



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
DEPARTAMENTO DE PÓS GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO
HERMENÊUTICA E DIREITO FUNDAMENTAIS

RONALDO FIGUEIREDO BRITO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO VIOLADOR DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA**

JUIZ DE FORA
2013

RONALDO FIGUEIREDO BRITO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO VIOLADOR DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA**

Dissertação apresentada ao programa de Pós
Graduação em Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos como requisito para
a obtenção do título de mestre em
Hermenêutica e Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Dr. Cleyson de Moraes
Mello

**JUIZ DE FORA
2013**

B862d

Brito, Ronaldo Figueiredo

Direito penal do inimigo violador da dignidade da pessoa humana. / Ronaldo Figueiredo Brito. – Juiz de Fora, 2013.

94f

Orientador: Prof. Dr. Cleyson Morais Mello

Dissertação (Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, 2013.

1. Dignidade da pessoa humana 2. Direito penal do inimigo 3. Violação I. Título II. Universidade Presidente Antônio Carlos

CDD...- 341.5

Ronaldo Figueiredo Brito

“O Direito Penal do Inimigo e a Dignidade da Pessoa Humana”

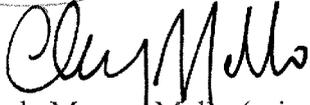
Dissertação apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 09/12/2013

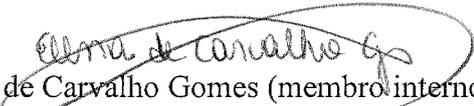
BANCA EXAMINADORA



Thiago Rodrigues Pereira (membro externo)
Universidade Federal Fluminense – UFF



Cleyson de Moraes Mello (orientador)
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC



Elena de Carvalho Gomes (membro interno)
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo tratar do Direito Penal do Inimigo como violador do Princípio de Dignidade da Pessoa Humana. A tese do Direito Penal do Inimigo encontra no alemão Gunther Jakobs seu maior idealizador, o qual fundamentou a teoria de que o Direito Penal é o instituto que possui a função precípua de proteção à norma. Desse modo, o doutrinador buscou em grandes pensadores, tais como Rousseau, Hobbes e Kant, os referenciais teóricos para a construção de sua doutrina jurídico-legal. Segundo escreve Greco (2013), no ano de 1985 surgiram as primeiras informações do Direito Penal do Inimigo, proferidas em congressos pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, o qual sustentava políticas públicas voltadas ao combate à criminalidade em âmbito global. Todavia, foi no ano de 1995, na Conferência de Berlim, que a teoria de Jakobs conseguiu atingir líderes mundiais e avançar sobre as teorias do direito. Muitos dos direitos constitucionais passaram a ser limitados de forma absoluta, incidindo nos direitos penal e processual penal, bem como no direito de liberdade e no direito à vida, ferindo garantias seculares em relação às conquistas individuais e coletivas. Conclui-se que o Direito Penal do Inimigo busca a garantia dos princípios jurídicos para sua viabilização e, desta forma, para combater a criminalidade, por meio da retirada de grande parcela de importantes garantias apostas nas Magnas Cartas e nos diplomas penais e processuais penais de inúmeros países, os quais se encontram desobrigados em relação ao respeito das garantias advindas do contrato social.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Direito Penal do Inimigo. Violação.

Abstract

The object of the present work is to discuss the Criminal Law of the Enemy, as a violator of the Principle of Dignity of the Human Person. The German Gunther Jakobs was the greatest idealizer of the thesis of the Criminal Law of the Enemy, which laid the bases for the theory that considers Criminal Law as the institution that has the primary function of protecting the norm. Jakobs drew on great thinkers such as Rousseau, Hobbes, and Kant for the construction of his judicial and legal doctrine. Jakobs started to make his Criminal Law of the Enemy known through speeches given at conferences in 1985, in which he held that public policies should aim at combating crime globally. However, it was in 1995, at the Berlin Conference, that Jakob's theory managed to convince global leaders and advance theories of law. Many constitutional rights have been completely limited; this has also affected criminal and criminal procedure rights, as well as the rights to life and liberty, thus violating secular guarantees regarding individual and collective achievements. It is thus possible to conclude that the Criminal Law of the Enemy seeks to guarantee the legal principles for its viability and thus to fight criminality by voiding many of the important guarantees provided for in the Constitution as well as in the criminal and criminal procedure laws of various countries, which are no longer compelled by the guarantees arising from the social contract.

Keywords: Dignity of the Human Person. Criminal Law of the Enemy. Violation.

Sumário

1	Introdução.....	11
2	O direito penal do inimigo.....	17
2.1	Primeiras contextualizações.....	17
2.2	O contexto histórico do surgimento do Direito Penal do Inimigo.....	17
2.3	Fundamento filosófico do Direito Penal do Inimigo.....	19
2.4	O inimigo segundo a doutrina de Gunther Jakobs.....	21
3	O conceito de dignidade da pessoa humana.....	23
3.1	Primeiras considerações.....	23
3.2	Contextualização histórica do conceito de dignidade da pessoa humana.....	24
4	As principais bases teóricas do funcionalismo no Direito Penal em Claus Roxin.....	27
4.1	O Funcionalismo penal e as ciências sociológicas.....	27
4.2	O Funcionalismo moderado ou teleológico.....	27
4.3	A teoria da imputação objetiva de Roxin.....	28
4.3.1	A função do Direito Penal em Claus Roxin.....	29
6	O Direito Penal e os princípios da punibilidade.....	37
6.1	O funcionalismo no Direito Penal e a teoria do delito.....	40
6.1.1	A conduta humana.....	40
6.1.2	Imputação objetiva e tipicidade.....	41
6.1.3	A antijuricidade.....	43
6.1.4	A culpabilidade.....	44
6.2	O funcionalismo no Direito Penal e a teoria do delito.....	46
7	O direito de punir do Estado: o estudo da aplicação das penas.....	47
7.1	Teoria retributiva da pena.....	47
7.2	Teoria preventiva da pena.....	48
7.2.1	Prevenção especial.....	48
7.2.2	Prevenção geral.....	48
7.2.3	Teoria mista ou unificada.....	49
7.3	Classificação das penas.....	49
7.3.1	Regime fechado.....	51
7.3.2	Regime semiaberto.....	52
7.3.3	Regime aberto.....	52
7.3.4	Regime especial.....	53

7.3.5	Regime disciplinar diferenciado (RDD).....	53
7.4	A execução penal e o sistema penitenciário no brasil.....	54
7.4.1	Conceito de execução penal.....	54
7.4.2	Um breve histórico da pena privativa de liberdade	56
7.5	A crise do sistema prisional brasileiro	62
7.6	O Estado e as medidas de ressocialização do apenado.....	65
7.6.1	O trabalho como fator de ressocialização.....	66
7.6.2	A educação como fator de ressocialização.....	67
8	O Direito Penal do Inimigo e a violação do fundamento do Estado Democrático de Direito	69
8.1	A falsa noção de segurança garantida pelo Direito Penal do Inimigo	69
8.2	Os reflexos do Direito Penal do Inimigo no Direito Penal e no Processo Penal....	71
8.3	O embate doutrinário entre o Direito Penal do Inimigo e o Método do Finalismo	73
8.4	O Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro	75
9	Conclusão.....	79
	Referências	85

1 Introdução

O Direito Penal é, em termos gerais, o campo do Direito Público que se dedica às regras emanadas do Poder Legislativo de modo a reprimir os delitos, estabelecendo penas que tenham como intuito a preservação social. A doutrina tem passado por diversas etapas em sua evolução e sofreu influências do direito romano, grego e canônico, bem como de outras escolas, como a clássica e a positiva. Essas influências formam a base do Direito Penal brasileiro, pois justificam procedimentos atuais inseridos no Direito Penal moderno, como a criação dos princípios penais sobre o erro, a culpa e o dolo, resultando na relevância dos conhecimentos históricos.

De modo tradicional, entende-se que o Direito Penal tem o objetivo de proteger os bens jurídicos fundamentais, isto é, todos os valores reconhecidos pelo direito. Um exemplo são os crimes de furto, cujo resultado é representado pela ofensa ao bem jurídico "patrimônio". No caso do homicídio, por sua vez, há lesões ao valor jurídico "vida humana". No caso da coação, há violações à liberdade individual. A tríade citada acima seria o conjunto fundamental de bens jurídicos que se tutelam de modo coativo pelo Estado: vida, liberdade e propriedade.

Apesar de existirem dúvidas a respeito dessa função garantida, ela necessita ser levada em consideração ao se formularem as normas penais de modo a evitar que o estado de polícia se manifeste e se sobreponha ao estado de direito. Desse modo, em toda ordem jurídica, ainda que ela seja democrática, o estado de polícia se mantém presente e tem o poder de conduzir, em qualquer instante, a um regime autoritário em detrimento da liberdade humana.

O presente trabalho tem como tema a teoria do Direito Penal do Inimigo, elaborada pelo doutrinador alemão Günther Jakobs, e que tem o escopo a criação de uma forma considerada mais eficaz no combate aos crimes praticados por determinados tipos de pessoas que em virtude de sua conduta perigosa à sociedade, não merecem receber o mesmo tratamento proposto àqueles que não geram um grande grau de insegurança para a sociedade, ou seja, estaríamos diante de dois tipos de Direitos Penais, um para o cidadão e outro para o inimigo.

Na linha de pensamento do professor da faculdade de Bonn na Alemanha, a diferença entre cidadão e inimigo reside precisamente na conduta perigosa do sujeito ativo que praticou a infração penal. A ideia proposta é que todo cidadão pode incorrer em uma infração penal, mas somente o inimigo incorrer em condutas que colocam em risco toda a

sociedade, assim como a manutenção do ordenamento jurídico e do próprio Estado. Diante desse argumento, o Direito Penal previsto para o cidadão não é o mesmo para o inimigo e a esse não se estendem certas garantias processuais e fundamentais, que em regra são para todos de forma indiscriminada.

Os princípios da lei referentes aos direitos fundamentais têm como um de seus objetivos a orientação geral de interpretação das demais normas jurídicas, ou seja, os princípios de direitos fundamentais constituem a base do ordenamento jurídico de um Estado e influenciam a formação, a interpretação e a integração das demais normas jurídicas.

A proposta de Jakobs é a aplicação do Direito Penal do Inimigo como controle do avanço da criminalidade que atenta contra ordem vigente. Entretanto, segundo o autor, a medida não significa ausência de direitos aos que foram declarados como inimigos, nem a adoção de um regime totalitário, em que todos ficarão submetidos aos mandos e desmandos do Estado, sem a garantia de defesa contra atrocidades. Ao contrário, por também se tratar de Direito, deve ser aplicado dentro do Estado Democrático de Direito (TRAMONTIN, 2008, s.p).

Ressalve-se que o ordenamento jurídico pátrio, não é adotado de forma explícita a referida teoria como foi proposta, sendo que o mais próximo que temos são as (Leis 8.072/1990) conhecida com lei de crimes hediondos, (Lei 9.034 de 1995), que normatiza a proibição de apelação em liberdade para tais crimes, (Lei 11.340/2006), conhecida como lei Maria da Penha, que propõe um tratamento desigual entre gêneros e particulariza um grupo específico de indivíduos e talvez aquela que reflete a essência do Direito Penal do Inimigo seja a (Lei 7.210/1984), que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Contudo, no âmbito internacional, relaciona-se o Direito Penal do Inimigo principalmente aos crimes de terrorismo, tendo, inclusive, os Estados Unidos aprovado a utilização de tortura nos inquéritos policiais que versem sobre principalmente aos crimes de terrorismo.

De acordo com Jakobs, o inimigo seriam aqueles criminosos que cometem delitos de natureza econômica, terrorismo, crimes organizados, tráfico, delitos sexuais e outras infrações que coloquem em risco a segurança do Estado, bem como a sensação de insegurança para com a sociedade.

No atual estado democrático de direito brasileiro, os direitos fundamentais servem como base para o sistema jurídico nacional. Conforme o art. 1º, da CF/88:

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

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 2012).

Desta maneira, segundo Sarmiento, “o mais importante numa ordem democrática não é a estrutura básica do Estado, mas os direitos fundamentais da pessoa humana, já que o Estado não é um fim em si mesmo” (SARMENTO, 2004, p. 18). Ou seja, os direitos fundamentais servem de fundamento para o ordenamento jurídico como um todo.

A ideia de inimigo nada mais é que uma elaboração da sociedade, que amedrontada pelo alto índice de violência, principalmente, nas grandes metrópoles, cria estereótipos para inculcar a culpa de danos a ela causado. Devendo ser tratados de forma diferente àqueles que cheiram a perigo, dos que não oferecem perigo, mas são criminosos. Fica mais fácil vigiá-los e afastar-se deles, para garantir sua segurança. (ZAFFARONI, 2009). Conforme se depreende da leitura do douto Magistrado da Corte Argentina:

Desde os primórdios das sociedades, independente do local ou da época, é possível verificar a presença dos inimigos, num breve resumo: hereges e bruxas na Idade Média, judeus, negros, homossexuais, dentre outros grupos, raças e etnias, no contexto da Segunda Guerra mundial e, finalmente os inimigos atuais, representados pelos criminosos reincidentes (habitualidade e profissionalidade) e fundamentalistas religiosos (periculosidade/ Direito penal do autor) (ZAFFARONI, 2009).

No pensamento de Prado (2008):

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

O interesse sobre o tema surgiu em razão da relevância social do problema, visto a atual discussão da possibilidade, em razão do crime cometido, assim como da periculosidade

do indivíduo e instabilidade por esse causada, de certas pessoas serem mais severamente punidas e terem um tratamento diferenciado, assim como também para analisar o atual estágio de desenvolvimento do Direito Penal do Inimigo e contribuir com a formulação teóricas a respeito.

É possível afirma que o tema envolve interesses relevantes, tanto da sociedade quanto da comunidade jurídica, visto que a teoria cria a possibilidade da aplicação de um direito penal de guerra coexistindo com o direito penal cercado de garantias, o que cria uma situação absurdamente conflitante, bem como possibilita o *ius puniendi* do Estado ultrapasse determinadas barreiras e conseqüentemente, tende a tornar-se um direito penal de guerra integralmente, e não só para as condutas criminosas mais destoantes.

No caso do que se refere ao Direito Penal, o bem maior a ser tutelado é a saúde, e este acaba inserindo-se dentro do conceito de direitos fundamentais. De acordo com Brandão (2006, p.80) “o direito à proteção à saúde da vítima sofreu uma série de transformações ao longo do último século e atualmente integra o conceito de direitos fundamentais, elevado ao nível de norma constitucional.” Assim sendo, tendo em vista a proteção à dignidade da pessoa humana, na figura da vítima, a teoria da responsabilidade objetiva invoca tal direito fundamental como fonte de interpretação da constituição, no caso de aplicação ao caso concreto. Ou seja, com base nessa premissa, os direitos das vítimas não são exaustivos, conforme Brandão (2006, p.71): “os direitos fundamentais que são, por ventura, elencados na Carta Constitucional representam o conjunto básico ou mínimo de proteção à vítima, ao qual se somam outros, desde que atendido o pressuposto nele também previsto”.

De acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado, conforme já afirmado dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais e processuais, para ele vale na integridade o devido processo legal, o outro é o Direito Penal do Inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos, o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Considera-se cidadão quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que e conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Já os inimigos são aqueles que não oferecem essa mesma garantia.

Diante de tais premissas, será estudada na presente dissertação a atual discussão existente, avaliando em que proporção à adoção de medidas drásticas e conseqüente supressão

de garantias que visam à proteção do indivíduo contra o poder de punir do próprio Estado pode se considerar uma efetiva forma de punição e combate a tais comportamentos.

O tema, de fato, merece um estudo aprofundado, que examine sua elaboração, fundamentos filosóficos e posições doutrinárias, bem como o tratamento proposto ao considerado inimigo com o intuito de verificar se pode subsistir dentro do Estado Democrático de Direito. Em suma, busca-se aqui analisar diferentes manifestações acerca do tema com o fim de verificar uma possível viabilidade da adoção da mencionada teoria tal como foi proposta e também analisar os efeitos que a sua utilização teriam dentro da sociedade e do Estado Democrático de Direito.

Esse trabalho terá como cerne a análise de algumas questões suscitadas pelo tema, tais quais podemos destacar se realmente seria interessante, do ponto de vista social, garantir ao Estado um poder de punir quase sem limites, concretizado pela prerrogativa de retirar de certas pessoas, em razão do crime cometido e de critérios não estabelecidos de periculosidade, garantias que visam à própria proteção da sociedade?

Por intermédio do trabalho, buscou-se comprovar que o Direito Penal do Inimigo não encontra base dentro do Estado Democrático de Direito, o qual prima pela garantia aos direitos humanos e garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição da República, norma de hierarquia máxima, não podendo ser suprimidos em virtude da prática de crimes com maior potencial ofensivo.

Ademais, a própria natureza do Direito Penal mostra que este tende a se expandir, o que conduz à conclusão de que caso não seja contido, o direito de punir do Estado pode atingir proporções inaceitáveis dentro das sociedades modernas. Ora, a supressão de algumas garantias, mesmo que seja com objetivo de reprimir condutas mais odiosas, representa um verdadeiro retrocesso e perigo, uma vez que abre a possibilidade para existência de um Direito Penal que não encontra limites previamente fixados.

Para a realização deste trabalho serão analisadas as questões referentes ao Direito Penal do Inimigo, tais qual sua elaboração, respectivos elementos e requisitos, bem como o tratamento proposto àqueles considerados inimigos e as críticas doutrinárias elaboradas a essa teoria.

Por derradeiro, também serão consideradas as questões relativas aos direitos e garantias fundamentais, o fato de como o direito penal, visto que representa o *ius puniendi* do Estado, possui a tendência, caso não seja devidamente contido, de se expandir e tornar-se excessivamente autoritário, bem como será feita análise de que o processo penal surge como

uma verdadeira forma de se proteger o cidadão e assim, enquadra-se dentro do chamado Estado-Democrático de Direito.

O método utilizado será o bibliográfico, com exposição de manifestações acerca do tema e posterior análise com a finalidade de explicação do problema exposto a partir de tais referências teóricas. Através de sua utilização, pretende-se delinear uma nova abordagem sobre o tema, chegando a conclusões que possa servir de embasamento para pesquisas futuras. Portanto, serão colhidas as mais diversas opiniões sobre o tema, principalmente de eminentes juristas, artigos e livros de direito penal, constitucional e processo penal.

Com a escolha desse método e tendo em vista a existência da diversidade de dados esparsos, a finalidade é obter acesso a uma grande gama de conhecimento produzido e registrado a respeito do tema, tomando-se por base o que já foi publicado, de modo que possa, bem como a contraposição de opiniões divergentes. De tal maneira, objetiva-se compreender melhor a teoria do Direito Penal do Inimigo, as críticas e seus respectivos fundamentos.

2 O direito penal do inimigo

2.1 Primeiras contextualizações

Gunther Jakobs utilizou a expressão o direito penal do inimigo (Feindstrafrecht) pela primeira vez na década de 1980, em sua conferência na jornada de penalista alemães de Frankfurt. Contudo, somente em meados de 1990 foi que o conceito ganhou contornos teóricos e filosóficos que buscaram delimitar seu campo de estudos e atuação.

Jakobs contrapôs duas tendências que se opõem no Direito Penal e que acabam por conviver em mesmo plano jurídico-legal, a saber: o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão. Em relação ao primeiro, tem-se que o mesmo procura cumprir a tarefa de garantia da “vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade – prevenção geral positiva” (JAKOBS; MÉLIA, 2009, p. 31), enquanto ao segundo cabe a função de promover a eliminação dos perigos à sociedade.

As duas correntes supracitadas são presenças marcantes em âmbito jurídico penal moderno e obriga legisladores e juristas a construírem limites entre as duas, de forma que as mesmas não se imbriquem em seus objetos de aplicação.

2.2 O contexto histórico do surgimento do Direito Penal do Inimigo

Conforme já citado, a tese do Direito Penal do Inimigo encontra no alemão Gunther Jakobs seu maior idealizador, o qual fundamentou a teoria de que o Direito Penal é o instituto que possui a função precípua de proteção à norma. Desse modo, o doutrinador buscou em grandes pensadores, tais como Rousseau, Hobbes e Kant, os referenciais teóricos para a construção de sua doutrina jurídico-legal.

No ano de 1985 surgiram as primeiras informações do Direito Penal do Inimigo, proferidas em congressos pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, o qual sustentava políticas públicas voltadas ao combate à criminalidade em âmbito global. Todavia, foi no ano de 1995, na Conferência de Berlim, que a teoria de Jakobs conseguiu atingir líderes mundiais e avançar sobre as teorias do direito.

Gunther Jakobs, ao longo das décadas posteriores, sistematizou uma ideologia que legitimava a tendência de endurecimento do Direito Penal e do Direito Processual Penal, a qual encontrou reflexos em inúmeros países, em áreas específicas, como as do crime

organizado, do tráfico de drogas e das ações de terrorismo. Desse modo, inúmeras nações começaram a empregar formas punitivas mais radicais, as quais, muitas vezes, restringiam a maioria de direitos conquistados pela humanidade ao longo de sua existência.

Com a ideia de Jakobs os direitos constitucionais da humanidade passaram a ser limitados de forma absoluta, incidindo diretamente nos direitos penal e processual penal, bem como nos direitos de liberdade e à vida, ferindo garantias seculares em relação às conquistas individuais e coletivas.

Para Ferrajoli (2002, p. 95), o início do século XXI destaca o Direito Penal do Inimigo e seu discurso punitivo como formas de sustentar o ideal da Segurança Nacional. À vista disso, em nome da segurança da sociedade, os valores individuais – da pessoa humana – passam a ser postos em segundo plano. O renomado professor italiano assevera que as políticas criminais passam, neste século, a visar à garantia da normalidade social, conforme os pressupostos da tranquilidade social.

Nesse contexto, o Direito Penal do Inimigo busca a garantia dos princípios jurídicos para a sua viabilização e, dessa forma, combater a criminalidade por meio da retirada de grande parcela de importantes garantias apostas nas Magnas Cartas e nos diplomas penais e processuais penais de inúmeros países, os quais encontram-se desobrigados em relação ao respeito às garantias advindas do contrato social.

Historicamente, o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 contra os EUA deflagrou uma verdadeira caça às bruxas e endureceu as prerrogativas do Direito Penal em todo o mundo, fazendo com que diversas nações buscassem no Direito Penal do Inimigo as ações envidadas contra as ações terroristas. Destarte, por meio da remoção de direitos fundamentais, seriam aplicadas normas penais contra todo aquele que pusesse em risco a ordem jurídica.

Assim, o inimigo do Estado deveria ser condenado rapidamente, sem qualquer contraditório, ampla defesa, devido processo legal, ou qualquer outro preceito, ou seja, o preceito constitucional que reza o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, seria retirado para aqueles que colocassem em risco à norma jurídica e ou à ordem estatal (MOURA; VARGAS, 2013, p. 3).

Conforme já especificado, a corrente doutrinária ora em discussão tem em Gunther Jakobs o seu maior representante. Segundo tal doutrina, “os inimigos não merecem quaisquer garantias fundamentais, visto que não são seres humanos e, assim, não são regidos pela Constituição” (JAKOBS, 2007, p. 41) das diferentes nações do mundo.

Ressalta que o Direito Penal do Inimigo tem fortes raízes no direito penal do terror, verificado durante o período da Idade Média, em que os tribunais estabelecidos promoviam o julgamento daqueles que eram considerados uma ameaça à sociedade. Por meio desses tribunais, o réu era submetido a um processo inquisitivo que, na maioria das vezes, o condenava sem que o mesmo tivesse quaisquer chances de defender-se ou mesmo conhecer seus acusadores.

2.3 Fundamento filosófico do Direito Penal do Inimigo

O pressuposto necessário para que se admita um Direito Penal do Inimigo é a possibilidade do tratamento do indivíduo não como pessoa possuidora de garantias e direitos, mas como inimigo. Isso posto, argumenta-se que Gunther Jakobs buscou elaborar o escopo teórico de sua doutrina na visão contratualista do Estado, plasmada das publicações filosóficas de Hobbes, Kant e Rousseau.

Para o primeiro pensador, o indivíduo delinquente deverá ser considerado em seu status de pessoa – ou de cidadão –, desde que não pratique atos tomados como de alta traição (HOBBS, 1992, p.78). Tais atos representariam a negação absoluta à submissão em relação ao Estado, levando, então, esse indivíduo a ser considerado como inimigo, e não mais como um súdito.

Já para Kant (2003), seria bastante normal que se utilizasse de reações hostis contra os indivíduos que, de forma persistente, não aceitassem a participação na vida comunitário-legal. De fato, não poderia ser considerada uma pessoa todo aquele que, constantemente, viesse a ameaçar a vida de outrem e, conseqüentemente, da sociedade.

Para ilustra os argumentos acima, Kant para fundamentar sua teoria retribucionista da pena como imperativo categórico, afirma:

A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduz sua quantidade pela vantagem que promete, de acordo com as palavras farisaicas: 'É melhor que um homem morra do que pereça um povo inteiro' (KANT, 2003, p. 173).

O próprio Gunther Jakobs abandona o enfoque meramente descritivo que inicialmente assumira em sua doutrina e passa a tratar o seu Direito Penal do Inimigo alicerçado em três elementos que buscam a legitimidade do mesmo:

a) o Estado tem o direito de procurar segurança perante indivíduos que, de forma persistente, reincidam em atos ilícitos e o faz por meio da aplicação de institutos juridicamente válidos, como as medidas de segurança, as quais serão enfocadas em capítulo posterior;

b) visando à preservação de sua segurança, os cidadãos, em face de criminosos, têm o direito de exigir que o Estado tome medidas adequadas e eficazes contra aqueles;

c) o campo de atuação do Direito Penal do Inimigo deverá ser delimitado, para que o mesmo não se confunda com o Direito Penal.

O Direito Penal do Inimigo busca, ainda em Rousseau, o fundamento filosófico para a sua existência. Segundo tal doutrina, o indivíduo delinquente, considerado como o inimigo, ao infringir o contrato social, abandona a tutela do Estado e empreende uma guerra com o mesmo. Dessa forma, deverá se extinguir como inimigo, uma vez que, abandonando o pacto social, perde os direitos emanados deste.

Assim, o próprio Gunther Jakobs realiza a condensação das teorias dos três filósofos para fundamentar o seu Direito Penal do Inimigo: de Rousseau, extraiu a alegação de que todo aquele que descumpre o contrato social acaba por se tornar um inimigo; todavia, valendo-se de Hobbes e Kant, fundamenta que todo indivíduo que não se desvia de modo completo do ordenamento deverá receber o status de cidadão (MORAES, 2006).

Para os contratualistas, o delito é entendido como uma infração ao Contrato Social, desse modo o criminoso já não tem o direito de usufruir desse benefício, ou seja, deixa de participar de uma relação jurídica com os demais. Observa-se, porém, que para Jakobs, a violação ao Contrato Social deverá ser contumaz, e não apenas isolada (MORAES, 2006, p.137).

Contudo, Jakobs e Mélia (2009, p.199) acabam por fazer certa distinção de sua doutrina com relação aos pensamentos dos três estudiosos, informando que o ordenamento jurídico deverá encerrar sob a tutela do Direito também o sujeito delinquente por conta de dois aspectos: (i) Ao criminoso é dado o direito de arrependimento se esse demonstra ensejo para tal. Por conta disso, o Direito garantirá a esse o status de pessoa e cidadão. (ii) O criminoso deverá reparar o mal causado, não podendo simplesmente retirar-se de forma arbitrária da sociedade em consequência de sua conduta.

Dessa forma, o autor especifica a existência de um Direito Penal do Cidadão, o qual será direcionado contra o indivíduo que não comete atos delituosos de forma renitente; e de um Direito Penal do Inimigo, contra aquele que encerra tais características, desvia-se do

modelo imposto no contrato social e, conseqüentemente, perde o seu status de pessoa e cidadão.

Na doutrina do Direito Penal do Inimigo o indivíduo que se desvia de modo permanente da ordem jurídica sem, em contrapartida, mostrar garantias de que irá reconduzir-se novamente nessa direção, deverá ser tratado como inimigo da sociedade e punido como tal. Assim, segundo o pensamento de Rousseau, deverá aquele ser morto como inimigo, ser despojado de seus direitos enquanto pessoa e castigado como um mal ao Estado, conforme o pensamento de Hobbes e Kant.

2.4 O inimigo segundo a doutrina de Gunther Jakobs

O inimigo, para Gunther Jakobs, é aquele que persistentemente reincide em condutas delituosas e práticas criminosas que ponham em risco a própria existência do Estado. Na segunda metade do século XX, tal indivíduo era representado pela figura do terrorista.

Todo aquele que se recusa a participar de um estado de cidadania, não poderá usufruir dos direitos e garantias inerentes ao status de pessoa. Agindo um indivíduo dessa forma, o mesmo não poderá ser tomado segundo as prerrogativas de pessoa, ou mesmo as de quem apenas cometeu um erro, mas segundo as de alguém que deverá ser impedido como forma de manutenção do próprio ordenamento jurídico de uma nação.

O conceito de inimigo é o fundamento do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, porém não é um conceito recente. Em Kant já havia menção a tal ente, segundo o qual os homens, em estado natural, representam ameaças um aos outros, restando ao Estado civil apaziguar tais contendas e, por coação, obrigar os homens a entrarem em estado social legal, ou, não aceitando aqueles o mesmo, afastá-los deste. Tal ideia pode ser aferida do seu tratado Sobre a paz perpétua, de 1795, que afirma:

Comumente, admite-se que ninguém pode hostilizar o outro, a não ser que este tenha agredido o primeiro. É muito exato quando ambos vivem no estado civil e legal, pois pelo simples fato de haver ingressado no estado civil, cada um dá a todos os demais as garantias necessárias; e é a autoridade soberana que, tendo o poder sobre todos, serve de instrumento eficaz daquelas garantias. Porém, o homem – ou o povo – que se encontra no estado de natureza não me dá essas garantias e até me causa dano pelo simples fato de achar-se nesse estado de natureza; com efeito, ele está junto a mim, e ainda que não me hostilize ativamente, a anarquia do seu estado é para mim uma perpétua ameaça. Eu posso abrigá-lo a entrar comigo em um estado legal comum, ou afastar-se de mim (KANT, 1919, p.21).

Já em Hobbes, o inimigo é aquele que quebra os seus vínculos com a sociedade civil e regressa à vida em estado natural, compreendendo esta como a possibilidade de ação do homem a sua maneira e poder, sem estar disciplinado por normas e limites da vida civil. Dessa forma, o filósofo reconhece, a exemplo de Kant, que os homens vivem em estado permanente de guerra entre si e tudo é possível na ação contra o inimigo (CARVALHO JÚNIOR, 2013).

Na evitação de tal aspecto, ou seja, visando o abandono do estado natural, os homens, reunidos, fundaram o Estado por meio do contrato social, uma vez que buscavam uma convivência mais segura, mesmo que isso caracterizasse a perda de liberdades individuais para tornarem-se cidadãos.

Bittar (2002) escreve que, dessa forma, foram instituídas as leis civis direcionadas aos cidadãos que constituíram o Estado. Todavia, o autor reforça que tais leis referem-se somente aos cidadãos: aos inimigos, os quais negaram a autoridade do Estado, serão reservadas as sanções que aquele próprio ente determinar conforme sua vontade.

O inimigo, que não esteve sujeito, ou se esteve, renunciou às leis da sociedade, pratica atos de agressividade que tornam legítimos qualquer reação por parte do Estado, pois se em estado natural permanecem, serão tratados segundo preceitos naturais e não sob as leis civis. Um ato a um homem que não é cidadão, se em nome do bem dos que o são, é perfeitamente legítimo, tratando-se de um ato contra um inimigo, perfeitamente aceito quando representar um benefício ao Estado (HOBBS, 1992, p. 102).

Dessa forma, o inimigo será sempre o elemento que delinuiu de forma renitente, não demonstrando qualquer garantia de arrependimento da conduta e, em consequência, afastou-se da esfera estatal. Em contrapartida, o Estado poderá e deverá reagir e obterá legitimidade para ações punitivas contra o inimigo que, se retornou ao estado natural, não poderá gozar de direitos e garantias inerentes ao cidadão.

3 O conceito de dignidade da pessoa humana

3.1 Primeiras considerações

Conforme Silva (2010, p.40) a dignidade da pessoa humana é: “[...] não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.”

Dessa forma, o conceito de dignidade da pessoa humana passa a ser um princípio construído historicamente e pelo qual se tem a noção da proteção integral daquela contra toda forma de desprezo ou tentativa de valoração de sua condição, conforme alude Lima (2013):

A partir desta ideia [da proteção integral do ser humano] passamos também a reconhecer que ao ser humano não se pode atribuir valor ou preço, pois o ser humano em virtude tão somente de sua condição meramente biológica, gênero humano, e independentemente de qualquer outra circunstância, é possuidor de dignidade, isso de via unilateral, sendo então segundo a concepção do direito moderno “igual” aos seus demais diante da lei.

À vista disso, conclui-se que todo ser humano é titular de direitos, mesmo que não os reconheça ou invoque-os, os quais devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus pares e pelo Estado. Cabe a esse último a tarefa de proceder às garantias do respeito às liberdades civis, incluindo-se aí os direitos humanos e as liberdades fundamentais, necessitando-se do estabelecimento de um ordenamento jurídico-legal que promova a tutela e garantia dos mesmos.

Sarlet (2010) busca argumentar que o conceito de dignidade da pessoa humana é complexo em sua essência e desenvolve-se na esfera de ampla diversidade de valores sociais. Contudo, ainda conforme o autor, pode-se proceder ao entendimento do mesmo sob o prisma jurídico, o qual estabelece que por dignidade da pessoa humana entende-se “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração” (SARLET, 2010, p. 62) que advém da comunidade e do Estado.

Destarte, o mesmo implica em uma série complexa de direitos e deveres, ditos fundamentais, que buscam assegurar a integridade da pessoa contra toda e qualquer conduta que possa degradá-lo ou desumanizá-lo; além de promover garantias de condições mínimas de existência, visando uma vida saudável, dar condições e desenvolver a participação ativa do ser humano no destino da própria existência na coletividade.

Importante contribuição oferece Capez (2009, p.32) para o entendimento de tal conceito quando assevera que a dignidade da pessoa humana “pode ser entendida como um valor em si, que emerge da moral, elemento próprio do gênero humano e que não coexiste com preconceitos ou depende de credos e confissões, sendo, pois, o fundamento do Estado Democrático”.

3.2 Contextualização histórica do conceito de dignidade da pessoa humana

O conceito de pessoa, tal qual é conhecido nos dias atuais, não existia entre os povos antigos. Sarlet (2013) leciona que na Grécia Antiga o homem era considerado o animal político ou social, segundo a filosofia aristotélica, cujo ser era invocado pelos pressupostos da cidadania, pertencente ao Estado e correlacionado ao cosmos e à natureza. Por esse motivo, não se podia ter a noção, na época, sequer do conceito de personalidade.

Nos estertores do Império Romano e com o advento do Cristianismo, o conceito de pessoa passou a figurar lado a lado com a ideia do homem espiritual. Desse modo, o ser humano pôde experimentar certo caráter de subjetividade e valoração do seu “eu”, que passaram a considerar os direitos subjetivos e fundamentais do mesmo, amparados na questão da dignidade. Tal conceito foi amplamente utilizado, mais tarde, pelos escolásticos.

Isso posto, verifica-se que a proclamação do valor distinto da pessoa humana irá levar à conseqüente afirmação dos direitos específicos e individuais, passando-se a reconhecer que na vida social o homem não se confunde com o Estado, provocando, ainda, o deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, estabelecendo-se o equilíbrio necessário entre liberdade e autoridade.

Pinho (2002, p.31) reforça que “o advento da Declaração dos Direitos do Homem [...] implicou na libertação do ser humano de qualquer tutela” e buscou pôr fim aos abusos por parte do Estado. Os direitos do homem foram considerados inalienáveis, irredutíveis, indeduzíveis, mesmo perante outras leis e direitos, e tomados como inerente à natureza humana, sendo que o ser humano seria o único soberano nas questões legais, da mesma forma como o povo era proclamado único soberano em se tratando de governos no pós-Revolução Francesa.

Arendt (1978) leciona que a Declaração dos Direitos do Homem foi uma espécie de pré-anúncio de que a humanidade havia atingido sua maioridade, o que perdurou até meados do século XX. A eclosão da Primeira Guerra Mundial, segundo a autora, favorecendo os elementos que fizeram emergir o segundo grande conflito, na década de 1930, e todo esse

período entre guerras contribuíram para a criação de uma “nação de minoria” (ARENDET, 1978, p. 42) “com a transformação do Estado de instrumento da lei, para instrumento da nação” (ARENDET, 1978, p.42).

Nesse diapasão, ou seja, da transformação estatal, inúmeras atrocidades que contrastavam com o princípio da dignidade da pessoa humana eram justificadas, como os campos de refugiados do regime de Hitler; aspectos que configuram a subtração de direito e garantias outrora conquistados pela humanidade com o objetivo de subjugar os indivíduos (ARENDET, 1978).

O final da Segunda Guerra Mundial e momentos emblemáticos desse período, como o julgamento do carrasco nazista Adolf Eichmann em Jerusalém, fizeram surgir a expressão “banalidade do mal” (ARENDET, 1978, p. 46), que procurou explicar a conduta de algozes durante o segundo grande conflito: as ações dos mesmos eram desprovidas de quaisquer juízos éticos.

À vista disso, criou-se a necessidade de introduzir nos ordenamentos jurídicos das inúmeras nações questões importantes relacionadas à ética. Desse modo, a dignidade do ser humano passa a ser reclamada como princípio e fundamento dos sistemas jurídicos. O marco histórico da retomada da dignidade como valor que emana da condição humana e de sua consideração como garantia de direito foi o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proposta pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1948.

A Declaração da ONU introduziu a concepção que atualmente se tem no mundo ocidental de direitos humanos e pôs no centro das discussões o conceito de dignidade da pessoa humana como norteador dos ordenamentos jurídicos e textos constitucionais. Nesse caso, é notório o art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual institui, in verbis: “Art. 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ONU, 2013, art. 1º).

A Carta Constitucional da República Alemã de 1949 foi a que primeiro trouxe em sua letra a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional, estabelecendo que a mesma era condição inviolável, devendo todas as autoridades públicas respeitá-la e protegê-la.

4 As principais bases teóricas do funcionalismo no Direito Penal em Claus Roxin

4.1 O Funcionalismo penal e as ciências sociológicas

Funcionalismo no Direito Penal está relacionado aos estudos levados a efeito pela Filosofia, Sociologia e demais ciências humanas, sendo praticado como entendimento das questões sociais relacionadas ao direito. Trata-se de um assunto bastante complexo e que tem suas raízes nos estudos de Claus Roxin e Hans Welzen.

De forma bastante resumida, ainda segundo o teórico, o funcionalismo no Direito Penal busca assegurar a estruturação e interpretação deste, de forma que a sua aplicação e execução se processem segundo a função precípua do diploma jurídico penal, tendo em vista a aplicação das sanções específicas, segundo cada caso (CHAMON JUNIOR, 2004. p. 37).

O funcionalismo no Direito Penal é abordado conforme duas correntes que buscam a explicação de sua aplicação: o funcionalismo moderado, do alemão Claus Roxin, e o funcionalismo radical, do também alemão Gunther Jakobs. Ambas as correntes datam da década de 1970, com surgimento na Alemanha.

4.2 O Funcionalismo moderado ou teleológico

Conforme os estudos de Chamon Junior (2004) e Mansoldo (2013) sobre Claus Roxin, o Direito Penal tem por objetivo assegurar os valores da ordem jurídica. Tais valores deverão ser respeitados sob pena de aplicação de sanções, sendo as mais graves denominadas de sanção penal.

Esse princípio deverá ser seguido em razão da política criminal, já se encaminhando no sentido da dogmática criminalista, buscando reafirmar os princípios da dignidade humana. Todavia, conforme o autor, Roxin não deixa claro em sua teoria o que seria essa dignidade humana, o que torna a interpretação desse termo complexa, uma vez que dignidade humana possui diferentes concepções em diferentes culturas.

No entanto, um aspecto que se torna comum nessa teoria tem de ser levado em conta: o bem jurídico, que se encontra tutelado sob as formas subsidiária e fragmentária o bem jurídico é o valor cultural ou social do qual a ordem jurídica tem que zelar como princípio da proteção de seus dispositivos.

Ainda segundo o Roxin, enquanto o bem jurídico não estiver em estado de ameaça a sua existência, o Direito Penal não deverá agir. Contudo, como observa Mansoldo (2013), a

afirmação de Roxin acaba por criar controvérsias em relação à evolução dos crimes no Direito Penal, bem como à extensão na variedade tipológica dos bens titulados.

A autora complementa seu ponto de vista em relação às controvérsias em torno dos escritos de Roxin afirmando que o Direito Penal, nos dias atuais, busca antecipação ao ato lesivo ao bem jurídico. Todavia, entende que o teórico defende o princípio da insignificância, pelo qual se exclui a tipicidade, asseverando que o fato não é materialmente típico (MANSOLDO, 2013).

4.3 A teoria da imputação objetiva de Roxin

A Teoria Casualista impõe que para a tipologia do fato basta que constem os elementos objetivos, uma vez que o dolo e a culpa estão inseridos como elementos da culpabilidade. Já na Teoria Finalista, os elementos considerados para a tipologia do fato são de ordem objetiva e subjetiva, em que o dolo e a culpa são retirados da culpabilidade e inseridos no tipo.

Dessa forma, a passagem de uma teoria para outra, ocorre a desconsideração do tipo apenas como um fenômeno natural da causa do fato, passando este a ser necessário, ainda, como um elemento volitivo humano.

Roxin elaborou, assim, a Teoria Geral da Imputação Objetiva, que aperfeiçoou o tipo objetivo com a indicação das hipóteses normativas. Estas promovem a autorização da imputação do resultado ao autor e, conforme a teoria supraexposta, o tipo objetivo deverá ser composto não somente pela causalidade material, mas, também, pela causalidade normativa (GRACIA MARTINS, 2005. p. 67).

Dessa forma, para que ocorra a imputação objetiva deverá ser verificada a presença do risco não permitido realizado. Esse aspecto acaba por gerar um resultado concreto nos limites de atuação do tipo penal, além de tornar a causalidade material um quesito mínimo e valorar a causalidade de natureza jurídica (ROXIN, 2002, p. 41).

Assim, Mansoldo (2013) conclui que, se o resultado previsto pode ou não ter imputação jurídica ao autor do fato, não é bastante que o resultado seja uma ação direta do agente para que se possa afirmar a relação de causalidade com o fato.

A função do Direito Penal, na perspectiva do autor, é promover a proteção subsidiária dos bens jurídicos essenciais. Essa teoria, também caracterizada como funcionalista teleológico-racional, considera que o Direito Penal deve ser balizado por determinados aspectos, a saber: criminologia, política criminal e dogmática penal.

Tal aspecto se deve ao fato de que o conhecimento criminológico passará a ser considerado na forma de exigências político-criminais e, estas últimas, na forma de regras jurídicas. Sob essas circunstâncias, o que dá feição à norma penal é a inserção das decisões valorativas político-criminais, amparadas pelo quadro axiológico constitucional de tutela, uma vez que aquelas são as responsáveis por indicar a necessidade de recurso ao controle penal.

Ainda segundo Roxin, o Direito Penal seria o último recurso, ou *ultima ratio*, para a manutenção do controle social e proteção de bens jurídicos coletivos ou individuais essenciais, desde que não seja possível o controle através de outro meio e a pena seja necessária para a punição do ato.

Em outras palavras, ainda que o fato seja tipificado, antijurídico e culpável, isso não é o bastante, por si só, para que se recorra às sanções do Direito Penal. Para tal, serão utilizados o método dedutivo e, sobretudo, o indutivo, ou teleológico-racional, uma vez que o objeto do diploma jurídico citado é a justiça do caso concreto.

4.3.1 A função do Direito Penal em Claus Roxin

A posição assumida por Claus Roxin, do formalismo moderado, em que o teórico afirma ser o Direito Penal o repositório dos valores da ordem jurídica sob pena de aplicação de sanções, sendo a mais grave a penal, caso tais valores não sejam respeitados. Para o autor, Roxin ainda acrescentou que a reafirmação daqueles valores será balizada por razões de política criminal.

O Direito Penal na atualidade é fundamentado sobre a teoria funcionalista de Claus Roxin, que afirma que os valores firmados na ordem jurídica devem ser aqueles fundamentados no bem jurídico ligado à dignidade humana. Todavia, conforme já exposto, a complexidade dessa teoria é esclarecer o que é dignidade humana, independentemente de culturas diversas.

A globalização reuniu diferentes nações em torno dos mesmos interesses econômicos, sociais e políticos. Todavia, as culturas bastante diferentes entre si, também em relação a crenças e valores, acabam por configurar a diversidade do mundo atual. Teorias davam conta que poderia haver um núcleo comum entre as culturas, sem comprovação científica de tal afirmação (ROBALDO, 2013).

A autora cita, ainda, que em alguns países há a pena de morte como punição ao ato delinquento e eles não consideram esta um desrespeito à dignidade humana. Alguns anos atrás, discutiu-se no Brasil a possibilidade da implantação de chips no corpo de criminosos

como forma de perseguição e mesmo execução penal. Comissões de direitos humanos reivindicaram que tal processo ia de encontro à garantia da dignidade humana.

Habermas (2003) propõe que a dignidade humana seja reduzida ao chamado pudor de autodeterminação, em que a pessoa, maior e capaz, com poder de autodeterminação, traz consigo o princípio da dignidade humana. Dessa forma, não importa que tipo de comportamentos essa pessoa demonstre, desde que não prejudique a terceiros. Como exemplo, Brigagão (2013) cita que na Alemanha não existe a alegação de indução ao suicídio, uma vez que tal conduta, nesse país, é considerada atípica “em face ao respeito ao livre arbítrio de viver ou morrer de seu povo” (BRIGAGÃO, 2013).

De fato, culturas diferentes têm conceitos diversos sobre dignidade humana. No caso do Brasil, conforme observa Zaffaroni (2007), considera-se o princípio fundamental da dignidade humana um conceito além do simples poder de autodeterminação, que também é fundamental. Contudo, essa consideração não é o bastante e na opinião expressa do autor, tem-se que:

Há outros valores culturais, valores positivos e isso nos explicam o porquê de criminalizarmos a matança de animais, ato ofensor de nosso sentimento. Não é o sofrimento do animal por si mesmo, mas pelo fato de nos atingir, de maltratar o nosso pudor. E assim também o ato obsceno. Agride a nossa integridade íntima, a esfera intangível da pessoa e o seu direito de não se ver agredido por uma cena violenta (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

Ainda conforme os escritos de Habermas, o objeto precípua do funcionalismo é a tutela de um bem jurídico, este considerado como um valor cultural ou social, material ou imaterial, que deverá ser protegido pela ordem jurídica e, portanto, objeto, também, do Direito.

Zaffaroni (2007, p.145) explica que o Brasil adota o funcionalismo de Claus Roxin para determinar as práticas de seu diploma jurídico. O autor principia em discutir certos problemas graves no Direito. Por exemplo, em relação ao Direito Penal: se assumido que este tem por finalidade reafirmar os valores fundamentais da dignidade humana, os crimes seriam considerados somente como danos. Em outras palavras, enquanto o bem jurídico não for atingido, o Direito Penal não irá atuar.

Brigagão (2013) aponta, complementando o ponto de vista de Joppert, que houve significantes evoluções no Direito Penal quanto à tipificação dos crimes. A autora cita, como justificativa de suas afirmações que:

[...] Em um passado mais remoto se tutelavam apenas bens jurídicos individuais, [como] o crime de furto já então previsto no Código de Hamurabi. Cortava-se a mão daquele furtador de laranjas. Agora, da segunda metade do século XX para o século XXI a preocupação maior do Direito Penal voltou-se para os bens coletivos e difusos. Assim, houve maior tutela ao meio ambiente, a ordem econômica. Hoje tem maior peso o meio ambiente, pois garantidor da própria sobrevivência humana. Ninguém poderia vislumbrar em meados do século XVIII um direito regulador do espaço aéreo, já que os pássaros eram os únicos animais que voavam naquele tempo. O próprio Direito do trânsito também não se justificava, já que o meio de transporte eram cavalos, quando muito, os bondes. Assim, os valores vão se modificando no decorrer do tempo (BRIGAGÃO, 2013).

A mudança de valores, ao longo da história, passou a redimensionar os crimes de perigo: (i) crimes de perigo concreto; (ii) crimes de perigo abstrato – sendo os dois tipos considerados presumidos e tomados de forma mais genérica. Nos dias atuais, a doutrina jurídica vem considerando, ainda, os chamados crimes de precaução, em que a tipificação se dá por um risco hipotético mesmo em não havendo um perigo avaliado.

Brigagão (2013), a fim de ilustrar esse ponto de vista, cita que a lei ambiental brasileira considera crime introduzir na fauna deste país espécies de faunas estrangeiras. Alude, ainda, a que não se pode mensurar os riscos ao meio ambiente com essa prática, havendo uma hipótese para que isso aconteça.

É que nos casos como o apresentado acima é que o Direito Penal age, buscando antecipar-se à lesão. Essa ação pode estar baseada tanto no perigo concreto quanto no abstrato e mesmo na precaução. A autora cita novamente a obra de Claus Roxin em que esse autor faz referência ao Direito Penal e cita casos em que na ocorrência de um crime não se pode distinguir um bem jurídico tutelado.

Dessa forma, cria-se uma interessante discussão em torno da competência do Direito Penal: se este pode ou não criar um crime que seja totalmente ornado de abstração em decorrência de uma conduta culturalmente considerada reprovável.

5 Finalidade do Direito Penal em Roxin

A principal finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos considerados mais relevantes, proteção essa que se dá por intermédio da aplicação de sanções às condutas humanas previamente tipificadas pelo legislador como criminosas, procurando-se assim, obter uma convivência social minimamente ordenada. A pena, nesse sentido, apresenta-se como um instrumento utilizado exclusivamente pelo Estado para garantir a proteção de tais bens.

Diante de tal constatação e também da existência do princípio da intervenção mínima, observa-se que o Direito Penal pretende proteger apenas aqueles interesses considerados absolutamente relevantes. Tais são estabelecidos a partir dos valores adotados bem como das peculiaridades de cada sociedade (vida, liberdade, integridade física, propriedade, normal e transparente desenvolvimento da Administração Pública, entre outros) e são protegidos por intermédio da aplicação de uma sanção penal ao infrator de determinada norma jurídica.

A função do Direito Penal não é unicamente aplicar sanções aos indivíduos que cometeram um crime, mas também oferecer uma proteção aos bens juridicamente relevantes, proteção essa que se dará por intermédio da utilização da ameaça que a sanção estatal contém. Nesse sentido, podemos afirmar que a principal finalidade do Direito Penal consiste na proteção dos bens jurídicos, ou seja, trata-se de uma forma de tentar prevenir a lesão desses.

Ressalte-se que com relação a que espécies de condutas a ação de punir do Estado poderia ser motivada, encontramos duas correntes teóricas. Para a primeira, somente devem ser levadas em consideração aquelas ações que representem, ao menos, um perigo objetivo de lesão aos bens jurídicos. Já para a segunda corrente, a proteção dos bens jurídicos pode ter início desde o momento em que se manifestarem condutas que possam ser consideradas danosas, mesmo que o bem jurídico não tenha sido concretamente posto em perigo. Nesse sentido, para o Estado exercer seu *ius puniendi* seria apenas necessária a manifestação da vontade do autor em ferir o bem jurídico.

Sendo assim, parece-nos correto afirmar que o Direito Penal surge a partir de uma série de atos contrários aos preceitos estabelecidos pela sociedade, condutas essas vistas cotidianamente sendo realizadas por uma parcela de indivíduos. A tais ações damos o nome de atividade criminosa, que tanto pode ser individual quanto organizada. Em razão disso, aos poucos vai-se criando uma espécie de mal-estar e insegurança dentro da sociedade, uma vez que tais condutas são consideradas reprováveis pela mesma, assim como o Estado, também em função disso, mostra-se cada vez mais repressor. As sanções impostas não mais são

suficientes para combater este mal que atormenta o povo em geral. Muitos são aqueles que pedem penas mais drásticas, enquanto outros tentam elaborar novas teorias que sejam aptas a confrontá-lo. É desta maneira que surge o Direito Penal do Inimigo, onde tenta-se restringir as garantias e mecanismos de defesa daqueles que cometeram crimes que atentem gravemente contra a segurança da sociedade.

O Direito Penal é o instrumento mais violento de controle de comportamentos dentro da ordem jurídica. E como tal, deve ter uma função bem estabelecida, para evitar arbitrariedades daqueles que comandam a máquina administrativa, o aparato repressivo do Estado, a elaboração das Leis e a aplicação pelo Poder Judiciário. A função do Direito Penal, assinala é proteger bens jurídico-penais, que são essenciais ao sujeito e à coletividade.

Para Cezar Roberto Bitencourt, na doutrina brasileira predomina a tese de que a função do Direito Penal é proteger bens jurídicos fundamentais. Os bens jurídicos, contudo, não devem ser identificados meramente como *ratio legis*, já que devem ter um sentido social próprio, que é anterior à norma penal. Sendo assim, a proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, será possível distinguir os delitos das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum (BITENCOURT, 2004. p.11-12).

Bitencourt (2004, p.11-12) explica a função do Direito Penal:

A formalização do Direito Penal tem lugar por meio da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode – a não ser que se trate de um Estado totalitário – invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente deve ser uma realidade concreta. Esses limites referidos materialmente através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc. Assim, o conceito de prevenção geral positiva será legítimo desde que compreenda que deve integrar todos estes limites harmonizando suas eventuais contradições recíprocas; se se compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações. A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático. A pena, sob este prisma estatal, teria reconhecida como finalidade, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais há a negação de um Estado de Direito social e democrático.

Percebe-se, portanto, que conforme a maior parte da doutrina, o objetivo do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos relevantes, ou seja, aqueles considerados essenciais ao indivíduo e à sociedade. Contudo, existem limites para a elaboração e utilização das normas

penais. Não podem essas ultrapassar determinados limites, nem mesmo em nome de uma maioria, sob pena de violar direitos que são inalienáveis e não estão sujeitos a qualquer tipo de barganha político-criminal. Tais barreiras de contenção do Direito Penal foram estabelecidas na Constituição e na legislação por intermédio de princípios que limitam a intervenção estatal, no que se refere ao aspecto jurídico-penal, no sujeito.

Prevalecem no Direito Penal contemporâneo as exigências ético-sociais da plena garantia do respeito aos direitos humanos do indivíduo. Assim sendo é necessário o respeito à dignidade da pessoa humana (princípio da dignidade da pessoa humana e humanidade das penas), do caráter estritamente pessoal da pena (princípio da pessoalidade), do necessário respeito ao princípio da proporcionalidade, do caráter da ampla e contraditória defesa (princípio do devido processo legal) da instrução criminal.

É necessário observar que o Direito Penal, em virtude de materializar o poder punitivo do Estado, bem como configurar-se como o mais gravoso meio de controle social, deve ser usado sempre quando não mais houver alternativas diversas, em último caso (*ultima ratio*) e visando sempre ao interesse social, não devendo transformar-se em instrumento de repressão à serviço dos governantes. Nesse sentido, não deve ser acionado para reprimir atos ilícitos insignificantes para a sociedade, de caráter estritamente privado e sem valor para a sociedade local (PRADO, 2003, p. 53).

Isso quer dizer que a conduta criminosa deve ser necessariamente uma conduta ilícita geradora de um dano a algum bem jurídico público ou privado capaz de despertar a fúria do interesse coletivo, de forma a movimentar o Poder Judiciário e aplicar o devido processo legal. O Direito Penal não deve ser usado para punir crimes como furtos de alimentos em pequenas quantidades por ocasião de fome do delinquente, por exemplo. Sendo assim, na observação do caso concreto, devem ser utilizados os princípios da insignificância e da proporcionalidade ao analisar os crimes e aplicar as respectivas sanções.

Ressalte-se ainda que, de acordo com a Teoria de Binding, a norma penal teria apenas um caráter descritivo da conduta proibida ou imposta, tendo a lei, por sua vez, caráter proibitivo ou mandamental. O legislador, ao tipificar uma conduta, prevê também uma condenação correspondente, que será utilizada caso aquela venha a ser praticada.

Tal técnica de redação fez com que Binding chegasse à conclusão de que o criminoso, na verdade, quando praticava a conduta descrito no núcleo do tipo penal, não infringia a lei, posto que o seu comportamento se amoldava perfeitamente ao tipo penal incriminador, mas sim a norma penal que se encontrava contida na lei. Ao definir as normas como proibições ou mandados de ação, afirmava que o delito se choca com tais proibições e

mandados, mas não com a lei penal em si. Caso se tipifique o delito de furto, entende-se que há uma proibição de furtar; se se pune a omissão de socorro, deduzimos que há um mandado de socorrer. Sendo assim, conclui-se que aquele que furta ou omite socorro não viola a lei, mas sim a cumpre. O que viola-se é a norma, que se acha fora da lei penal, que somente poderá ser conhecida através dela.

Conforme preleciona Prado (2003, p.53):

A norma jurídico-penal tem a natureza imperativa e endereça-se a todos os cidadãos genericamente considerados, através de mandados (imperativo positivo) ou proibições (imperativo negativo) implícita e previamente formulados, visto que a lei penal modernamente não contém ordem direta (v.g., não deixar de; não matar; não ofender a integridade corporal), mas sim vedação indireta, na qual se descreve o comportamento humano pressuposto da consequência jurídica.

6 O Direito Penal e os princípios da punibilidade

Conforme Bianchini et al. (2009), o Direito Penal representa o ramo mais contundente do diploma jurídico do Brasil. Por esse motivo, o Direito Penal deve ser o último recurso a ser utilizado para a resolução de um conflito na área jurídica, uma vez que os resultados acarretados por uma condenação criminal na vida de uma pessoa são de grande monta.

Quando utilizado de forma arbitrária, o Direito Penal acaba por se tornar uma arma poderosa contra o indivíduo, resvalando na violação de seus direitos constitucionais, como a garantia de dignidade da pessoa humana; direitos estes que visam à própria manutenção do Estado Democrático de Direito. “[...] quantas barbáries já se efetuaram sob o manto protetor da legalidade, com o pensamento de que se há a previsão na lei penal, é lícito. Tal pensamento conduziu a inúmeras barbáries, desde os tempos mais remotos até as ditaduras autoritárias mais recentes” (BIANCHINI, et al., 2009, p. 37).

Na busca de evitar essas ocorrências é que surgiram nas instituições democráticas – que procuram assegurar os direitos e as garantias fundamentais das pessoas apostas na Magna Carta – as constituições democráticas.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 não é diferente daquelas das demais nações de regime democrático. A Magna Carta brasileira institui diversos dispositivos que buscam assegurar os direitos fundamentais do indivíduo, acarretando na permanência de toda ordem infraconstitucional subordinada às diretrizes constitucionais.

Dessa relação surge, ainda, o Direito Penal brasileiro, diploma legal controlado pelos dispositivos da Constituição Federal de 1988 que visam à garantia de certos princípios fundamentais, tais como: o princípio de legalidade, o princípio de intervenção mínima, o princípio da proporcionalidade, o princípio da culpabilidade e o princípio da dignidade humana (SANTOS, 2005).

À vista disso, tais princípios, segundo Santos (2005), objetivam, sobretudo, a limitação do poder punitivo do Estado. Em outras palavras, os princípios buscam estruturar o Direito Penal, a fim de que ele se configure como o Direito Penal Constitucional.

Assim, cada um desses princípios podem ser analisados, ainda que de forma generalista, mas visando ao entendimento de seus conceitos para a atuação do Direito Penal na forma funcionalista, balizado pelo Estado Democrático de Direito do país.

A segunda metade do século XIX passou a conhecer, em escala mundial, um vertiginoso aumento da violência e criminalidade. Desse modo, se faziam necessárias ações que coibissem esse fenômeno, entre estas, ações no âmbito sociojurídico.

Segundo Foucault (2009), diversas teorias da época, entre elas o pensamento positivista, passaram a analisar esse contexto e propor soluções. O crime passou a ser examinado sob o ponto de vista da fenomenologia e da sociologia, sendo o criminoso o centro das investigações biopsicológicas.

Dessa forma, pode-se esclarecer que o funcionalismo, em matéria sociológica, consolida-se na perspectiva que se utiliza para a análise da sociedade e de seus componentes principais, buscando enfocar a mútua inter-relação, objetivando a redução da complexidade própria do sistema social.

A tarefa principal do funcionalismo é analisar o percurso do processo social e os alinhamentos institucionais para a efetiva conservação da estabilidade social, e que acabam por colaborar para a sua reprodução. O cerne da questão é tentar elucidar os diferentes aspectos da sociedade, balizados pelas funções efetivadas pelas instituições que aí operam e por seus inúmeros segmentos (SANTOS, 2005).

Destarte, a partir dos limites teóricos expostos e transpondo-os para a área do Direito Penal, surgem outras questões que em dias hodiernos ainda não apresentam uma resposta efetiva a algumas indagações, como as funções daquele diploma legal no sistema social e, ainda, quais os objetivos da pena e se o Direito Penal cumpre todas as funções de forma eficaz.

Procurou-se sistematizar e elucidar os questionamentos apontados acima na teoria do funcionalismo penal de Roxin em seu clássico “Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen” (ROXIN, 2002).

Roxin *et al.* (2007), em os seus estudos, pretendem abandonar a pretensão de recorrer ao universo do ser, não incluindo como possibilidade as estruturas lógico-objetivas inerentes ao chamado finalismo. Buscam, assim, moldar outra doutrina fundada em um conjunto de princípios de viés valorativo e que enfoque o sentido do dever ser que se preocupe em problematizar quais as verdadeiras funções do Direito Penal.

Nesse contexto, a teoria do delito passa a ser norma e ser entendida como um conjunto de valorações remetendo o Direito Penal à inter-relação com a política criminal, sendo esta compreendida como a sistematização de ações de repressão e prevenção das práticas delituosas efetivadas pelo Estado.

Desse modo, são introduzidos aspectos que provêm do programa de política criminal a cada um dos fatores que integram o conceito analítico de crime. Isso desimpede os juristas das amarras que as estruturas pré-jurídicas ou pré-normativas – na crítica de Roxin et al (2007, p.104), aspectos da lei eterna do ser – ocasionam para o “desenvolvimento sistêmico da teoria do crime.”

Assim, adentra-se na seara da justa aplicação da pena, da função principal de proteção ao bem jurídico, da atipicidade de condutas não ofensivas ou insignificantes que não causem dano a outrem, como elementos importantes para um novo entendimento das questões do Direito Penal.

Conforme doutrina o próprio Roxin (2002) sobre o fundamento ideológico de sua doutrina penal, o Direito Penal é a forma pela qual as finalidades da política criminal se transferem para o âmbito jurídico. Ao se construir a teoria do delito no sentido supracitado, as críticas que afirmam ser esta um dogma abstrato e conceitual, herança da Escola Positivista, se configurarão como discurso enganoso.

Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto (ROXIN, 2002, p. 108).

Dessa forma, instaura-se um novo paradigma no âmbito do direito penal como método de estudo das ciências penais e suas inter-relações com outras, tais como a criminologia, a política criminal, a psicologia, a antropologia, entre outras. Este novo paradigma inaugura a Escola Funcionalista.

A Escola Funcionalista propõe o estudo do Direito Penal apartado do contexto dogmático, encerrando, de vez, com as influências positivistas. Deste modo, este diploma legal passa a ser um dinâmico e complexo sistema que se utiliza dos valores político-criminais, como pregado pelas ciências sociológicas que balizam a sua própria estruturação (CALLEGARI, 2005. p. 69).

Tomando por base esta nova epistemologia do Direito Penal, pode-se proceder aos estudos das teorias que envolvem o delito e os intrincados conjuntos de princípios que estruturam a teoria da pena.

6.1 O funcionalismo no Direito Penal e a teoria do delito

Almeida (2013) propõe um exame minucioso das atuais teorias do elemento punível e do conceito analítico de crime, enfocando os elementos conduta, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade segundo a abordagem da teoria funcionalista de Roxin (2002, p.2011): “É fato que a adoção do método da Escola Funcionalista acaba por subverter a clássica abordagem do Direito Penal, sobretudo aquela concebida no Brasil, que encontra esteio na lógica dedutiva, cujo procedimento parte do geral para o particular”.

Dessa forma, o funcionalismo procura ampliar a importância da jurisprudência de uma forma mais sistematizada, sem basear-se no chamado argumento da autoridade, como na abordagem anterior.

6.1.1 A conduta humana

Compreender como a doutrina funcionalista influencia no conceito de conduta humana é imprescindível para o entendimento da teoria do delito, já que ela é o fundamento de toda constituição dogmático-penal.

De fato, a Escola Funcionalista representou um importante avanço para os estudos da conduta humana, tornando-se um elemento agregador entre o Direito Penal e as doutrinas político-criminais, buscando elucidar questões controversas, resultando na elaboração da chamada teoria pessoal da ação.

Conforme Santos (2005, p.98), a teoria pessoal do ação pode ser identificada como aquela que identifica a ação como uma manifestação da personalidade humana, de acordo com a teoria de Roxin. Tal conceituação é importante para se proceder à exclusão de ações oriundas de processos somáticos corporais e alheios ao controle do ego, classificados como não domináveis.

Ainda segundo o autor, compreender a ação como manifestação da personalidade humana amplia o próprio conceito de ação, permitindo a exclusão dos fenômenos somático-corporais não passíveis de controle como, por exemplo, atos reflexos, força física acima da média ou diversos estados de inconsciência (SANTOS, 2005).

Souza Júnior (2013) aponta certa resistência da doutrina pátria em reconhecer essa formulação, em grande parte por ela se encontrar sistematizada sob a teoria social da ação, sendo mais tarde reconhecida pelos estudos de Wessels como a teoria que aproxima a Política Criminal do Direito Penal.

Destarte, no sistema funcionalista não se pode considerar um conceito fechado e estanque da conduta humana, uma vez que ao atribuir valor a uma determinada conduta da pessoa é que se irá ditar se esta é ou não relevante para o Direito Penal. Esse conceito é processado em relação à atribuição de valor a uma ação para se extrair o juízo.

A unidade da ação um dado complexo de se definir sem se levar em conta outros aspectos como a causalidade, comportamentos voluntários e finalidade, que se encontram na base da estruturação de toda manifestação de um comportamento passível de punição.

Ainda conforme o autor, a unidade de ação se firma de um aspecto valorativo comum, na medida em que a ação de uma pessoa produza um determinado efeito que possa ser atribuído ao autor, enquanto pessoa, de maneira que se possa considerar o agir ou o omitir, dois elementos da exteriorização da personalidade.

Isso posto, a afirmação de uma ação não implicará em qualquer atribuição de valor negativo ou provisório aos comportamentos, uma vez que mesmo aqueles reprovados socialmente são considerados como ações. De fato, termina por se considerar tal ponto de vista como inferências político-criminais.

De resto, apesar das críticas que muitas vezes são dirigidas ao conceito pessoal de conduta humana na teoria teleológica de Roxin, em parte por se relacionar a um conceito amplo e vago, é certo que a teorização sobre aquele conceito, numa perspectiva funcionalista, é bastante pertinente e compatível com o objetivo político-criminal. Fica, assim, sob critério do jurista, segundo os cânones legais, a interpretação da existência ou não de conduta por parte do agente (ELHICHE, 2004).

6.1.2 Imputação objetiva e tipicidade

Os critérios definidores da estrutura dogmática do delito, propostos na teoria teleológica de Roxin (2000), provocando a aproximação do Direito Penal e das ciências políticas e criminais, foram importantes para firmar uma tendência de organizar o sistema de imputação de penas segundo a articulação de certos elementos – conduta, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade – em direção às funções do Direito Penal.

Os elementos imputação objetiva e tipicidade se encontram inter-relacionados e a teoria do funcionalismo tratou de sistematizá-los de forma que pudessem direcionar as próprias ações do Direito Penal. Segundo a opinião de juristas, essa é a maior contribuição da teoria de Roxin (ELHICHE, 2004).

Os requisitos supracitados modificam os critérios de imputação vigentes na doutrina jurídica anterior, que se encontrava amparada na mera relação causa e efeito. Todavia, essa previsão ainda encontra-se estabelecida no ordenamento jurídico penal brasileiro. Para comprovação, observa-se o art. 13 do Código Penal, in verbis: “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 1940).

Anteriormente ao advento da teoria funcionalista, os casos considerados desviantes dos padrões deveriam ser resolvidos tomando-se por base os chamados excludentes de antijuricidade. Muitas vezes, aqueles ficavam mesmo sem uma resposta adequada para a aplicação da pena (GRECO, 2007. p.29).

Almeida e Vaz (2013) utilizam um exemplo clássico presente na obra de Roxin para inferir sobre o exposto acima e sobre “a hipótese da hipótese do agente que age diminuindo um risco preexistente”: o trabalhador, que na iminência do perigo de um companheiro ser atingido na cabeça por uma viga que cai do teto, empurra-a sobre o braço do mesmo, amputando-o. A questão é se o trabalhador, na forma das penalidades da lei, responderia por lesão corporal de natureza gravíssima.

Passa-se, então, à análise do caso segundo as abordagens estudadas: à luz da abordagem finalista do Direito Penal, a conduta do agente poderia ser tipificada de forma objetiva, já que a lesão corporal é um crime que se encontra previsto na lei (ALMEIDA; VAZ, 2013).

Além disso, o exame minucioso do chamado tipo subjetivo leva à inferência de que a ação do trabalhador é caracterizada como dolo direto, significando a consciência e vontade de efetivar os elementos descritos no tipo objetivo. Em outras palavras, o trabalhador possuía a consciência e vontade de prover à ação de amputar o braço da vítima, ao invés de permitir que a viga lhe atingisse a cabeça.

Toda a situação supradescrita não encontra previsão no que o ordenamento jurídico entende por estado de necessidade e que se encontra instituído no art. 24 do Código Penal (BRASIL, 1940). Todavia, ainda resta a questão de entendimento do porquê da conduta não ser considerada crime, já que a doutrina finalista não responde objetivamente a esse imbróglio.

Buscando a solução de casos limites, a exemplo do supradescrito, a teoria da imputação objetiva é aprimorada por Roxin (2002), e são estabelecidos os critérios com a função de imputar o resultado típico à conduta humana. Segundo os escritos do próprio teórico, os critérios são fundamentalmente dois:

a) criação de um risco juridicamente não permitido –

O processo se baseia, basicamente, em buscar consubstanciar as ações que não criam riscos propriamente, as chamadas ações não perigosas, a não consideração de tipificação das mesmas ainda que estas, fortuitamente, não causem lesões.

b) realização do risco no resultado

Esse princípio deverá ser aplicado anteriormente à imputação ao autor de causação do resultado, uma vez que não é o bastante a criação do risco não permitido de um resultado definido. Antes, será imprescindível analisar que o resultado provenha justamente daquele risco, ou seja, o resultado natural do perigo, o qual proíbe o Direito Penal.

Almeida e Vaz (2013) novamente exemplificam com um caso a fim de que se entenda o supra exposto: uma vítima, ferida por um agente, o qual criou o risco não permitido, vem a falecer por conta de um acidente sofrido pela ambulância que a transporta. A questão é analisar o risco não realizado no resultado.

Analisando tal fato sob o ponto de vista do funcionalismo no Direito Penal, pode-se inferir que o risco criado pelo autor dos ferimentos na vítima – a morte desta – não se realizou no resultado, sendo este substituído por outro, o risco de morte em um acidente da ambulância. Mediante isso, pode-se observar alguns aspectos da teoria funcionalista: a criação ou incremento do risco não permitido; e a realização do risco no resultado.

À guisa de conclusões deste item, é interessante afirmar que a teoria da imputação objetiva tem a sua importância enquanto se apresenta como uma resposta às questões limítrofes que, muitas vezes, emperravam o momento de julgar a aplicação da pena. Resposta essa que a teoria finalista não dava conta de abarcar.

6.1.3 A antijuricidade

A antijuricidade, também conhecida por ilicitude da conduta humana, também compõe os estudos acerca da teoria do delito. O ato típico, para ser considerado criminoso, deverá apresentar, igualmente, a qualidade da antijuricidade, ou seja, ser reprovável ao que demanda o Direito.

No Direito Penal, a antijuricidade representa uma contradição entre o ato humano, realizado ou omitido, e o que estabelece o ordenamento jurídico de um país em seu conjunto de permissões e proibições.

De forma geral, toda ação que se configura como típica já traz em seu bojo a antijuricidade em razão da própria tipicidade. É comum entre os doutrinadores o discurso de

que a tipicidade indicia a antijuricidade, uma vez que o próprio legislador irá somente descrever a ação em um tipo penal se esta for reprovada pelo Direito. Todavia, esse indício poderá ser infirmado, ou seja, não será levado a efeito pelos tribunais.

Esse contexto pode ser verificado em, por exemplo, casos concretos em que se mostre a ocorrência das causas de justificação, ou excludentes da ilicitude. No Direito Penal brasileiro, estes aspectos estão previstos no art. 23 do Código Penal e são relacionados como:

- a) estado de necessidade;
- b) legítima defesa;
- c) exercício regular do Direito;
- d) estrito cumprimento do dever legal.

Para a grande maioria dos doutrinadores que compactuam com a forma tradicional, esses aspectos têm a qualidade de *numerus clausus*, ou seja, são taxativos. Isso impede a sua ampliação por parte do Estado/juiz mesmo que na presença de situações notadamente injustas.

No intuito de se evitar as situações verificadas como incompatíveis com o dogma penal contemporâneo, a teoria funcionalista busca traçar uma nova sistemática a fim de que a antijuricidade seja analisada e estudada em suas funções político-criminais.

Para os autores, na hipótese de alguém causar lesão a outra pessoa que seja plenamente capaz e mediante seu consentimento, como acontece na colocação de piercings, alargadores ou na execução de tatuagens no corpo de outrem, a antijuricidade da conduta seria excluída com base em um dispositivo supralegal de afastamento de antijuricidade, na medida em que seja verificado o consentimento do ofendido (ALMEIDA;VAZ, 2013).

O funcionalismo penal produz o avanço de se poder analisar a antijuricidade sob o ponto de vista da função político-criminal desta. Com isso, evita-se, por exemplo, a aplicação de penas severas a todo aquele que tenha praticado um ato proibido pelo Direito, mas que o tenha feito sob consentimento da suposta vítima.

6.1.4 A culpabilidade

A culpabilidade é entendida como o derradeiro elemento que completa o conceito analítico de delito. O funcionalismo analisa esse elemento e propõe dispositivos inovadores, na medida em que o toma como algo maior, introduzindo-o em uma categoria de responsabilidade (ROXIN, 2002, p.127).

Para a aplicação de uma pena é imprescindível que haja a condição da culpabilidade do réu. À essa condição, é acrescentada a necessidade preventiva, geral ou especial, de uma pena para que sejam observadas, de forma recíproca, a culpabilidade do ato e sua necessidade de prevenção.

Mediante o supra exposto, Almeida e Vaz (2013) aconselham que:

Ao se perfazer a análise desse último elemento do delito, deverá o intérprete perquirir acerca da necessidade de se impor uma pena de natureza criminal, não só sob o prisma dogmático realizando a análise dos demais elementos que compõem a culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito), mas também sob o enfoque das teorias preventivas da pena.

O raciocínio apresentado acima, mesmo que não esteja expressamente autorizado no Direito Penal vigente, é prática nas hipóteses de necessidade exculpante, que pode ser entendida como a exclusão da culpabilidade diante da inexigibilidade de outro comportamento. Todavia, é interessante recordar que a inexigibilidade da conduta diversa não encontra total respaldo no ordenamento jurídico.

A fim de ilustrar esse raciocínio, interessante se faz trazer um caso que Bitencourt (2007, p. 67) cita em sua obra. Em uma situação de perigo, presentes o filho de um agente e um terceiro – em que somente um destes poderá ser salvo e o terceiro está em melhores condições de vida –, qual deverá ser o procedimento do agente? Salvar o filho e deixar o terceiro morrer, ou salvar o terceiro em detrimento da vida de seu próprio filho?

Nesse caso, pode ser reconhecido que o agente possa executar um procedimento que não esteja de acordo com o que preceitua o Direito, mas qual a possibilidade de se exigir um comportamento diverso nessas circunstâncias.

O próprio Bitencourt (2007, p. 232-245) observa que um julgamento de um caso como esse irá levar a maioria dos juízes a decretar a absolvição do réu mesmo se verificando a inexistência da excludente, qual seja, o entendimento de que não havia outro modo de proceder diante de uma situação como a apresentada acima.

Assim, instaura-se um novo paradigma no âmbito do direito penal como método de estudo das ciências penais e suas inter-relações com outras disciplinas, tais como a criminologia, a política criminal, a psicologia, a antropologia, entre outras. Esse novo paradigma inaugura a Escola Funcionalista.

Tomando por base essa nova epistemologia do Direito Penal, pode-se proceder aos estudos das teorias que envolvem o delito e os intrincados conjuntos de princípios que estruturam a teoria da pena.

6.2 O funcionalismo no Direito Penal e a teoria do delito

Souza Júnior (2013) assevera ser fato que a adoção do método da Escola Funcionalista acaba por subverter a clássica abordagem do Direito Penal, sobretudo da forma como é concebida no Brasil, que encontra esteio na lógica dedutiva, cujo procedimento parte do geral para o particular.

Dessa forma, prega o funcionalismo que mesmo diante da ausência de prévia autorização legal, o juiz deverá absolver o réu todas as vezes que a sanção criminal não precise ser vergastada e seja útil a aplicação desta no caso que passa por exame. Isso se observa em razão de preceitos dogmáticos ou de cunho político-criminal.

Por fim, é interessante apor as impressões de Luís Greco (2000, p.139), que afirma:

Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial).

De fato, o funcionalismo integra dois planos teóricos que na maioria das vezes se encontram apartados tanto no contexto doutrinário quanto jurisprudencial. Todavia, essa análise não poderia ser feita em separado, uma vez que, como demonstra o ponto de vista do eminente jurista, uma conduta delitiva nem sempre pode demandar a aplicação de uma pena severa, com o risco do Direito caminhar na contramão de sua própria existência: a justiça, como manutenção da dignidade humana.

7 O direito de punir do Estado: o estudo da aplicação das penas

Noronha (1999) discute o conceito de pena como uma retribuição do mal praticado pelo delinquente, que deverá, inclusive, ser privado de seus bens.

[...] É expiação. Antes de escrito nos Códigos, está profundamente radicado na consciência de cada um que aquele que praticou um mal deve também um mal sofrer. Não se trata da *lex talionis*, e para isso a humanidade já viveu e sofreu muito; porém é imanente em todos nós o sentimento de ser retribuição do mal feito delinquente. Não como afirmação de vingança, mas como demonstração de que o direito postergado protesta e reage, não apenas em função do indivíduo, mas também da sociedade. (NORONHA, 1999, p. 226).

O Estado é o agente disciplinador, é quem deverá aplicar a pena fazendo com que o infrator expie o mal praticado. A pena, nesse caso, representa a consequência jurídica do delito, “a medida de reprovação de sujeitos imputáveis, pela realização não justificada de um tipo de crime [...]”, nas palavras de Santos (2005, p. 60).

Ainda segundo Santos (2005), a pena criminal é o resultado natural do ato injusto do agente infrator e tem por objetivo atribuir uma sanção reprovando tal ato. Ao Estado cabe o ônus de aplicar a pena após o devido processo, que deverá transcorrer respeitando os direitos de defesa do infrator. A pena pode adquirir, além do caráter de retribuição, também o de prevenção.

7.1 Teoria retributiva da pena

A pena de caráter retributivo é aquela cuja aplicação visa tão somente à justiça, ou seja, emprega-se uma sanção penal visando à compensação da culpa do autor. É o mal pelo mal. Santos (2005, p.3-4) define essa característica como “compensação da culpabilidade.” De fato, a sociedade sente-se satisfeita quando ao condenado é imposta a retribuição do mal praticado, principalmente se essa compensação vier na forma de pena privativa da liberdade (GRECO, 2007).

A teoria retributiva da pena passa a ser, assim, uma satisfação aos anseios por justiça da sociedade, pois acredita-se que o infrator, ao cometer o ato delituoso tem consciência de que será punido e, portanto, este opta pela punição (SANTOS, 2010). No entanto, Bitencourt (2001) tece críticas ao modelo retributivo da pena, pois, para ele “o direito penal e [...] a pena buscam fins [...] racionais: tornar possível a convivência social. A metafísica necessidade de realizar a justiça excede os fins do direito penal” (GRECO, 2007, p. 113).

7.2 Teoria preventiva da pena

O caráter de prevenção da pena é, proporcionalmente, diferente do caráter retributivo. Nessa forma de sanção, a preocupação é prevenir outros atos delituosos pelo mesmo autor e, também, inspirar o receio a possíveis delinquentes.

A teoria preventiva da pena apresenta dois momentos segundo Araújo (2012): a prevenção especial e a prevenção geral.

7.2.1 Prevenção especial

O infrator é o centro de sua atuação. A prevenção especial da pena busca inspirar temor ao infrator para que este não volte a delinquir. Ao mesmo tempo, busca a sua ressocialização. É o que se chama fator negativo, com a retirada do infrator da sociedade e privação de sua liberdade; e fator positivo, cujo objetivo é proporcionar meios ao infrator, visando a não-reincidência.

7.2.2 Prevenção geral

A prevenção geral busca a segurança da sociedade contra a ameaça de um ato infracional, no sentido de que o cidadão de bem não se direcione para a delinquência, agindo dentro das normas impostas, a fim de evitar ser alvo de aplicação de uma sanção penal. Quanto a essa definição, Barros (2001, p.57) explica que “com a prevenção geral esperam-se da ameaça e execução da pena a intimidação dos delinquentes potenciais e, em geral, a estabilização da consciência normativa social.”

Como na definição anterior, a prevenção geral se divide em dois aspectos: positiva e negativa, sendo a prevenção geral positiva subdividida em dois fatores, fundamentadora e limitadora (SANTOS, 2010); e a prevenção geral negativa, baseada na intimidação.

Sobre a prevenção geral positiva regulamentadora, Bitencourt (2004, p. 91) escreve que o “Direito Penal cumpre uma função ético-social para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica”. Em outras palavras, o importante é a estabilidade da consciência normativa da seriedade, garantida pela aplicação das sanções penais.

Ainda discorrendo sobre a prevenção geral positiva limitadora, ressalta que ela se caracteriza pelo poder punitivo do Estado procurando limitar os atos delituosos, na medida em

que uma sanção penal apresenta caráter intimidador e “de correção, de neutralização e de retribuição atribuída a pena criminal pelo discurso punitivo [...]” (SANTOS, 2005, p. 11).

7.2.3 Teoria mista ou unificada

A teoria mista da pena aparece como uma unificação das teorias retributiva e preventiva geral e preventiva especial, as teorias mistas ou unificadas tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Ou seja, a teoria mista esclarece que o objetivo precípua de uma sanção penal não é apenas retribuir ao indivíduo que cometeu um ato infracional o mal praticado, mas a prevenção, no sentido de que a pena neutraliza o infrator, retira-o temporariamente da sociedade, intimidando-o, para, ao mesmo tempo, oferecer o exemplo à sociedade para que esta se conscientize da necessidade de obediência às normas jurídicas (SANTOS, 2005).

A teoria mista ou unificada reúne ideais de humanização da sanção penal, uma corrente de pensamento herdado do período pós-Segunda Guerra. Segundo esses ideais, a função do Estado não é somente a de punir, aplicando uma determinada pena, mas a de que esta venha a colaborar para a readaptação à sociedade do indivíduo que delinuiu, garantindo-lhe os seus direitos. É esperado, assim, que a pena também funcione como medida preventiva e que potenciais infratores se intimidem, a fim de que não se percam as bases da sociedade, estabelecidas nas normas jurídicas.

O Código Penal brasileiro, segundo Santos (2005), contempla a teoria mista na aplicação de sanção penal. Um exemplo é o art. 59, do Código Penal que especifica: “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social [...] do agente, aos motivos [...] do crime, bem como ao comportamento da vítima estabelecerá, conforme seja necessário o suficiente para *reprovação e prevenção* do crime”. (BRASIL, 1940, grifos nossos).

Ao utilizar as expressões “reprovação” e “prevenção” quer-se, ao mesmo tempo, ao infrator, reprovar o seu ato e, com a sanção penal, neutralizá-lo e corrigi-lo visando à ordem social.

7.3 Classificação das penas

A partir da promulgação da lei 7.209/1984, que alterou dispositivos do Código Penal brasileiro, o país adota três tipos de sanção penal, segundo o art. 32 do mesmo código (BRASIL, 1984):

- a) privativa de liberdade;
- b) restritiva de direitos;
- c) de multa.

Para efeitos de discussões a que se propõe este trabalho, levar-se-á em consideração, inicialmente, as penas restritivas de direito e de multa, uma vez que estas não atingem diretamente a liberdade do indivíduo infrator; não são, por isso, objetos essenciais para este estudo e servem como material informativo. Também será utilizado o termo apenado, para referir-se ao indivíduo que está submetido a uma sanção penal.

O art. 43 do Código Penal brasileiro estabelece as penas restritivas de direitos, em substituição às penas privativas de liberdade (BRASIL, 1984). Araujo (2013) faz um estudo desse tipo de pena e esclarece que elas podem ser aplicadas quando a condenação não exceder a quatro anos, em caso de crimes culposos de qualquer espécie, ou quando no crime, se de natureza dolosa, não houver prática de violência ou grave ameaça. As penas restritivas de direitos são:

- a) prestação de serviços à comunidade;
- b) interdição temporária de direitos;
- c) limitação de final de semana.

A prestação de serviços à comunidade, estabelecida no art. 46 do Código Penal (BRASIL, 1984), consiste em tarefas gratuitas designadas ao condenado junto a entidades sociais de diferentes tipos e outros estabelecimentos incluídos em programas sociocomunitários (BRASIL, 1984).

Por interdição temporária de direitos, entende-se as proibições de exercício de cargo público, dos mandatos eletivos, de profissões e atividades que dependam de habilitação especial ou licença e autorização do poder público, além da suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, conforme a letra do art. 47, do Código Penal (BRASIL, 1984).

A limitação de final de semana é a sanção penal determinada no art. 48 do *codex* e estabelece a obrigação do condenado em permanecer por um período de tempo (cinco horas diárias), aos sábados e domingos, em casa de albergado ou estabelecimento similar onde poderá assistir a palestras e participar de atividades socioeducativas.

Cardoso (2007, p.96) emite sua opinião em relação às penas restritivas de direitos:

A prestação de serviços à comunidade é um ônus que se impõe ao condenado como consequência da prática da infração penal. Não pelo emprego, nem gera relação empregatícia, também não pode ser considerada „trabalhos forçados“, tendo em vista a natureza substitutiva da prestação de serviços, e principalmente, diante do seu caráter humanitário (medida descaracterizadora); além do mais, na execução da pena privativa de liberdade, o trabalho também é obrigatório para o condenado, e, também, não se confunde com a antiga (e já banida) pena de trabalhos forçados.

Assim, as penas restritivas de direitos, em suas diferentes modalidades e substituindo às privativas de liberdade, apresentam caráter individualizante e devem ser adequadas, pelo juiz, às condições do ato infracional, conforme Jesus (1999 apud ARAUJO, 2013, p. 11).

A pena de Multa está prevista no Código Penal brasileiro, do art. 49 até o art. 52 (BRASIL, 1984) e estabelece, basicamente, a possibilidade de sanção penal, onde o condenado reverte sua culpa em pagamento, cujos valores são atribuídos pelo juiz após sentença condenatória.

A pena multa está devidamente transcrita no art. 49, do codex, sendo que será fixada em sentença condenatória, e consiste no pagamento de multa ao Fundo Penitenciário Nacional. A forma de cálculo da pena de multa será em dias-multa, entre o valor de 1 a 360. O valor do dia-multa não será inferior a um trigésimo do salário mínimo vigente e nem superior a 5 vezes este salário. A pena multa poderá substituir a pena privativa de liberdade, não superior a 1 (um) ano e poderá ainda ser aplicada alternativa ou cumulativamente. (ARAUJO, 2013, p. 12).

A diferença entre a pena de reclusão e a pena de detenção, segundo o art. 33 do CP, está no regime em que deverá ser cumprida pelo condenado: a pena de reclusão se cumprirá em regime fechado, semiaberto (sic) ou aberto; enquanto a pena de detenção se dá em regime semiaberto ou aberto (BRASIL, 1940). Quanto à espécie de regimes, conforme art. 3º, parágrafo 1º, tem-se:

- a) regime fechado, a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto (sic), a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

7.3.1 Regime fechado

No regime fechado destina-se a pena de reclusão ao condenado. Nucci (2005, p. 294) observa, comentando o artigo que regulamenta a pena, que o regime fechado deve ser

estabelecido para condenações acima de oito anos. No entanto, condenações a anos de montante inferior podem ser levadas a efeito sob esse regime, desde que o juiz, observados os aspectos do crime, assim o entenda como necessário.

Ainda segundo Nucci (2005, p. 298), a pena de reclusão em regime fechado é prática útil no direito penal e deve ser considerada em grande parte dos casos de infração, principalmente quando tratar-se de crimes graves e violentos que chocam a sociedade, “pois não há o que se fazer a curto ou médio prazo com determinados tipos de delinquentes” (NUCCI, 2005). Outra referência é com relação aos reincidentes, cujo regime, obrigatoriamente, será o fechado.

7.3.2 Regime semiaberto

O regime semiaberto é destinado ao indivíduo que cometeu ato infracional e cuja pena tenha progredido do regime fechado, ou a condenação inicial tenha sido declarada assim em sentença. Conforme Leal (1998, p. 324), o regime semiaberto não submete o condenado às regras rigorosas, como o isolamento celular, ou aos aparatos ostensivos de segurança do sistema penitenciário.

Araujo (2013) observa que essa característica de menor vigilância do apenado suscita discussões sobre a eficácia do regime semiaberto. No entanto, a relativa liberdade que esse apenado goza nos estabelecimentos determinados para o cumprimento da pena pode, ao contrário, estimulá-lo a uma infração de pena mais severa.

Como consequência a esse modelo menos vigiado, as colônias penais agrícolas devem ser instaladas longe dos centros urbanos. Os apenados são alojados em dormitórios coletivos, e para aqueles que apresentam alguma alteração temperamental há celas individuais. [...] O condenado, no início do cumprimento da pena, pode também ser submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da execução (FEU ROSA, 1995, p. 223).

7.3.3 Regime aberto

O art. 36 da lei nº 7.209/1984 (BRASIL, 1984) institui que o regime aberto é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que ficará fora do estabelecimento e sem vigilância. Ele deverá trabalhar, frequentar curso ou uma atividade autorizada, e permanecerá recolhido durante à noite e nos dias de folga. Em seu parágrafo 2º,

o artigo estabelece, ainda, que se o condenado praticar ato infracional doloso e frustrar os fins da execução, poderá ser transferido do regime aberto (BRASIL, 1984).

A respeito desse modelo de pena, Nucci (2005, p.553) opina que

[...] inúmeros governantes desconhecem ou fingem ignorar o disposto em lei. O maior exemplo pode ser extraído do art. 203, § 2º, da LEP, indagando-se onde estão as casas de albergados nas comarcas brasileiras, [...]. Torna-se difícil convencer o brasileiro comum a cumprir as leis do seu País, quando os administradores as desprezam sem o menor pudor.

De fato, o Brasil descumpre várias das exigências dos artigos que estabelecem o regime aberto como sanção penal, como, por exemplo, a inexistência de Casa de Albergado. Tal fato obriga o apenado a recolher-se em prisão albergue domiciliar, esta voltada para outros tipos específicos de infratores (NUCCI, 2005). “Por absoluta irresponsabilidade do poder executivo no Brasil, a prisão em regime aberto [...] perde essência de prisão, visto que não há nenhuma fiscalização com relação aos condenados” (ARAUJO, 2013, p. 15).

7.3.4 Regime especial

Consagrado no art. 37 do Código Penal (BRASIL, 1940), o regime especial é voltado ao cumprimento de pena pelas mulheres; isso devido a sua condição pessoal e à própria ideia de um estabelecimento carcerário misto, inconcebível por conta da indisciplina intolerável que o caracterizaria.

A letra do art. 37 do Código Penal garante o direito às apenadas, enquanto institui que “as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes a sua condição pessoal [...]” (BRASIL, 1940).

7.3.5 Regime disciplinar diferenciado (RDD)

O RDD não se trata de um regime de cumprimento de pena, mas um dispositivo estabelecido pela lei 10.792/2003, em seu art. 52, e voltado para condenado ou preso em situação provisória, cujo crime doloso pode subverter a ordem ou a disciplina interna.

Essa modalidade de sanção disciplinar consistirá no recolhimento em cela individual; visitas de, no máximo, duas pessoas, excetuando crianças, por duas horas semanais; duas horas de banho de sol por dia, pelo prazo máximo de 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie.

O RDD vem sendo alvo de discussões entre os juristas, que alegam, inclusive, a inconstitucionalidade da medida. No entanto, seu estabelecimento vem atender ao contexto social hodierno do país, onde o sistema carcerário está tomado pelas atuações do crime organizado, que promove ações contra as instituições sociais. A preservação da ordem constitucional e do estado democrático de direito justifica tais medidas legislativas.

7.4 A execução penal e o sistema penitenciário no Brasil

7.4.1 Conceito de execução penal

A execução consiste, no jargão jurídico, no ato pelo qual se cumpre a decisão de uma sentença. É um conjunto de normas estabelecidas nos direitos constitucional, penal, processual e administrativo, e regulamentam e se empenham na concretização das sentenças de condenação impostas ao condenado, internado ou sujeito a tratamento médico.

Segundo Jacques (2004. p.89), a legislação penal brasileira adota o sistema vicariante, que estabelece pena ao réu imputável e ao culpado inimputável e determina medida de segurança. O culpado inimputável é aquele portador de perturbação mental, cuja situação clínica é comprovada por laudo pericial.

No Brasil, deveu-se à promulgação da Lei de Execução Penal (LEP), lei nº 7.210/1984 (BRASIL, 1984), o avanço no tratamento da questão disciplinar, que passou a receber tratamento legal. A LEP não trata somente da regulamentação a execução de penas e medidas privativas de liberdade, mas trata, ainda, de medidas assistenciais, curativas e de reabilitação do apenado.

A LEP proporcionou uma autonomia do Direito de Execução Penal em relação ao Direito Penitenciário e proporcionou o tratamento de temas importantes, como os direitos e deveres dos apenados, delimitando as faltas disciplinares graves e as sanções advindas delas, como a proibição de cela escura. A LEP atribuiu também competências aos órgãos de execução penal e a uma instância diferenciada, o juiz da execução, que fica responsável pelo processo disciplinar e pela dinâmica do sistema prisional.

Assim, é a LEP que estabelece as regras concretas do Direito Penal, influenciando, inclusive, nos termos da aplicação das penas privativas de liberdade, apesar de estar limitada à sentença penal condenatória. Foi citado que a principal função da execução penal não é, *a priori*, o ato de punir, mas sim a de reabilitar o apenado. Quanto a isso, a LEP, em seu art. 3º, reafirma o que o Código Penal estabelecia: a garantia dos direitos do apenado,

independentemente daqueles não atingidos pela sanção penal condenatória (DALEPRANE; HATAB, 2011, p.97).

No entanto, a teoria muitas vezes não ampara a prática, como esclarece Braga (2008, p.120):

Porém, a prática penitenciária, e mesmo a estrutura do processo disciplinar previsto na LEP, são revestidos de traços inquisitoriais, pondo em cheque o sistema acusatório do processo de execução. Com a distância do judiciário da realidade carcerária e a falta de um procedimento disciplinar acusatório, as garantias previstas no texto federal ficam longe de poderem ser observadas na prática .

Complementa Carvalho (2007, p.419): “[...] a sistematicidade inquisitória da LEP carece de instrumentalidade mínima para concretização dos direitos ali previstos, ainda que a lei fosse cumprida na integralidade, a estrutura processual inquisitória impossibilitaria a verdadeira efetivação daqueles direitos”.

Esses e outros fatores, os quais serão elencados abaixo, concorrem para a impossibilidade da efetivação de direitos previstos no Código Penal e também do processo disciplinar previsto na LEP, conforme conceitua Braga (2008).

(i) O controle jurisdicional estabelecido na LEP não vai além da letra da lei, uma vez que o juiz procede à mera homologação da decisão da autoridade administrativa, como preceitua o art. 53 (BRASIL, 1984). De fato, as visitas do juiz e do Ministério Público para acompanhamento da pena, fiscalização dos estabelecimentos e da administração, previstas conforme o texto da lei, passam ao largo da prática (BRAGA, 2008, p.125-127).

(ii) Há um comprometimento da imparcialidade da autoridade responsável, uma vez que o juiz, responsável pela execução da pena acaba por acumular as funções de acusação e julgamento. O texto da LEP, ao contrário, detalha a figura do juiz como ativa na execução penal, não devendo este, portanto, ser levado pela parcialidade no julgamento de processos consideráveis, como decretação de pena de prisão ou revogação da liberdade condicional (idem).

(iii) Alguns conceitos da LEP parecem oferecer uma interpretação vaga, permitindo diferentes significados e interpretações, comprometendo o “princípio da legalidade” (BRAGA, 2008, p. 123). Como a interpretação da lei e sua materialidade cabem à direção do estabelecimento prisional e as imprecisões da letra da lei o permitem, qualquer comportamento desviante pode ser interpretado e considerado falta grave.

(iv) Há uma tensão entre a autoridade administrativa do estabelecimento prisional e a população carcerária, onde as questões de poder permeiam as relações intramuros dos

estabelecimentos prisionais, quase sempre tensas, prevalecendo a lógica dos castigos e privilégios. Como exposto no item anterior, aspectos vagos na letra da LEP permitem um subjetivismo em sua interpretação que contribui para tornar mais conflituoso o cotidiano nas carceragens do país. Do sujeito de sua execução, o apenado aliena-se de sua condição, não sendo garantido o acesso a seu processo e menos ainda à possibilidade de recorrer às autoridades competentes.

Em face do completo estado de abandono da população carcerária no Brasil, desrespeitando dispositivos imprescindíveis instituídos na LEP, e da tensão que tal conjunto de circunstâncias provoca, resumiu Braga (2008, p.115):

[...] o exercício de poder na prisão ocorre justamente nas brechas deixadas pela lei, seu funcionamento mais perigoso é no que excede a privação da liberdade e os limites da previsibilidade e segurança jurídica. Por isso, almejar que a lei funcione, controlando todo o cotidiano prisional significa questionar a própria estrutura de funcionamento da prisão, um arranjo harmônico entre os poderes legal e disciplinar, que vem sido mantido há mais de dois séculos.

7.4.2 Um breve histórico da pena privativa de liberdade

A privação da liberdade como sanção punitiva tem a sua origem com a Inquisição, no final do século XII, na Europa. Legalmente, tal processo apoiava-se no Direito Canônico, constituindo-se o Tribunal Inquisitório, onde a Igreja Católica buscava reprimir as pessoas que praticassem qualquer ato contra a fé cristã, como heresias e sacrilégios.

O considerado pecador tinha como punição o seu recolhimento. Vivendo no isolamento, ele teria melhores condições de meditar e pensar em seus erros, procurando a reconciliação com Deus. Era a chamada prisão eclesiástica, onde “a principal pena do direito canônico denominava-se *detrusio in monasterium* e consistia na reclusão em um monastério de sacerdotes infratores das normas eclesiásticas [...]” (BITENCOURT, 2004, p. 10).

A partir do século XV, a Europa passa por séria crise econômica com a derrocada do sistema feudal, agravada por guerras e pestes sucessivas. Cresce, por todo território europeu, um enorme número de miseráveis, desvalidos, mendigos, ladrões e saqueadores.

Visando conter a crescente onda de delinquência, diferentes Estados europeus veem por bem encerrar em estabelecimentos um número crescente desses marginalizados. Nas palavras de Boaçalhe (2007, p. 209), “a partir de então, a disseminação desse modelo de instituição penitenciária como forma de contenção dos criminosos se espalhou pelo continente”.

Parece que tal medida surtiu efeito na contenção da criminalidade na Europa e disseminou um modelo herdado pelos séculos seguintes: a instituição do trabalho e da disciplina como formas de ressocialização e correção do sujeito delinquente em caráter preventivo “[...] para desestimular outros para a vadiagem e a ociosidade” (BITENCOURT, 2004, p. 16).

Ainda segundo Boaçalhe (2007), esse modelo de sanção punitiva do trabalho como fator de correção e prevenção da delinquência, vadiagem e ociosidade, que poderiam descambar para a criminalidade, serviu muito ao propósito da Revolução Industrial, que nos séculos XVIII e XIX causou turbulência nas relações de produção, afetando a vida social como um todo.

O surgimento das *workhouses*, ou casas de correção, na Inglaterra, em 1697, prisões que visavam à correção do preso e seu retorno ao convívio social. A característica principal de tais estabelecimentos era o controle rigoroso de horários, de trabalhos, de refeições e de outras condutas, próprio do sistema capitalista que nascia e que acabou por contribuir para o seu desenvolvimento.

Nesse período, a dinâmica do sistema prisional na Europa seguia a lógica burguesa de trabalho. A nova classe social detentora do poder econômico interpretava o Direito Penal segundo os seus interesses: instituiu a fiança, onde quem pudesse pagar mantinha seu estado de liberdade, e a prisão reservava-se para a classe subalterna, segundo Rushe e Kirchheimer (2004, p. 48).

A partir do final do século XVIII, com a ascensão das ideias humanizadoras em diferentes âmbitos da vida social, e em conflito com as práticas prisionais – ao contrário dessa filosofia, desumanizadoras –, é óbvio que as últimas passariam por um questionamento. O Iluminismo, marco importante dessa época, vem criticar o sistema prisional, colocando em cheque a religião pela razão, denunciando as condições degradantes às quais eram submetidos os aprisionados.

O ideal iluminista culminou com a Revolução Francesa, em 1789, que espalhou pelo restante do mundo ocidental os ideários da classe social em ascensão, a burguesia. É fato que esse momento social e político refletiu, também, no Direito Penal, que até então era arbitrário e muitas vezes até injusto.

Não se tinha, à época, concepções processuais e materiais como se verifica hoje pelo mundo inteiro, ou seja, a existência ou não de algo definido como crime dependia da vontade do magistrado que, na grande maioria das vezes, livrava os amigos dos crimes mais inescrupulosos e condenava severamente um inocente sem sequer uma prova cabal da materialidade ou autoria do crime, ou seja, não havia o que hoje se entende pelo princípio da legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal) (BOAÇALHE, 2007, p. 37, grifo do autor).

O período do final século XVIII e início do século XIX foi marcado pela racionalização e humanização do Direito Penal que, até então, tinha um caráter de injustiça social, quando as penas eram aplicadas segundo a classe dos acusados, muitas vezes ligadas a interesses pessoais e de amizade (GÔUVEA, 2007). A esse respeito, Beccaria (1999, p.9) escreve:

[...] manifestando-se contra tradição jurídica, contra os processos e julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, a tortura, a confiscação, a desigualdade dos castigos segundo as pessoas e classe social oriunda, a atrocidade dos suplícios; estabelece limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos; condena o direito de vingança e toma por base do direito de punir a utilidade social; declara a pena de morte inútil e reclama a proporcionalidade das penas aos delitos, assim como a separação do poder judiciário e do poder legislativo.

A reforma do direito penal, nessa época, refletindo o contexto sócio-histórico de mudanças, atendia a um duplo interesse: de um lado, as camadas populares que cada vez mais reivindicavam seus direitos; de outro, uma classe social emergente, a burguesia, que queria uma lei balizada pelos seus interesses econômicos do liberalismo, da livre iniciativa, da proteção à propriedade e da contenção das massas revoltosas.

A aplicação das penas, muitas vezes severas para delitos pouco graves, atendia a um interesse de classes: diferenciação das penas segundo à condição social do indivíduo e suplícios pesados para crimes, por exemplo, de roubo de comida. No outro extremo, a burguesia clamava por leis que defendessem a propriedade privada, que promovessem a contenção das massas populares e que fossem independentes do poder da monarquia.

O Judiciário passará, então, a atender a interesses econômicos e políticos, na medida em que sua reforma, sobre bases de racionalidade, visasse, também, a poupar recursos dispendidos na aplicação das penas. Não estava nas pautas de discussões o horror dos suplícios impostos aos criminosos, mas o alto custo das penas, tanto econômico quanto político. Sobre esse aspecto, escreveu Foucault (1977, p.75-76):

[...] A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim que aumente os efeitos diminuindo o custo econômico [...] e seu custo político. A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade de uma nova “economia política” do poder de punir [...] fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.

Assim, a forma de se aplicar as sanções aos criminosos apresentou uma nova configuração: a partir dos suplícios herdados da Idade Média, no princípio do século XIX e sob uma ótica mais racional e humanizadora, o encarceramento se mostrou a alternativa adequada e, como observa Gouvêa (2007), com características muito parecidas às da pena privativa de liberdade atual: “sanção do corpo, trabalho forçado, alimentação inadequada, ambientes insalubres [...], condições que causam sofrimento físico” (GOUVÊA, 2007, p. 24).

A idade contemporânea testemunha, assim, um modelo de sanção punitiva pelo aprisionamento herdado das discussões filosóficas e políticas do pós-Revolução Francesa (BOAÇALHE, 2007). Um modelo de punição burguesa que hodiernamente persiste: a prisão como forma de ressocialização do delinquente e também de prevenção da prática de delitos “[onde] o objeto de punição [se desloca] para a alma, visando a privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e um bem” (FOUCAULT, 1977, p. 16-21).

7.4.2.1 Sistema prisional no Brasil

No Brasil, desde a época colonial já se falava sobre a pena de privação da liberdade dos que delinquiriam. As leis da metrópole, na época, já destinavam as terras do Brasil como prisão para aqueles que, na metrópole, cometiam atos infracionais como invasão domiciliar, ferimento por arma de fogo, resistência a ordens judiciais, falsificação de documentos, entre outros (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1870, p. 91 *apud* CANÊDO, 2013).

O sistema punitivo no Brasil-colônia estava sujeito, como exposto acima, a um conjunto de leis promulgadas por Portugal: 1. Ordenações Afonsinas (1446-1514); 2. Ordenações Manuelinas (1514-1603); e 3. Ordenações Filipinas (1603-1830) – sendo as duas últimas efetivamente aplicadas na colônia, submetendo a regras rigorosas o modo de vida nos primeiros anos do Brasil-colônia (LEAL, 2001).

Conforme os escritos de Batistela e Amaral (2008), as Ordenações Manuelinas – conjunto legislativo decretado por D. Manuel, o Venturoso, nos primeiros anos da colônia –

encontraram dificuldades de implementação no território invadido, já que a população reunida nestas terras (primeiros habitantes, homens ambiciosos e criminosos degredados) representava uma nova sociedade à qual o conjunto de leis não atendia. Mesmo os portugueses que estavam instalados na colônia, afastados da metrópole, não reconheciam a autoridade do regimento.

De fato, o Brasil-colônia, sob a vigência das capitanias hereditárias (1534-1759), conheceu um sistema de leis muito particularizado, centralizado na figura do donatário que, por sua vez, representava um direito informal, personalista, visando, sobretudo, à manutenção da “ordem social e jurídica em núcleos de homens ambiciosos ou de delinquentes que, longe da metrópole, não se sentiam presos às limitações jurídicas e morais desta” (BATISTELA; AMARAL, 2008, p. 7).

O sistema punitivo refletia, basicamente, o formato europeu e o direito canônico, nessa época. O considerado criminoso ficava sob parecer do administrador da capitania. Eram, então, aplicadas penas cruéis que iam desde o açoite à amputação de membros e a forca. Ao acusado era impedido o direito de defesa e o poder punitivo era essencialmente de caráter doméstico, segundo Zaffaroni (2003). A prisão não era considerada sanção punitiva, mas uma forma de conter o sentenciado até o cumprimento de sua pena.

A substituição do regime de leis de D. Manuel, o Venturoso, se deu em 1603 com o rei Felipe II, que uniu Portugal à Espanha. Com as Ordenações Filipinas, principiou-se a se considerar a prisão como sanção punitiva. Sobre o tempo em que vigorou esse regimento no Brasil da época, escreveu Teles (1998, p.61):

Em quase nada se distinguem das Ordenações Manuelinas e Afonsinas. Punições severas e cruéis, inexistência do princípio da reserva legal e do direito de defesa, penas arbitradas desproporcionalmente pelos juizes, e desiguais, conforme o status do apenado, e punição de delitos religiosos e absurdos, como a heresia e o benzimento de animais. Penas de fogo em vida, de ferro em brasa, de mãos cortadas, de tormentos, além, é claro, da transmissão da infâmia aos descendentes do criminoso, revelam o grau de crueldade e desumanidade desse direito. Foram mais de três séculos de terror absoluto, abaixo da linha do Equador, para a massa dos primeiros habitantes, construtores desta sociedade, ainda hoje, majoritariamente marginalizada.

Somente em 1830, quando o Brasil passou da condição de colônia para Império é que se pode falar de um código criminal essencialmente brasileiro, o Código do Império do Brasil, inspirado nos “códigos francês de 1810 e napolitano de 1819”, segundo Duarte (1999, p. 29). Portanto, de inspiração burguesa e liberal europeia.

O novo código trazia algumas inovações, tais como a existência de atenuantes e agravantes e o julgamento especial para menores de quatorze anos. No entanto, conforme publicou Duarte (1999, p. 10), “apesar de suas inegáveis qualidades [...] não definia culpa, aludindo apenas ao dolo e havia desigualdade no tratamento das pessoas, mormente os escravos”. Prevalencia, ainda, em seu texto, a pena de morte.

A proclamação da República, em 1889, trouxe a necessidade de se atualizar o Código Criminal de 1830, visando às necessidades de uma nova sociedade. Assim, em 11 de outubro de 1890, entra em vigor o Código dos Estados Unidos do Brasil, que, como inovação, proibia a pena de morte e institucionalizava o “uso da prisão como forma essencial de execução da pena, deixando-se para trás as outras formas de punição” (ARAÚJO, 2013, p. 3-4).

No contexto do início do século XIX, iniciam-se a construção de presídios que têm por função encerrar os condenados de modo a cumprir pena privativa de liberdade. Essa pena não poderia ter cunho perpétuo, já que a expectativa da saída, para o preso, funcionaria como medida correccional.

Segundo Dotti (2013, p. 31), o Código trazia em sua letra as seguintes possibilidades de penas privativas de liberdade:

1. A prisão celular, aplicável para quase todos os crimes e algumas contravenções, constituindo a base do sistema penitenciário. Caracterizava-se pelo isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida “em estabelecimento especial” (art. 45);
2. A reclusão, executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares (art. 47);
3. A prisão com trabalho obrigatório, cominadas para os vadios e capoeiras a serem recolhidos às penitenciárias agrícolas para tal fim destinadas ou aos presídios militares (art. 48);
4. A prisão disciplinar, destinada aos menores até a idade de 21 anos, para ser executada em estabelecimentos industriais especiais (art. 49)

O Código Penal de 1890 foi alvo de críticas por apresentar vários defeitos técnicos, o que acabou por frustrar sua aplicação (BATISTELA; AMARAL, 2008). Por esse motivo, foi revisado e somente em 1940 o Brasil pôde conhecer um novo código penal, que passou a vigorar em 1942, em plena era Vargas. Apesar de estar vigente no período ditatorial, o novo código apresentava ideais liberais e democráticos, como:

[...] pluralidade de penas privativas da liberdade; a exigência do início da execução para a configuração da tentativa; o sistema progressivo para o cumprimento da pena privativa de liberdade; a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Na parte especial, dividida em onze títulos, a matéria se inicia pelos crimes contra a pessoa, terminando pelos crimes contra a administração pública. Não há mais pena de morte e nem de prisão perpétua, e o máximo da pena privativa de liberdade é de 30 anos (BATISTELA; AMARAL, 2008, p. 11).

Em meados dos anos 1960, uma nova reforma do conjunto de leis do Brasil provocou a flexibilização na execução da pena privativa de liberdade, prevendo, entre outras, a possibilidade do cumprimento da pena por condenados em regime de semiliberdade e a existência da prisão-albergue, voltada para os condenados primários e de “nenhuma ou escassa periculosidade”.

O final do regime militar marca diversas mudanças sociais e políticas no país, que vivera por mais de duas décadas sob a influência de um regime ditatorial. Refletindo essas mudanças, ocorre uma reforma geral do Código Penal brasileiro, quando a flexibilização da pena privativa de liberdade se acentua. As inovações introduzidas compreendem a criação das penas alternativas para delitos leves e penas mais altas para delitos mais graves.

O período que determina o término do governo militar no país também marca a criação do Projeto de Lei de Execuções Penais, que compreende as leis 7.209 e 7.210/1984, sendo esta última a Lei de Execuções Penais, vigente hodiernamente (ARAUJO, 2013).

7.5 A crise do sistema prisional brasileiro

A falência do sistema prisional no Brasil vem sendo alardeada há algumas décadas, servindo como elemento panfletário o nomeado, pela imprensa da época, “Massacre do Carandiru”, quando uma intervenção policial na Casa de Detenção de São Paulo resultou na morte de cento e onze presos em 1992. Essa barbárie chocou a opinião pública e fez entrever uma realidade: a falência de um modelo estatal que, antes de proceder à ressocialização, torna presídios em um depósito de marginalizados sociais (MARRA; BUOSI, 2013).

Segundo Alves (2003, p.66), o Brasil possui cerca de trezentos mil presos vivendo numa situação considerada absurda, confinados em cadeias e estabelecimentos similares que podem ser consideradas verdadeiras masmorras, onde se misturam presos provisórios e condenados, criminosos de alta periculosidade com outros ocasionais, convivendo com a miséria, sujeira e doenças contagiosas. Nesse contexto, a falácia da ressocialização de apenados no sistema prisional brasileiro mal mascara a realidade que se descortina do descaso, pouco valor à vida e à ordem jurídica estabelecida.

Analisando essa questão crucial do momento histórico vivido, Santos (2010) ressalta que “[...] o sistema prisional no Brasil é falho, os sistemas prisionais não ressocializam (reeducam) os presos, pelo contrário, fomentam a criminalidade [...]” (2010, p. 36). De fato, as prisões mostram-se ineficientes em atender aos dispositivos legais, como o Código Penal brasileiro, bem como para a recuperação das regras de boa convivência em sociedade. Antes, prevalece a cultura da punição.

A evolução do Código Penal brasileiro e a promulgação da Lei de Execução Penal podem ser representativas de um ensejo em tornar as práticas prisionais mais humanizadoras. No entanto, encontram dificuldade na prática, por parte do poder público, para sua implantação. Há, ainda, uma inépcia do Estado em não colocar a serviço do cumprimento da lei toda uma infraestrutura que permita práticas de reinserção do apenado à sociedade. Ao contrário, tal atitude do poder público ocasiona, cada vez mais, a marginalização.

Daleprane e Hatab (2011) referem-se à Lei de Execução Penal e a como esta garante aos apenados, principalmente os que estão passando pela pena privativa de liberdade, uma série de direitos visando a garantir a integridade física e moral, e que são indispensáveis ao processo de sua ressocialização.

No entanto, o sistema carcerário brasileiro não apresenta estrutura que viabilize tais ações. Ele parece encontrar-se numa ilha solitária em meio à profusão de normas e leis, haja vista ao descompromisso do Estado, mesmo na apresentação de informações e dados que, muitas vezes, não traduzem, mas mascaram a realidade, contribuindo para a inviabilização de uma política criminal eficaz (MACHADO, 2012, p. 45).

Mais agravante ainda é a omissão dos órgãos incumbidos de realizar a vistoria dos estabelecimentos prisionais – especificados no art. 61, incisos I a VII, da Lei nº 7.210/1984 –, que, apesar de ser em considerável número, raramente realizam rotineiras inspeções com o intuito de combater as irregularidades, as quais persistem em continuar sem providência alguma (MACHADO, 2012, p. 112).

O descaminho vigente nas políticas voltadas à execução penal, aliado às deficiências do sistema carcerário, acarreta em resultados insatisfatórios com a pena privativa de liberdade, provocando o afastamento entre as formas de ação e as finalidades a que tais penas se propõem.

Dessa maneira, fica bastante evidente o caráter retributivo da sanção penal, este se distanciando de um direito penal que tem em vista a “proporcionalidade entre pena aplicada e o delito cometido”, conforme conceitua Daleprane e Hatab (2011, p. 139). Portanto, a função

reeducadora da pena privativa de liberdade passa ao largo da realidade da massa carcerária brasileira.

Cabe salientar, ainda, que o sistema prisional brasileiro passa longe de atender ao estabelecido pelo conjunto de normas do *codex* e mesmo daquilo que Paixão (1987) descreveu como um dos propósitos originais da instituição.

“[a] penitenciária é fundamentalmente uma instituição correcional em que indivíduos moralmente deficientes redescobrirão pela experimentação indêxica de sofrimento, privação e principalmente de trabalho um sentido não intuído de integridade mora”¹ (PAIXÃO, 1987, p. 21).

De fato, a falência do sistema carcerário quanto ao tratamento dos apenados, leva-os, na maioria das vezes, a ser comparados com animais num panorama degradante que, ao invés de prepará-los para o retorno ao convívio social, como pregam as leis responsáveis, causa mais revolta e desejo de instabilidade social. Sobre tal contexto, Bitencourt (2001, p.171) comenta:

A atitude assumida pelo pessoal penitenciário está diretamente relacionada com o sistema social do recluso. Se essa atitude for de desprezo, de repressão e impessoalidade, o sistema social do recluso adquirirá maior vigor e poder, como resposta lógica à agressividade e renegação do meio. No entanto, se a atitude do pessoal penitenciário for humanitária e respeitosa à dignidade do recluso, é bem possível que o sistema social deste perca sua coesão e o efeito contraproducente, do ponto de vista ressocializador, que tem sobre o recluso.

Diversas correntes ligadas às ciências humanas, sobretudo, têm salientado a necessidade da adoção de um sistema prisional que leve em consideração o ser humano integral, contra a visão de dessocialização com que hodiernamente é tratado o indivíduo que comete um crime.

Zaffaroni (2003, p.106) afirma ser absurda a pretensão de que o sistema prisional, tal qual se encontra configurado, respeite o que dispõe o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988): os princípios de legalidade, de reserva legal, de culpabilidade, de humanidade e de igualdade. Azevedo (2008, p. 45), por sua vez, propõe a municipalização da execução da pena como saída para a crise, uma vez que a comunidade deveria ser agregada ao processo de reeducação e ressocialização do apenado.

7.6 O Estado e as medidas de ressocialização do apenado

Desde a década de 1990 vem-se discutindo maneiras de melhorar, de forma geral, a convivência no mundo. Campanhas, congressos, acordos entre nações buscam soluções que promovam a vida coletiva, a fraternidade, a cooperação, formas de relacionar-se positivamente com si próprio, com o outro e com o meio ambiente. Está em pauta a humanização nas relações em todas as instâncias da vida social.

Assim, seria normal que essas discussões transpusessem os muros das penitenciárias, casas de detenção e centros de readaptação do Brasil, e iniciassem um movimento de contestação quanto à forma como é tratada a questão da execução penal no país, mormente a das penas privativas de liberdade. Pois, de todas as penas, as de privativas de liberdade parecem ser as mais desumanizadoras e atentatórias contra a dignidade humana. Sobre o assunto, Adorno (1991, p.7) opina:

Há um grande número de estudos que vêm demonstrando as mazelas do sistema carcerário brasileiro. Tais estudos explicitam como se constroem as carreiras criminais, a partir da entrada em estabelecimentos penais. Nessas pesquisas, os autores demonstram ser a prisão um duplo erro econômico, pois não reprime a criminalidade e tem um alto custo econômico para o país. Quanto às consequências individuais da prisão, quando da saída dos criminosos, verifica-se haver um círculo vicioso, pois além de não conter a criminalidade, o sistema carcerário ainda pode ser considerado uma pós-graduação do crime.

Todo sistema prisional brasileiro passa por uma crise estrutural que vem se agravando no decorrer das últimas décadas. Dentre os principais problemas pode-se destacar: a superlotação, o elevado índice de reincidência, as condições de saúde e de higiene precárias, a negação de acesso à assistência jurídica e a tratamento médico, dentário e psicológico aos apenados, o consumo de drogas, a ociosidade e a inatividade, entre outras causas que tornam a execução da pena privativa de liberdade no Brasil o sinônimo do fracasso estatal.

O apoio ao indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade se encontra estabelecido na Lei de Execuções Penais, instituindo que o apenado terá direito à assistência material, à saúde e a apoio jurídico, educacional, social e religioso (BRASIL, 1984). O seu art. 10 explicita que toda a assistência ao preso e ao internado deverá estar a cargo do Estado, "objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade" (BRASIL, 1984). Complementa, ainda, que tal dispositivo também será voltado ao egresso.

O sentido de ressocialização, para os apenados, diz respeito a uma série de mecanismos que serão levados a efeito, buscando-se reverter o comportamento desviante que

leva ao crime, em função de um convívio social positivo. Parte-se da premissa de que o delinquente foi exposto a um conjunto de socialização perverso e violento. A reeducação e a ressocialização são importantes na medida em que retiram do delinquente a razão de ser de uma conduta de resolver conflitos e obter *status* através da violência.

Segundo Alvim (2013) existe exemplos de unidades prisionais, mesmo no Brasil, que desempenharam um interessante trabalho na reeducação/ressocialização de seus apenados. Atualmente, há instituições que administram presídios e possuem um olhar mais humanista para os que cumprem pena restritiva da liberdade. Dentre essas instituições destaca-se a APAC, considerada referência na reinserção de apenados na sociedade. Os mecanismos que podem ser utilizados na ressocialização/reeducação de apenados são inúmeros. Aqui, destacam-se dois deles: trabalho e educação como fatores de ressocialização.

7.6.1 O trabalho como fator de ressocialização

É fato que a pena privativa da liberdade acarreta transtornos de ordem psicoafetiva para o apenado, pois tal situação, entre outras consequências, faz com que este se sinta atingido no que a Constituição Federal protege como base do Estado democrático de direito: o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Já que o condenado, vendo-se encarcerado, pode passar por um processo de despersonalização.

Contra isso, Canotilho (2003, p.239) argumenta que, ao apenado, devem ser garantidos: sua integridade, tanto física quanto espiritual; bem como possibilidades irrenunciáveis de sua individualidade; sua garantia de identidade e integridade da pessoa; e ainda mecanismos de sociabilidade para liberação dos estados psicológicos negativos. Dentre tais mecanismos, encontra-se a possibilidade de trabalho.

O trabalho é a atividade primeira do homem, na qual ele transforma a natureza e, nesse processo, também se transforma, cresce, desenvolve-se em geral e também intelectualmente (MARX, 1964, p.14). Para o apenado, a atividade laboral pode representar a fuga do ócio, o desenvolvimento de sua criatividade, crescimento pessoal, oportunidade de socialização.

A implementação do trabalho nas prisões ganha destaque nas discussões sobre o processo de reinserção do apenado na sociedade, uma vez que, além de ser um dispositivo legal, presente no art. 28 da LEP, representa também uma oportunidade de profissionalização, melhoria da autoestima, reconhecimento por parte de seus familiares e da comunidade, opinam Daleprane e Hatab (2011).

Nesse sentido, cabe ao Estado incentivar o trabalho dentro dos estabelecimentos prisionais. A LEP, em seu art. 17, garante a formação profissional do preso e do internado (BRASIL, 1984). Ignorar tal preceito é negar os direitos do apenado e o princípio de dignidade, além da oportunidade de reinserção social.

Sobre a importância do trabalho no sistema carcerário brasileiro, Daleprane e Hatab (2011, p.117) posicionam-se: “[...] não se justifica retirar uma pessoa da sociedade, depositá-la na prisão, e fazer do cumprimento da pena um suplício. A prisão não pode ser utilizada somente como um meio para afastar aquele que infringiu as leis penais do convívio social. Ela deve oferecer condições para que ele se recupere.”

Por fim, Muakad (1998) ressalta que a garantia de acesso do apenado ao trabalho tem efeito bastante positivo, pois colabora para a melhoria de sua saúde física e mental; evita que o apenado gaste seu tempo inutilmente; auxilia na disciplina; confere a ele qualificação profissional para o retorno à sociedade e para sua subsistência; além de prevenir a reincidência, dando condições para que o apenado se autossustente.

7.6.2 A educação como fator de ressocialização

Há tempos que a opinião pública, a mídia e até certos setores do poder público vêm questionando a eficácia do sistema penitenciário brasileiro quanto à reeducação para reinserção de seus condenados. A estrutura do sistema é um dos maiores entraves para se alcançar esse intento. Prisões superlotadas, humanos vivendo em condições de animais, em meio à sujeira, moléstias, violência, descaso, entre outras mazelas, são características que diversas obras elencam acerca do sistema prisional do Brasil (SANTOS, 2005, p. 134).

É inegável que a privação da liberdade, por si só, não configura medida eficiente de reeducação. Acredita-se que após o apenado ter cumprido sua sentença ele está pronto para voltar à convivência social harmoniosa. Tal crença é desmentida pelo alto número de reincidentes, por exemplo.

O sistema prisional brasileiro não se preocupa com a reeducação de seus condenados, pois o aparato de segurança dos estabelecimentos penitenciários revela que a intenção, ao receber o condenado, é privá-lo de sua liberdade. No entanto, tais ações mostram um desrespeito contumaz às leis, como ao que dita o art. 17 da LEP sobre a assistência educacional garantida ao preso e ao internado, compreendendo instrução escolar, formação profissional e o ensino de 1º grau obrigatório (BRASIL, 1984).

A privação da liberdade, por si só, não é garantia de reeducação ao apenado. Prevalendo essa visão, a função da sanção é somente punitiva e as garantias trazidas no Código Penal, na LEP e na Constituição Federal, de ordem social, proteção à dignidade humana e respeito à ordem jurídica, não passam de falácias de uma democracia de fantasia.

Uma alternativa interessante é a criação e o desenvolvimento de programas educacionais dentro das carceragens brasileiras, o ideal é que sejam instituídos programas educacionais voltados para a educação de jovens e adultos que promovam a alfabetização e também o desenvolvimento do cidadão: sua conscientização geral e sobre seu lugar na história. Temas como família, amigos, dignidade, amor, vida fazem parte da construção do sujeito integral, pleno de direitos e deveres.

8 O Direito Penal do Inimigo e a violação do fundamento do Estado Democrático de Direito

Após os atentados de 11 de setembro de 2001, houve uma verdadeira transição de uma sociedade democrática para uma sociedade da segurança, caracterizada, em grande parte, pelo abandono da cultura da liberdade e pela assunção gradativa da cultura do medo. Tal contexto foi fortemente sedimentado, entre outros, pelo Direito Penal do Inimigo, o qual, em grande parte, contribuiu para a transição de um mundo mais libertário para um mundo mais receoso da presença de um constante adversário. Todavia, inúmeras correntes tecem duras críticas a tal ente, mormente ao que diz respeito a sua violação do princípio da dignidade humana que, como já exposto anteriormente, é pressuposto importante da essência humana e norteador dos complexos sistemas jurídicos de inúmeros países.

Ainda segundo os escritos de Carvalho (2008), o Direito Penal do Inimigo vem romper com a noção de sociedade livre, plural, democrática, multicultural e respeitadora da ampla diversidade. Abrão (2013) reforça o caráter violador da doutrina ora em discussão em relação ao elemento basilar do Estado Democrático de Direito – a dignidade da pessoa humana –, enquanto toma o inimigo como não pessoa, aquele que se afasta do direito e descumpre o contrato social, desrespeitando o ordenamento jurídico vigente. Sob a égide de tal noção, ao inimigo são negados direitos e garantias fundamentais, mesmo que estes sejam importantes pilares de sustentação do Estado Democrático e Constitucional de Direito. Sánchez (2002) assevera que o Direito Penal do Inimigo representa o “direito penal de terceira velocidade” (Ibidem, p. 150), pelo qual são previstas penas de prisão, em consequência da flexibilização de direitos e garantias fundamentais, aos considerados imputáveis nocivos à ordem social.

8.1 A falsa noção de segurança garantida pelo Direito Penal do Inimigo

A luta contra o terror procurou desculpar ao mundo – o mesmo que séculos antes proclamara a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), tido como documento que avançou nas questões sobre direitos e garantias fundamentais do ser humano – a utilização de uma doutrina jurídico-penal que tinha por alicerce a flexibilização e negação desses mesmos direitos e garantias. Ao tratar certos indivíduos como não pessoas, o Direito Penal do Inimigo franqueia aos mesmos a impossibilidade de clamar pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Se utilizarem os pressupostos do Direito Penal do Inimigo em nome da segurança e da paz mundial, muitas atrocidades serão cometidas. Com a suposta assertiva de que o combate ao terror levará à eliminação do perigo e da ameaça, elege-se a periculosidade do inimigo, para que o mesmo seja julgado, em detrimento de sua culpabilidade. Destarte, apresenta-se uma dicotomia considerável entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, o primeiro leva em consideração os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, mesmo que esta, por quaisquer motivos, tenha vindo a delinquir em determinado momento de sua vida; o outro rotula aquele que se desviou da normalidade social, por meio de condutas ilícitas, como o inimigo que oferece constantes ameaças à paz social e, por isso mesmo, deverá ser privado de seus direitos fundamentais e declarado não pessoa, por meio da ação coercitiva do Estado.

Para D'Ávila (2009), o Direito Penal do Inimigo representa uma força eminentemente penal de autoria, ou seja, utiliza-se a punição para todo aquele que é e pensa como um autor de atos ilícitos antes de o ser efetivamente. Ainda conforme os escritos do autor, a doutrina penal do inimigo objetiva tão somente a punição da fonte do perigo, assumindo, nesse âmbito, o processo status de instrumento facilitador da "obtenção de fins político-criminais acentuadamente demagógicos" (D'ÁVILA, 2009, p. 43).

Para Carvalho (2008), a simples alegação de países que declaram estar em regime de luta contra o terror, como foi o caso dos EUA, mais recentemente, não pode admitir a visão de inimigo, como o representa a doutrina jurídico-penal ora em discussão – como não pessoa –, buscando-se, assim, justificar a violação de princípios fundamentais que balizam o Estado Democrático de Direito, cujos axiomas foram estruturados ao longo da história, às custas de muitas lutas e sacrifícios humanos.

A essência do tratamento diferenciado que atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadão (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito. (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

A privação e a negação da condição de pessoa determinados indivíduos, declarados como inimigos, constituem, pois, o paradigma e o centro de gravidade em torno do qual é construído o Direito Penal do inimigo como um ordenamento punitivo diferente, excepcional e autônomo com relação ao Direito Penal comum, da normalidade ou do cidadão. "Os

inimigos – afirma sem rodeios Jakobs – “são atualmente não pessoas (Unpersonen). (JAKOBS, p. 53)

Essa privação e negação da condição de pessoa a determinados indivíduos só é possível na medida em que se reconhece que a qualidade de pessoa, isto é, a personalidade, não é, em princípio, algo dado pela natureza, mas sim, e assim deve ser aceita e reconhecida como uma atribuição normativa, seja de caráter moral, social e/ou jurídico. Nesse sentido, afirma Dall Lago, “uma pessoa só existe desde que sua humanidade não tenha sido revogada ou anulada”(DELL LAGO, 2000, p.128).

Saavedra (2009, p.16), compactuando desse mesmo ponto de vista, afirma que

[...] não há como se coadunar com a ideia de que o Estado passa a ter o direito de definir quem são seres humanos dignos de proteção estatal e quais são os seres não humanos (sic) que poderão ser tratados como coisas, que poderão ser reificados e, portanto, instrumentalizados para fins políticos de proteção da segurança e da ordem.

De fato, no Estado Democrático de Direito, deverão ser prezados a pluralidade, a diversidade e o respeito às diferenças, sendo tais aspectos o marco norteador para o princípio da dignidade da pessoa humana, não devendo, pois, ser tolerada a noção de não pessoa como pilar para um direito penal que se quer justo e igualitário e para a justificação de eventuais abusos e excessos; não há, ainda, como se permitir a limitação e inobservância de certos direitos e garantias, sem os quais se põe a perder toda a ideologia da democracia.

8.2 Os reflexos do Direito Penal do Inimigo no Direito Penal e no Processo Penal

Segundo já exposto de forma insistente, o Direito Penal do Inimigo objetiva a eliminação de um perigo sob qualquer pretexto, inclusive a declaração de não pessoa direcionada ao inimigo, o qual deverá ser despojado de seu status de cidadão. Tal ocorrência terá reflexos diretos no Direito Penal e no próprio Processo Penal. O inimigo, sendo tratado como não pessoa e recebendo a condição de coisa ou objeto, além de representar perigo ou ameaça à ordem social, poderá receber punições de forma antecipada, visando a sua inocuidade, de modo arbitrário, por meio de atividades preparatórias que objetivam o castigo por aquilo que o mesmo é ou pensa, antes mesmo de qualquer feito concreto. Nesse sentido, conforme reforça Abrão (2013), o Direito Penal do Inimigo incorpora de forma absoluta a máxima “os fins justificam os meios”.

Tal circunstância infama o processo penal, bem como todo o Direito Penal, uma vez que esse passa a ser o Direito Penal de Autor, enquanto busca punir condutas que nunca chegarão perto de afetar um bem jurídico e estão mesmo livres de qualquer outra espécie de ofensividade. Já na esfera processual, verifica-se a perda das garantias fundamentais de um processo legal justo. Dessa forma, o processo judicial passa a se configurar, como declaram Jakobs e Meliá (2009, p. 41), como verdadeiro “procedimento de guerra”. Abrão (2013) afirma que é por meio desse procedimento de guerra que ocorre o afastamento do princípio da culpabilidade, para exortar tão somente a periculosidade do inimigo, já que, pelo Direito Penal do Inimigo, este representa ameaças à integridade do cidadão e de toda a sociedade, passando a justificarem-se as iniciativas e práticas de neutralização daquele agente.

Na doutrina jurídico-penal que enfoca o inimigo, o processo penal é, antes de tudo, direcionado por um sistema inquisitório, composto, na maioria das vezes, por procedimentos ilegais. Os juízes desempenham o papel de perseguidores, os quais buscam a verdade absoluta e real sob quaisquer pretextos, uma vez que os fins justificam os meios. A literatura que trata do assunto cita casos de coações de toda espécie, desde exames de DNA não autorizados até tortura psicológica e física, investigações altamente sigilosas, detenções arbitrárias, proibição de acesso a defensores legais, quebras de sigilos bancários e telefônicos sem autorização judicial, como exemplos de procedimentos levados a efeito como justificativa de que o Estado anula direitos de forma ordenada, proposital e com fins bastante “justos” – o de proteger o cidadão e a sociedade.

Saavedra (2009) alude ao fato de que os pressupostos do processo legal não existem para o inimigo, uma vez que está em jogo a luta contra o terror e aquele recebe a tipificação de coisa. Nesse diapasão, dá-se o que o autor chama de “instrumentalização do ser humano” (Ibidem, p. 16), na medida em que a pessoa se coisifica, passando o inimigo a ser considerado não pessoa, justificando-se até mesmo o emprego de tortura contra o mesmo. Nos dias atuais, tornaram-se notórios os casos renitentemente veiculados pela mídia das prisões arbitrárias que ocorrem em Abu Ghraib e Guantánamo (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2008, p. D-11), bem como das ocorrências de tortura como meio válido e legítimo para obtenção de provas pelos estados americanos. Sobre Abu Ghraib e Guantánamo recaem, ainda, denúncias de vedação e restrição de garantias, tais como a de ampla defesa e a do contraditório, aos prisioneiros.

8.3 O embate doutrinário entre o Direito Penal do Inimigo e o Método do Finalismo

A fim de proceder ao entendimento do confronto entre os pressupostos doutrinários do Direito Penal do Inimigo e o princípio da dignidade da pessoa humana, é interessante delinear o método do finalismo, o qual se contrapõe ao funcionalismo sistêmico de Gunther Jakobs, conforme assinalam Monteiro e Carvalho (2008). Nesse aspecto, Gracia Martín (2007) afirma que o método do finalismo, por meio da estrita observação da funcionalidade e finalidade do Direito Penal, procura identificar os fenômenos reais interessantes à análise do mesmo, segundo sua estrutura, e promover a sintetização de tais resultados, com o objetivo “de conhecer o fenômeno na sua unidade e na sua realidade para poder fundi-lo com os valores jurídicos correspondentes.” (GRACIA MARTÍN, 2007, p. 39).

Desse modo, o finalismo não representa um método invasivo agindo em desconformidade à liberdade e ao entendimento do ser humano; antes, busca pormenorizar os resultados da ação humana, visando à proteção de importantes bens jurídicos, dialogando com os seres humanos, procurando apontar os limites e consequências de determinadas condutas, segundo asseveram Monteiro e Carvalho (2008).

No entanto, o Direito Penal do Inimigo atribui valor um à norma, acarretando o culto da segurança social e a preocupação com futuros danos, não dialogando com o ser humano, deixando-o em posição secundária e sem voz, ainda conforme os escritos de Monteiro e Carvalho (2008. P.130), os quais ainda argumentam que

Para o Direito Penal do Inimigo, não há porque o discernimento (dolo) ser relevante, já que o importante é a total incolumidade da norma. Legitima-se todo e qualquer tipo de ação para elidir um fato que, de longe, possa vir a significar lesão a qualquer interesse do Estado, ou de quem deste se apodere - lembrando que foram lançados os bens jurídicos e a legalidade ao limbo. Diante disto, excetuando-se os que, além de possuir clarividência, exercitam a total submissão, não há quem tenha liberdade no contexto do Direito Penal do Inimigo, visto que - no mínimo - inibe o homem, devido à imprevisibilidade e à intromissão excessiva da persecução penal.

No Direito Penal do Inimigo, ocorre uma profunda insegurança jurídica, como assevera Crespo (2006), sendo a mesma originada de indeterminações quanto à tipificação de condutas e de indefinições quanto aos bens jurídicos em estado de tutela, antecipação da punibilidade e da quase total eliminação de garantias. O finalismo prega que a vigência da norma e a segurança cognitiva devem vir em primeiro lugar como fundamentos da ação penal. Disso resulta que o discernimento e a finalidade não têm qualquer relevância, o que justifica não relegar a segundo plano a concepção do homem como pessoa responsável e plena de

direitos e garantias. Imbuído desse caráter, o Direito Penal adota como método o finalismo, a exemplo do que ocorre com o diploma jurídico brasileiro.

Destarte, apresenta-se a compreensão de que a influência do Direito Penal sobre o homem somente poderá ser alcançada e conjecturada se estabelecer o juízo de orientação e direcionamento de proibições e mandatos que incidam diretamente na “capacidade do homem de estabelecer fins, de selecionar os meios adequados para a sua realização e de colocá-los em prática, rumo ao objetivo perseguido” (GRACIA MARTÍN, 2007, p. 45). O entendimento supracitado é embasado no princípio da dignidade da pessoa humana – uma vez que ocorre o direcionamento de proibições à capacidade do homem de determinar fins e pô-los em prática, o finalismo procede ao respeito ao ser humano como uma categoria subjetiva, o qual possui valor em si mesmo, representando o ser de fins absolutos e que em consequência possui direitos subjetivos ou fundamentais, conforme a definição de dignidade humana, segundo já citado.

Em vista disso, uma proposta legislativa que vai de encontro à noção de tratamento do ser humano como ser de fins absolutos, como se caracteriza o Direito Penal do Inimigo, a qual se sustenta na tese da vigência da norma e na indeterminação de bens jurídicos, representa um atentado à dignidade humana, desafiando a natureza racional do ser e agredindo o elemento que lhe é mais característico (MONTEIRO; CARVALHO, 2008). Novamente recorre-se a Kant (MARQUES, 1995, p. 66) para reafirmar o sentido da dignidade humana e suas limitações na própria ideia liberal do pensador, amplo defensor do individualismo, o qual, de forma antinômica, deverá ser prevalecente ao interesse da sociedade, em caso de conflito. A intenção em citar o filósofo de oposição à teoria que engrandece a vigência da norma e, por conseguinte, coloca-a acima do interesse humano, já estruturando uma noção que provoca a própria contrariedade entre o Direito Penal do Inimigo e a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, reforçando a ideia acima defendida, o Direito Penal do Inimigo é um suposto Direito, já que se o mesmo respeita o princípio da dignidade humana, passa a ser o autêntico e legítimo Direito Penal. Todavia, se tal doutrina viola esse princípio, perde toda sua legitimidade e deverá ser desprezada de forma absoluta nos ordenamentos jurídicos das nações democráticas, já que o respeito à dignidade da pessoa humana é o princípio absoluto e de validade a priori, constituindo-se condição para a validade de qualquer Direito.

8.4 O Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, os rudimentos do Direito Penal do Inimigo puderam ser verificados na previsão da Lei nº 8.072 de 1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, a qual busca um tratamento diferenciado em relação a certas tipologias criminosas, especialmente ao proibir anistia, graça, indulto e concessão de fiança. Completam esse rol jurídico-legal a Lei nº 9.034 de 1995, que normatiza a proibição da apelação em liberdade para tais crimes, e a Lei nº 10.792 de 2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e alterou o art. 52 da Lei de Execução Penal. Contudo, Monteiro e Carvalho (2008) afirmam que a própria Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/1984 – já apresentava um caráter de rotulação dos delinquentes, na medida em que considerava a preponderância dos elementos subjetivos para a determinação do período da sanção penal, chegando à extrapolação do grau fixado na sentença, num absoluto atentado contra o princípio da legalidade e da igualdade, previstos no art. 5º da CF de 1988, respectivamente no inciso XXXIX.

Brandão (2004) afirma que o sentido de ressocialização da pena não pode partir do ideal da transformação qualitativa da pessoa do delinquente, ou seja, de sua modificação de atitudes internas, uma vez que o sentido da pena é a readaptação daquele que delinuiu à sociedade, sem qualquer intenção de cura da vontade que organiza sua conduta. Para o autor, o Direito Penal deve restringir-se a levar o indivíduo a acatar as regras da convivência em sociedade, fazendo com que seja acompanhado tal processo de razoável conjectura de não reincidência, ao invés de proceder a um convencimento moral da legitimidade dos valores que se compartilham em sociedade (BRANDÃO, 2004, p.60-61).

A confusão entre esses dois pontos de vista pode provocar a ausência de clareza entre o Direito e a Moral, a qual, por sua vez, poderá levar o Estado a decretar intervenções ou práticas abusivas e ilegítimas, que irão contra a maior das características da sociedade: a sua pluralidade. Nesse aspecto, é importante referenciar a Lei 10.792/2003, a qual alterou a Lei de Execuções Penais no que se refere ao RDD. Tal qual estava previsto no art. 52 desse último instituto, tal regime se configurava num absoluto atentado contra a dignidade da pessoa humana, uma vez que era explícito o caráter do mesmo de neutralização do acusado, máxima do Direito Penal do Inimigo, enquanto previa o confinamento por até 360 dias do preso.

Freire (2005) assevera que esse regime, ancorado no propagandeado caos vigente no sistema penitenciário brasileiro, acaba por ocultar a natureza de sanção cruel, que tragicamente evoca os suplícios da era medieval. Isto posto, entende-se que o RDD viola uma série de princípios apostos na Magna Carta brasileira, entre os quais o da legalidade penal e o

da presunção da inocência, mormente referente aos termos do art. 52, parágrafos 1º e 2º da Lei de Execução Penal, segundo segue abaixo, *in verbis*:

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

(...)

§ 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 bando. (BRASIL, 1984, art. 52).

A leitura do dispositivo acima citado permite algumas considerações importantes em relação à violação de princípios fundamentais da Constituição pátria: por exemplo, ao considerar-se o conteúdo aberto das hipóteses de aplicação do RDD, ocorre a violação do princípio da legalidade penal; o princípio da presunção da inocência se vê afrontado por tal dispositivo, quando o legislador apôs na letra da lei a hipótese de o acusado representar risco ao estabelecimento penal, ou, ainda, se verificada sua participação em organização criminosa, sem mesmo ter demonstrado o ato criminoso, em si (FREIRE, 2005).

Os incisos XLVII, alínea “e”, e XLIX do art. 5º da CF de 1988 proíbem absolutamente a utilização de penas cruéis como sanção disciplinar a presos, visando a sua integridade física e moral. Todavia, a utilização do RDD permite que se verifique um verdadeiro choque de pressupostos doutrinários e jurídicos, mormente em relação à vedação proposta pelo dispositivo supracitado. Merece destaque, ainda, a Lei de Crimes Hediondos, conforme argumentação de Monteiro e Carvalho (2008), por representar um diploma legal que promove a violação de importantes garantias e direitos da pessoa. Segundo os autores, tal lei serviu para a rotulação cada vez mais frequente de delinquentes, igualando crimes diferentes na atribuição das devidas sanções penais.

De fato, no país, a definição de crimes hediondos passa por uma ausência de delineamento do conceito, o que abre margem para incluir no rol de crimes hediondos o crime do momento, ou seja, aquele que tem maior apelo público e midiático. Essa falta de definição, conforme os autores, atenta contra o princípio da legalidade e exalta o punitivismo, uma vez que a lei se mostra aberta e disposta a incluir sempre um novo crime a sua previsão (MONTEIRO; CARVALHO, 2008).

A Lei Maria da Penha, aclamada pela sociedade em sua promulgação, é um forte exemplo da infiltração do Direito Penal do Inimigo, violador de princípios, garantias e direitos fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro. A lei, cujo objetivo principal é a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, propõe o tratamento desigual entre gêneros e particulariza um grupo específico de indivíduos – no caso, cônjuges das vítimas –, sobre o qual recai todo o peso da lei. Toda essa sistemática provoca a violação do princípio constitucional da igualdade entre homem e mulher, previsto no art. 5º, inciso I da CF de 1988.

O art. 4º pode ser considerado catalisador do punitivismo inserto na lei. Ao dizer que “na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”, se pretende com ele que o juiz largue o positivismo, deixando de ser “escravo da lei”, sendo coadunado com a realidade social em que vive e com sensibilidade para interpretar os diversos institutos inseridos no contexto da Lei 11.340/06 (SOUZA, 2007, p.38).

Monteiro e Carvalho (2008) reforçam o ponto de vista acima citado, afirmando que se apresenta, em tal caso, uma margem a ser perseguida que, na prática, produz efetividade maior que aquela que a letra permite. Existe, aí, uma brecha que conduz aos pressupostos do Direito Penal do Autor, em que o homem é o agressor e a mulher, a vítima.

Por fim, é importante mencionar a infiltração do Direito Penal do Inimigo no próprio Código Penal pátrio. Procede-se desse modo citando o art. 59 do referido diploma legal, instituto responsável pela fixação da pena, conforme segue, in verbis:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 2002, art. 59).

Percebe-se, pela leitura desse dispositivo, que ocorre uma valoração dos maus antecedentes, uma das máximas do Direito Penal do Inimigo, a qual enuncia que todo aquele que transgride a norma social, de forma reiterada, exclui-se do ser cidadão e, por isso mesmo, será tratado como coisa – um inimigo (CALLEGARI; ANDRADE, 2007). O mesmo se verifica nos casos de agravamento da pena pela reincidência, prevista no art. 61, inciso I do Código Penal: temos o “etiquetamento” do indivíduo, eternamente preso ao seu passado criminoso, ficando sujeito a uma punição mais rigorosa toda vez que passe pelo controle social formal.

Tais dispositivos evidenciam “um incremento de pena de acordo com a pessoa do réu, que indicará sua periculosidade e conseqüentemente a probabilidade do cometimento de

ilícitos futuros”, conforme asseveram Callegari e Andrade (2007, p. 2). Nesse caso, ocorre “um exercício de futurologia, comumente utilizado pelo Direito Penal do Inimigo” (MONTEIRO; CARVALHO, 2008, p. 140).

Em vista de toda a exposição, não há como admitir a possibilidade de o Estado possuir a faculdade de renunciar à dignidade humana de qualquer pessoa que seja, uma vez que a própria finalidade desse ente não lhe é própria, mas corresponde ao fim dos indivíduos que compõem o ente estatal. Em outras palavras, a existência e as intenções estatais devem ser subsidiárias, e mesmo que deva se optar pelo valor coletivo, ainda assim não se poderá, por meio dessa opção, sacrificar o valor da pessoa.

Nos dias atuais, o Direito Penal passou a ser invocado pela sociedade como uma solução para a resolução de problemas sociais enfrentados pela humanidade. Nessa visão, o Direito Penal do Inimigo se destaca como um modo de aplicação mais severa da lei em relação àquele que delinuiu, ou seja, o inimigo, que se apartou das garantias que a Constituição prevê, bem como os próprios Tratados Internacionais, baseados no direito garantista (FERRAJOLI, 2006, p.33). No entanto, o Estado democrático de Direito não pode – e não deve – virar as costas para as conquistas de caráter humanitário, uma vez que milhares se sacrificaram em prol desse ideal, como desculpa para alçar a questão da segurança pública a um patamar mais alto que a da individual. As leis penais excessivamente repressivas não representam um combate à criminalidade, pois possuem caráter simbólico. A intervenção estatal, com a execução de políticas públicas nas áreas sociais, visando diminuir as desigualdades é que representa um mecanismo poderoso de combate ao crime.

Destarte, é importante destacar que mesmo tendo um indivíduo cometido um crime e violado a dignidade humana de outrem, o Estado não está legitimado a agir de modo vingativo, atacando a dignidade do criminoso, uma vez que “a superioridade moral do Estado para infligir castigo está justamente na renúncia em adotar as técnicas repugnantes dispensadas pelo delinquentes” (KOH, 2008, p. 8).

9 Conclusão

Por intermédio do presente trabalho, procurou-se mostrar que a teoria do Direito Penal do Inimigo, muito embora mostre-se interessante, com suas propostas de punições mais severas para aqueles que amedrontam a sociedade e colocam em risco a manutenção desta, deve ser analisada com cuidado. Isso porque o poder punitivo que o Estado adquire é demasiadamente grande e os direitos e garantias fundamentais, que têm como função e sua respectiva limitação foram suspensas.

Assim sendo, percebe-se uma clara tendência para que as sanções impostas aos inimigos estendam-se também aos cidadãos, fato esse que ocasionará a criação de um estado geral de insegurança para todos os indivíduos.

Em virtude das mudanças ocorridas dentro da sociedade e conseqüentemente dentro do processo e do Direito Penal, vemos a valorização de alguns bens jurídicos anteriormente não considerados essenciais a ponto de justificar a intervenção estatal, como por exemplo, os crimes de perigo abstrato, a tipificação de novas condutas, bem como o surgimento de crimes e organizações que possuem caráter transnacional.

Diante desse contexto, surge a teoria desenvolvida por Günther Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo, com intuito de individualização e eletiva neutralização daqueles considerados como um perigo à sociedade, que encontra abrigo nas exigências desta por soluções que traduzem tal violência e também na ânsia dos legisladores em satisfazer tais desejos, que acabam por ser materializar em punições desmedidas, desnecessárias, anacrônicas e principalmente violadoras da dignidade da pessoa humana.

O Direito Penal de urgência perde o cerne de seus fundamentos (se é que existe algum fundamento) deixa de ser um instrumento de proteção do cidadão para tornar-se mero instrumento contensão social e gestão de riscos, essa não é a função do Direito Penal, o mesmo não serve para controle social. Por certo que os problemas sociais devem ter solução, porém o Direito Penal não é o melhor e o único caminho, outras medidas deverão surgir com o esquecimento do modelo punitivo estatal hoje vigente.

O aumento desmedido de tipos penais e o endurecimento das penas são resultados de um Direito Penal simbólico, com a tentativa de transmitir segurança a sociedade, e a ideia de que o Estado está atento ao avanço da criminalidade, passando assim, uma aparente sensação de segurança por parte de seus pares, pois conforme já afirmado, não é o *quantum* de pena, mas a sensação de impunidade que cria a figura do criminoso.

Desconsiderar-se a conquista de direitos e garantias antes inexistentes, tais quais a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, com o único objetivo de alcançar possíveis sanções mais drásticas parece-nos, ao mínimo, algo irresponsável e absurdo. Nesse sentido, o Direito Penal não mostra-se como o meio adequado para que determinados problemas enfrentados pela sociedade, tais quais o crescente aumento da criminalidade possam ser solucionados .

Essas modificações devem ser fruto de políticas sociais desenvolvidas pelo Estado e infelizmente, demandam um certo tempo. A urgência dos clamores da sociedade não deve ser completamente considerada pelo legislador, uma vez que soluções, imediatas (legislar no clamor) podem transformar-se posteriormente em um problema para todos os indivíduos.

Garantir ao estado mais poder para punir os infratores da norma penal, bem como a retirar desses certas garantias não representam um solução razoável para os atuais problemas, mas sim acarretam a criação de um estado de insegurança, além do fato de que tal modelo não encontra-se em harmonia com o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Nas sábias lições de Zaffaroni (2009):

A função do Direito Penal, hoje e sempre, é conter o poder punitivo não é seletivo do poder judiciário, e sim um fato político, exercido pelas agências do poder punitivo, especialmente a polícia. Não estou falando da Polícia Federal ou da que está na rua e sim de todas as agência policiais, campanhas de inteligência, arquivos secretos, polícia financeira, enfim, agências executivas. Essas agências têm um contenção jurídica que é o Direito Penal.

Por meio do presente trabalho, puderam-se entender os conceitos acerca do Direito Penal do Inimigo como violador da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é um princípio que deve nortear as decisões penais, de modo que os indivíduos não sejam condenados por motivos indevidos e injustos.

Um outro ponto que procurou-se discutir no presente trabalho diz respeito ao fato de que o Direito Penal do Inimigo claramente afronta princípios ditados pela Constituição da República, norma de hierarquia máxima em nosso ordenamento jurídico. Diante disso, podemos deduzir que uma vez que tal norma apresenta-se como parâmetro, bem como representa o fundamento de validade para todas as demais, as medidas propostas pelo Direito Penal do Inimigo mostram-se absurdas e, portanto, não se coadunam com o Estado Democrático de Direito.

Conforme a lição de Luiz Flávio Gomes “Ninguém contesta que o Estado deve intervir, com firmeza, para evitar danos para o patrimônio e vidas das pessoas. Mas dentro do Estado de Direito até mesmo o Direito tem limites” (FLÁVIO GOMES, 2005)

Decerto que dentre os infratores da norma penal podemos observar diversos graus de periculosidade e com isso, afastamento dos preceitos estabelecidos pela sociedade. Aqueles considerados como sendo os mais perigosos, ou seja, que exercem a criminalidade de forma habitual, profissional e que integram os quadros de organizações cujo objetivo que a prática de condutas criminosas deve receber um tratamento mais severo por parte do Estado, contudo, isso não significa dizer que dele devem ser retiradas garantias fundamentais. Muito embora essa delinquência habitual traduza o fato de que o ordenamento jurídico é constantemente rechaçado, o crimino particularmente perigoso ainda assim deve ser processado e julgado conforme o direito que por ele foi lesionado.

Nesse sentido, não se justifica a criação de uma nova esfera do Direito Penal, essa apenas aplicável aos indivíduos que representarem um considerável perigo à sociedade. O Direito Penal do Inimigo não cria uma série de condutas tipificadas que caso sejam praticadas, poderemos prontamente afirmar estarmos diante da hipótese de um inimigo.

O Direito Penal do Inimigo trata apenas de um modelo de procedimento a ser aplicado caso o indivíduo perigoso viole uma norma do ordenamento jurídico que é comum a todos, ou seja, vincule tanto inimigos quanto cidadão. Exatamente por tratar-se das mesmas disposições legais, não se pode oferecer um tratamento de guerra alguns e garantista a outros.

Se ao fim do processo ficar comprovado que o indivíduo cometeu o ato ilícito deverá sofrer as consequências jurídicas do Direito Penal dos cidadãos, pois foi este Direito que o mesmo infringiu e pelo qual foi julgado. E, mesmo que seja com o processo que o indivíduo perca sua condição de pessoa e passe a ser um inimigo, não resta dúvida de que o mesmo deverá transcorrer coberto de garantias processuais próprias dos cidadãos, resultando logicamente que o indivíduo ao ser condenado permanece na condição de pessoa.

Declarações como a do Presidente do Conselho Nacional do Poder Judicial espanhol, Francisco José Hernando (lançado em julho de 2005, logo após a morte equivocada, de um jovem brasileiro, Jean Charles, ocorrida em Londres), no sentido de que já chegou a terceira guerra mundial, que é a “guerra contra os terroristas”, agravada a insegurança que é gerada pelas emergenciais políticas antiterrorista. Esse tipo de apoio conduz efetivamente a um Direito Penal de “guerra”, admite tudo inclusive a morte de inocentes). A política do “matar para depois verificar quem é o morto”. (como foi defendida pela polícia inglesa logo após a

trágica morte citada) só incrementa o quadro de violência. E da violência não se pode esperar outra coisa que não seja a própria violência. (GOMES, 2005)

Também vale como contrapeso os exemplos presentes na história da humanidade, que mostraram resultados extremamente danosos aos Direitos Humanos quando certos Estados enveredaram pelo caminho do totalitarismo e passaram a tratar com extrema rigidez seus cidadãos, principalmente quando vincularam a eles a ideia de inimigo.

Por fim, a teoria elaborada por Jakobs não é efetivamente uma novidade, haja vista as suas diversas bases filosóficas, onde já podemos encontrar a figura de um inimigo para com o qual o Estado mostra-se extremamente hostil, acreditamos que o Direito Penal do Inimigo representa um verdadeiro retrocesso ao Direito Penal. Isso porque este foi concebido como instrumento de controle das relações possibilitando assim, o convívio em sociedade. Em virtude de seu potencial de coação, somente deveria ser utilizado quando esgotadas todas as possibilidades de controle extrapenal no combate a criminalidade, reservando seu âmbito de atuação a esferas de extrema necessidade.

Em derradeira trincheira destaco o posicionamento de Gomes (2005) acerca do Direito Penal do Inimigo, opinião essa que parece-nos bastante razoável:

“Quem sustenta o chamado “Direito penal” do inimigo (que é uma espécie de “direito emergencial”), na verdade, pode ser caracterizado como uma grande inimigo do Direito penal garantista, porque ele representa um tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais acolhidos pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito. Sendo o “inimigo” uma não pessoa (como afirma Jakobs, o maior difusor da ideia do Direito penal do inimigo), pouco importa se está vivo ou morto. Por conseguinte, essa doutrina, que parte da premissa do “homem normativo”, está fadada a produzir ou intensificar uma quantidade enorme de violência em todas as partes do mundo, mas particularmente nos países periféricos (incluindo-se a América Latina), por onde permeia a combinação da ausência de tradição democrática com uma mídia e um legislador comprometidos com a ideologia do punitivismo a todo custo”

Segundo Foucault, a detenção opera a seleção, classificação e organização da delinquência de maneira a controlá-la, estabelecendo um ciclo vicioso no qual a delinquência é a justificativa para a existência da técnica penitenciária que, por sua vez, produz a delinquência exatamente para este propósito. São criados, por meio da delinquência, motivos para vigilância constante, e se pune qualquer manifestação contra o sistema. A partir disso, cria-se o homem disciplinado, dócil e útil, tido como normal. O *nemo tenetur se detegere* diz respeito, acima de tudo, a um direito constitucional que se une essencialmente à liberdade e à dignidade da pessoa humana, na medida em que afiança o direito ao investigado de não se autoincriminar, fundamentando a legitimidade do atual estado democrático de direito.

Portanto, compreende-se que é necessária, nesse contexto, a realização de outros trabalhos que tenham como objeto de estudo o Direito Penal do Inimigo, de modo a promover a justiça diante dos indivíduos, evitando-os levá-los à condenação de modo desnecessário, inválido e incomum.

Referências

- ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o direito penal do inimigo**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116>. Acesso em: 24 set. 2013.
- ADORNO, Sérgio. A prisão sob a ótica de seus protagonistas: itinerário de uma pesquisa. **Tempo Social**. v. 3, n. 1-2, p. 7-40, 1991.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Érika Fontes de e VAZ, Daniel Ribeiro. **Teoria do crime: Conceito de crime**. Disponível em: <http://www.unit.br/Publica/2010-2/HS_TEORIA_DO_CRIME.pdf>. Acesso em: 29 set.2013.
- ALVES, José Deques. **Do tratamento penal à reinserção social do criminoso**. 2003. 66 f. Monografia (Titulação em pós-graduação em modalidades de tratamento penal e gestão prisional). Curitiba:Universidade Federal do Paraná, Março de 2003.
- ALVIM, Wesley Botelho. **A ressocialização do preso brasileiro**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2965/A-ressocializacao-do-preso-brasileiro>>. Acesso em: 29 set. 2013.
- ARAÚJO NETO, Felix. Teoria do delito: algumas considerações sobre o causalismo e finalismo. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 10, n. 573, 31 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6245>>. Acesso em: 23 set. 2013.
- ARAUJO, Vicente Leal de. **Individualização das penas privativas de liberdade na execução penal**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos3/penas-privativas-liberdade-execucao-penal/penas-privativas-liberdade-execucao-penal.shtml>>. Acesso em: 28 set. 2013.
- ARENDT, Hannah. **O sistema totalitário**. Lisboa: Dom Quixote, 1978.
- AZEVEDO, Juarez Morais de. A humanização da pena de prisão e a associação de proteção e assistência aos condenados – APAC. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (coords.). **Execução Penal: constatações, crítica, alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 289-302.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BARROCO, M. Lucia S. **Código de ética do/a assistente social comentado**. São Paulo: Cortez, 1993.

- BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio sobre uma Teoria Geral do Processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional *In*: GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos**. Belo Horizonte: Puc Minas, 2006.
- BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BATISTA, Nilo Batista. **Introdução crítica ao Direito Penal**. 11.ed. Rio De Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTELA, Jamila Eliza; AMARAL, Marilda Ruiz Andrade. Breve histórico do sistema prisional. *ETIC. Encontro de iniciação científica*, v. 4, n. 4, 2008.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. 13.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
- BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A formação da tradição jurídica ocidental**. Porto Alegre: Unisinos, 2006.
- BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BITTENCOURT, Moura. **Crime**. Edição Universitária de Direito, 1973
- BITTAR, E. C. B. **Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história das ideias políticas**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BOAÇALHE, Marcus Vinicius. **A genealogia da pena privativa de liberdade: um enfoque crítico sobre tal instituto**. 2007. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Centro Universitário "Eurípides de Marília" – UNIVEM, Marília/SP.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes Braga. **A identidade do preso e as leis do cárcere**. 2008. 215 f. Tese (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia). São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- BRANCO, Vitorino Prata Castelo. **Como se faz uma defesa criminal no juízo singular e no tribunal do júri**. 5. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 2001.
- BRANDÃO, Cláudio. **Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 set. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 30 set. 2013.

_____. **Lei nº 7.209, 11 de julho de 1984 – DOU de 13/7/84**. Lei que altera os dispositivos do Decreto 2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1984/7209.htm>>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de Abril de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 29 set. 2013.

BRIGAGÃO, Paula Neves. **Funcionalismo penal**. Disponível em <<http://www.pesquisedireito.com/artigos/penal/funcionalismo-penal>>. Acesso em: 21 set. 2013.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Notadez, 2004.

CALHAU, Lelio Braga. **Resumo de Criminologia**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Traços do direito penal do inimigo na fixação da pena-base. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 15, n. 178, set. 2007.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu. **Direito Penal e funcionalismo**. Natal: Livraria do Advogado, 2005.

CANÊDO, Paula Fernandes Teixeira. **O histórico das penas privativas de liberdade**. Disponível em <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28791>>. Acesso em: 28 set. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Justiça Constitucional e Justiça Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 58, São Paulo, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARDOSO, Susiane. **O princípio da individualização das penas na Execução Penal**. 2007. 87 p. Monografia (Bacharelado em Direito). Centro de Ciências Sociais e Políticas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí/SC, Maio de 2007.

CARVALHO JÚNIOR, Almério Vieira. **O Direito Penal do Inimigo**. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11101>. Acesso em: 23 set. 2013.

CARVALHO, José Murilo de. **Teatro de sombras: a política imperial**. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de Execução Penal. In: **Crítica a Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Do giro finalista ao Funcionalismo Penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. **O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração**. v. 6. Justiça Penal. São Paulo, 1999.

CRESPO, Eduardo Demétrio. O “direito penal do inimigo” darf nicht sein!: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a ideia de segurança. Tradução Luciana Caetano da Silva. **Revista Ciências Penais**. São Paulo, v.3, n. 4, jan./jun. 2006, p. 129-155.

D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DAL LAGO. Personas y no-personas. In: GORSKI, Silveira. **Identidades comunitarias y democracia**. Madri: Ed. Trotta, 2000.

DALEPRANE, Cristina Passos; HATAB, Layla Gonçalves. O trabalho prisional como alternativa de ressocialização penal: uma garantia de efetivação dos direitos humanos. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, v. 5, n. 1, p. 128-164, jan./jun. 2011.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caerio. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do Direito do Trabalho**. 9. ed, São Paulo: LTR, 2010.

DELMANTO, Roberto. **O testemunho exclusivo de policiais e a violação ao direito ao silêncio nos casos de tóxicos**. São Paulo: Revista do Advogado, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. **História e prática das alternativas penais**. Disponível em <<http://www.criminal.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=521>>. Acessado em: 28 set. 2012.

- DUARTE, Maércio Falcão. Evolução do Direito Penal. **Revista Jus Navigandi**, v.3, n. 34, ago. 1999.
- ELHICHE, Gamil Fopper. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. São Paulo: Forense, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional**. Trad. de Carlo Coccioli y Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.
- FEU ROSA, José Miguel. **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. de Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977.
- _____. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.
- FLÁVIO GOMES, Luiz. **Muñoz conde e o Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7399/munoz-conde-e-o-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 18 nov. de 2013.
- FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- FROTA, Guilherme de Andrea. **História do Brasil-colônia**. Brasília: Bibliex Cooperativa, 1998.
- FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do Direito Penal: crime natural e crime de plástico**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GAROFALO, Raffaele e CARELLI, Luigi. **Criminologia: studio sul delitto e sulla teoria della repressione**. 2.ed. England: British Library, 2011.
- GONDRA, José. Artes de civilizar. **Medicina, higiene e educação escolar na corte imperial**. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2004.
- GOUVÊA, Roseli. **A prática do psicólogo no sistema prisional do Estado de São Paulo**. 2007. 173 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho; prefácio José Ignácio Lacasta-Zabalza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O finalismo como método sintético real normativo para a construção da teoria do delito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n.2, p. 5-28, jan./jun. 2005.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 32, out./dez., 2000.

_____. **Curso de Direito Penal.** 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v.1

_____. **Curso de direito penal.** : Parte Geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v.1

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *In: Ciência Penal.* São Paulo: Ed. Convívio, ano III, n. 1, 1976.

GUIMARAES, Luiz Guilherme. **A falência da pena de prisão.** Disponível em <<http://pt.scribd.com/fofissima!/d/21224191-A-falencia-da-pena-de-prisao>>. Acesso em: 28 set. 2013.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia.** Entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais.** n. 2. Porto Alegre, Abril/2008.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão.** Trad. e apresentação e notas Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

HORTA, Ana Clélia Couto. **Evolução histórica do Direito Penal e escolas penais.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514>. Acesso em: 25 set. 2013.

HULSMAN, Louk. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** Rio de Janeiro: Luam, 1993.

JACQUES, Danielle de A. **O sistema prisional brasileiro: possibilidade de cumprimento da pena através da prisão domiciliar.** 2004. 98 f. Monografia (Obtenção do grau de Bacharel em Direito). Centro de Educação Superior, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí/SC.

JAKOBS, Gunther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar), **en Eser/Hassemer/ Burkhardt** (eds.) Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, C. H. Beck, München, 2000.

_____. Gunther. **A imputação objetiva no direito penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A imputação objetiva no direito penal.** Trad. André Luiz Callegem. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Cancio Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Temas de Direito Criminal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JOPPERT, Alexandre Couto. **Fundamentos de Direito Penal: aplicação da Lei Penal, teoria geral do crime, contravenção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2012.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____. **La paz perpetua**. Ensayo filosófico. Trad. Francisco Rivera Pastor. Madrid-Barcelona, 1919.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Porto Alegre: Nota Dez, 2001.

KOH, Omar Hong. Da possibilidade da tortura, em casos excepcionais, no estado democrático de direito: os fins justificam os meios? **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.15, n. 182, jan. 2008.

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

LEAL, João José. **Direito Penal geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues. O princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições do Brasil. **Revista Âmbito Jurídico**. [SI]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11138>. Acesso em: 23 set. 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, Vitor Gonçalves. **O fracasso da pena de prisão: alternativas e soluções**. Disponível em <www.panoptica.org/.../06_2009_2_nov_fev_108_129pp.pdf>. Acesso em: 29 set. 2013.

MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do Direito**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MANSOLDO, Mary. **Comentários sobre a teoria do funcionalismo penal**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033358.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2013.

MARQUES, Viriato Soromenho. **História e política no pensamento de Kant**. Portugal: Europa América PT, 1995.

MARRA, Livia; BUOSI, Milena. Massacre do Carandiru, que deixou 111 mortos, completa dez anos. **Folha de São Paulo online**. Caderno Cotidiano. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u60163.shtml>>. Acesso em: 29 set. 2013.

MARX, K. Manuscritos econômicos e filosóficos. In: FROMM, E. (org.). **O conceito marxista do homem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v.3
_____. **Processo penal**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEIRO, Rodrigo de Oliveira; CARVALHO, Gisele Mendes de. O direito penal do inimigo face à dignidade humana e seus traços no direito penal pátrio. **Revista de Ciências Jurídicas**. Universidade Estadual de Maringá - UEM, v.6, n.2 jul./dez. 2008, pp. 103-142.

MORAES, A. **Constituição do Brasil interpretada**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal: o direito penal do inimigo**. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). PUC – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MOURA, Aline Cristine Boska; VARGAS, Ana Paula Ovçar. Direito penal do inimigo e a legislação brasileira. **Revista da FEATI**. n. 7. [SI]. Disponível em <<http://www.feati.edu.br/revistaeletronica/downloads/numero7/artigoDireitoPenalInimigo.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2013.

MUAKAD, Irene Batista. **Prisão Albergue: reintegração social, substitutivos penais, progressividade do regime e penas alternativas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MUNOZ, Francisco Conde. **Crítica ao Direito Penal do Inimigo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Edmund Mezger e o Direito Penal do Inimigo do seu tempo**. Trad. Paulo Cesar Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Teoria geral do delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direito Penal: Introdução e Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. v.1

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O valor da confissão.** São Paulo: RT, 1997.

_____. **Prisão e liberdade de acordo com a lei 12403/2011.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Rumsfeld é culpado por abusos em Abu Ghraib e Guantánamo.** Internacional - Caderno D, 12 dezembro de 2008, D-11/12.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em <<http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/portugues/Universal.html>>. Acesso em: 23 set. 2013.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal.** 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACHECO, Eliana Descovi. **Evolução histórica do Direito Penal.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3751>. Acesso em: 28 set. 2013.

PAIXÃO, A. L. **Recuperar ou punir?:** como o Estado trata o criminoso. São Paulo: Cortez/Autores Associados, 1987.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo:** reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PAWLIK, MICHAEL. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo.** São Paulo: Liber Ars, 2002.

PEREIRA, Ricardo Souza. **A prisão e a liberdade sob a ótica da lei 12403/2011.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

PINHO, Rodrigo César Rabello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *In:* LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo:** tendências atuais em direito penal e política criminal. São Paulo: RT, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 20.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

REGIS PRADO, Luiz. **Entrevista Concedida à Carta Forense.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3624>>. Acesso em: 26 set. 2013.

_____. **Curso de Direito Penal.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1

- RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa Social e Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.
- ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Funcionalismo penal: algumas reflexões**. Disponível em <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao4/FUNCIONALISMO%20PENAL%20-%20jos%C3%A9%20carlos.pdf>. Acesso em: 30 set.2013.
- ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: **Interesse Público**. v. 1, n. 4, p. 23-48, out-dez, 1999.
- ROQUE, Sebastião José. **História do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2007.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Maurice Cranston.. São Paulo: Penguin, 2011.
- ROXIN, Claus. **A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organizador e tradução de André Luis Nereu Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2009.
- _____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. e introd. de Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Penal Processual**: Claus Roxin, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann. Trad de Gércelia Batista de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Violência e reificação: linhas fundamentais da criminologia do reconhecimento. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 198, maio de 2009, p. 16.
- SAMPEL, Edson Luiz. **Estudos de Direito Canônico**. São Paulo: LTR, 2009.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.
- _____. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005.
- SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.38, n.153, jan./mar. 2002.

- SANTOS, Maria Alice de Miranda dos. A ressocialização dos presos no Brasil e suas consequências para a sociedade. **E- Civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH**. v.3, n.1, p. 1-46, jul. 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. Malheiros. São Paulo, 2010.
- SOARES, Maurício. **História do Brasil: Império e República**. Brasília: Bibliex Cooperativa. 2003.
- SOUZA JÚNIOR, Carlos Miguel Villar de. **Funcionalismo penal: aportes sobre uma teoria axiológica do Direito Penal**. Disponível em <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Professor/anima4-Carlos-Miguel.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2013.
- SOUZA NETTO, Arthur Rocha da. **História do Direito Penal**. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4941>. Acesso em: 22 set. 2013.
- SOUZA, Iara Lis Carvalho. **Pátria coroada: o Brasil como corpo político autônomo, 1780-1831**. São Paulo: UNESP, 1999.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha – comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.
- TELES, Ney Moura. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Editora Atlas, 1998. v.1
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TRAMONTIN BONHO, Luciana. **Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8439/nocoes-introductorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 26 de novembro de 2013.
- WEFFORT, Francisco Correa (org). **Os clássicos da política**. 10. ed. São Paulo: Ática, 2004.
- WEYNE, Bruno Cunha. **Direito Penal: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva Editora, 2013.
- ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. v.1
- ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Entrevista concedida ao Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br?2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>> Acesso em: 11 de outubro de 2013.