1603 à 1830, ou seja, por mais de duzentos anos. Inúmeras tentativas de modificar a legislação existiram, à luz dos pensamentos iluministas da Revolução Francesa, como os de autoria de Pascoal José de Melo Freire dos Reis, porém, não se converteram em leis, por não resistirem às comissões revisoras¹⁸.

2.2. O Regime Imperial e o Código Criminal de 1830

Brasil Imperial é o período entre Independência do Brasil (1822) e Proclamação da República (1889)¹⁹. Os movimentos sociais liberais e as doutrinas penais aliaram-se às modificações, vindo a influir na nova legislação²⁰.

Após a Independência, o Imperador D. Pedro I, no ano de 1824 promulgou a primeira Constituição Brasileira, reconhecendo alguns princípios como a abolição das penas cruéis e juiz natural²¹. Estabeleceu também direitos, o princípio da irretroatividade da lei bem como a vedação da criação de lei sem utilidade pública. Dividiu-se também os quatro poderes: executivo, legislativo, judiciário e moderador²². Afirma Roberto Lyra, citado por Felipe Lima de Almeida, que “mal se libertou do espírito medieval das Ordenações, o Brasil antecipou-se na revelação de

¹⁶ NORONHA, Magalhães. *op. cit.*, p. 55.

¹⁷ FERREIRA, Regina Cirino Alves. **Caso Tiradentes e Repressão Penal: Passado e Presente**. Disponível em:

<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=11>.

Acesso em: 08 fev. 2015.

¹⁸ NORONHA, Magalhães. *op. cit.*, p. 56.

¹⁹ VAINFAS, Ronaldo. **Resumo Da História Do Brasil Imperial, Principais Fatos E Acontecimentos Históricos, Cronologia**. Disponível em:

<<http://www.historiadobrasil.net/imperial/>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

²⁰ PIERANGELLI, José Henrique. *op. cit.*, p. 08.

²¹ ALMEIDA, Felipe Lima de. **Reflexões acerca do Direito de Execução Penal**. Disponível em:

<http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/210-Artigos>. Acesso em: 28 fev. 2015.

²² **CONSTITUIÇÃO de 1824 - Resumo, Características, História, Voto**. Disponível em:

<http://www.historiadobrasil.net/brasil_monarquia/constituicao_1824.htm>. Acesso em: 28 jan. 2015.

sua sensibilidade aos então recentes clamores da consciência humana contra a ignomínia do cárcere”²³.

Encontravam-se presentes ideais iluministas, que consistiam na proteção de direitos humanos e liberdade²⁴, como nos previstos nos itens:

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

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

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer grão, que seja²⁵.

Com o advento do Código Criminal do Império de 1830 - que substituiu o livro V das Ordenações Filipinas²⁶, foram regulamentados alguns institutos, sendo o primeiro Código que surgiu após a proclamação da independência. Esses institutos foram elaborados na recomendação contida no artigo 179 parágrafo 18, da Constituição de 1824, que previa o quanto antes, a organização de "um Código criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade"²⁷.

O Código Criminal trouxe a previsão expressa da pena privativa de liberdade, além das possibilidades de aplicação da pena de morte, prisão perpétua, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, multa, mas sem a previsão de qualquer sistema penitenciário²⁸. Não definia o que era culpa, somente os crimes praticados com dolo²⁹. No que se referia às penas, estipulava regras gerais para sua aplicação:

Art. 33. Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem

²³ LYRA, Roberto *apud* ALMEIDA, Felipe Lima de. *op. cit.*

²⁴ AZEVEDO, André Boian. **Antecedentes Históricos do Código Criminal de 1830**. Disponível em: <http://www.azevedo.adv.br/lermais_materias.php?cd_materias=50>. Acesso em: 28 jan. 2015.

²⁵ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal**. Manda executar o Codigo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 28 jan. 2015.

²⁶ NORONHA, Edgar Magalhães. *op. cit.*, p. 52.

²⁷ SOUZA, Braz Florentino Henrique de. **Lições de Direito Criminal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

²⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. Vol. 01. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 142.

²⁹ PIERANGELLI, José Henrique. *op. cit.*, p. 08.

decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbitrio³⁰.

Entende-se dessa forma, a descrição da proporcionalidade na aplicação da pena, que a partir desse momento, seriam estipuladas em lei.

O Código Criminal era subdividido da seguinte maneira, em quatro partes: Dos Crimes e das Penas; dos Crimes públicos; dos Crimes Particulares; dos Crimes Policiais³¹.

Compreendia-se a primeira parte como uma espécie de Parte Geral do Código, enquanto a segunda e a terceira parte representavam Parte Especial, e a última parte às definições das contravenções penais³².

Cabe destacar que o Código Criminal de 1830 foi muito elogiado, e, apesar de ainda possuir lacunas, pode-se dizer que foi construído através dele uma legislação mais igualitária, humanitária e justa³³. Honrava a cultura jurídica nacional, possuindo índole liberal em face da Constituição de 1824, em decorrência do Código Francês de 1810 e o Napolitano, de 1890³⁴ e inspirou poderosamente a elaboração dos Códigos Penais da Espanha, em 1848 e através deste, vários outros da América Latina³⁵.

2.3. Período Republicano e o Código Penal de 1890

No final de 1880, os brasileiros se mobilizavam em favor da consolidação de uma República no Brasil. Isso porque, após a abolição da escravidão, houve a queda de um dos principais pilares da monarquia³⁶, motivo pelo qual se tornou

³⁰ BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.**

Manda executar o Codigo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 28 jan. 2015.

³¹ BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.**

Manda executar o Codigo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 28 jan. 2015.

³² LUTHOLD, Pedro Henrique. *op. cit.*

³³ NORONHA, Edgar Magalhães. *op. cit.*, p. 57

³⁴ NORONHA, Edgar Magalhães. *op. cit.*, p. 58

³⁵ PIERANGELLI, José Henrique. *op. cit.*, p. 08.

³⁶ SOUZA, Rainer. **O Regime Republicano no Brasil** Disponível em: <http://www.brasilecola.com/historiab/governos-republicanos.html>. Acesso em 29 jan 2015

extremamente necessário a elaboração de uma nova legislação penal que exigisse modificações inadiáveis³⁷.

O Código Penal de 1890 foi a representação do novo Regime Republicano, recém-estabelecido e, devido a urgência para elaboração deste Código, foi promulgado antes mesmo da Constituição, causando o abandono de toda clareza, prevista no Código anterior³⁸. O Código de 1890, embora criticado e sendo referido como possuidor de um texto “arcaico e defeituoso”, continha em seu conteúdo, influência clássica e liberal e que simplificou o sistema de penas do Código anterior, o que significou sensível avanço³⁹.

Continha em suas previsões, a estipulação de que não haveria mais prisão perpétua, não podendo a pena exceder a 30 anos, a pena de prisão celular para a quase totalidade dos crimes, bem como prisão com trabalho obrigatório. Previa-se também, como crime contra a saúde pública e compreendendo até mesmo a religião espírita, associada à prática de um crime, com pena de prisão privativa e multa:

Art. 44. Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos.

Art. 43. As penas estabelecidas neste codigo são as seguintes:

- a) prisão cellullar;
- b) banimento;
- c) reclusão;
- d) prisão com trabalho obrigatorio;
- e) prisão disciplinar;
- f) interdicção;
- g) suspensão e perda do emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro;
- h) multa.

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica:

Penas de prisão cellullar por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000⁴⁰.

Entende-se nesse sentido, que o Código Criminal de 1890, da mesma forma que assegurava normas mais humanizadas, prevê de modo arcaico, a vigência de outras.

³⁷ NORONHA, Edgar Magalhães. *op. cit.*, p. 53.

³⁸ LUTHOLD, Pedro Henrique. *op. cit.*

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. Vol 01. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.107.

⁴⁰ BRASIL. Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 13 maio 2015.

Aduz esse pensamento, Cezar Roberto Bitencourt:

(...) Como tudo que se faz apressadamente, este, espera-se, tenha sido o pior Código Penal de nossa história; ignorou completamente 'os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli. O Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo'. As críticas não se fizeram esperar e vieram acompanhadas de novos estudos objetivando sua substituição(...)⁴¹.

José Frederico Marques, citado pelo autor Luis Regis Prado, seguindo o mesmo pensamento, afirma:

O Código de 1830 é um trabalho que depõe a favor da capacidade legislativa nacional mais do que o de 1890, ora em vigência. Superior a este pela precisão e justeza da linguagem, constitui para época em que foi promulgado, um título de orgulho, ao passo que o de 1890, posto em face da cultura jurídica da era em que foi redigido, coloca o legislador republicano em condições vexatórias, tal qual a soma exorbitante de erros absurdos que encerra, entremeados de disposições adiantadas, cujo alcance não pôde ou não soube medir⁴².

No período de vigência do Código de 1890, inúmeros projetos de substituição a este foi apresentado, mas somente em 1937, Alcântara de Machado, durante o Estado Novo, conseguiu que sua apresentação fosse apreciada por uma Comissão Revisora, sendo sancionado por decreto, em 1940, Como Código Penal, até os dias atuais, parcialmente alterado⁴³. O novo Código procurou suprir lacunas da legislação anterior, embora duramente criticado, criou o regime penitenciário de caráter correccional e substituiu as sanções severas pelas mais brandas⁴⁴.

Cumprе salientar que a redação original do Código de Processo Penal, em vigor desde 1941, sofreu grande influência fascista italiana e é considerado um código rígido e autoritário. Vale destacar que o código de 1940 foi sancionado sob a vigência da Carta Política de 1937, período manifestamente ditador e autoritário⁴⁵.

Previa-se, por exemplo, o inquérito policial, anterior à denúncia nas ações penais públicas incondicionadas ou queixa, na ação penal privada, desenvolvido

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

⁴² MARQUES, José Frederico, *apud* PRADO, Luis Regis. *op. cit.*

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto *op. cit.*, p. 48.

⁴⁴ NORONHA, Edgar Magalhães. *op. cit.*, p. 61

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 205

com o intuito de desenvolver provas contra o acusado, sem contraditório ou ampla defesa⁴⁶.

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, está evidente o caráter inquisitivo, característica manifestamente sustentada no Direito Penal do Inimigo, como por exemplo, nos trechos abaixo:

(...) É restringida a aplicação do in dubio pro reo. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.
(...) Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária ao acusado⁴⁷.

Note-se que, em ambos os exemplos, as garantias fundamentais do acusado são feridas, tais como a utilização da prisão como dever imposto ao juiz, como arma para assegurar a justiça penal, bem como, no segundo exemplo, a falha na individualização da pena e razoabilidade, já que a prisão preventiva será declarada tendo por base o tempo da pena cominada e não se levando em conta o “*periculum libertatis*” do agente.

O Código Penal foi modificado e reformado inúmeras vezes após 1940, estabelecendo limite máximo de cumprimento de pena, bem como a concessão de livramento condicional e dia-multa⁴⁸.

A Constituição de 1891, que foi promulgada após o Código Criminal de 1890, foi a segunda Constituição Brasileira e a primeira da República. Por sua vez, ao contrário do autoritarismo previsto no Código Criminal, assegurava, dentre outros, os seguintes direitos: igualdade perante a Lei, direito de reunião, liberdade de locomoção e sigilo de correspondência. Também baniu a pena de morte,

⁴⁶ GUERRERO, Ramiro Anzit. **O Devido Processo Penal em Brasil desde a Visão Constitucional**. Disponível em: <<http://www.anzit-guerrero.net/admin/pdf/1132083839.pdf>> Acesso em: 14 fev. 2015.

⁴⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. **Vade Mecum acadêmico de direito**. Edição Especial São Paulo: Revista dos Tribunais; 2014. p. 592-596

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p. 207

constituindo assim, progresso na legislação penal, uma vez que de forma inaugural abrigou o regime penitenciário de caráter correcional⁴⁹.

Com o passar do tempo, aos poucos, o homem foi tornando-se intolerável contra os regimes cruéis e degradantes de punição, sendo possível observar essa mudança diante os princípios protetivos que as Constituições passaram a assegurar.

2.4. A Constituição de 1937

Baseada na Constituição autoritária da Polônia - conhecida, por este motivo, como Polaca – a nova Constituição do Brasil, que sucedeu à do ano de 1934, foi outorgada no dia 10 de novembro de 1937, no dia do fantasioso “Plano Cohen”, que consistia em forjar um plano comunista para a tomada de poder, através de inúmeros assassinatos de políticos nacionais⁵⁰. Dessa forma, Getúlio Vargas, que não pretendia deixar o governo, decreta Estado de Guerra no país, e após o golpe de estado, implementa uma nova Constituição⁵¹.

A Constituição de 1937 é o marco do Estado Novo e foi escrita sob a influência fascista, apresentando características ditatoriais⁵². Estabelecia um Estado autoritário, com absoluta centralização do poder e supressão da autonomia dos Estados, o presidente era eleito indiretamente para um mandato de seis anos, tinha poder de dissolver o Congresso, reformar a Constituição e controlar as forças armadas bem como legislar por decretos, permitindo dessa forma, que o chefe de governo pudesse ter total controle sobre os poderes executivo, legislativo e judiciário⁵³.

Getúlio Vargas, pelos poderes que lhe foram outorgados pela nova Constituição, dissolveu o Congresso Nacional, destituiu governadores dos estados, extinguiu bandeiras, armas e hinos, proibiu greves, liquidou a independência dos

⁴⁹ DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução Histórica do Direito Penal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal/2>> Acesso em: 01 fev 2015.

⁵⁰ SILVA, Francisco de Assis; BASTOS, Pedro Ivo de Assis. *op. cit.*, pag.212

⁵¹ DELPHINO, Cristiane. **Plano Cohen**. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/era-vargas/plano-cohen/>>. Acesso em: 12 fev.2015.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

⁵³ SILVA, Francisco de Assis; BASTOS, Pedro Ivo de Assis. *op. cit.*, p. 213.

sindicatos, demitiu funcionários civis ou militares que não se ajustaram à ditadura, além de extinguir também, todos os partidos políticos⁵⁴.

Instalou-se novamente a pena de morte, delimitando as possibilidades da aplicação:

13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes:

- a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
- b) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
- c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;
- d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;
- e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;
- f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito;
- g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles;
- h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror;
- i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República;
- j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade⁵⁵.

Com o denominado estado de emergência, permitiu-se a suspensão de imunidades parlamentares, o exílio e prerrogativa de prisões e invasão de domicílios⁵⁶. Os inimigos políticos foram exilados do Brasil⁵⁷.

Importante compreender o estudo sobre esse período ditatorial, diante fortes indícios do Direito Penal do Inimigo no país, haja vista a suspensão dos direitos fundamentais, desrespeito à individualidade e normas rigorosas e severas, como formas legítimas de proteção à ao ordenamento brasileiro.

⁵⁴ SILVA, Francisco de Assis; BASTOS, Pedro Ivo de Assis. *op. cit.*, p. 214.

⁵⁵ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 12 fev. 2015.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 100

⁵⁷ SILVA, Francisco de Assis; BASTOS, Pedro Ivo de Assis. *op. cit.*, p. 214

2.5. O período ditatorial no Brasil

Percebe-se que, no período que vigorou a ditadura militar no Brasil, inúmeras características do Direito Penal do Inimigo, diante das atrocidades praticadas, podem ser claramente observadas.

A ditadura militar compreendeu o período entre 31 de março de 1964 a 15 de janeiro de 1985 e consistiu na intensa perseguição política, marcada pela opressão e censura no país⁵⁸.

O grande marco para a ocorrência da Ditadura Militar no Brasil foi o Golpe Militar de 1964, ocorrida no governo de João Goulart, que nutria ideias esquerdistas, temendo o povo a um suposto golpe comunista. Militares e a população foram às ruas, e no decorrer do tempo, as pressões a Jango aumentavam. João Goulart fugiu para o Uruguai, e dessa forma, por não existir ninguém para ocupar o poder do presidente, os militares o tomara⁵⁹.

A nova ordem político-administrativa que se instalava no país, iniciou-se com a edição do Alto Comando Revolucionário, em Abril de 1964⁶⁰. Novos regimes começaram a mudar instituições no país, através de decretos chamados de Atos Institucionais (AI)⁶¹. Justificavam-se em decorrência ao “exercício do Poder Constituinte, inerentes a todas as revoluções” e não possuíam prazo de vigência⁶². Esse período constou de inúmeras perseguições e prisões arbitrárias condenações realizadas de forma sumária, sem o respeito da garantia do devido processo legal, já que o judiciário detinha seus poderes suprimidos⁶³ pelos já mencionados Atos Institucionais. Existia treinamento de torturadores, conforme demonstrado no livro Brasil: nunca mais:

⁵⁸ **DITADURA Militar**. Disponível em: <<http://www.historiadorbrasil.net/ditadura/>> Acesso em: 12 fev. 2015.

⁵⁹ **DITADURA Militar** *op. cit.*

⁶⁰ SILVA, Francisco de Assis; BASTOS, Pedro Ivo de Assis. *op. cit.*, p.229.

⁶¹ MENDES, Gilmas Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 101.

⁶² FAUSTO, Boris. *op. cit.*, pag. 463

⁶³ VELOSO, Antonio Franco Mota . **Direito Penal do Inimigo frente aos anos de chumbo da Ditadura Militar Brasileira e uma análise de sua (in)compatibilidade com o atual Estado Democrático de Direito, bem como sua utilização**. 2011. 68 f. Monografia (Especialização) Universidade Christus. Graduação em Direito. Fortaleza. 2011. Disponível em: <<http://www.fchristus.com.br/downloads/tcc-cursos/direito/2011/direito%20penal%20do%20inimigo%20frente%20aos%20anos%20de%20chumbo%20da.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

De abuso cometido pelos interrogadores sobre o preso, a tortura no Brasil passou, com o Regime Militar, à condição de “método científico”, incluído em currículos de formação de militares. O ensino deste método de arrancar confissões e informações não era meramente teórico. Era prático, com pessoas realmente torturadas, servindo de cobaias neste macabro aprendizado. Sabe-se que um dos primeiros a introduzir tal pragmatismo no Brasil foi o policial norte-americano Dan Mitrione, posteriormente transferido para Montevideú, onde acabou sequestrado e morto. Quando instrutor em Belo Horizonte, nos primeiros anos do Regime Militar, ele utilizou mendigos recolhidos nas ruas para adestrar a política local. Seviciados em sala de aula, aqueles pobres homens permitiam que os alunos aprendessem as várias modalidades de criar no preso a suprema contradição entre o corpo e o espírito, atingindo-lhes os pontos vulneráveis⁶⁴.

Nota-se que as práticas de tortura, bem como os demais atos cruéis praticados durante esse período, eram totalmente legítimos e previstos nas Leis de Segurança Nacional, Decretos bem como os já mencionados Atos Institucionais.

O primeiro Ato Institucional de 09 de abril de 1964, estabelecia que o Presidente da República teria poderes para propor emendas constitucionais e decretar estado de sítio e suspensão por seis meses de garantias constitucionais de vitaliciedade e estabilidade em cargos e funções públicas. As prisões e inquéritos policiais resultaram na cassação e suspensão de direitos políticos por 10 anos, de várias pessoas, entre elas, os ex-presidentes João Goulart, Jânio Quadros e Juscelino Kubitschek⁶⁵.

O Ato Institucional nº 2, editado em 27 de outubro de 1965, concedia ao presidente, poderes de decretar estado de sítio, sem a prévia aprovação do Congresso, por até 180 dias, intervenções nos estados e municípios e recessos legislativos⁶⁶. Estabeleceu um sistema Bipartidário, compreendendo-se a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), representando o governo e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que reunia uma parte da oposição, de forma controlada⁶⁷. O AI-2 permaneceu vigente até 1967, quando vigente a nova Constituição⁶⁸.

O Ato Institucional nº 3, permitia que Senadores e Deputados Federais ou Estaduais, com licença prévia, exercessem o cargo de Prefeito de capital de Estado.

⁶⁴ ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 19.

⁶⁵ SILVA, Francisco de Assis; BASTOS, Pedro Ivo de Assis. *op. cit.*, p.229

⁶⁶ SILVA, Francisco de Assis; BASTOS, Pedro Ivo de Assis. *op. cit.*, p.230.

⁶⁷ GASPARETTO JUNIOR, Antonio. **Ato Institucional nº 2**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/ditadura-militar/ai-2/>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

⁶⁸ DELPHINO, Cristiane. **Ato Institucional nº 2**. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/ditadura-militar/ato-institucional-2/>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

Excluiu da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas⁶⁹ e Atos Complementares decorrentes e determinava eleições diretas para os governadores de Estado⁷⁰.

O Ato Institucional nº 4, apenas estabeleceu a convocação do Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do Projeto de Constituição apresentado pelo presidente⁷¹.

O Ato Institucional nº 5, entretanto, é considerado o mais cruel dos atos decretados no período de Ditadura Militar no país⁷². Estabeleceu leis especiais para o exercício do poder fora dos limites do Estado de Direito. O Congresso Nacional foi fechado por tempo indeterminado⁷³; nulificou mandatos de deputados, senadores, prefeitos e governadores; decretou o estado de sítio; suspendeu o habeas corpus para crimes políticos; cassou direitos políticos dos opositores do regime e proibiu a realização de qualquer tipo de reunião⁷⁴.

Dois meses após do AI-5, a Comissão Geral de Inquérito Policial Militar, tornou-se competente por todos os inquéritos em curso⁷⁵. Em 1969, o Código de Processo Penal Militar fora editado, com punições mais severas, com estruturas manifestamente repressivas, responsáveis pelas prisões, tortura e assassinatos políticos⁷⁶.

A criação da Divisão de Censura de Diversões Públicas (DCDP) operava em apresentações teatrais, cinema, espetáculos musicais, circo e televisão tais como novelas, show de humor e programas femininos, alegando a defesa da moral e dos bons costumes⁷⁷, haja vista que o veículo da imprensa era considerado pelos militares como uma grande arma.

⁶⁹ **ATOS Institucionais**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>> Acesso em: 13 fev. 2015.

⁷⁰ SILVA, Francisco de Assis; BASTOS, Pedro Ivo de Assis. *op. cit.*, p. 230.

⁷¹ **ATOS Institucionais**. *op. cit.*

⁷² SILVA, Tiago Ferreira da **Ato Institucional nº 5**. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/ditadura-militar/ai-5/>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 101

⁷⁴ **ATOS Institucionais**. *op. cit.*

⁷⁵ BRASIL. Decreto Lei nº 459 de 10 de fevereiro de 1969. Cria a Comissão Geral de Inquérito Policial Militar e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 10 de fev. 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-459-10-fevereiro-1969-378135-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

⁷⁶ FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves. *op. cit.* pag. 184.

⁷⁷ ALMEIDA, Dinorah Lopes Rubim. **A Repressão e os Descaminhos da Luta Armada no Brasil**. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371331812_arquivo_artigorevisado-

O período ditatorial feriu profundamente todas as formas do campo social do país: sindicatos, universidades e escolas, artistas intelectuais, jornais e demais meios de telecomunicação, parlamentares e simpatizantes da esquerda⁷⁸.

A sociedade rejeitava cada vez mais a opressão da Ditadura Militar e expressou esse anseio nas eleições dos anos seguintes, não elegendo nenhum candidato militar⁷⁹. Em 1984, foi rejeitada pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional que propunha eleições diretas para presidente. Tancredo Neves, nesse período, lançou-se candidato pelo Movimento Democrático Brasileiro, de oposição. Venceu as eleições em 15 de janeiro de 1985, data que ficou sendo um símbolo do final de mais de vinte anos de ditadura militar⁸⁰.

Tal período no Brasil foi marcado pelo horror da tortura e opressão, e todos que lutavam contra o movimento eram aniquilados pelo poder, por serem considerados comunistas, rebeldes ou terroristas. Pode-se entender que estes eram os “inimigos” do Estado, e que deviam ser banidos do ordenamento jurídico de forma legítima.

Atualmente, a sociedade brasileira vive um retrocesso no que tange ao conceito de liberdade de expressão e luta pela democracia. O discurso de ódio presente em manifestações sociais anseia pela volta de intervenção militar, redução da maioria penal, pena de morte e penas cada vez mais severas, rigorosas e imediatas aos que praticam delitos criminosos. Esqueceram-se do período em que o Brasil mais viveu o conceito do Direito Penal do Inimigo na sua maior intensidade e, depois que foi conquistada a verdadeira democracia, clamou-se pela volta do Estado absoluto, intervencionista e autoritário. Não só no período ditatorial que o conceito defendido por Jakobs, possuiu grande influência. Nos dias atuais, seus resquícios continuam cada vez tomando mais forma, mais força e mais legitimidade aos que lutam pela “defesa social”.

ArepressaoeosdescaminhosdalutaarmadanoBrasil_Anpuh2013_-DinorahRubim.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2015.

⁷⁸ SADER, Emir. **Brasil, de Getúlio à Lula**. Disponível em: <[http://www.adrianodiogo.com.br/arquivos_relacionados/mioloPeF\(final_alta\)11-29.pdf](http://www.adrianodiogo.com.br/arquivos_relacionados/mioloPeF(final_alta)11-29.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2015.

⁷⁹ TERTO, Francisca Gracilene Teixeira. **Abertura Política**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/abertura-politica/>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

⁸⁰ MATOS, Carlos Eduardo. **A Eleição de Tancredo Neves e o Fim da Ditadura Militar**. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/historia/pratica-pedagogica/sonho-drama-presidente-423064.shtml>> Acesso em: 27 abr. 2015.

2.6. Observações relevantes ao Código Penal atual

Atualmente, o Direito Penal tem se captado sobre alguns temas relevantes para o sistema jurídico atual, como a proteção dos direitos humanos e garantismo penal contradizendo com o anseio por leis imediatistas e mais severas.

O Direito Penal em regra, preocupa-se em controlar o poder punitivo do Estado, vinculando os princípios de previsibilidade, igualdade, proporcionalidade e segurança jurídica, assegurando o princípio do contraditório e da ampla defesa ao acusado⁸¹, utilizando para tanto, em regra, Direito Penal Mínimo⁸².

Nesse contexto, as previsões no Direito Penal moderno são:

Direito penal do risco; antecipação das punições; aumento dos crimes de perigo abstrato; delitos econômicos; crime organizado; lavagem de dinheiro; direito penal ambiental; terrorismo; responsabilidade penal da pessoa jurídica; crimes cibernéticos; drogas; dificuldade para reintegração social do preso, aumentando o efetivo tempo de cumprimento de pena, no que diz respeito à progressão de regime e livramento condicional⁸³.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes reflete sobre o atual panorama do Direito Penal:

Ademais, para alcançar a meta da efetividade, o próprio processo penal está sofrendo profundas alterações, quase sempre orientadas para a aceleração do procedimento, agilização da instrução e rapidez da Justiça, desrespeitando direitos e garantias fundamentais em nome da operatividade da intervenção penal⁸⁴.

⁸¹ TORRES, Douglas Dias. **O Direito Penal na Atualidade**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/333/O-Direito-Penal-na-Atualidade>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

⁸² "Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a 'ultima ratio, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito." QUEIROZ, Paulo *apud* DUARTE NETO, Júlio Gomes. **O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6154> . Acesso em: 15 maio 2015.

⁸³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. Vol. 1. 16. Ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 12.

⁸⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal do Inimigo – A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Vol. 01. São Paulo: Juruá, 2008, p. 56.

Tal raciocínio se fundamenta na necessidade atual de legislar a respeito de novas demandas criminais, em decorrência da globalização contemporânea, que provoca a existência da tipificação de novos crimes e também de novas técnicas de punição. No sistema atual, existe quem defenda a criação do sistema penal baseado na imputação objetiva, suprimindo garantias processuais, renunciando princípios constitucionais⁸⁵, defendendo o chamado direito penal de intervenção.

Exemplo disso é o caso da possibilidade do Direito Penal permitir deixar de lado as garantias penais e processuais penais, sob a fundamentação de defesa social. É o caso da diferenciação trazida pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072, de 1990), que estipula os crimes compreendidos em um rol taxativo, dando-lhes tratamento de forma mais severa, violando o princípio da igualdade abarcado pela Constituição Federal de 1988⁸⁶. O mesmo ocorre com a vigência da Lei de Drogas (Lei n. 11.343 de 2006), que da mesma forma, invoca normas diferenciadas e mais rigorosas, suprimindo algumas garantias que serão objeto de estudo neste trabalho.

O professor Cristiano Rodrigues salienta que o Código Penal é embasado nos princípios fundamentais abarcados na Constituição democrática de 1988, como a Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal (art. 5º, XXXIX, CF, e art. 1º, CP). 2) Princípio da Intervenção Mínima. 3) Princípio da Humanidade ou Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF). 4) Princípio da Lesividade ou da Ofensividade. 5) Princípio da Culpabilidade (art. 5º, caput, e arts. 18 e 19, CP). 6) Princípio da Pessoalidade ou Intranscendência da Pena (art. 5º, XLV, CF)⁸⁷. No mesmo entendimento, o professor Fernando Capez sustenta que:

O Direito Penal é muito mais do que um instrumento opressivo em defesa do aparelho estatal. Exerce uma função de ordenação dos contatos sociais, estimulando práticas positivas e restando as perniciosas e, por essa razão, não pode ser fruto de uma elucubração abstrata ou da necessidade de atender a momentâneos apelos demagógicos, mas, ao contrário, refletir, com método e ciência, o justo anseio social⁸⁸.

⁸⁵ CIPRIANI, Mario Luis Lírio. **Das Penas, suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal**. 1. ed. Coimbra: Ulbra, 1º edição, 2005. p.115.

⁸⁶ ALVES, Verena Holanda de Mendonça. **A situação dos crimes hediondos e equiparados frente a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-situacao-dos-crimes-hediondos-e-equiparados-frente-a-possibilidade-de-aplicacao-das-penas-restritivas-de-dir,41419.html>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

⁸⁷ RODRIGUES, Cristiano. **Direito Penal – Parte Geral I**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

⁸⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 01. 16. ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

Dessa forma, compreende-se que o Direito Penal não deve ser usado como ferramenta para dirimir quaisquer tipos de conflitos de forma arbitrária, devendo de forma prioritária, que se respeite a proporção do delito e individualização da pena, para que “o Direito Penal brasileiro somente seja concebido à luz do perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, ser um direito penal democrático”⁸⁹ evitando-se assim o uso persecutório que pode advir do poder punitivo do Estado.

Conforme ensinamentos de Nilo Batista nesse sentido:

Conhecer as finalidades do Direito Penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista, como às vezes se insinua⁹⁰.

O ideal, seria a reforma sistematizada das Leis, de modo a gerar um sistema menos inseguro mais sólido, de modo a conferir uma aplicação lógica e inteligível⁹¹.

Dessa forma, concluímos que, embora o Código Penal e o Código de Processo Penal tragam contradições em seu conteúdo, abarcando princípios constitucionais tais como dignidade da pessoa humana, isonomia e proporcionalidade da mesma forma que as suprimem, conforme será demonstrado em estudo posterior. Caberá ao magistrado, diante um caso concreto, dirimir eventuais discrepâncias das legislações que possam trazer em seu conteúdo, resquícios do Direito Penal do Inimigo.

⁸⁹ CAPEZ, Fernando. *op. cit.*, pag. 26

⁹⁰ BATISTA, Nilo. Introdução **Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007 p. 23.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza,. **Manual de Direito Penal – parte geral e especial**, 3. ed, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007, p. 366.

3. DIREITO PENAL DO INIMIGO

Diante a sociedade moderna que vivemos, merece destaque à tendência cada vez mais expansiva ao conceito de Direito Penal como panaceia, que controla esta sociedade e garante a solução para todos os problemas dela.

Percebe-se o uso de recursos que visam satisfazer os anseios da população, que cada vez mais clamam por punições mais severas e imediatas para os considerados delinquentes, aliando à redução de suas garantias, por pressupor serem benefícios que estes não merecem gozar de direito.

Nesse sentido, o Direito Penal do Inimigo é uma ideia defendida por, entre outros estudiosos, Gunther Jakobs, penalista e filósofo alemão, seu principal defensor. Defende-se, a existência de dois direitos penais, um para os infratores comuns, considerados os que eventualmente cometem crimes. Para eles, a aplicação da punição respeita a aplicação de todos os direitos e garantias fundamentais do infrator perante o Estado. Para os considerados infratores que abalam a estrutura do estado, tais como os terroristas, inimigos da sociedade, para a sua aplicação, não se exige o respeito desses direitos e garantias fundamentais⁹².

O Direito Penal do Inimigo constrói reformulações de pensamentos autoritários, apoiando distinções entre cidadãos e o que está dentro do Direito e fora dele⁹³, defendendo a ideia de combate à criminalidade suprimindo direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna, tais como a antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e os crimes de perigo abstrato (tráfico de drogas, o porte de armas, a embriaguez ao volante, crimes cuja redação indica apenas a conduta e não o resultado)⁹⁴ desproporcionalidade das penas com a gravidade do fato restrição de garantias penais e processuais⁹⁵ permitindo também que o Estado aja de forma absoluta, conceitos estes que serão objetos de estudos que serão abordados a seguir.

3.1. Conceito de inimigo do Estado

Entende-se por cidadãos, aqueles indivíduos que oferecem segurança cognitiva em seu comportamento pessoal, pessoas que cometem delitos acidentalmente, de forma incidental e reparável. O infrator é chamado como cidadão para restaurar a vigência da norma, submetendo-se à uma sanção penal⁹⁶. Essas

⁹² SOUZA, Áurea Maria Ferraz. **O que se entende por Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2012267/o-que-se-entende-por-direito-penal-do-inimigo-aurea-maria-ferraz-de-sousa>>. Acesso em 29 mar. 2015.

⁹³ PRADO, Luiz Regis. *op. cit.*, p. 155

⁹⁴ BOTTINI, Pierpaollo. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

⁹⁵ ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal Máximo e o Controle Social**. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2008568/direito-penal-maximo-e-o-controle-social-jose-carlos-de-oliveira-robaldo>> acesso em 29 mar. 2015.

⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. *op. cit.*, pag. 134

peças apresentam comprometimento e lealdade jurídica e dessa forma, encontram-se protegidas pela lei, possuindo as garantias penais e processuais diante punição do delito⁹⁷.

Conforme entendimento do autor Narciso Alvarenga Monteiro de Castro:

O delito praticado por um cidadão não se dirige contra o Estado ou suas instituições. Não afeta a chamada normalidade, é o fato esperado, não há um inimigo a ser destruído e sim um cidadão que danificou a vigência da norma e é chamado a equilibrar esse dano através da pena. A pena mantém a expectativa na vigência das normas defraudada pelo autor do delito⁹⁸.

Jakobs defende um modelo de cidadão como orientado a sua função. Em outras palavras, o status de cidadão deve ser merecido, através de bom comportamento e obediência às normas, sendo só assim, protegida pelo Estado das intervenções ilimitadas do Estado. Aqueles que não cumprem tais exigências, restam completamente sem direitos⁹⁹.

No direito romano, o conceito de inimigo figurava em duas vertentes: na primeira, compreendia apenas como inimigo pessoal, conhecida como a figura do *inimicus*. No âmbito político, compreendiam-se como *hostis*, a qual se negava a compreensão do outro, possibilitando a declaração da guerra, entendendo dessa forma o “inimigo” como ser.

Seguindo a ideia de *hostis*, surgiram duas categorias que passaram a ser o diferencial do poder punitivo diante dos inimigos: o *hostis alienígenas* e o *hostis judicatus* como maneiras de tratamento para aqueles considerados estranhos à comunidade.

Hostis alienígena, era o estrangeiro, aquele indivíduo indisciplinado, insubordinado e também o estrangeiro propriamente dito, por ser desconhecido e falar uma língua diversa, impossibilitando a comunicação entre a comunidade,

⁹⁷ MUZZI, Veridiane Santos. **Teorias Antigarantistas – Aspectos do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_teorias_antigarantistas__aspectos_do_direito_penal_do_autor_e_do_direito_penal_do_inimigo.aspx> Acesso em: 23 mar. 2015.

⁹⁸ CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro. **Política Criminal Contemporânea e a questão do Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 60.

⁹⁹ NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** nº 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 156.

considerando-se assim como fonte de perigo. A pena era a expulsão da comunidade, tornando-o inimigo desta.

O denominado *hostis judicatus* era identificado inimigo pela declaração do poder estatal. Retirava-se a condição de cidadão, implicando a este, a condição de escravo, sendo vedadas a aplicação de penas previstas para cidadãos comuns¹⁰⁰.

Compreende-se desta forma, que no direito romano, não muito diferente do conceito inserido na idade moderna, retirava-se o status de cidadão para aqueles assim denominados como inimigos do Estado, como pena máxima prevista. Assim, de forma arbitrária e autoritária, dependia-se que a autoridade estatal considerasse o que era inimigo da sociedade– o que poderia variar, conforme explanado – para que esta autoridade delimitasse as penas e as supressões de direitos para com aquele.

O ilustre doutrinador, Eugenio Raúl Zaffaroni, explica nesse sentido:

Em outras palavras, a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder, foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente.¹⁰¹

O considerado inimigo do Estado nos dias atuais, é aquele irreconciliavelmente oposto, são indivíduos considerados como “fontes de perigo e que, por isso mesmo, são parcialmente despersonalizados pelo Direito, com vistas a combater determinada forma de delinquência”¹⁰².

Para Gunther Jakobs, defensor do funcionalismo sistêmico, sustenta que a manutenção de uma sociedade está ligada diretamente à finalidade do Direito Penal, que é a garantia da norma social. O finalismo defende a proteção de uma norma, por meio de uma sanção, evitando uma possível quebra nas estruturas de uma sociedade. Ao publicar sua obra *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*, na década de 80, configura dessa forma o inimigo do Estado:

¹⁰⁰ COSTA, Fernanda Otero. *op. cit.*, p. 59

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 82.

¹⁰² PRADO, Luiz Regis. *op. cit.*, p. 133.

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica¹⁰³.

O doutrinador ainda segue este raciocínio sustentando que, em princípio, a sociedade deve manter o criminoso dentro de seu ordenamento, visto que este delinquente tem o direito a voltar a ajustar-se embora, deve proceder à reparação, bem como permitir um posterior acordo de paz, não podendo “despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato”, mas legitimando o Estado a punir os indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos, como combate aos perigos¹⁰⁴.

Como sujeito processual, o status de cidadão permite que a pessoa exerça inúmeros direitos, tais como à tutela judicial, direito a produção de provas, o de não ser ilegalmente coagido. A quem se comporta como inimigo, resta a ação de medidas coativas, tais como a prisão preventiva, custódia de segurança, intervenção de comunicações, investigações secretas, etc. agindo o Estado, nesse sentido, de modo juridicamente legítimo.

Gunther Jakobs ainda aponta o Tribunal Penal Internacional¹⁰⁵, por exemplo, como indicação da existência dos polos que diferenciam os cidadãos dos inimigos¹⁰⁶, sustentando que, atualmente, já não são admitidas lesões contra “direitos humanos elementares”¹⁰⁷.

Gunther Jakobs inspira-se entre outros, em bases filosóficas de Immanuel Kant, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau.

Para Thomas Hobbes, citado por Jakobs nesta obra:

¹⁰³ JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 4. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 24.

¹⁰⁴ Immanuel Kant *apud* JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio *op. cit.*, p. 23- 24.

¹⁰⁵ O Tribunal Penal Internacional é composto por 18 juízes e possui a competência para julgar crimes de maior gravidade, tais como o genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, etc. com jurisdição complementar à dos Estados signatários. De acordo com a gravidade do crime, a pena poderá ser de prisão, até o limite máximo de 30 anos ou, em condições extremas, de prisão perpétua, quando o grau de ilicitude e as condições pessoais do condenado assim o justificarem, sem prejuízo da imposição de multas ou expropriação dos bens eventualmente obtidos em razão da conduta. As penas privativas de liberdade serão cumpridas num Estado indicado pelo Tribunal, conforme lista de disponibilidade para receber pessoas condenadas, enviada pelos membros do Estatuto de Roma. CAPARROZ, Roberto. **Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339.

¹⁰⁶ CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro. *op. cit.*, pag. 61

¹⁰⁷ JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.*, pag. 45

Em princípio, mantém o delinquente, em sua função como cidadão: O cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: Pois a natureza desde crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza..e aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos¹⁰⁸.

Para ele, cada súdito se obrigou a prestar obediência absoluta às leis e ao soberano e a recusa dessa obediência resulta na renúncia deste à todas as normas do Estado, configurando assim a denominada traição, sendo tratados à partir de aí não mais como súditos, mas como inimigos do governo, não sendo possível a idéia de resistência perante o Estado¹⁰⁹.

Em seu livro *Do Cidadão*, Thomas Hobbes afirma:

Disso decorre que os rebeldes, traidores e todas as outras pessoas condenadas por traição não são punidos pelo direito civil, mas pelo natural: isto é, não como súditos civis, porém como inimigos ao governo – não pelo direito de soberania e domínio, mas pelo de guerra¹¹⁰.

Em outras palavras, para o filósofo, que defendia o Estado Absoluto, o delinquente permanecerá com seu status de cidadão, até o momento que ele cometa delitos de alta traição. Nesse instante, o sujeito negaria a submissão das regras impostas pelo Estado e conseqüentemente, perderá suas qualidades de cidadão, sendo tratado a partir daí, como inimigo do Estado e não mais como súdito. Vale destacar que Thomas Hobbes defendia que a soberania era controlada pelos tribunais e juízes, portanto, nos casos de exceção, quem decide é somente o soberano¹¹¹.

Para Kant, citado por Jakobs, os inimigos do Estado são aqueles que ameaçam de forma contínua o Estado e não aceitam o Estado comunitário-legal. Fundamentou que “toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã” e aquele que “não participa na vida em um estado comunitário-legal, deve retirar-se, o que significa que é expelido; em todo

¹⁰⁸ JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.*, pag. 26

¹⁰⁹ COSTA, Fernanda Otero. *op. cit.*, pag. 60

¹¹⁰ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 231.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *op. cit.*, p. 152.

caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado como um inimigo”¹¹².

Nota-se que para ele, aqueles que se recusavam a participar da vida comunitário-legal, são os indivíduos que ameaçam a estrutura do estado constantemente, devendo este ser expelido desta sociedade.

Assim como Thomas Hobbes, não existe a possibilidade de resistência frente o Estado, sendo que a “simples presença anárquica representa um perigo e, em tais condições, existe o direito de obriga-los a participar do contrato social”, surgindo como consequência, a destruição e guerra contra o considerado inimigo¹¹³.

Para Rosseau, citado por Jakobs, acerca do contrato do cidadão perante o Estado, afirma:

Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de seus direitos¹¹⁴.

Entende-se dessa forma que, para Rosseau, o inimigo, infringindo o contrato social, deixa de ser membro do Estado estando em guerra contra ele e logo, deve morrer como inimigo. Abandonando o contrato, perde todos os seus direitos, já que se encontra completamente ausente da condição de cidadão.

Atualmente, o conceito de inimigo, conforme já mencionado anteriormente, são aqueles que se afastam da norma jurídica com o escopo de abalar a estrutura do Estado.

O professor Luiz Flávio Gomes, notório conhecedor das correntes funcionalistas, leciona nesse aspecto:

É inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. (...) o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, “ainda que de modo juridicamente

¹¹² JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.* p. 27.

¹¹³ COSTA, Fernanda Otero. *op. cit.*, p. 61.

¹¹⁴ Jean-Jacques Rosseau *apud* JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *op.cit.*, p. 24.

ordenado. Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra¹¹⁵.

Em outras palavras, os considerados inimigos do Estado são os que abalam consideravelmente a estrutura social, tais como os estupradores, sequestradores, sonegadores fiscais, membros de organizações criminosas, terroristas, dentre outros. Uma vez cometido crimes dessa natureza, o Estado tem legitimidade para punir o agente, antecipando a punição com base na ameaça deste perante a sociedade¹¹⁶.

O inimigo se exclui da sociedade de forma voluntária, já que, conforme analisado anteriormente, para obter o status de cidadão, a pessoa deve arcar com várias obrigações, sobretudo, é necessário obter um conhecimento cognitivo e respeitar a realidade das normas. As “pessoas de direito”, devem adequar seu comportamento dentro do âmbito social, sob pena de tornarem-se inimigas.

O Direito Penal do Inimigo objetiva eliminar os sujeitos que oferecem potencial risco à sociedade, não garantindo o mínimo necessário para que estes possam ser tratados como cidadãos.

Conforme ensinamentos do Ilustre Eugenio Raúl Zaffaroni:

Sem a neutralização dos inimigos (estranhos) com a guerra, não poderia haver paz entre os cidadãos (iguais): se o Estado perdesse a guerra, não poderia garantir sua paz interna, e o Estado, nesta concepção, sempre tem inimigos (estranhos) que lhe movem a guerra e contra os quais não existe outra alternativa senão responder-lhes com guerra¹¹⁷.

O sujeito que não cumpre com o dever de cidadão, desrespeitando as normas impostas pelo Estado, deve ser este excluído da esfera social como cidadão, perdendo as qualidades deste¹¹⁸.

Zaffaroni ainda afirma:

¹¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal,29698.html>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

¹¹⁶ LYRA JUNIOR, Richard Paes, RODRIGUES, Lincoln Almeida. **Direito Penal do Inimigo, esse desconhecido**. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/127-direito-penal-do-inimigo-esse-desconhecido>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit.*, p.138

¹¹⁸ MOURA, Aline Cristine Boska de, VARGAS, Ana Paula Ovçar. **O Direito Penal do Inimigo e a Legislação Brasileira**. Disponível em: <<http://www.feati.edu.br/revistaeletronica/downloads/numero7/artigodireitopenalinimigo.pdf>> Acesso em: 23 mar. 2015.

A quantidade de mal dependerá das circunstâncias políticas que outorguem mais ou menos espaço ao soberano, que sempre, qualquer que seja o mal atribuído ao inimigo, agirá invocando a necessidade de salvar a própria Constituição e o próprio Estado de direito¹¹⁹.

O conceito de inimigo, porém é temporário, sendo cabível até o reestabelecimento da segurança cognitiva, esperado por quem possui o status de cidadão¹²⁰.

Portanto, o conceito de inimigo do Estado não é absoluto, sendo possível resgatar o status de cidadão, na hipótese do desaparecendo do comportamento nocivo diante a sociedade, e respeito às normas, adequando suas condutas dentro do seio social.

3.2. Características

Trata-se de um Direito Penal de autor. Entende-se que a característica do autor explica sua pena, de modo a entender-se como essência do delito¹²¹.

Dessa forma, se o objetivo é excluir determinado indivíduo que comete reiteradamente delitos, afasta-se o disposto no Direito Penal do fato¹²², convertendo, de maneira autoritária, o conhecido como Direito Penal do Autor¹²³.

Zaffaroni assim compreende tal raciocínio:

O direito penal que parte de uma concepção antropológica que considera o homem incapaz de autodeterminação (sem autonomia moral, isto é, sem capacidade para escolher entre o bem e o mal), só pode ser um direito penal de autor: o ato é sintoma de uma personalidade perigosa, que deve

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit.*, p.138

¹²⁰ CASTRO. Narciso Alvarenga Monteiro de. *op. cit.*, pag. 75

¹²¹ BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do Direito Penal do Autor à Luz do Princípio da Culpabilidade**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm#6> Acesso em: 25 mar. 2015.

¹²² “O Direito Penal do Fato, não permite sancionar o caráter ou modo de ser do indivíduo, devendo julgar exclusivamente seus atos. Ninguém é culpado de forma geral, mas somente em relação a um determinado fato ilícito”. MUZZI, Veridiane Santos. Disponível em: **Teorias Antigarantistas – Aspectos do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_teorias_antigarantistas__aspectos_do_direito_penal_do_autor_e_do_direito_penal_do_inimigo.aspx>. Acesso em: 25 mar. 2015.

¹²³ PRADO, Luiz Regis. *op. cit.*, p. 134

ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal¹²⁴.

Nesse sentido, indivíduos que representam grave ameaça ferindo normas jurídicas e morais aceitáveis e esperadas pela sociedade, ou mesmo levar em consideração características pessoais do autor, tais como sua reincidência, a reiterada diversos tipos de delitos ou ainda possuir personalidade voltada para a prática de crimes.

Utiliza-se para tanto, o Direito Penal absoluto, como o aumento de penas, supressão de direitos fundamentais e procedimentos inquisitórios, sob o escopo da defesa das normas¹²⁵.

Gunther Jakobs, já na década de 80, em sua obra *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*, afirma:

A função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a contradição, e no Direito Penal do Inimigo é a eliminação de um perigo. Os correspondentes tipos ideais praticados nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos¹²⁶.

Nessa esteira, a única forma de combater a periculosidade na sociedade, é a eliminação legítima do perigo diante daqueles que cometem delitos reiteradamente, fator este usado para agravar sua pena, tornando-o inimigo do Estado por ignorar as normas sociais e morais, bem como não possuir capacidade cognitiva de reconhecê-las.

Diante a teoria do Direito Penal do inimigo, o indivíduo deve ser punido de acordo com sua periculosidade e as medidas contra este, observam o perigo futuro que o sujeito representa na sociedade¹²⁷.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p.107

¹²⁵ Identifica-se o direito penal absoluto, o movimento em favor de um direito penal máximo – com penas aumentadas, execução severizada, fenecimento de direitos reconhecidos ao criminoso, procedimentos tendentes ao inquisitório e desprezo a soluções extra-penais – necessário à batalha contra a criminalidade e os criminosos, sob a justificação da defesa social. FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46

¹²⁶ JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.*, p. 47

¹²⁷ GOMES, Luiz Flavio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7b5cac2295-54a6-4f6d-9bca-0a818ef72c6d%7d_8.pdf> . Acesso em: 25 mar. 2015.

Supostamente abrangidos por princípios garantidores, o uso do Direito Penal do Inimigo autoriza a apropriação da violência dentro do próprio Direito, usado no sistema penal e processual. Utilizando do pensamento da autora Fernanda Otero Costa:

A antecipação da punibilidade, a legislação de combate, a supressão de garantias e o retorno ao estado de polícia nada mais são do que a lógica da apropriação/violência a contaminar a lógica da regulação/emancipação. A consequência disso é a concepção do vírus letal ao Estado Democrático de Direito, dentro e sob os cuidados do próprio Direito¹²⁸.

Entende-se que, antecipando a punibilidade do agente, ou seja, retirando-lhe o direito do devido processo legal e suprimindo todos seus direitos individuais, severamente regula a norma, associando-a dentro do próprio estado de Direito.

Gunther Jakobs justifica a punição de todos os atos preparatórios e meras cogitações por acreditar no abalo quanto à vigência da norma que supostamente está sendo atacada¹²⁹.

Em conformidade com a análise da antecipação da punibilidade do agente, o Direito Penal do Inimigo visa a prevenção do perigo como um direito penal de emergência (deixando o direito penal ser uma forma subsidiária, convertendo-se em panaceia, com o qual deseja enfrentar e solucionar todos os problemas da sociedade)¹³⁰. Fundamenta-se que dessa forma, a origem do perigo pretende ser evitada, o que justifica-se pelo anseio da sociedade.

3.3. Finalidades

A essência do tratamento diferenciado diante o inimigo do Estado, para Eugênio Raul Zaffaroni, consiste em negar o direito de manter a condição de

¹²⁸ COSTA, Fernanda Otero. *op. cit.*, . p. 77

¹²⁹ Lemini, Matheus Magnus Santos. **Direito Penal do inimigo: sua expansão no Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619> Acesso em: 02 abr. 2015.

¹³⁰ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinária pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas** nº 867. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 453

peças dos considerados inimigos. Propõe a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), privando-os de direitos fundamentais, - embora sejam reconhecidos outros, como por exemplo, contrair matrimônio, reconhecer filhos ou fazer testamento - na medida em que o sujeito é considerado perigoso, necessitando de contenção do Estado. Zaffaroni ainda reconhece que não é a quantidade de direitos que anula a condição de pessoa, mas sim, a razão em que se baseia essa privação, ou seja, ser a pessoa reconhecida e considerada como um ente perigoso¹³¹.

Gunther Jakobs afirma, acerca da consideração ao combate do inimigo como pressuposto da segurança:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não se pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído¹³².

Atualmente, diante do anseio da sociedade em atingir modos aparentemente mais apropriados de repreender os criminosos, o Direito Penal do Inimigo apresenta soluções rápidas e eficazes, com a função principal de proteção à norma.

Jakobs discordava da ideia de que o Direito Penal deveria tutelar bens jurídicos relevantes, tendo em vista que no momento de sua aplicação, estes já teriam sido previamente violados. Dessa forma, a proteção seria diretamente relacionada à garantia da vigência da norma. À partir dessa ideia, o Direito Penal serviria como um “instrumento público à serviço do Estado e não como uma medida de *ultima ratio* voltada para a proteção dos Direitos Humanos”¹³³.

Como é evidente, não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal, porém, seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial “comunitário-legal”, deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos e

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *op. cit.*, pag. 188

¹³² JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.*, pag. 48

¹³³ BIZARRIA, Breno Timbó Magalhães. **O Direito Penal do Inimigo Aplicado a um Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Breno-Timbo-Magalhaes-Bizarria.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

por isso, deveria chamar-se a coisa por seu nome: direito penal do inimigo¹³⁴.

Manuel Cancio Meliá, analisando a proposta de Jakobs, esclarece:

O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico- penal é prospectiva (ponto de referencia: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referencia: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas¹³⁵.

Entende-se então, que o conceito de Direito Penal do Inimigo tem por finalidade a antecipação da punibilidade, por tratar-se de precaução do fato futuro, já que os fatos pretéritos já teriam ferido a norma jurídica, tornando-os irrelevantes.

Busca-se otimizar a proteção de bens jurídicos, deixando o direito penal do cidadão otimizar as esferas de liberdade, visando a manutenção da confiança na norma ameaçada por um ato que nela transgride¹³⁶.

Partilhamos das palavras do autor Roberto Delmanto Junior, para descrever o fenômeno do Direito Penal do Inimigo, já no âmbito atual:

O que parecia impossível, pelas contradições de seus conceitos, talvez esteja de fato ocorrendo: um novo fenômeno político, o da democracia ditatorial, acrescido de outro: o de uma dogmática penal de execução¹³⁷.

Conclui-se que, o Direito Penal do Inimigo, na forma antecipada e rigorosa de considerar a aplicação da pena, tem como escopo a proteção da norma de forma que antecipe a punição do agente, como forma de assegurar a vigência da norma, já que, após a lesão desta, o bem jurídico seria irrelevante. Entende-se que aquele que não possui a cognição da obediência, não deve ser tratado como cidadão, afastando seus direitos para que não mais abale o controle do Estado. Atualmente, conforme estudo a ser explanado, verifica-se que o fenômeno do Direito Penal do Inimigo, tendo em vista a globalização e diversos outros fatores jurídicos e políticos/criminais

¹³⁴ JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.*, pag. 48

¹³⁵ JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit.*, p. 90

¹³⁶ Ulfrid Neumann. *op. cit.*, p.163

¹³⁷ DELMANTO JUNIOR, Roberto. Do Iluminismo ao Direito Penal do Inimigo. **Revista dos Tribunais**. Vol. 869. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 869, 2008, p. 464.

ocorrendo na esfera social, cada vez mais a teoria defendida por Jakobs vem ganhando espaço e tomando força no ordenamento democrático brasileiro.

3.4. As Velocidades do Direito Penal

O Direito Penal do Inimigo encontra-se, hoje, naquilo que se reconhece como a terceira velocidade do Direito Penal, podendo visualizar três velocidades:

A primeira velocidade, seria tradicionalmente o direito penal, compreende os delitos clássicos (furto, estelionato, homicídio)¹³⁸, e tem por finalidade a aplicação de uma pena privativa de liberdade, devendo ser observado todas as regras garantistas penais e processuais diante a penalização do criminoso¹³⁹.

A segunda velocidade, compreende os delitos trazidos durante a modernização da sociedade (por exemplo, delitos ambientais), que correspondem à novos riscos¹⁴⁰, com a aplicação de penas não privativas de liberdade, como as restritivas de direito e multa, como por exemplo, os Juizados Especiais Criminais, cujo intuito, de acordo com o art. 62 da Lei no 9.099/95¹⁴¹, é a aplicação de penas que não importem na reclusão do delituoso, priorizando a modalidade das restritivas de direito e multa, já mencionado. Nessa seara, poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal¹⁴².

Surge com a teoria do Direito Penal do Inimigo, o conceito de terceira velocidade do direito penal, destinado aos delitos graves (crimes organizados, terrorismo)¹⁴³. O modelo de pena e prisão, garantias penais e processuais, já cobriu o espaço do Direito Penal de segunda velocidade e agora, com esse novo conceito¹⁴⁴, trata-se de infrações penais graves, com previsão de penas privativas de liberdade mais severas, sendo admitidas sensíveis reduções de garantias penais e processuais¹⁴⁵.

¹³⁸ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. *op. cit.*, pag. 457

¹³⁹ GRECO, Rogério. **O Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

¹⁴⁰ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. *op. cit.*, p. 457

¹⁴¹ GRECO, Rogério. *op. cit.*

¹⁴² JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *op. cit.*, p. 96

¹⁴³ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. *op. cit.*, p. 457

¹⁴⁴ MORAES, Alexandre. *op. cit.*, p. 33

¹⁴⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Três velocidades, um inimigo, nenhum direito. Um esboço crítico dos modelos de direito penal propostos por Silva Sánchez e Jakobs**. Disponível em:

A denominada Terceira Velocidade cuida dos novos conceitos de crimes, e dos novos tutelados na esfera penal, que surgem na atualidade, seja diante o índice da criminalidade cada vez mais alto, seja pela necessidade de abarcar maior rigor em normas já vigentes:

A “terceira velocidade” passa então, a ser criticada de um lado, pelas novas demandas e novos bens sujeitos à tutela penal, que vem permitindo, com frequência, flexibilizações dos tipos, inserções de novas figuras de perigo abstrato e omissivas impróprias (sociedade do risco), antecipações da tutela penal, etc. e difencia, de outro lado, pela sensação de insegurança que vem bradando por um maior rigorismo por parte dos Poderes Legislativos e Judiciários¹⁴⁶.

Diante da descoberta desse novo fenômeno, sábia observação do doutrinador Massimo Domini, citado por André Callegari e Cristina Reindolff:

(...) quem pretende (re) introduzir, ou inclusive simplesmente situar corretamente no debate penal contemporâneo, a categoria de inimigo como destinatário das políticas criminais ou penais atuais, pode limitar-se a realizar uma seleção, circunscrevendo o direito penal do inimigo (por mais ou menos aceitável que seja) a alguns aspectos do direito penal contemporâneo: vias paralelas de um fenômeno a mais de velocidade inegável aos fatos, sistema que se deve manter rigorosamente separado do comum, mas que se reconhece como legítimo, junto a leis especiais ou excepcionais não incluídos numa lógica de sistema, mas como estado de fato ou de exceção, ou bem que se reservará ao campo de uma leitura exclusivamente crítica e política¹⁴⁷.

Vários exemplos desta tendência podem ser compreendidos nas leis brasileiras. A Lei nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, elevou a pena de vários delitos e também estabeleceu o cumprimento de pena em regime integralmente fechado, e suprimiu, ou tentou suprimir, alguns direitos processuais como a liberdade provisória. Diante o impacto dos meios midiáticos, mobilizados pelo crime de extorsão mediante sequestro, após importantes pessoas no meio social sofrerem com a prática deste delito, o legislador cedeu mais uma vez à pressão popular, integrando tal delito no rol taxativo previsto nesta lei. Agora, os autores que cometem os crimes previstos neste rol, recebem tratamento diferenciado, porque

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13254-13255-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

¹⁴⁶ MORAES, Alexandre. *op. cit.*, p. 33

¹⁴⁷ DONINI, Massimo *apud* CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. *op. cit.*, p. 605-606.

estes levaram o nome de hediondos.¹⁴⁸ Outro exemplo é a Lei 9.034/95, Lei do Crime Organizado¹⁴⁹, que, entre outras peculiaridades, permite à ação controlada, a interceptação telefônica e a infiltração para o fim de investigação, bem como a não concessão da liberdade provisória aos que tenha efetiva participação na organização criminosa¹⁵⁰.

Percebe-se que a legislação brasileira, ao legitimar diferenciações na punição de quem pratica determinados delitos, está gradativamente se contaminando com o Direito Penal do Inimigo, autorizando o tratamento diferenciado bem como a restrição de garantias e direitos penais e processuais.

O legislador, diante principalmente da pressão popular que clama por imediatismo e rigor, acaba cedendo ao propor leis diferenciadas para supostamente acalmar o ânimo popular, salvaguardando a proteção social diante das normas jurídicas.

Tais normas serão apresentadas cuidadosamente no próximo capítulo, cujo objeto de estudo será os resquícios do Direito Penal do Inimigo no Estado democrático em que situamos.

4. DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

¹⁴⁸ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. *op. cit.*, p. 458

¹⁴⁹ SCHIAPPACASSA, Luciano Vieiralves. **O Que se Entende por Direito Penal de Terceira Velocidade?** Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/155308/o-que-se-entende-por-direito-penal-da-terceira-velocidade-luciano-vieiralves-schiappacassa>>. Acesso em: 14 abr. de 2015.

¹⁵⁰ MONTEIRO, Fernanda Borini. **Direito Penal do Inimigo em Combate ao Crime Organizado**. 2011. 58 f. Monografia (Especialização) Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. graduação em Direito. Presidente Prudente, São Paulo. 2011. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2820/2599>>. Acesso em 15 abr. de 2015.

Conforme estudado anteriormente, compreendeu-se a evolução histórica do Direito Penal no Brasil, sua evolução e conquistas. Entende-se que ao longo dos séculos, a ciência do Direito Penal foi humanizada, os direitos humanos cada vez mais foram ganhando espaço, no sentido de repudiar normas que legitimavam o açoite, a tortura, a pena de morte, do mesmo modo que a ciência do Direito abarcou os princípios e garantias da dignidade da pessoa humana, isonomia e legalidade como primordiais no estabelecimento e cumprimento de penas. Note-se a grande evolução dos Códigos Penais, que, juntamente com as Constituições brasileiras, acompanharam as lutas sociais que clamavam pela democracia e um Estado de Direito.

Estudamos o conceito do Direito Penal do Inimigo, suas principais características e finalidades e a introdução desta teoria como sendo reconhecida como a Terceira Velocidade do Direito Penal e no que tal entendimento implica diante a aplicação da norma.

Neste capítulo, observaremos que a teoria defendida por Gunther Jakobs encontra-se presente no ordenamento penal brasileiro. Serão demonstrados em análise cuidadosa, determinadas leis que possibilitam encontrar a diferenciação de pena e supressão de direitos penais e processuais aplicados a delitos específicos e de forma crítica, apontar as divergências com o Estado Democrático de Direito de modo a entender que, embora a doutrina e jurisprudência possam pacificar entendimentos e decisões dos magistrados, legalmente estão previstos os resquícios do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1. O Inimigo no Estado Democrático de Direito

A denominação conferida ao Brasil pela Constituição Federal de 1988 aponta o modelo de organização do Estado, e também a opção política de sua forma de governo, no caso, República. A Constituição Federal prevê, no tocante à separação de poderes, a forma democrática que evita a concentração destes nas mãos de um só ente¹⁵¹, bem como garante o respeito da liberdade dos cidadãos,

¹⁵¹ AMORIM, Filipo Bruno Silva Amorim. **A República Federativa do Brasil e o Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22839/a-republica-federativa-do-brasil-e-o-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 01 maio 2015.

garantias dos direitos básicos fundamentais, que são estabelecidos e garantidos através de normas jurídicas, e proteção aos direitos humanos, tornando assim, um Estado democrático de direito¹⁵².

Nesse sentido, deverão ser preservados os princípios constitucionais, principalmente o da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da humanização das penas e o da intervenção mínima na esfera do Direito Penal, preocupando-se em não deixar que este se torne a única medida aplicável no controle da criminalidade e segurança pública em nosso país.

Verificamos que, embora a Constituição Republicana abarque os princípios acima citados para a proteção de seus cidadãos, resquícios do Direito Penal do Inimigo restam configurados em nosso ordenamento jurídico, principalmente no que se refere à algumas leis penais que serão estudadas a fim posteriormente.

Percebe-se que atualmente em nossa sociedade, o clamor público e a ânsia por leis imediatas e manifestamente mais severas, estão em pleno destaque principalmente em protestos sociais, cujos manifestantes lutam clamando inclusive o retorno da intervenção militar¹⁵³, como suporte de defesa e garantia à seus direitos e liberdades. Tudo isso, amparado por uma mídia que alimenta cada vez mais o sensacionalismo em suas transmissões, que deixam as pessoas cada vez mais assustadas, acuadas, revoltadas e desacreditadas no poder punitivo do Estado, imaginando que, ao perfazer a justiça com as próprias mãos, estarão realizando a verdadeira proteção de seu meio social.

Conforme leciona o ilustre doutrinador Rogerio Greco, em seu artigo:

A mídia, no final do século passado e início do atual, foram a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados¹⁵⁴.

¹⁵² SANTOS, Adairson Alves dos. **O Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>. Acesso em: 01 maio 2015.

¹⁵³ PROTESTO contra governo Dilma pede até intervenção militar. **Estadão**. 08 dez. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,protesto-contra-governo-dilma-pede-ate-intervencao-militar,1603231>>. Acesso em: 08 maio 2015.

¹⁵⁴ GRECO, Rogério. *op cit.* p. 159

Exemplo disso são as inúmeras matérias apresentadas, que estimulam a ignorância do senso comum e criticam duramente a defesa dos direitos humanos: José Luiz Datena, Raquel Sheherazade e Marcelo Rezende, são os maiores nomes do meio televisivo que promovem discurso de ódio e opiniões contrárias aos princípios que a Constituição Federal, por meio de tantas lutas, hoje abarca.

Discursos apresentados nos veículos de comunicação em massa como o que Raquel Sheherazade pronunciou, serve como incentivo para que a sociedade alimente o ódio, ignorando as normas jurídicas, por entenderem desnecessárias. “No país que ostenta incríveis 26 assassinatos a cada 100 mil habitantes, que arquiva mais de 80% de inquéritos de homicídio e sofre de violência endêmica, a atitude dos vingadores é até compreensível”¹⁵⁵, foi declarado em rede nacional, lançado a seguinte campanha: “E aos defensores dos direitos humanos que se apiedaram do marginalzinho preso ao poste, eu lanço uma campanha: faça um favor ao Brasil, adote um bandido”¹⁵⁶.

A repórter referia-se ao caso de um adolescente de 15 anos, que foi agredido a pauladas e preso nu em um poste, no Rio de Janeiro. A agressão foi feita por um grupo de três pessoas, e o motivo da lesão corporal contra o adolescente foi baseado nas reiteradas ondas de assaltos ocorridas naquela região da cidade (o adolescente foi acusado três vezes pelos crimes de roubo e furto)¹⁵⁷

Sheherazade contou com apoio de grande parte da população brasileira, tornando-se porta voz justiceira, que ignora tratados internacionais, normas jurídicas e princípios básicos protetivos vigentes em nosso país, em nome da justiça privada, da vingança e da violência sob o pseudônimo paz.

A questão não é censurar os meios de comunicação, nem confundir liberdade de expressão, mas sim, discutir a temática do jornalismo que promove a vingança, levando em consideração a participação da imprensa, da política e da

¹⁵⁵ APÓS polêmicas, Rachel Sheherazade deixa de emitir comentários no "SBT Brasil". **Redação Portal Imprensa**. 14 abr. 2014. Disponível em: <http://www.portalimprensa.com.br/noticias/ultimas_noticias/65221/apos+polemicas+rachel+sheherazade+deixa+de+emitir+comentarios+no+sbt+brasil>. Acesso em: 02 maio 2015.

¹⁵⁶ GIL, Eric. **Ta com pena? Adote um bandido**. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/02/ta-com-pena-adote-um-bandido.html>>. Acesso em: 02 maio 2015.

¹⁵⁷ BRITO, Diana. Adolescente é agredido a pauladas e acorrentado nu a poste no Rio. **Folha de São Paulo**. 04 fev. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1407239-adolescente-e-agredido-a-pauladas-e-acorrentado-nu-a-poste-na-zona-sul-do-rio.shtml>>. Acesso em: 03 maio 2015.

sociedade¹⁵⁸, para que o anseio em fazer justiça com as próprias mãos, ou suprimir garantias fundamentais individuais em nome da punição, não sejam ferramentas legítimas no nosso ordenamento jurídico.

O site jurídico Conjur, publicou uma matéria acerca do Direito Penal do Inimigo no Brasil, com o seguinte trecho:

As posições polêmicas do juiz, que ganha as manchetes como quem está decidindo o futuro do país em relação ao direito de defesa, não vêm apenas em suas decisões na famigerada “lava jato” ou nas suas opiniões sobre a operação italiana. Em 2010, a Ordem dos Advogados do Brasil do Paraná entrou com uma representação contra uma decisão de Sergio Fernando Moro e do juiz Leoberto Simão Schmitt Jr. que determinou que todas as conversas entre advogados e presos na Penitenciária Federal de Catanduvas fossem interceptadas, “**independente da existência de indícios da prática de infração penal pelos defensores**”¹⁵⁹(grifo nosso).

Trata-se de medida adotada no presídio de Catanduvas, Paraná, a requerimento do diretor da penitenciária, para monitoramento ambiental do “contato entre presos do Presídio Federal de Catanduvas e os seus visitantes, inclusive advogados, além da realização de outras escutas ambientais no presídio”. Tal sistema de monitoramento exclui defensores públicos, autoridades públicas e membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, já que estes, “não estão sujeitos a cooptação com os criminosos, por não terem vínculo estreito com os detentos e poderem não retornar mais ao presídio em caso de pressão das organizações”¹⁶⁰. Nota-se que, além de ferir as prerrogativas de advogado previstas no Estatuto da OAB, que prevê o contato direito do preso com seu advogado, e a violação o direito à privacidade, há uma injustificada diferenciação entre servidores e advogados, que, indiretamente subentende que estes são inferiores à aqueles, diante medida arbitrária e descabida.

¹⁵⁸ LURINO, Kethilin Schwingel; RAMALHO, Luiz Murilo Verussa; **O Clamor Social por Direito Penal Máximo: a imprensa do inimigo**. Disponível em: <<http://www.simposiodedireitoepeg.com.br/2014/down.php?id=1027&q=1>>. Acesso em: 02 maio 2015.

¹⁵⁹ VASCONCELLOS, Marcos. **Brasil decide futuro com Base no Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/brasil-decide-futuro-base-direito-penal-inimigo>>. Acesso em 02 maio 2015.

¹⁶⁰ CRISTO, Alessandro. **Gravações em Presídio do Paraná ocorrem desde 2007**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-25/parana-conversas-entre-advogados-presos-sao-gravadas-2007>> . Acesso em: 13 maio 2015.

Além da influência que a mídia exerce, que pressiona o legislativo, e contamina a população que insiste em proclamar discursos de ódio, o Direito Penal do Inimigo ainda se faz presente em outras esferas no país.

O autor Alvino Augusto de Sá sabiamente pontua diversos casos em que pode-se analisar os meios defendidos por Jakobs, que sutilmente se faz presente no Estado Democrático de Direito em que vivemos:

À respeito dos tratamentos por parte do Judiciário:

- a) O descaso quando à presteza no atendimento aos pedidos dos benefícios legais feitos pelos presos;
- b) A predisposição negativa por parte de muitas autoridades quanto ao deferimento dos pedidos, com a apresentação de exigências e justificativas não raras vezes descabidas;
- c) O descumprimento da obrigação de visitar e inspecionar os presídios;
- d) O descaso quanto à presteza no julgamento dos processos dos réus presos (o que não diz respeito diretamente à execução, mas que tem reflexos altamente negativos sobre ela);
- e) A adesão do Judiciário à ideologia de encarceramento em massa, por meio de imposição de penas mais gravosas que as adequadas, produzindo a superpopulação carcerária.

Sobre os tratamentos por parte das autoridades administrativas:

- a) Os gritantes níveis de superpopulação carcerária, que é, poder-se-ia dizer, a forma de destratamento matricial, geradora de praticamente todas as demais. Ressalte-se: a superpopulação resulta da política de encarceramento adotada pelo poder judiciário, mas também do descaso do Poder Executivo, quando então, o mais exato seria dizer, não superpopulação carcerária, mas total descaso no acolhimento dos condenados;
- b) A total supremacia dos aspectos relativos à segurança nas práticas penitenciárias, que também acaba sendo uma forma matricial de destratamento, geradora de muitas outras;
- c) O descaso na oferta de condições de trabalho para os presos;
- d) A total degradação em que se encontram muitos dos cárceres, cujas condições físicas se encontram piores do que as habitações de muitos animais;
- e) O descaso da assistência à saúde e nas assistências psicológica e social;
- f) A contenção de presos em regimes de extremo rigor, sob a alegação de que são líderes e de que oferecem perigo a todo o sistema¹⁶¹.

O mesmo autor alerta sobre a importância de desconstruir a imagem de inimigo, em face do delinquente que comete delitos. Isso porque, não restaria ao agressor alternativa senão a de se sentir inimigo da sociedade, percebendo esta como estranha a si.

¹⁶¹ SÁ, Alvino Augusto. Desafios da execução penal frente aos processos de construção da imagem do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. nº 99. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012, p. 215

Emerge daí, dois desafios à execução penal: não se deixar contaminar com a construção do inimigo, nos seus procedimentos; contribuir para que a imagem do inimigo encarcerado se desconstrua, fortalecendo a reconstrução de sua autoimagem, revertendo os processos imigratórios da construção do que seria inimigo da sociedade. Tomando como meta reconhecer a dignidade da pessoa encarcerada como parâmetro para as medidas judiciais aplicadas, entendendo o preso como integrante da sociedade; não dirigir o clamor público às penas aplicadas; não colocar a segurança pública como pressuposto para qualquer medida e decisão, individualizando a pena; definir ações de ressocialização e reinserção do criminoso, oferecendo crescimento pessoal; diante dos procedimentos adotados, contribuir para que o preso tenha condições de participar do âmbito social institucional e mais importante: baseado nos procedimentos adotados, contribuir para que o preso reprocessasse sua imagem como pessoa integrante da sociedade e não como inimigo dela, reorientando a execução penal, para que esta contribua para que o preso se torne cada vez mais pessoa e mais integrada no meio civil em que esta vive¹⁶².

Baseado no que foi exposto, conforme iremos estudar e perfazer uma análise crítica de determinadas legislações brasileiras, vamos compreender que o Direito Penal do Inimigo vem ganhando espaço em nosso ordenamento jurídico, vislumbrando resquícios da teoria sustentada por Jakobs, diante da forma desproporcional, diferenciada e imediata na aplicação da pena, e sutilmente presente na atualidade, seja em forma de manifestos sociais acrílicos promovidos por uma parcela da população, seja na forma de legislação específica que iremos examinar em seguida.

4.2. O Regime Disciplinar Diferenciado

Em meados de 2003, a comunidade comprometida com a garantia dos direitos fundamentais expressos na Constituição, surpreendeu-se com a divulgação de projetos de alteração da estrutura da política penitenciária.

Instituído em São Paulo e no Rio de Janeiro, o Regime Disciplinar Diferenciado, surgiu para conter conflitos carcerários, principalmente após as

¹⁶² SÁ, Alvino Augusto. *op. cit.*, p. 237

megarebeliões ocorridas no Estado de São Paulo, que passaram a existir como resposta às ações do governo que tentavam dissuadir o Primeiro Comando da Capital (PCC), quando transferiram os seus líderes para locais distantes da capital do Estado¹⁶³. No Rio de Janeiro, a rebelião no presídio de Bangu I, liderada pelo chefe do Comando Vermelho, Fernandinho Beira-mar, fez com que fosse criado o próprio regime diferenciado, chamado de Regime Disciplinar Especial de Segurança, que posteriormente foi repassado para todo o Estado transformando-se assim, em Lei Federal¹⁶⁴.

A entrada em vigor da lei n. 10.792/03, alterou a Lei de Execuções Penais brasileira (Lei 7.210/84) para a inclusão de um Regime Disciplinar Diferenciado aplicado a detentos, produzindo reações doutrinárias contrárias em decorrência das importantes violações de direitos e garantias fundamentais, principalmente do que tange à humanidade da execução de pena e o princípio de igualdade¹⁶⁵.

O Regime Disciplinar Diferenciado está previsto no art. 53, V da Lei de Execuções Penais, não somente como uma modalidade de sanção disciplinar, mas como uma forma diferenciada de cumprimento de pena para líderes de facções criminosas, que mesmo cumprindo pena em regime fechado, não tem suas práticas delituosas coibidas pelo sistema carcerário.

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

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

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado¹⁶⁶ (grifo nosso).

Tal sanção caracteriza-se pelo recolhimento em cela individual pela duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem o prejuízo de repetição por falta grave da

¹⁶³ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/273.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2015.

¹⁶⁴ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/273.pdf>> Acesso em 24 abr. 2015.

¹⁶⁵ BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**. Vol. 04, nº 14, Porto Alegre, 2004, p. 137.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

mesma espécie, até o limite de um sexto da pena. Restrições nas visitas semanais, que serão de duas pessoas, sem contar as crianças com duração de apenas duas horas e o banho de sol, diariamente será de apenas duas horas¹⁶⁷.

O art. 52 da Lei de Execuções Penais, com a redação conferida pela Lei nº 10.792/03, assim prevê:

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

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

II- Recolhimento em cela individual

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

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

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

§2º- Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando¹⁶⁸.

Desse panorama normativo, leciona Damásio de Jesus:

Cumprе mencionar que a LEP, em seu art. 52, institui o regime disciplinar diferenciado (RDD), que consiste na obrigação de o preso (definitivo ou provisório) ser recolhido em cela individual, limitando-se suas saídas diárias e visitas semanais. Aquelas poderão ter até duas horas para banho de sol e estas permitem até duas pessoas (sem contar crianças) e não poderão ultrapassar duas horas. A imposição desse regime depende de decisão do juiz das execuções penais e poderá ter lugar, de acordo com a norma legal, sempre que ocorrer “a prática de fato previsto como crime doloso”, que provoque “subversão da ordem ou disciplina internas”. Também ficam sujeitos ao regime o preso que apresentar “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” e aquele sobre o qual recaiam “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando¹⁶⁹”.

¹⁶⁷ ARRUDA, Rejane Alves de. Regime Disciplinar Diferenciado: Três Hipóteses e uma Sanção. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Vol. 06, nº 33, Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 35.

¹⁶⁸ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. Institui A Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

¹⁶⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 33. ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 572.

Diante da previsão do artigo, constata-se a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado nas seguintes hipóteses:

- a) Quando ocorrer fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem anca ou disciplina interna (caput).
- b) Quando o preso apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (parág. 1º)
- b) Quando sobre o preso recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (parág. 2º)¹⁷⁰.

Ao perfazer uma análise deste raciocínio, entende-se que o Regime Disciplinar Diferenciado é um mecanismo que isola detentos considerados como de alto risco ou suspeitos de participação de quadrilha, organizações criminosas ou bando¹⁷¹. Nota-se neste artigo a possibilidade de aplicação aos presos provisórios, que nem obtiveram a sentença condenatória transitada em julgado. A hipótese prevista no §1º deste mesmo artigo, expressamente prevê que basta o sujeito preso apresentar “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” que torna-se possível a aplicação da medida disciplinar que o diferencia. Percebe-se neste trecho, a subjetividade do critério dá margens para insegurança jurídica e para arbitrariedades, principalmente no que se refere ao “condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título”, cuja interpretação pode ser variada, legitimando o Poder Público em aplicar normas no que se referem às das organizações internas e cotidianas de dentro das penitenciárias.

Até 2 de agosto de 2013, não estava previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico, a forma definida de organizações criminosas. Tendo em vista que o Regime Disciplinar Diferenciado foi incorporado ao ordenamento brasileiro no ano de 2003, nota-se que passaram quase 10 anos de insegurança jurídica em relação a esse assunto¹⁷².

David Garland, citado por Salo de Carvalho e Christiane Freire, afirma:

¹⁷⁰ ARRUDA, Rejane Alves de. *op. cit.*, p. 36

¹⁷¹ CAPEZ, Fernando. *op. cit.*, p. 66

¹⁷² CARDOSO, Matheus Vidal. **O Regime Disciplinar Diferenciado em Face dos Princípios e Garantias Constitucionais e Penais**. 2014. 59 f. Monografia (Especialização) Faculdades de Ciências Jurídicas e Sociais. Graduação em Direito. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6062/1/21010892.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

(...) emprega-se uma demonstração de força punitiva contra o indivíduo condenado para recalcar toda confissão da incapacidade do Estado de controlar o crime. A pressa em condenar a penas pesadas alguns indivíduos esconde, na verdade, o fracasso da busca da segurança do conjunto da população¹⁷³.

Sob este entendimento, o Regime Disciplinar Diferenciado consagra um novo conceito de cumprimento de pena, que prevê a exclusão e o isolamento do condenado, para controlar a disciplina interna do presídio, violando os princípios garantistas individuais da Constituição Federal tais como a dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e isonomia.

O doutrinador Julio Fabbrini Mirabete, citado pela autora Rejane Alves de Arruda, assim nos ensina:

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, parágrafos 1º e 2º, da LEP). Em ambas as hipóteses, **não se exige a prática de crime doloso ou o cometimento de outra falta grave**, porque o fundamento para a sua imposição não tem o caráter punitivo próprio da sanção disciplinar. A inclusão do regime disciplinar diferenciado com fundamento nos parágrafos 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 encontre 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 criminosa¹⁷⁴. (grifo nosso).

Assim constatamos que a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado independe da conduta prévia, já que como explanado, não se faz necessária a prática do crime doloso ou da falta grave, tornando-se medida cautelar por vincular-se somente aos requisitos dos previstos nos parágrafos 1º e 2º do art. 52 da Lei de Execução Penal. Enseja-se no tratamento diferenciado, algo extremamente gravoso, já que o princípio da inocência e proporcionalidade nesse sentido, estão sendo totalmente violados.

¹⁷³ GARLAND, David *apud* CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. *op. cit.*p.

¹⁷⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini *apud* ARRUDA, Rejane Alves de. *op. cit.*, p. 235.

A decisão sobre a inclusão do acusado no Regime Disciplinar Diferenciado, será proferida pelo juiz da execução, mediante requerimento do diretor do estabelecimento prisional ou da autoridade administrativa, conforme previsão do art. 54 e parágrafos da Lei de Execução Penal.

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias¹⁷⁵.

Acerca deste assunto, Guilherme Nucci alerta aos juízes da execução:

É preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade da inclusão do preso, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente, no RDD¹⁷⁶.

Isso porque, o sujeito preso provisoriamente não passou pelo devido processo legal, muito menos teve sua sentença transitada em julgado, o que significa que, observado pelo princípio da presunção de inocência¹⁷⁷, este ainda não é considerado culpado. Na visão de Paulo Rangel, citado por Luiz Fernando Pereira Neto, a Constituição Federal de 1988 não presume a inocência de ninguém, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 24 abr. 2015.

¹⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.308.

¹⁷⁷ No Brasil, tal princípio foi consagrado na Constituição Federal Brasileira no ano de 1988. O art. 5º, inciso LVII, prevê: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]. NETO, Luiz Fernando Pereira. **O Princípio do Estado de Inocência e sua Violação pela Mídia**. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2015.

Primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência¹⁷⁸.

Além do princípio da inocência, também é violado o princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, isolar um preso por 360 dias é uma medida desumana, cruel e degradante, onde nenhum mecanismo que promova a ressocialização e readaptação do condenado é utilizado para contribuir com a saída deste para a vida em sociedade.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) segue a linha protetiva em relação ao direito de integridade do indivíduo¹⁷⁹, senão vejamos:

Art. 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
- 6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.** (grifo nosso)¹⁸⁰.

O artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da mesma forma, veda a possibilidade de submeter quem quer que seja à tortura, a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante¹⁸¹.

¹⁷⁸ RANGEL, Paulo *apud* NETO. Luiz Fernando Pereira *op.*, *cit.*

¹⁷⁹ REGIS, Jonathan Cardoso. Breve Análise do Regime Disciplinar Diferenciado Frente aos Direitos Humanos. **Revista Científica dos Cursos de Direito e Relações Internacionais do UNIBH**. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/download/1202/759>> Acesso em: 29 abr. 2015.

¹⁸⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 15 maio. 2015

A Organização das Nações Unidas, no 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes adotou as chamadas Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas, e estabeleceu como proibidos, certas modalidades de punição, especialmente os descritos do art. 31 e 32¹⁸²:

31. Serão absolutamente proibidos como punições por faltas disciplinares os castigos corporais, a detenção em cela escura, e todas as penas cruéis, desumanas ou degradantes.

32. (...)

2) O mesmo se aplicará a outra qualquer punição que possa ser prejudicial à saúde física ou mental de um preso. Em nenhum caso deverá tal punição contrariar ou divergir do princípio estabelecido na regra do 31¹⁸³.

Perfazendo a análise desses institutos, percebe-se que o Regime Disciplinar Diferenciado, ao possibilitar a aplicação de medidas de extremo rigor, que promove o castigo e a tortura psicológica do condenado, sem nenhum cunho educativo, social, nem ressocializador, legitima a inquisição em face do condenado. Embora seja um meio encontrado para conter possíveis rebeliões e violência dentro do sistema carcerário, trata-se somente o efeito e não a causa de todos os problemas cotidianos no sistema prisional.

Maurício Kuehne, membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, assim se posiciona acerca deste assunto:

Indo além, a Constituição Federal assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX), justamente o ponto em que o RDD mostra-se cruel, desumano e, portanto, inaplicável no Brasil. Este tipo de regime, conforme diversos estudos relatam, promove a destruição emocional, física e psicológica do preso que, submetido ao isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia, e a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves. **O projeto, ao prever isolamento de trezentos e sessenta dias, certamente causará nas pessoas a ele submetidas a deterioração de suas faculdades mentais, podendo-se dizer que o RDD, não contribui para o objetivo da recuperação social do condenado e, na**

¹⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 maio. 2015

¹⁸² REGIS, Jonathan Cardoso. *op. cit.*, p. 08.

¹⁸³ REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIROS Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 15 maio 2015.

prática, importa a produção deliberada de alienados mentais¹⁸⁴. (Grifo nosso).

Diante desse cenário, o Regime Disciplinar Diferenciado também viola os preceitos abrangidos pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) cuja criação das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, proíbe toda punição de natureza cruel, desumana ou degradante, devendo ser respeitada a integridade física e dignidade pessoal conforme previsões dispostas nos arts 3º e 24º¹⁸⁵:

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Art. 24. São proibidos, como sanções disciplinares, os castigos corporais, clausura em cela escura, sanções coletivas, bem como toda punição cruel, desumana, degradante e qualquer forma de tortura¹⁸⁶.

O doutrinador José Afonso da Silva, citado pelo autor Jonathan Cardoso, assim leciona acerca do assunto:

O regime de isolamento imposto pelo regime disciplinar diferenciado é desumano e cruel, principalmente pelo que causa ao psicológico do preso submetido a ele. Para que surtisse o efeito desejado pela ressocialização, seria necessário que, aliado ao isolamento, houvesse também acompanhamento psicológico constante, com o escopo de ajudar o preso a superar os efeitos do cárcere individual e repensar sua posição¹⁸⁷.

Ressaltamos o entendimento dos Tribunais Superiores que, em diversos julgados, faz menção à necessidade da presença deste instituto para proteger a ordem pública, que constantemente vem sendo ameaçada. Faz-se menção aos princípios da proporcionalidade, contraditório e individualização das penas como não ilimitados, motivo pelo qual torna-se possível a aplicação deste regime em nosso ordenamento jurídico, conforme entendimento das decisões proferidas abaixo:

¹⁸⁴ KUEHNE, Maurício. **Alterações à execução penal: primeiras impressões**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/6223-Nacional-Alteraes-execuo-penal-Primeiras-impresses>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

¹⁸⁵ REGIS, Jonathan Cardoso. *op. cit.*, p. 09.

¹⁸⁶ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolve fixar as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Resolução nº 14 de 11 de novembro de 1994**. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Outros/1994resolu14CNPCCP.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2015.

¹⁸⁷ José Afonso *apud* REGIS, Jonathan Cardoso *op. cit.*, p.10.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DEGRAVAÇÃO DE ESCUTA AMBIENTAL.

1. As "fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando", como causa de inserção do condenado ou do preso provisório no regime disciplinar diferenciado, nos termos do § 2º do art. 52 da Lei nº 7.210/1984, com a redação da Lei nº 10.792/2003, devem ter relação com atos por ele praticados no estabelecimento prisional, cuja ordem e segurança esse regime prisional tem por finalidade resguardar.

2. Hipótese em que a ordem de inserção do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, em Presídio Federal, se deu mediante contraditório e fundamentação, à vista do seu comportamento carcerário irregular, captado em escutas ambientais autorizadas.

3. Ordem de habeas corpus denegada

(TRF-1 - HC: 336918320134010000 RO 0033691-83.2013.4.01.0000, Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes, data de julgamento: 30/07/2013, quarta turma, data de publicação: e-djf1 p.787 de 06/08/2013)¹⁸⁸.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXECUÇÃO DA PENA. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. PRORROGAÇÃO DA PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO FEDERAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA.

1. Muito embora a Lei de Execução Penal assegure ao preso o direito de cumprir sua reprimenda em local que lhe permita contato com seus familiares e amigos, tal garantia não é absoluta, podendo o Juízo das Execuções, de maneira fundamentada, indeferir o pleito se constatar ausência de condições para o novo acolhimento.

2. Na hipótese dos autos, a prorrogação da permanência do condenado em regime disciplinar diferenciado foi justificada por sua alta periculosidade e influência em organizações criminosas, motivos suficientes para justificar a medida excepcional e descaracterizar o constrangimento ilegal aduzido.

4. Recurso a que se nega provimento

(STJ - RHC: 44417 MS 2014/0006241-5, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de julgamento: 25/02/2014, T5 - Quinta Turma, data de publicação: DJe 07/03/2014)¹⁸⁹.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSUNÇÃO DE PRESOS ORIGINÁRIOS DO SISTEMA PRISIONAL DO ESTADO DO PARANÁ AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD), EM PRESÍDIO FEDERAL. ARTIGO 52 DA LEI Nº 7.210/84. REQUISITOS. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS E OBJETIVOS

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região) Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 336918320134010000 RO 0033691-83.2013.4.01.0000 Relator: Ministro Olindo Menezes. **Diário de Justiça Eletrônico**. 06 de agosto de 2013. Disponível em: < <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23939224/habeas-corpus-hc-336918320134010000-ro-0033691-8320134010000-trf1>>. Acesso em: 05 maio 2015.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 44.417 - MS (2014/0006241-5) Relator: Ministro Moura Ribeiro. **Diário de Justiça Eletrônico**. 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24985651/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-44417-ms-2014-0006241-5-stj/inteiro-teor-24985652>>. Acesso em: 04 maio 2015

AMEAÇADORES DA SEGURANÇA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA

(...)

4 - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "Não obstante os direitos individuais garantidos aos presos, o interesse em resguardar a coletividade por vezes se sobressai, preponderando a necessidade de se primar pela segurança pública, justificando a transferência ou a manutenção do preso em presídio de segurança máxima, conforme previsto nos arts. 3º, 4º e 10 da Lei 11.671/08" (STJ cc 106.137/ce, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, terceira seção, julgado em 09/12/2009, DJe 03/11/2010) e "É sempre preferível que a pessoa processada ou condenada seja custodiada em presídio no local em que reside, inclusive para facilitar o exercício do seu direito à assistência familiar, mas, se a sua permanência em presídio local se evidencia impraticável ou inconveniente, em razão da periculosidade do agente ou de outras circunstâncias que implicam a sua submissão ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), previsto na Lei 10.792/03, é mister pôr em resalto a preponderância ao interesse social da segurança e da própria eficácia da segregação individual

(TRF-5-HC: 430634520134050000, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 03/12/2013, Quarta Turma, Data de Publicação: 05/12/2013)¹⁹⁰.

Compreende-se que o Regime Disciplinar Diferenciado aproxima-se com as ideias sustentadas por Gunther Jakobs, no que se refere à teoria do Direito Penal do Inimigo, tendo em vista a imposição manifestamente mais rigorosa à certos tipos de agentes que, por critérios subjetivos, são considerados como de "alto risco" ou que possuem "fundadas suspeitas", critérios vagos, indeterminados, que dão margem à arbitrariedade e erro no estabelecimento das penas. Mesmo suprimindo direitos humanos fundamentais dos cidadãos, resta legalizado em nosso ordenamento jurídico referido regime. Nota-se diante as jurisprudências citadas, que essa imposição diante os criminosos é feita de maneira legítima pelo poder judiciário, sob o escopo de ordem pública e salvaguarda da paz.

Conclui-se, que, embora a corrente doutrinária protecionista resista pela existência de lesões aos direitos individuais fundamentais, o Regime Disciplinar Diferenciado encontra-se previsto no ordenamento jurídico brasileiro, sem vícios formais que o fizesse ser considerado inconstitucional. Contudo, evidentemente enxerga-se a existência de vício material, que dificulta a proteção destes direitos¹⁹¹

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região) Habeas Corpus: nº430634520134050000 Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. **Diário de Justiça Eletrônico**. 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24829374/hc-habeas-corpus-hc-430634520134050000-trf5>>. Acesso em: 05 maio 2015.

¹⁹¹ REGIS, Jonathan Cardoso. *op. cit.*, p. 12.

já que, conforme dito anteriormente, a supressão de princípios como isonomia, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana são descaradamente violados.

4.3. Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990)

Os crimes considerados como hediondos, de acordo com o legislador que assim as definiu, representam lesões graves a bens jurídicos inquestionáveis, que necessitavam de tutela penal, detectando diante das condutas, manifesto dano social. Para essas situações fáticas, adotaram-se algumas restrições: proibiu-se o reconhecimento de determinadas causas extintivas de punibilidade (graça e indulto), e extinguiu a liberdade com fiança. Inspirou-se no movimento da Lei e da Ordem (Law and Order)¹⁹² como suporte ao texto¹⁹³.

A coação aos crimes hediondos teve início com a Constituição Federal de 1988, que expressamente determinou o seguinte¹⁹⁴:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem¹⁹⁵.

Tal inciso transfere para o Congresso nacional a competência para definir os crimes considerados hediondos. Essa palavra tem seu significado no período da Idade Média, e definia sodomia. Na Constituição Federal, permite proibir a liberdade do processado em qualquer crime definido como de maior gravidade, promovendo uma discriminação de um sujeito em face de outros benefícios, se for comparado

¹⁹² Entende-se como movimento de política criminal sustentada nos seguintes pontos: a pena se justifica como castigo e retribuição; os delitos graves serão castigados com penas severas e duradouras; as penas privativas de liberdade serão submetidas a um regime excepcional de severidade, distinto ao dos demais condenados; a prisão provisória suponha uma resposta imediata ao delito. ARAUJO, João Marcelo Junior *apud* FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007, p.79.

¹⁹³ FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p.79.

¹⁹⁴ VEIGA, Marcio Gai. **Lei dos Crimes Hediondos**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/3637/lei-de-crimes-hediondos>> Acesso em: 06 maio 2015.

¹⁹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília. 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 maio 2015

com outros delituosos, que, mesmo processadas ou condenadas, não são considerados hediondos¹⁹⁶.

Na mesma linha de pensamento, o doutrinador Alberto Silva Araújo utiliza-se da lição de Francisco de Assis Toledo:

O legislador constituinte de 1988, ao editar a norma do art. 5º, XLIII, criando a categoria dos “crimes hediondos”, bem como o legislador ordinário, ao regulamentar esse preceito através da Lei 8.072/90, agiram apressada e emocionalmente na linha de ideologia da *Law and Order*. Essa ideologia, típica da sociedade norte-americana, que, diga-se de passagem, desde a década de 20, vem perdendo a guerra contra o crime, ganha espaço e adeptos entre nós, principalmente entre políticos, promotores de justiça e delegados de polícia¹⁹⁷.

Nesse raciocínio, compreende-se o crime e a criminalidade como “doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho”, tornando-se necessária uma luta com a parte nociva, para reestabelecer a ordem, única forma de fazer justiça aos cidadãos de bem, aos que realizaram comportamentos desviados¹⁹⁸.

A Lei 8.072/90, baseada nos princípios do movimento Lei e Ordem, deu início ao “suporte à ideia de que leis de extrema severidade e penas privativas de alto calibre, seriam suficientes para pôr cobro à criminalidade violenta”¹⁹⁹.

Nesse sentido, vejamos o entendimento de Antônio Magalhães Gomes Filho, citado por Alberto Silva Franco, acerca da criação da lei dos crimes hediondos:

A lei que definiu os crimes hediondos contém nítido caráter sensacionalista, até porque o estudo da ciência penal e da criminologia demonstra que o problema da criminalidade, urbana e rural, é por demais complexo para ser resolvido apenas por uma lei rigorosa, que impede a concessão de liberdade provisória, que dobra penas, dobra prazos para encerramento do processo etc. Verifica-se que a mencionada lei foi promulgada num momento social em que se identifica algo que, quem sabe, contenha ‘uma dramatização intencional do fenômeno da criminalidade, estimulando o sentimento de insegurança do cidadão comum em face da delinquência, com o objetivo de justificar o crescente controle da sociedade civil pelo Estado, através do reforço constante do aparato repressivo’²⁰⁰.

Varias modalidades foram inclusas no rol dos crimes considerados como hediondos, como o latrocínio, epidemia com resultado morte e extorsão mediante

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *op. cit.*, p.103

¹⁹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis *apud* FRANCO, Alberto Silva *op. cit.*, 78.

¹⁹⁸ FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, pag. 86.

¹⁹⁹ FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, pag. 100.

²⁰⁰ FILHO, Antônio Magalhães Gomes *apud* FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p.102

sequestro²⁰¹, inclusive sendo aprovado no Congresso Nacional, a lei de iniciativa popular, cuja coleta de assinaturas (1.300.000 no total), foi uma campanha de iniciativa da escritora Glória Perez, após o assassinato de sua filha, Daniella Perez, juntamente com outras mães de vítimas da violência urbana, que tinham por objetivo a inclusão do crime de homicídio qualificado como hediondo²⁰². O apoio da mídia nacional, dos telejornais e demais veículos de comunicação contribuíram para que fosse o pano de fundo para uma intensa campanha com esse intuito, principalmente diante a insensibilidade maior contra a prática de delitos contra a vida, executando sumariamente a eliminação de pessoas consideradas transgressoras, contratando pistoleiros, financiando organizações informais e executando para si, a função punitiva legitimamente prevista pelo Estado²⁰³, expressando na lei, toda a “apreensão, medo e revolta de uma população que via no ordenamento jurídico talvez o único meio de salvaguarda”. Veio como resposta à pressão pública, a Lei dos Crimes Hediondos²⁰⁴.

Dessa forma, pode-se compreender que a criação de uma legislação específica que tratasse de forma rigorosa e mais severa, os criminosos que praticam delitos considerados de maior gravidade, foi uma resposta à sociedade que pressionava o legislativo, em razão dos altos índices de criminalidade, como única forma de proteção e garantia de segurança pública.

Os critérios usados para a classificação como crime hediondo, primeiramente consiste na enumeração de delitos que o legislador assim enumerou, que são mais graves que os outros crimes, sem fundamentação das razões que o levaram a assim considera-los. Entende-se como ponto positivo, que seria a segurança da aplicação da lei, já que essa consideração cabia apenas aos crimes constantes naquele rol. O ponto negativo, consiste na avaliação legislativa, que não possui parâmetros que consideram o porquê um crime é ou não considerado hediondo, já que o legislador, como assim já fez, cede à pressão das notícias, da

²⁰¹ FRANCO. Alberto Silva. *op cit.*, p. 102

²⁰² PEREZ, Gloria. **Daniella Perez: Arquivo de um processo**. Disponível em: <http://www.gloriafperez.net/?page_id=591 > Acesso em: 07 maio 2015.

²⁰³ FRANCO. Alberto Silva. *op cit.*, p. 103

²⁰⁴ DOTTI, René Ariel. Crimes hediondos e a progressão de regime de execução da pena privativa de liberdade. **Revista dos Tribunais**. Vol. 851, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 410.

mídia e do clamor público, captador da atenção em âmbito nacional e invadindo a seara dos valores pessoais²⁰⁵.

Até a finalização deste trabalho, o rol dos crimes hediondos, assim estabelecia:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984):

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI); (Redação dada pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

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

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

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

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

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)²⁰⁶.

A Lei 8.072/90 estendeu, preservando a lógica do art. 5º XLIII, o terrorismo, tortura e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, como crimes considerados hediondos. Cumpre salientar que nem os crimes considerados como hediondos, nem os delitos equiparados comportam anistia, graça ou indulto. Da mesma forma que não admite a concessão de fiança. O legislador também proibiu a liberdade

²⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 01, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.425.

²⁰⁶ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e determina outras providências. **Diário oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

provisória na criação da lei, determinou o cumprimento integral da pena privativa de liberdade em regime fechado²⁰⁷.

A redação original do art. 2º da referida lei, assim previa expressamente:

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

I - anistia, graça e indulto;

II – fiança e liberdade provisória;

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado;

§ 2º - Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º - A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade; (...)²⁰⁸.

Há quem sustente que a vedação ao indulto seria inconstitucional. Isso porque, a Constituição Federal não vedou expressamente a concessão de indulto aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), sendo certo que a lei ordinária não pode fazê-lo. Não é o entendimento do doutrinador Guilherme de Souza Nucci. Para ele, em primeiro lugar, graça e indulto não são distintas em sua essência: são formas de clemência, concedidas pelo Poder Executivo, a condenados. Ao proibir a graça, deixou o constituinte de se referir ao indulto, porém, cabe a interpretação extensiva. A forma republicana de organização dos poderes, permite que o legislativo disciplinasse o indulto, desde que não ultrapassasse a competência do Executivo. Dessa forma, o doutrinador defende que tanto a graça quanto o indulto são, em essência, o mesmo instituto. Excluindo a aplicação de um aos crimes hediondos e equiparados, veda a aplicação do outro²⁰⁹.

Semelhante é o entendimento dos Tribunais Superiores nesse sentido:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 8.172/2013. INDULTO. CRIME HEDIONDO. DESCABIMENTO.

1. O Decreto nº 8.172/2013 veda a concessão de indulto e comutação aos condenados por crimes hediondos.

²⁰⁷ FRANCO. Alberto Silva. *op cit.*, p. 109.

²⁰⁸ BRASIL. Lei nº 8.072/90 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em 08 maio 2015.

²⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 438

2. Não há falar em inconstitucionalidade dos dispositivos legais que impedem a autorização dos benefícios, pois estão em consonância com o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, pois indulto e comutação são espécies do gênero "graça", expressamente previsto no dispositivo constitucional. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO.

(TJ-RS - AGV: 70058342262 RS , Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Data de Julgamento: 20/03/2014, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/04/2014)²¹⁰

AGRAVO EM EXECUÇÃO. INDULTO. CRIME HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO. NEGADO PROVIMENTO.

1. O delito de tráfico de drogas, ainda que na forma "privilegiada" (§ 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006) é equiparado a hediondo, pois não se trata de tipo derivado, mas tão-somente de circunstância minorante.

2. É vedada a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos, uma vez que se trata de vedação prevista na Lei 8.072/90.

(...) Limitando benefícios aos seus agentes, o texto constitucional não trouxe quais as infrações penais consideradas hediondas, preferindo tão somente mencionar as figuras a elas equiparadas: a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Trata-se, pois, de norma de eficácia limitada, outorgando ao legislador infraconstitucional a tarefa de elencar os delitos a serem revestidos de maior repulsa.

Para tanto, criou-se a Lei 8.072/90 que, logo no seu art. 1º, em rol taxativo, enumerou os fatos típicos considerados aterrorizantes, alarmantes (hediondos). [...] (CUNHA, Rogério Sanches. Legislação Criminal Especial. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 494-495)

Dessa forma, a natureza do crime decorre de disposição da própria lei e, nos termos do artigo 2º da Lei 8072/90: "Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto" (grifei).

(...) Por todo o exposto, inadmissível a concessão do almejado indulto.

(TJ-MG , Relator: Maria Luíza de Marilac, Data de Julgamento: 30/07/2013, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL)²¹¹.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL - TRÁFICO PRIVILEGIADO - INDULTO DA PENA - IMPOSSIBILIDADE - CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - VEDAÇÃO LEGAL.

1. Não é possível o indulto de pena para os delitos equiparados a hediondos, como é caso do tráfico de drogas, ainda que na sua forma privilegiada.

2. A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 não retira o caráter hediondo do delito.

²¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução: AGV 70058342262 RS Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos. **Diário de Justiça Eletrônico**. 20 mar 2014. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115931180/agravo-agv-70058342262-rs>>. Acesso em: 27 maio 2015.

²¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal : AGEPN 10210120015131001 MG. Relator: Maria Luíza de Marilac. **Diário de Justiça Eletrônico**. 30 julho 2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116263226/agravo-em-execucao-penal-agepn-10210120015131001-mg/inteiro-teor-116263268>>. Acesso em 27 maio 2015.

3. A Constituição Federal ao vedar a concessão da graça para os crimes hediondos ou equiparados a hediondo, acabou também por vedar o indulto, utilizando a expressão graça em sentido amplo.
(...)Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

(STJ , Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)²¹².

Portanto, os Tribunais compreendem que o indulto não é concedido aos que praticam crimes considerados hediondos, por serem considerados da mesma natureza que a graça e a anistia, vedações previstas na Constituição Federal, entendendo de forma extensiva que a Carta Magna ao vedar a concessão da graça para os crimes hediondos ou equiparados acabou também por proibir o indulto, utilizando a expressão graça em sentido amplo.

O art. 2º parágrafo 1º, dispõe acerca do regime inicial de cumprimento de pena, que seria inicialmente fechado. Em junho de 2012, o Supremo Tribunal Federal declarou a sua inconstitucionalidade, em razão do princípio da individualização da pena²¹³:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA (CP, ART. 33, § 3º, C/C O ART. 59). POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, NO CASO EM EXAME, DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ORDEM CONCEDIDA

(...)

2.Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado

(...)

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial : AREsp 644370 MG 2015/0010769-9 Relator: Ericson Maranhão. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 mar 2015. Disponível em:< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178709098/agravo-em-recurso-especial-aresp-644370-mg-2015-0010769-9/decisao-monocratica-178709108>>. Acesso em 27 maio 2015.

²¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 441

regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado

(STF - HC: 114568 ES , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 16/10/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012)²¹⁴.

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI N. 12.015/2009. CARÁTER HEDIONDO. INEXISTÊNCIA. ART. 2º, § 1º, LEI N. 8.072/1990. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRISIONAL DISTINTO DO FECHADO. POSSIBILIDADE.

(...)

2. Ainda que se tratasse de crime hediondo, deve-se observar que a edição da Lei n. 11.464/2007, que modificou o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, não afastou a ofensa ao princípio da individualização da pena, razão pela qual é possível a fixação de regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade diverso do fechado, levando-se em consideração os parâmetros indicados no art. 33 do Código Penal

(STJ - AgRg no REsp: 1244716 RS 2011/0065606-3, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/12/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2013)²¹⁵.

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS.REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SÚMULA 440 DO STJ. ÓBICE AFASTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. 3. Na hipótese em exame, considerando a quantidade de pena imposta, a primariedade do condenado e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, bem como a aplicação da minorante em 1/3 (um terço), o regime inicial deve ser o aberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal. Incidência da Súmula 440 do STJ. 4. Habeas

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 111.840. Relator: Ministro Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico** 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/hc111840dt.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2015.

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. 1244716 RS 2011/0065606-3. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. **Diário de Justiça Eletrônico**. 13 de dezembro de 2013. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24811607/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1244716-rs-2011-0065606-3-stj>>. Acesso em 09 de maio de 2015

corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena.

(STJ - HC: 317548 SP 2015/0042265-4, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 05/05/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2015)²¹⁶

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. FIXAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

(...)

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

4. Na hipótese, o Tribunal de origem, após fixar a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas, determinou o cumprimento da reprimenda em regime inicial fechado, exclusivamente "por se tratar de crime equiparado a hediondo", valendo-se da mesma fundamentação para vedar ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em manifesto descompasso com as decisões pretorianas.

5. A primariedade, os bons antecedentes e o quantum da pena aplicada, aliados à quantidade e à natureza do entorpecente apreendida - 168,2g de haxixe -, recomendam o estabelecimento do regime aberto para o início da expiação, bem como a substituição pretendida.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções.

(STJ - HC: 294400 SP 2014/0110754-0, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 28/04/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2015)²¹⁷

Tais decisões repercutem na esfera dos delitos hediondos e equiparados, sendo compreendido que as penas deverão ser cumpridas em qualquer regime inicial, desde que devidamente fundamentada pelo juiz, acertadamente respeitando o princípio da individualização da pena. Importante salientar que a vontade do

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 317548 SP 2015/0042265-4. Relator: Ministro Gurgel de Faria. **Dário de Justiça Eletrônico**. 20 maio 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189909884/habeas-corpus-hc-317548-sp-2015-0042265-4>>. Acesso em 27 maio 2015.

²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 294400 SP 2014/0110754-0 Relator: Gurgel de Faria. **Dário de Justiça Eletrônico**. 28 abr 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189291753/habeas-corpus-hc-294400-sp-2014-0110754-0>>. Acesso em 27 maio 2015.

legislador era impedir a progressão de regime, mantendo o condenado em regime integralmente fechado, por se tratar de crimes considerados alarmantes e gravosos, devendo os que cometem tais delitos, serem excluídos da sociedade.

Essa medida manteve-se vigente por 16 anos, até a manifestação do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, vedando essa previsão²¹⁸.

O art. 5º da Lei 8072/90 acrescentou ao Código Penal o inciso V, que concede aos condenados por crimes mais graves, de um requisito diferencial para a obtenção do livramento condicional:

Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:

(...)

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza²¹⁹.

Percebe-se que tal inciso, endureceu os requisitos para a obtenção do livramento condicional, já que para os condenados de crimes não considerados hediondos, deve ser cumprido 1/3, caso não seja reincidente em crime doloso e 1/2 se for reincidente, além de preencher os requisitos para a obtenção deste, conforme art. 83 do Código Penal²²⁰, ferindo dessa maneira, princípio da isonomia garantido constitucionalmente.

O legislador também se preocupou em estabelecer prazos diversos para a obtenção da progressão de regime. Os sentenciados por delitos comuns, caso haja merecimento, conseguem a progressão ao atingirem um sexto da pena. Violando o mesmo princípio constitucional, os condenados por crimes hediondos e equiparados, passam por um regime mais rigoroso. 2/5 do cumprimento de pena para primários e 3/5 para reincidentes. Vale destacar que tal medida é aplicável aos condenados somente após a vigência da Lei nº 11.464/2007, por força da súmula 471 do Supremo Tribunal Federal:

²¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 441

²¹⁹ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e determina outras providências. **Diário oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 09 maio 2015.

²²⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 maio 2015.

Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional²²¹.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. PROGRESSÃO DE REGIME SEMIABERTO. CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. REQUISITO OBJETIVO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL.

Tratando-se de crime hediondo ou a ele equiparado, cometidos na vigência da Lei nº 11.464/07, como no caso, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990, isto é, 2/5 da pena se o apenado for primário, e 3/5 se reincidente. A minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não afasta o caráter hediondo do delito, pois a privilegiadora, para ser aplicada, leva em consideração alguns requisitos legais que dependem de condições pessoais do agente, além de circunstâncias em que foi cometido o crime, sem conexão, portanto, com a natureza do delito. É vedado ao juízo da execução modificar os termos da sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Incabível, assim, por não encontrar amparo legal, a utilização do lapso temporal de 1/6 para o caso em tela. Na espécie, verifica-se que o apenado já cumpriu mais de 2/5 da pena, restando prejudicado o recurso em relação à progressão de regime. AGRAVO PREJUDICADO.

(TJ-RS - AGV: 70057153496 RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Data de Julgamento: 20/03/2014, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/04/2014)²²²

PROCESSUAL PENAL - AGRAVO EM EXECUÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIME HEDIONDO - REQUISITO OBJETIVO - REINCIDÊNCIA GENÉRICA - CUMPRIMENTO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS) DA PENA.

- Em se tratando de crime hediondo cometido por réu reincidente após a entrada em vigor da lei 11.464/07, o lapso exigido para que o requisito objetivo da progressão de regime seja alcançado deve ser o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena.

- A fração de 3/5 (três quintos) deve ser aplicada a todos os agentes reincidentes que cometeram crime hediondo, independentemente de se tratar de reincidente específico ou genérico.

(TJ-MG - AGEPN: 10674110008622001 MG, Relator: Júlio Cezar Guttierrez, Data de Julgamento: 24/07/2013, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 31/07/2013)²²³

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 471. **Diário de justiça**. Brasília. 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.>> Acesso em 09 maio 2015.

²²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo : AGV 70057153496 RS Relator: Lizete Andreis Sebben. **Dário de Justiça Eletrônico**. 20 mar 2014. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115346660/agravo-agv-70057153496-rs>> . Acesso em: 27 maio 2015

²²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal : AGEPN 10674110008622001 MG Relator: Júlio Cezar Guttierrez. **Dário de Justiça Eletrônico**. 24 julho

RECURSO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PROGRESSÃO DEREGIME PRISIONAL. CRIMES HEDIONDOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO AO CUMPRIMENTO PROGRESSIVO DA PENA. EXIGÊNCIA DE LAPSO TEMPORAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ADVENTO DA LEI N.º 11.464 /07. LAPSOS TEMPORAIS MAIS GRAVOSOS. APLICAÇÃO EXCLUSIVA AOS CASOS SUPERVENIENTES.

1. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º , § 1º da Lei n.º 8.072 /90, na sua antiga redação, não pode o magistrado exigir lapso distinto do previsto na legislação pátria para a progressão de regime, sob pena de ferir-se o princípio da legalidade.
2. Com o advento da Lei n.º 11.464 /07, a progressão de regime prisional aos condenados pela prática de crimes hediondos é permitida após o cumprimento de 2/5 da pena, em se tratando de réu primário, ou 3/5, nos casos de reincidência, lapsos aplicáveis somente aos casos supervenientes à sua vigência, em razão do maior rigor.
3. Recurso provido.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PROGRESSÃO DE REGIME. FRAÇÃO DE 1/6. IMPOSSIBILIDADE. CRIME HEDIONDO COMETIDO SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464 /2007. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE 3/5 DA PENA PARA A PROGRESSÃO DE REGIME (ART. 2º , § 2º , DA LEI Nº 8.072 /1990).

O STF de fato declarou inconstitucional a Lei dos Crimes Hediondos , onde determinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado – HC 82.959 e posteriormente o artigo que estabeleceu o regime inicialmente fechado para a expiação.

Considerou constitucional, desta forma, a Lei nº 11.464 /2007, no ponto em que estabeleceu frações diferenciadas para a progressão de regime em se tratando de crime hediondo, quais sejam, 2/5 (dois quintos), se réu primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente.

Se o recorrente praticou dois crimes hediondos na vigência da nova lei, configurando-se a reincidência também após o édito legal, deve cumprir 3/5 (três quintos) da pena para fazer jus à benesse da progressão de regime. Ordem denegada.

(TJ-DF - HBC: 20150020002580 DF 0000258-19.2015.8.07.0000, Relator: SOUZA E AVILA, Data de Julgamento: 29/01/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 04/02/2015 . Pág.: 147)²²⁴.

Com o advento desse diploma legal, torna-se claro a presença da teoria de Jakobs, justamente no que se refere à defesa do aumento e maior rigor ante a aplicação das penas para aqueles que cometem delitos graves, diferenciando-os,

2013. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116014214/agravo-em-execucao-penal-agepn-10674110008622001-mg>>. Acesso em: 27 maio 2015.

²²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus : HBC 20150020002580 DF 0000258-19.2015.8.07.0000 Relator: Souza e Avila. 29 janeiro 2015. **Dário de Justiça Eletrônico**. 29 janeiro 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165428940/habeas-corpuz-hbc-20150020002580-df-0000258-1920158070000>>. Acesso em: 27 maio 2015.

como medida de coação, ferindo o princípio da isonomia aos criminosos na busca da proteção social, que constantemente protesta pelo aumento de pena dos considerados “inimigos”.

Após a vivência da Lei dos Crimes Hediondos, claros sinais mostravam tratar-se de uma legislação que violava alguns dos mais importantes princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o autor René Ariel Dotti, inspirado em alguns doutrinadores como Eugênio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, Nilo Batista, e Alberto Silva Franco, enumerou algumas dessas falhas tais como:

- a) A lei foi criada para responder à pressão pública e da mídia em razão do crescente aumento da violência de maneira imediatista e sem o debate necessário
- b) O legislador incorreu em equívoco de premissa ao combater a criminalidade com a brutalidade das leis penais e da execução das penas em detrimento de leis que busquem dificultar a prática das ações criminosas, resguardadas a dignidade e a liberdade humana;
- c) O legislador ordinário não definiu a expressão “crimes hediondos”, prevista na Constituição de 1988, apenas selecionou alguns crimes sem método ou critério;
- d) Houve flagrante violação aos princípios constitucionais da não culpabilidade, da individualização da pena e da proporcionalidade
- e) É fato notório que o endurecimento da legislação penal não causa resultados positivos como a diminuição da violência;
- f) A proibição de indulto, prevista na lei, é manifestamente inconstitucional, já que prevista apenas na legislação ordinária (Lei 8.072/90, art. 2º, I) e não na Constituição Federal (art. 5º, XLIII)
- g) É manifestamente inconstitucional a vedação de progressão de regime prevista no art. 2º, parágrafo 1º, da lei dos crimes hediondos²²⁵.

Diante do que foi exposto, entendemos que a Lei dos Crimes Hediondos é usada de forma continuada pelo legislador como forma de “exasperação das garantias pessoais no processo penal e a lembrarem que elas devem ser submetidas ao interesse social”²²⁶, em nome da defesa social. É a resposta do legislador às pressões populares e midiáticas, que constantemente clama por penas mais severas, ignorando benefícios e também direitos individuais, tudo em nome da paz e combate ao crime.

²²⁵ DOTTI, René Ariel. *op. cit.*, p. 410

²²⁶ FRANCO. Alberto Silva. *op., cit.*, p. 102

Atualmente, novos incisos são inclusos no rol dos que são considerados crimes de maior gravidade, como o que aconteceu ainda nesse primeiro semestre de 2015, com a inclusão do femicídio entre os tipos de homicídio qualificado²²⁷.

Fazemos uso do entendimento do doutrinador Alberto Silva Franco para concluir acerca desse polêmico tema:

Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz, na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90²²⁸.

Compreende-se que Tribunais Superiores com o passar dos anos, atentaram-se em adequar as normas legislativas da melhor forma da defesa da liberdade e garantias individuais. No entanto, algumas previsões que diferenciam e preveem formas mais rigorosas e severas de apenar o indivíduo preso, ainda encontram-se vigentes em artigos e incisos de forma legal, conforme demonstrado, o que permite que o julgador as utilize de forma legitimada até os dias atuais.

4.4 Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006)

Igualmente afetado pelo clamor social por leis mais rigorosas e supressão de direitos fundamentais, a Lei de Drogas surge como resposta cogente em decorrência das organizações criminosas que praticam o tráfico de drogas, abalando a estrutura do Estado.

Guilherme Nucci cuidadosamente pontua alguns enfoques particularmente dado às condutas previstas na Lei de Drogas, tais como a consideração do tráfico ilícito como crime inafiançável e insuscetível de graça, anistia (art. 5º, XLIII da Constituição Federal); a admissão da extradição do brasileiro naturalizado, quando envolvido no tráfico ilícito de drogas (art. 5º, LI, Constituição Federal) e disciplina a

²²⁷ **FEMICÍDIO passa a ser crime hediondo no Brasil.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/femicidio-passa-a-ser-considerado-crime-hediondo-no-brasil>>. Acesso em: 09 maio 2015.

²²⁸ FRANCO. Alberto Silva. *op. cit.*, p. 102

Lei a expropriação e o confisco dos bens advindos do tráfico ilícito de drogas (art. 243 da Lei 11.343/2006)²²⁹.

Nesse sentido, entendemos que a referida lei, ao perfazer uma discriminação entre os que se enquadram no crime de tráfico, legalmente propõem uma diferenciação nas penas de forma mais rigorosa e desproporcional, como forma de controle no combate ao tráfico e preservação da saúde pública.

De acordo com o autor Alberto Silva Franco, a Lei 11.343/2006 é uma previsão legal repressiva e tecnicamente deficiente e elencou suas razões que resumidamente anotamos:

Repressivo porque:

- a) Aumentou de três para cinco anos de reclusão a pena mínima prevista para o tipo chave (art. 33) do chamado tráfico ilícito de drogas, e tal circunstância denuncia que lhe atribuiu uma danosidade social;
- b) Criminalizou novas condutas (art. 33,II, 36,37 e 39);
- c) Alargou desmesuradamente as causas de aumento de pena (art. 40);
- d) Tornou delituosas condutas que não passavam de atos preparatórios, como a simples posse de matéria prima, insumos ou produto químico destinado à preparação de drogas, numa flagrante ofensa ao princípio da lesividade;
- e) Desequilíbrio o sistema de penas brasileiro, ao prever para o tipo do art. 36, a pena de 8 a 12 anos de reclusão, preceito sancionatório bem mais gravoso do que o cominado para o homicídio simples, explicitando demonstração de agravo ao princípio constitucional da proporcionalidade;
- f) Cominou o pagamento de dias-multa fora dos padrões da legislação penal, estabelecendo distorções desproporcionadas, como no art. 33, punível com pena reclusiva e com multa variável entre 500 e 1.500 dias-multa, em comparação com o caso do art. 33 parágrafo 3º, punível com pena de detenção e multa variável entre 700 e 1.500 dias-multa, sem falar nas hipóteses de penas pecuniárias variáveis entre 1.200 e 2.000 dias-multa (art. 34)²³⁰.

O conceito de usuário de drogas possui previsão no artigo 28, caput definido como “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A nova lei, aos considerados usuários, adotou as penas de advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços a

²²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 441.

²³⁰ FRANCO. Alberto Silva. *op. cit.*, p. 138

comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo²³¹.

O artigo 28, parágrafo 2º, orienta a distinção entre usuário ou traficante. Caberá ao juiz determinar se a droga se destinava ao consumo pessoal:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

(...)

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente²³².

As penas aplicadas ao usuário serão diferentes às aplicadas ao traficante. Entende-se desse modo, que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o sujeito passivo é a sociedade. A preocupação é no âmbito da saúde pública, em razão do mal que pode gerar à sociedade, já que a saúde do agente, no caso de autolesão, em regra não é punível pelo ordenamento jurídico- penal²³³.

O tráfico de drogas, está previsto no art. 33 da lei:

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

²³¹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

²³² BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

²³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 312.

legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;
II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas²³⁴.

Equipara-se ainda como traficante aquele que, conforme artigo 37, colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e parágrafo 1º, e art. 34, da lei.

Pela leitura dos dispositivos mencionados, verifica-se a seletividade que o legislador conferiu ao usuário e ao traficante de drogas, não permitindo ao primeiro a ser submetido à prisão (o máximo que se chega, buscando a condenação é atingir três penas como medidas assecuratórias: advertência, prestação de serviços à comunidade e/ou frequência a curso ou programa educativo e se as medidas não forem suficientes, multa) e ao segundo, diferentemente, além do aumento de pena, suprimiu benefícios como a possibilidade de sursis e penas restritivas de direito, o que, nem mesmo no caso da Lei dos Crimes Hediondos, estudado anteriormente, foi restringido. Entende-se com esse raciocínio que, de forma distinta do usuário, o traficante é visto como inimigo, como um mal social, e o tratamento deste perante a lei deve resultar com penas mais rigorosas e suprimindo benefícios penais, como forma de combate ao tráfico e garantia do bem estar da sociedade²³⁵, já que, segundo Fernando Capez, “o tráfico coloca em situação de risco um número indeterminado de pessoas, cuja saúde, incolumidade física e vida são expostas a uma situação de perigo²³⁶”.

O parágrafo 2º do art. 28 da Lei determina que o juiz ficará a cargo para dizer se a droga se destina ao consumo pessoal ou ao tráfico, e determinou que a

²³⁴ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

²³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 312.

²³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. Vol. 4. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 754

quantidade da droga, a natureza, o local, circunstâncias pessoais e sociais do agente, e os antecedentes do réu serão os critérios para que o julgador determine se o sujeito é consumidor ou traficante.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas²³⁷

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Nota-se que essa previsão na lei, deixa brecha para que haja subjetividade e conflito na decisão a ser tomada, deixando uma margem para arbitrariedades do juiz, já que esses aspectos são extremamente subjetivos. Dessa maneira, retorna-se ao direito penal do autor, estabelecendo a sua culpabilidade pelo o que o indivíduo é, e não pelo que ela fez.

²³⁷ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

Outra questão importante que deve ser ressaltada são as vedações previstas no art. 44 da lei, no que se refere à associação criminosa para o tráfico ilícito de drogas:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos²³⁸.

Ressalta-se que, em termos punitivos, o legislador deu ao crime de associação o mesmo tratamento dado ao crime de tráfico propriamente dito e aos tipos equiparados, que legalmente são considerados como hediondos ou a estes assemelhados. No entanto, o crime de associação não é considerado como hediondo, não parecendo razoável dar o mesmo tratamento penal dispensado aos crimes de maior gravidade²³⁹.

Leonardo Luiz de Figueiredo, citado por João José Leal e Rodrigo José Leal, realizou um estudo detalhado acerca das proibições contidas no art. 44, ressaltando que:

Por um basilar exame do princípio da proporcionalidade, salta aos olhos a inconstitucionalidade de aplicar-se as vedações típicas do crime hediondo a um outro crime que assim não é considerado. Ademais, se a Constituição trata como hediondo o delito de tráfico de entorpecente e drogas afins, mas não menciona neste dispositivo a associação ao tráfico, que dele se distingue e formal e materialmente, não podemos compreender este delito como equiparado a hediondo²⁴⁰.

Compreende-se que o legislador conferiu ao crime de associação, o mesmo tratamento dado aos que praticam crimes considerados em um rol taxativo como hediondos, ferindo totalmente o princípio da proporcionalidade, já que se aplicam as

²³⁸ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

²³⁹ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Controle penal das drogas e o crime de associação para o tráfico ilícito: comentários ao art. 35, da Lei 11.343/2006. *Revista dos Tribunais*. V. 872, São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2008, p. 497

²⁴⁰ COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo *apud* LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *op. cit.*, p. 497.

supressões de certos benefícios a outro crime, que não é considerado nem mesmo de alta gravidade, como os previstos no rol da Lei.

A interpretação literal do art. 44 promove a compreensão que não cabe liberdade provisória no crime de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico, associação para o financiamento do tráfico bem como a colaboração de informante de grupo, organização ou associação.

Esse cenário foi alterado com o advento da Lei 11.464/2007, que suprimiu do art. 2º, inciso II da Lei nº 8.072/90 a expressão “liberdade provisória”. Essa revogação implicitamente abrange a Lei 11.343/2006, pela alteração da Lei dos Crimes Hediondos²⁴¹.

Luiz Flavio Gomes sinaliza nesse sentido e atenta à conduta típica da teoria defendida por Jakobs, que sutilmente, contamina o ordenamento penal brasileiro:

Afirmar que não é cabível a liberdade provisória no crime de tráfico de drogas é um rematado equívoco (seja do ponto de vista legal, seja do ponto de vista constitucional). Cuida-se de postura típica do Direito penal do inimigo (de Jakobs), que consiste precisamente em admitir que o processo contra o inimigo não deve ter todas as garantias do processo contra o cidadão. Pessoa é pessoa e não-pessoa é não-pessoa!²⁴².

Semelhantes são os entendimentos dos Tribunais Superiores acerca desse assunto, que reconhece a lesão aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana:

HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal
2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de

²⁴¹ FLORES, Marcelo Marcante, POTTER, Raccius Twbow. Uma análise da (in)constitucionalidade da proibição legal da liberdade provisória na Lei de Tóxicos: um breve panorama a partir dos precedentes dos Tribunais Superiores. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Nº 67, Porto Alegre: Síntese, 2011. p. 39.

²⁴² GOMES, Luiz Flavio. **Liberdade Provisória e o Tráfico de Drogas**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090622095337365>. Acesso em: 15 maio 2015.

entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII, estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado.

4. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória.

(...)Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso.

(STF - HC: 99278 RS , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 04/05/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-04 PP-00814)²⁴³.

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343 /06, ART. 44 , CAPUT. VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE (HC 104.339/SP, PLENÁRIO, MIN. GILMAR MENDES, DJE DE 06.12.2012). PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INSUBSISTENTE. PRECEDENTES.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 104.339/SP (Min. Gilmar Mendes, DJe de 06.12.2012), em evolução jurisprudencial, declarou a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória prevista no art. 44 , caput, da Lei 11.343 /06. Entendeu-se que a vedação apriorística à concessão de liberdade provisória é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, bem assim com o mandamento constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão.

2. Ademais, a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não constitui fundamentação idônea para a decretação da custódia cautelar. Precedentes. 3. Ordem concedida.

(STF , Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 19/03/2013, Segunda Turma)²⁴⁴.

PEDIDO DE EXTENSÃO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ADITAMENTO DO TRIBUNAL AO DECRETO CONSTRITIVO. VEDAÇÃO EM HABEAS CORPUS. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 99278 Relator: Ministro Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**. 28 maio de 2010. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2928039&tipoApp=RTF>>. Acesso em 12 maio 2015

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 112888 MS Relator: Ministro Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**. 19 maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23090836/habeas-corpus-hc-112888-ms-stf/inteiro-teor-111566867>>. Acesso em 12 maio 2015

2. A prisão provisória se mostra legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada, mediante decisão suficientemente motivada, em caráter excepcional, não bastando invocar, para tanto, aspectos genéricos, posto que relevantes, relativos à modalidade criminosa atribuída ao acusado ou às expectativas sociais em relação ao Poder Judiciário, decorrentes dos elevados índices de violência urbana.

5. Pedido de extensão concedido, nos termos do art. 580 do CPP, a fim de conceder a ordem, para que os corréus possam aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, sem prejuízo de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

(STJ - PExt no HC: 288159 RO 2014/0027228-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 20/11/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/12/2014)²⁴⁵.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). PRISÃO EM FLAGRANTE, CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A DECRETAÇÃO E A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ACÓRDÃO EMBASADO, UNICAMENTE, NA GRAVIDADE ABSTRATA E NA HEDIONDEZ DO DELITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS, PARA JUSTIFICAR A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DECISÃO DE 1º GRAU QUE SE ARRIMOU TAMBÉM NA VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DECLARADA CONSTITUCIONAL, PELO STF. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

III. A decisão de 1º Grau - confirmada pelo acórdão ora impugnado - fundamentou-se, ainda, na vedação legal à concessão de liberdade provisória. Entretanto, em 10/05/2012 foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da parte do art. 44 da Lei 11.343/2006, que vedava o benefício da liberdade provisória aos acusados da prática do delito de tráfico de entorpecentes, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF, HC 104.339, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe de 06/12/2012).

IV. Recurso Ordinário provido, para, concedendo-se a ordem de habeas corpus, revogar a prisão preventiva da recorrente, deferindo-lhe o benefício da liberdade provisória, salvo se por outro motivo estiver presa, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1.º Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art.319 do Código de Processo Penal, e de decretação de nova custódia cautelar, se for o caso, com base em fundamentação concreta, nos termos e para os fins do art. 312 do CPP.

(STJ - RHC: 33331 SP 2012/0142672-7, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 10/12/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2013)²⁴⁶

²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Extensão no Habeas Corpus: 288159. Ministro Rogério Schiatti Cruz. **Diário de Justiça Eletrônico**. 11 dezembro 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157475721/pedido-de-extensao-no-habeas-corpus-pext-no-hc-288159-ro-2014-0027228-6>>. Acesso em: 26 maio 2015

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 33331 SP 2012/0142672-7. Ministra: Assusete Magalhães. **Diário de Justiça Eletrônico**. 19 dezembro de

Cuida-se de resguardar o princípio constitucional da presunção de inocência, não se permitindo a prisão cautelar sem necessidade e de forma generalizada, bem como proibir a liberdade provisória como tipificação em crime de tráfico de drogas, sob pena de uma banalização do sistema carcerário e total violação aos princípios constitucionais assegurados pela Carta Magna, utilizando-se para tanto, o cárcere como medida excepcional, sendo essa medida adotada apenas quando houver amparo de fatos concretos, demonstrado a presença de requisitos legais, para que os princípios da presunção de inocência e razoabilidade sejam respeitados diante uma eventual condenação a ser cumprida.

O art. 44 da Lei, vedou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito para os crimes previstos no art. 33 caput, parágrafo 1º, 34 a 37, da Lei de Drogas, entendendo se tratar de Política Criminal do Estado tratando-se de individualização legislativa, ao vedar certos benefícios ao traficante, da mesma forma que vedou-se a substituição para todos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça (art. 44, I, CP)²⁴⁷.

Entretanto, os Tribunais Superiores consideraram inconstitucional a vedação às penas alternativas aos condenados por tráfico:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente

(STF - HC: 104718 MG , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 14/12/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00166)²⁴⁸.

2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24822639/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-33331-sp-2012-0142672-7-stj>>. Acesso em 16 maio 2015

²⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 387.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104718 MG Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**. 14 dezembro 2010.. Disponível em:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA - INCIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - REQUISITOS PREENCHIDOS - FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO PARA O DELITO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO - ADMISSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - CONCESSÃO - INVIABILIDADE - CUSTAS JUDICIAIS - ISENÇÃO - POSSIBILIDADE.

(...)

A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas; todavia, é possível a fixação de regime inicial diferenciado do fechado. Isso porque, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o 'habeas corpus' de nº 111.840/ES, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou 'incidenter tantum' a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, por violação à garantia fundamental da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB). Assim, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem harmonizar-se com as garantias constitucionais, sendo necessário, sempre, fundamentar o regime imposto, com espeque nas diretrizes do Código Penal, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado a hediondo.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais os arts. 33, § 4º, e 44, 'caput', da Lei nº 11.343/06, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes. Entretanto, se os requisitos elencados no art. 44 do CP não estiverem preenchidos no caso concreto, inviável se mostra a concessão do aludido benefício.

- Preenchidos os requisitos constantes do artigo 44 do Código Penal, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que não ocorre na hipótese em que a reprimenda corporal for superior a quatro anos.

(TJ-MG - APR: 10428130008314001 MG , Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 09/04/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/05/2014)²⁴⁹

APELAÇÃO - TÓXICOS - CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO - PROVA SUFICIENTE - DEPOIMENTO DOS POLICIAIS - CREDIBILIDADE - COMÉRCIO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - PENA-BASE - MANUTENÇÃO - REGIME PRISIONAL - APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DO ART. 33 DO CPB - SUBSTITUIÇÃO DO ART. 44 DO CPB - REQUISITOS PREENCHIDOS.

(...)

- Não obstante a previsão contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o habeas corpus de nº 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou "incidenter tantum" a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, por violação à garantia fundamental da individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19735633/habeas-corpus-hc-104718-mg>>. Acesso em 12 maio 2015.

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal : APR 10428130008314001 Relator: Beatriz Pinheiro Caires. **Diário de Justiça Eletrônico**. 09 maio de 2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120528614/apelacao-criminal-apr-10428130008314001-mg>>. Acesso em 26 maio 2015.

- Preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CPB, cabível é a concessão da substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

(TJ-MG - APR: 10687130013737001 MG , Relator: Catta Preta, Data de Julgamento: 11/06/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/06/2014)²⁵⁰

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

2. Diminuta dimensão das drogas apreendidas em revista corporal quando do ingresso do estabelecimento prisional que não justifica a imposição de pena privativa de liberdade, a ensejar, excepcionalmente, o provimento do recurso, pela manifesta discrepância da pena em relação ao fato delitivo e às condições pessoais do Recorrente, restabelecendo a decisão do Juiz da Execução que substituíra a prisão por restritivas de direito.

3. Recurso ordinário provido para substituir a pena privativa de liberdade.

(STF - RHC: 112706 DF , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 18/12/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-044 DIVULG 06-03-2013 PUBLIC 07-03-2013)²⁵¹

Portanto, embora o art. 44 vede expressamente a possibilidade da substituição de pena privativa de liberdade, pela restritiva de direitos, o Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores acertadamente entendem sua possibilidade, atendendo aos requisitos subjetivos para receber o benefício diante exame do caso concreto e também na dosimetria das penas, examinando os critérios adotados para a concessão ou não da substituição da pena, preservando as garantias constitucionais asseguradas aos indivíduos de forma singular, corrigindo as eventuais arbitrariedades instâncias anterior. Tal óbice da lei não impede o gozo deste, respeitando a individualização da pena e utilizando a prisão como exceção à regra, tal qual como deve ser feito.

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal : APR 10687130013737001 Relator: Catta Preta .**Diário de Justiça Eletrônico**. 11 junho de 2014. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125550231/apelacao-criminal-apr-10687130013737001-mg>>. Acesso em: 26 maio 2015.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus: 112706 Relator: Ministra Rosa Weber . **Diário de Justiça Eletrônico**. 18 dezembro 2012. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508646/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-112706-df-stf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

Concluímos esse tópico entendendo que, a proibição aos benefícios penais que integram o ordenamento penal brasileiro atual, representa um equívoco no sistema da política criminal. As conquistas hoje presentes do Estado Democrático de Direito foram frutos de verdadeiras lutas e proibir a fiança, liberdade provisória, sursis e o indulto, por exemplo, é contrariar a humanização das penas, a ressocialização do réu, a reinserção deste na sociedade, tornando o sistema penitenciário ainda mais irracional.

Conforme exemplificado, a Lei de Drogas trata sistematicamente o autor como inimigo, utilizando para tanto, dezoito verbos do tipo, para responder à sociedade, que cada vez mais cobra do legislador, meios para conter a criminalidade, da forma que esta elege ser a mais válida e eficaz, ignorando muitas vezes, os princípios basilares abarcados pela Constituição Federal, buscando punir o autor dos delitos da forma mais severa pelo que é ele é, no presente caso, o traficante, adotando claramente para tanto, o ao Direito Penal do Inimigo sustentado por Gunther Jakobs.

5. CONCLUSÃO

Diante exposto no estudo apresentado, compreendeu-se que o Direito Penal brasileiro sofreu modificações ao longo dos anos, permitindo o desaparecimento de penas degradantes, cruéis, que desrespeitavam totalmente a integridade física e moral dos indivíduos. Movimentos sociais e as lutas em favor da democracia colaboraram de forma essencial para que os brasileiros atualmente pudessem contar com direitos humanos que buscam preservar seus direitos individuais em nome de uma sociedade mais humanitária e justa.

Em outra esfera, e diante a ideologia de batalhar contra os considerados Inimigos do Estado, Gunther Jakobs, sustentou a denominada teoria chamada Direito Penal do Inimigo. Dessa forma, inspirou-se em análise aos filósofos Rousseau, Hobbes e Kant, para compreender o conceito de cidadão bem como o inimigo do Estado. Concluiu-se que os cidadãos são aqueles que possuem cognição das normas vigentes e as respeitam. Os inimigos são aqueles que não possuem tal cognição, ignorando as normas e recusando-se a se sujeitar as normas estabelecidas pelo Estado.

Considerando os argumentos apresentados acerca da vigência da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento penal brasileiro, concluímos que os legisladores atualmente são cada vez mais pressionados a tomar medidas de caráter extremo, em análise à atual eficiência do sistema penal brasileiro em face da realidade social, que cada vez mais, em decorrência das organizações criminosas que praticam reiteradamente a prática de crimes, sofrem com as ondas de violência.

Igualmente afetado pela teoria do Direito Penal do Inimigo em contraposição ao garantismo do Estado Democrático de Direito, o surgimento do Regime Disciplinar Diferenciado, que admite o isolamento total e tratamento degradante ao indivíduo apenado, a Lei dos Crimes Hediondos, que pune com maior rigor aqueles que cometem um crime assim previsto como de maior gravidade em seu rol, a Lei de Drogas, que além de suprimir garantias fundamentais, trás em seu conteúdo novos tipos penais, entre outros exemplos que não foram objeto desse estudo, mas que ainda podemos citar como importantes aspectos da teoria de Jakobs no nosso ordenamento, como a Lei do Crime Organizado, que igualmente como as leis estudadas, prevê distinções manifestamente rigorosas e mais severas ao agente

criminoso como forma de punição. Podemos citar até mesmo o poder que a mídia exerce na sociedade, por meio do sensacionalismo e manipulação, que contamina seus expectadores diariamente, de modo que a ideia de banalização dos direitos humanos torna-se cada dia mais aceita, sendo vista como escopo para proteção dos delinquentes, o que colabora para que a população os veja como inimigos, que devem ser excluídos do seio social.

Buscamos demonstrar que, embora certos exemplos dados durante esse estudo tenham sido considerados inconstitucionais por entendimentos dos Tribunais Superiores e pela doutrina, algumas normas não foram expressamente revogadas e ainda contam com sua vigência nas leis infraconstitucionais e até mesmo na própria Constituição Federal. Isso significa que, embora haja entendimentos jurisprudenciais contrários às normas vigentes, o julgador poderá utilizá-las legalmente, tendo em vista o poder discricionário competente.

Concluimos que após as divergências e hipóteses de aplicação das leis acima estudadas, a pressão por leis imediatistas e mais severas, que muitas vezes ignoram Tratados Internacionais e princípios constitucionais, contamina cada vez mais o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o alto índice de criminalidade, insegurança jurídica e insatisfação com as leis penais. Sob o propósito da busca pela justiça e maior eficácia na busca pelo combate ao crime, o legislador se rende às pressões, e o senso crítico da sociedade, da mesma maneira, vai de encontro com a banalização dos institutos protetivos e assecuratórios como a dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, a antecipação e aumento das penas, relativização das garantias processuais penais e também o adiantamento da punibilidade, que muitas vezes é reservado ao indivíduo antes mesmo da passagem do contraditório e ampla defesa, já que esses criminosos que abalam a estrutura do Estado, não possuem legitimidade para gozarem de benefícios ou garantias processuais/constitucionais.

Muitas vezes regredindo às lutas pela humanização das penas e abolição às que são consideradas cruéis, a sociedade retrocede não só por clamar por institutos que voltam a permitir tais atrocidades, mas por fechar os olhos para que a democracia se distancie da realidade, tornando-se mito, para que as arbitrariedades e autoritarismo tomem conta do ordenamento jurídico sob o escopo de controle, preservação e defesa da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Candido Menezes de. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>.

ALMEIDA, Dinorah Lopes Rubim. **A Repressão e os Descaminhos da Luta Armada no Brasil.** Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371331812_arquivo_artigorevisado-ArepressaoeosdescaminhosdalutaarmadanoBrasil_Anpuh2013_-DinorahRubim.pdf>.

ALMEIDA, Felipe Lima de. **Reflexões acerca do Direito de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/210-Artigos>.

ALVES, Verena Holanda de Mendonça. **A situação dos crimes hediondos e equiparados frente a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-situacao-dos-crimes-hediondos-e-equiparados-frente-a-possibilidade-de-aplicacao-das-penas-restritivas-de-dir,41419.html>>.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. **A República Federativa do Brasil e o Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22839/a-republica-federativa-do-brasil-e-o-estado-democratico-de-direito>>.

APÓS polêmicas, Rachel Sheherazade deixa de emitir comentários no "SBT Brasil". **Redação Portal Imprensa.** 14 abr. 2014. Disponível em: <http://www.portalimprensa.com.br/noticias/ultimas_noticias/65221/apos+polemicas+as+rachel+sheherazade+deixa+de+emitir+comentarios+no+sbt+brasil>.

ARAÚJO, Ana Paula de. **Tiradentes.** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/biografias/tiradentes/>>. Acesso em: 08 fev. 2015.
ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais.** 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 19.

ARAUJO, João Marcelo Junior *apud* FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos.** 6. ed, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007, p.79.

ARRUDA, Rejane Alves de. Regime Disciplinar Diferenciado: Três Hipóteses e uma Sanção. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.** Vol. 06, nº 33, Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 35.

ATOS Institucionais. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>>.

AZEVEDO, André Boian. **Antecedentes Históricos do Código Criminal de 1830.** Disponível em: <http://www.azevedo.adv.br/lermais_materias.php?cd_materias=50>.

AZEVEDO, Luis Carlos. **O Reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67454/70064>>.

BATISTA, Nilo. Introdução **Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007 p. 23.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

BIZARRIA, Breno Timbó Magalhães. **O Direito Penal do Inimigo Aplicado a um Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Breno-Timbo-Magalhaes-Bizarria.pdf>>.

BOTTINI, Pierpaollo. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>.

BRASIL, Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

BRASIL. Decreto Lei nº 459 de 10 de fevereiro de 1969. Cria a Comissão Geral de Inquérito Policial Militar e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 10 de fev. 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-459-10-fevereiro-1969-378135-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de

drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e determina outras providências. **Diário oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. 1244716 RS 2011/0065606-3. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. **Dário de Justiça Eletrônico**. 13 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24811607/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1244716-rs-2011-0065606-3-stj>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 294400 SP 2014/0110754-0 Relator: Gurgel de Faria. **Dário de Justiça Eletrônico**. 28 abr 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189291753/habeas-corpus-hc-294400-sp-2014-0110754-0>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus : HBC 20150020002580 DF 0000258-19.2015.8.07.0000 Relator: Souza e Avila. 29 janeiro 2015. **Dário de Justiça Eletrônico**. 29 janeiro 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165428940/habeas-corpus-hbc-20150020002580-df-0000258-1920158070000>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial : AREsp 644370 MG 2015/0010769-9 Relator: Ericson Maranhão. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 mar 2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178709098/agravo-em-recurso-especial-aresp-644370-mg-2015-0010769-9/decisao-monocratica-178709108>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 111.840. Relator: Ministro Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico** 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 99278 Relator: Ministro Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**. 28 maio de 2010. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2928039&tipoApp=RTF>>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 317548 SP 2015/0042265-4. Relator: Ministro Gurgel de Faria. **Dário de Justiça Eletrônico**. 20 maio 2015. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189909884/habeas-corpus-hc-317548-sp-2015-0042265-4>>. Acesso em 27 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Extensão no Habeas Corpus: 288159. Ministro Rogerio Schietti Cruz. **Diário de Justiça Eletrônico**. 11 dezembro 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157475721/pedido-de-extensao-no-habeas-corpus-pext-no-hc-288159-ro-2014-0027228-6>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus: 112706 Relator: Ministra Rosa Weber . **Diário de Justiça Eletrônico**. 18 dezembro 2012. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508646/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-112706-df-stf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104718 MG Relator: Ministro Ayres Britto.**Diário de Justiça Eletrônico**. 14 dezembro 2010.. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19735633/habeas-corpus-hc-104718-mg>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 112888 MS Relator: Ministro Teori Zavascki.**Diário de Justiça Eletrônico**. 19 maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23090836/habeas-corpus-hc-112888-ms-stf/inteiro-teor-111566867>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 471. **Diário de justiça**. Brasília. 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal : AGEPN 10210120015131001 MG. Relator: Maria Luíza de Marilac. **Diário de Justiça Eletrônico**. 30 julho 2013. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116263226/agravo-em-execucao-penal-agepn-10210120015131001-mg/inteiro-teor-116263268>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal : AGEPN 10674110008622001 MG Relator: Júlio Cezar Gutierrez. **Dário de Justiça Eletrônico**. 24 julho. Disponível em:< <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116014214/agravo-em-execucao-penal-agepn-10674110008622001-mg>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal : APR 10428130008314001 Relator: Beatriz Pinheiro Caires. **Diário de Justiça Eletrônico**. 09 maio de 2014. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120528614/apelacao-criminal-apr-10428130008314001-mg>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal : APR 10687130013737001 Relator: Catta Preta .**Diário de Justiça Eletrônico**. 11 junho de 2014. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125550231/apelacao-criminal-apr-10687130013737001-mg>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus : HBC 20150020002580 DF 0000258-19.2015.8.07.0000 Relator: Souza e Avila. 29 janeiro 2015. **Dário de Justiça Eletrônico**. 29 janeiro 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165428940/habeas-corpus-hbc-20150020002580-df-0000258-1920158070000>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução: AGV 70058342262 RS Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos. **Diário de Justiça Eletrônico**. 20 mar 2014. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115931180/agravo-agv-70058342262-rs>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo : AGV 70057153496 RS Relator: Lizete Andreis Sebben. **Dário de Justiça Eletrônico**. 20 mar 2014. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115346660/agravo-agv-70057153496-rs>>.

BRITO, Diana. Adolescente é agredido a pauladas e acorrentado nu a poste no Rio. **Folha de São Paulo**. 04 fev. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1407239-adolescente-e-agredido-a-pauladas-e-acorrentado-nu-a-poste-na-zona-sul-do-rio.shtml>>.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do Direito Penal do Autor à Luz do Princípio da Culpabilidade**. Disponível em:<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm#6>

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**. Vol. 04, nº 14, Porto Alegre, 2004, p. 137.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Três velocidades, um inimigo, nenhum direito. Um esboço crítico dos modelos de direito penal propostos por Silva Sánchez e Jakobs**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13254-13255-1-PB.pdf>>.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinária pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** nº 867. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 453

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 01. 16. ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. Vol. 4. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 754

CARDOSO, Matheus Vidal. **O Regime Disciplinar Diferenciado em Face dos Princípios e Garantias Constitucionais e Penais**. 2014. 59 f. Monografia (Especialização) Faculdades de Ciências Jurídicas e Sociais. Graduação em Direito. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6062/1/21010892.pdf>>.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/273.pdf>>.

CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro. **Política Criminal Contemporânea e a questão do Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 60.

CAPARROZ, Roberto. **Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339.

CIPRIANI, Mario Luis Lírio. **Das Penas, suas Teorias e Funções no Moderno Direito Penal**. 1. ed. Coimbra: Ulbra, 1º edição, 2005. p.115.

Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Resolução nº 14 de 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>

CONSTITUIÇÃO de 1824 - Resumo, Características, História, Voto. Disponível em: <http://www.historiadosbrasil.net/brasil_monarquia/constituicao_1824.htm>.

CRISTO, Alessandro. **Gravações em Presídio do Paraná ocorrem desde 2007**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-jun-25/parana-conversas-entre-advogados-presos-sao-gravadas-2007>> .

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Do Iluminismo ao Direito Penal do Inimigo. **Revista dos Tribunais**. Vol. 869. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 869, 2008, p. 464.

DELPHINO, Cristiane. **Ato Institucional nº 2**. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/ditadura-militar/ato-institucional-2/>>.

DELPHINO, Cristiane. **Plano Cohen**. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/era-vargas/plano-cohen/>>.

DESCOBRIMENTO do Brasil. Disponível em: <<http://brasil-colonia.info/>>.

DITADURA Militar Disponível em: <<http://www.historiadobrasil.net/ditadura/>>.

DOTTI, René Ariel. Crimes hediondos e a progressão de regime de execução da pena privativa de liberdade. **Revista dos Tribunais**. Vol. 851, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 410.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução Histórica do Direito Penal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal/2>>.

ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63

FEMICÍDIO passa a ser crime hediondo no Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/feminicidio-passa-a-ser-considerado-crime-hediondo-no-brasil>>.

FERREIRA, Regina Cirino Alves. **Caso Tiradentes e Repressão Penal: Passado e Presente**. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcn_id=11>.

FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 1, n. 5, Setembro 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>.

FLORES, Marcelo Marcante, POTTER, Raccius Twbow. Uma análise da (in) constitucionalidade da proibição legal da liberdade provisória na Lei de Tóxicos: um breve panorama a partir dos precedentes dos Tribunais Superiores. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Nº 67, Porto Alegre: Síntese, 2011. p. 39

GAMA, Angélica Barros. **As Ordenações Manuelinas, a tipografia e os descobrimentos: a construção de um ideal régio de justiça no governo do Império Ultramarino português**. Disponível em: <http://www.revistanavigator.com.br/navig13/dossie/N13_dossie2.pdf>.

GASPARETTO JUNIOR, Antonio. **Ato Institucional nº 2**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/ditadura-militar/ai-2/>>.

GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. Nº 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.192

GIL, Eric. **Ta com pena? Adote um bandido**. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/02/ta-com-pena-adote-um-bandido.html>>.

GOMES, Luiz Flavio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7b5cac2295-54a6-4f6d-9bca-0a818ef72c6d%7d_8.pdf>.

GOMES, Luiz Flavio. **Liberdade Provisória e o Tráfico de Drogas**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090622095337365>.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal,29698.html>>.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. Vol. 1. 16. Ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 12.

GRECO, Rogério. **O Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>.

GUERRERO, Ramiro Anzit. **O Devido Processo Penal em Brasil desde a Visão Constitucional**. Disponível em: <<http://www.anzit-guerrero.net/admin/pdf/1132083839.pdf>>

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 231.

JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 4. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 24.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 33. ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 572.
KUEHNE, Maurício. **Alterações à execução penal: primeiras impressões**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/6223-Nacional-Alteraes-execuo-penal-Primeiras-impresses>>.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Controle penal das drogas e o crime de associação para o tráfico ilícito: comentários ao art. 35, da Lei 11.343/2006. Revista dos Tribunais. V. 872, São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2008, p. 497

Lemini, Matheus Magnus Santos. **Direito Penal do inimigo: sua expansão no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>

LURINO, Kethilin Schwingel; RAMALHO, Luiz Murilo Verussa; **O Clamor Social por Direito Penal Máximo: a imprensa do inimigo**. Disponível em: <<http://www.simposiodedireituepg.com.br/2014/down.php?id=1027&q=1>>.

LUTHOLD, Pedro Henrique. **Breve história do Direito Penal Positivo Brasileiro e o PLS n.º236/2012**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12965&revista_caderno=3>.

LYRA JUNIOR, Richard Paes, RODRIGUES, Lincoln Almeida. **Direito Penal do Inimigo, esse desconhecido**. Disponível em:

<<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/127-direito-penal-do-inimigo-esse-desconhecido>>.

MACIEL, Fabio Rodrigues. **Ordenações Filipinas- considerável influência no direito brasileiro**. Disponível em:

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>.

MATOS, Carlos Eduardo. **A Eleição de Tancredo Neves e o Fim da Ditadura Militar**. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/historia/pratica-pedagogica/sonho-drama-presidente-423064.shtml>>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

MENEZES, Ana Clara. **O Direito Penal do Inimigo**. Disponível em:

<<https://criminologiafla.files.wordpress.com/2007/11/criminologia-aula-8-direito-penal-do-inimigo.doc>>

MONTAGNOLI, Gilmar Alves. **As Ordenações Filipinas e a organização da sociedade portuguesa do século XVII**. Disponível em:

<<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/Urutagua/article/viewFile/12278/71655>>

MONTEIRO, Fernanda Borini. **Direito Penal do Inimigo em Combate ao Crime Organizado**. 2011. 58 f. Monografia (Especialização) Faculdades Integradas

Antônio Eufrásio de Toledo. graduação em Direito. Presidente Prudente, São Paulo. 2011. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2820/2599>

>

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal do Inimigo – A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Vol. 01. São Paulo: Juruá, 2008, p. 56.

MOURA, Aline Cristine Boska de, VARGAS, Ana Paula Ovçar. **O Direito Penal do Inimigo e a Legislação Brasileira**. Disponível em:

<<http://www.feati.edu.br/revistaeletronica/downloads/numero7/artigodireitopenalinimigo.pdf>>

MUZZI, Veridiane Santos. **Teorias Antigarantistas – Aspectos do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo**. Disponível em:
<http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_teorias_antigarantistas__aspectos_do_direito_penal_do_autor_e_do_direito_penal_do_inimigo.aspx>

NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** nº 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 156

NETO, Luiz Fernando Pereira. **O Princípio do Estado de Inocência e sua Violação pela Mídia**. Disponível em:
<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf>

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal: Introdução e Parte Geral**. Vol. 01, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 55.

NUCCI, Guilherme de Souza,. **Manual de Direito Penal – parte geral e especial**, 3. ed, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007, p. 366.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.308.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 01, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.425.

PEREZ, Gloria. **Daniella Perez: Arquivo de um processo**. Disponível em:
<http://www.gloriafperez.net/?page_id=591> .

PESSOA, Gláucia Thomaz de Aquino. **Código Criminal**. Disponível em:
<<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=5538>>.
PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Javoli, 2011, p. 06.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. Vol. 01. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 142.

PROTESTO contra governo Dilma pede até intervenção militar. **Estadão**. 08 dez. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,protesto-contragoverno-dilma-pede-ate-intervencao-militar,1603231>>.

PUBLICAÇÕES de Normas no Brasil Colônia. Disponível em:
<<http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/xavier2/Publicaciones-de-Normas-no-Brasil-Colonia.cid221840>>.

REGIS, Jonathan Cardoso. Breve Análise do Regime Disciplinar Diferenciado Frente aos Direitos Humanos. **Revista Científica dos Cursos de Direito e Relações Internacionais do UNIBH**. Disponível em:
<<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/download/1202/759>>

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal Máximo e o Controle Social**. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2008568/direito-penal-maximo-e-o-controle-social-jose-carlos-de-oliveira-robaldo>> acesso em 29 mar. 2015.

RODRIGUES, Cristiano. **Direito Penal – Parte Geral I**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

SÁ, Alvinho Augusto. Desafios da execução penal frente aos processos de construção da imagem do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. nº 99. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012, p. 215

SADER, Emir. **Brasil, de Getúlio à Lula**. Disponível em: <[http://www.adrianodiogo.com.br/arquivos_relacionados/mioloPeF\(final_alta\)11-29.pdf](http://www.adrianodiogo.com.br/arquivos_relacionados/mioloPeF(final_alta)11-29.pdf)>.

SANTOS, Adairson Alves dos. **O Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>.

SANTOS, Giovanna Aparecida Schittini dos. **Relações de gênero no livro V das Ordenações Manuelinas Portugal – Século XVI**. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308180091_ARQUIVO_comunicacao_giovanna_anpuh2011.pdf>.

SCHIAPPACASSA, Luciano Vieiralves. **O Que se Entende por Direito Penal de Terceira Velocidade?** Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/155308/o-que-se-entende-por-direito-penal-da-terceira-velocidade-luciano-vieiralves-schiappacassa>>.

SILVA, Francisco de Assis; BASTOS, Pedro Ivo de Assis. **História do Brasil**. São Paulo: Moderna. 1991, p.158.

SILVA, Tiago Ferreira da. **Ato Institucional nº 5**. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/ditadura-militar/ai-5/>>.

SOUSA, Rainer. **A Proclamação da República**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiab/proclamacaodarepublica.htm>>.

SOUZA, Áurea Maria Ferraz. **O que se entende por Direito Penal do Inimigo**. Disponível em:< <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2012267/o-que-se-entende-por-direito-penal-do-inimigo-aurea-maria-ferraz-de-sousa>>.

SOUZA, Braz Florentino Henrique de. **Lições de Direito Criminal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763>>.

SOUZA, Rainer. **O Regime Republicano no Brasil** Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiab/governos-republicanos.html>>.

TERTO, Francisca Gracilene Teixeira. **Abertura Política** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/abertura-politica/>>.

VAINFAS, Ronaldo. **Resumo Da História Do Brasil Imperial, Principais Fatos E Acontecimentos Históricos, Cronologia**. Disponível em: <<http://www.historiadobrasil.net/imperial/>>.

VASCONCELLOS, Marcos. **Brasil decide futuro com Base no Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/brasil-decide-futuro-base-direito-penal-inimigo>>.

VEIGA, Marcio Gai. **Lei dos Crimes Hediondos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3637/lei-de-crimes-hediondos>>

VELOSO, Antonio Franco Mota . **Direito Penal do Inimigo frente aos anos de chumbo da Ditadura Militar Brasileira e uma análise de sua (in)compatibilidade com o atual Estado Democrático de Direito, bem como sua utilização**. 2011. 68 f. Monografia (Especialização) Universidade Christus. Graduação em Direito. Fortaleza. 2011. Disponível em: <<http://www.fchristus.com.br/downloads/tcc-cursos/direito/2011/direito%20penal%20do%20inimigo%20frente%20aos%20anos%20de%20chumbo%20da.pdf> >.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**.3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 82.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. Vol 01. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.107.