



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS  
Curso de Direito

**RANDEL GIORDANI FERREIRA MONTINI**

**SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL: SÍMBOLO DO DIREITO PENAL DO  
INIMIGO**

Brasília  
2016

**RANDEL GIORDANI FERREIRA MONTINI**

**SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL: SÍMBOLO DO DIREITO PENAL DO  
INIMIGO**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis  
Bastos

Brasília  
2016

FERREIRA MONTINI, Randel Giordani.

Sistema Carcerário Nacional: Símbolo do Direito Penal do Inimigo

57 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos

**RANDEL GIORDANI FERREIRA MONTINI**

**SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL: SÍMBOLO DO DIREITO PENAL DO  
INIMIGO**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis  
Bastos

Brasília, de                      de 2016.

**Banca Examinadora**

---

**Marcus Vinicius Reis Bastos**  
**Orientador**

---

**Examinador**

---

**Examinador**

Aos meus pais, por acreditarem incondicionalmente em mim.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Marcus Vinicius, por todo o apoio, compreensão e ensinamentos ao longo dos dois semestres de produção deste trabalho.

Aos meus pais e amigos pelo carinho e apoio que me deram ao longo do trajeto até a conclusão do meu curso.

Acreditamos ser possível reduzir os níveis de violência, salvar muitas vidas humanas, evitar muita dor inútil, e, finalmente, fazer o sistema penal desaparecer um dia, substituindo-o por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos.

(Eugenio Raúl Zaffaroni)

## **RESUMO**

O Direito Penal do inimigo é uma teoria da Criminologia proposta por Günther Jakobs, segundo a qual determinados indivíduos, devido à suas condutas e possibilidade de cometer crimes, devem perder a qualidade de cidadãos e passarem a ser tratados como inimigos, devendo serem combatidos da forma mais rígida possível. Como o Estado não delimita claramente quem poderia ser considerado inimigo, a teoria é aplicada muitas vezes de forma branda, servindo como verdadeiro controle de pessoas indesejadas. Com a banalização da teoria, não surpreendente é a sua propagação no âmbito do sistema carcerário nacional. O presente trabalho analisa de que forma o Direito Penal do Inimigo afeta a vida do encarcerado, e como, conseqüentemente, afeta a vida da sociedade com a crescente criminalidade

Palavras chave: Direito Penal do inimigo. Regime Disciplinar Diferenciado. Sistema Carcerário. Execução Penal.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>3</b>
1.1. Base teórica do Direito Penal do Inimigo.....	3
1.2. A função exercida pelo Direito Penal .....	9
1.3. Quem são os inimigos no Brasil .....	12
<b>2. EXECUÇÃO PENAL .....</b>	<b>16</b>
2.1. Finalidade da execução penal .....	16
2.2. Finalidade da execução penal x Finalidade da pena .....	21
<b>3. A CONDIÇÃO DE INIMIGO VIVENCIADA NO ÂMBITO DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL.....</b>	<b>28</b>
3.1. Tutela dos direitos dos presos .....	32
3.2. Presos provisórios em execução penal .....	37
3.3. O Regime Disciplinar Diferenciado .....	41
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>46</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade dissertar acerca dos aspectos concernentes ao sistema carcerário por se tratar de um sistema falho, suscetível a diversos problemas. A legislação penal brasileira, ainda que de fato seja uma das mais completas e bem elaboradas do mundo, tendo o devido reconhecimento internacional por isso, foi construída de modo a punir mais fortemente alguns tipos específicos de crimes, em contrapartida a outras que são caracterizadas por serem tipificadas de forma mais branda, servindo como ponto inicial de uma problemática que assola o País: a pré-conceituação de que determinados indivíduos desviantes são mais potencialmente perigosos do que outros, criando uma marginalização e segregação social.

A feitura das leis fica a encargo de um dos três pilares do poder, qual seja o Legislativo. Ainda que sejam representantes da população, eleitos de forma democrática por esses, a formulação técnica dos tipos penais são voltadas para atingir de forma mais severa os crimes que são típicos de grupos que pertencem às camadas mais pobres, que são os crimes voltados contra o patrimônio.

Dessa forma abre-se um enorme precedente para a aplicação do Direito Penal do Inimigo, não só no sistema carcerário nacional, mas também pela sociedade, que, calejada pela constante insegurança sentida pelo aumento exponencial da criminalidade, clama por decisões severas. Foi, portanto, diante desses problemas, que o presente trabalho foi desenvolvido.

No primeiro capítulo busca-se conceituar o Direito Penal do inimigo, apresentar suas principais características e teorias que serviram de alicerce para sua criação. São demonstrados os conceitos dados por Jakobs sobre Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do cidadão expondo suas diferenças e finalidades que o autor desejou na diferenciação.

Em um segundo momento é analisado a função que é exercida pelo Direito Penal, por meio de um estudo realizado na melhor doutrina sobre o assunto, com escopo de elucidar o leitor das diversas teorias adotadas nesse ramo do Direito.

Finalizando o primeiro capítulo passa-se à realidade brasileira. Quem é considerado inimigo no País e de que forma tais indivíduos chegaram à condição de

indesejados da sociedade. Para tanto, fez-se mister uma análise de fatos históricos que afetaram o Brasil.

No segundo capítulo a intenção é explanar acerca da execução penal no País, trazendo informações quanto às alterações legislativas que modificaram a matéria ao longo do tempo por meio de mudanças dos Códigos Penal e Processual Penal, e a evolução de um Sistema Duplo Binário para o Vicariante. É destacada também, a transição que ocorre entre um Direito Penal autoritário para um Democrático.

Por fim, o segundo capítulo encerra com apontamentos sobre a distinção entre a finalidade da execução penal e finalidade da pena, assim como a função de cada um, trazendo pensamentos de autores como Foucault, Mirabete, Hans Kelsen e Capez. Para elucidar sobre a finalidade da pena, o tópico aborda as teorias jurídicas e críticas, com suas respectivas subdivisões.

No terceiro e último capítulo o trabalho tem por intenção convencer o leitor sobre a real condição de inimigo que o encarcerado vive no sistema prisional brasileiro. Falta de estrutura, despreocupação com reeducação e reinserção do apenado são alguns dos pontos abordados na parte final do trabalho, assim como de que forma o Estado se atenta aos direitos dos presos. Jurisprudência e dados do Departamento Penitenciário Nacional foram usados para demonstrar a problemática principal do trabalho: a omissão estatal no que tange garantias constitucionais daqueles que vivem sob sua tutela na condição de moradores de seus estabelecimentos prisionais.

Encerrando o presente trabalho, tem-se a presença de tópico voltado para o Regime Disciplinar Diferenciado, o RDD, que surgiu como tentativa de conter criminosos perigosos de manter contato com o meio externo enquanto presos, mas que acabou adquirindo uma abrangência maior que a intenção inicial.

## 1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 1.1. Base teórica do Direito Penal do Inimigo

O Direito se subdivide em diversas especialidades, para atender à resolução de lides de forma a ter presente a substância do conteúdo em litígio, sendo diversificadas as áreas de atuação, tais como área cível, administrativa, ambiental, tributária, entre outras. A subdivisão em diferentes campos de conhecimento tem por escopo a manutenção da normalidade social e do equilíbrio, ordem e paz no espaço da vida em comunidade, estabelecendo, por exemplo, a ordem por meio de sanções aplicadas àqueles que tenham atitudes tidas como delitivas em determinada sociedade. É neste contexto de campos diferenciados de conhecimento que surge o Direito Penal e sua missão.

Para Nilo Batista, o Direito Penal é<sup>1</sup>:

(...) o conjunto das normas jurídicas que, mediante a cominação de penas, estatuem os crimes, bem como dispõem sobre seu próprio âmbito de validade, sobre a estrutura e elementos dos crimes e sobre a aplicação e execução das penas e outras medidas nelas previstas. Chama-se a esta aceção direito penal em sentido objetivo (...).

A seu lado, introduz-se uma aceção segundo a qual o direito penal exprime a faculdade de que seria titular o estado para cominar, aplicar e executar as penas, apreendida como direito subjetivo (...).

Ainda sobre o Direito Penal, Nilo Batista ensina que sua função é proteger a sociedade por meio da tutela de seus bens e interesses, assim como garantir a segurança jurídica e confirmar a validade da norma sempre que necessário<sup>2</sup>:

O Direito Penal é o ramo encarregado da proteção de direitos subjetivos dos indivíduos de um modo geral. Valores como saúde, liberdade, propriedade, e o mais importante, a vida, devem ser tutelados não somente por meio da imposição, da intimidação aos indivíduos ali inseridos.

Sendo uma espécie de fulcro da pena, a prevenção geral visa um efeito psicológico na população de não-fazer, direcionado ao cidadão que é um criminoso em potencial. Dessa forma, o indivíduo de bem segue no caminho correto e aquele que um dia pode se tornar desviante deve optar pelo bem diante da ameaça e do medo da pena<sup>3</sup>. O

<sup>1</sup> BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

<sup>2</sup> BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

<sup>3</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: volume 2. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.

entendimento por parte da população de que o adimplemento das regras impostas é o meio mais adequado ao convívio e a justiça é necessária, e para tanto, precisa o Estado firmar compromisso com seus cidadãos<sup>4</sup>.

Na sociedade contemporânea o uso do Direito Penal tem sido elástico, ou seja, ora tende a ter uso prático mais acentuado, ora pende para uma menor aplicação. Esta mobilidade pode ir de um modelo de abolicionismo penal, onde se abre mão do Direito Penal como instrumento de controle social, até o Direito Penal do Inimigo, que vai além do uso máximo do Direito Penal.

Esta flexibilidade passa, portanto, pelos seguintes caminhos: abolicionismo penal; direito penal mínimo; garantismo penal, direito penal máximo e, por fim, o direito penal do inimigo.

Para efeito dos propósitos deste trabalho, impende focar, mais detidamente, o chamado Direito Penal do Inimigo.

Baseado na prevenção geral surge o Direito Penal do Inimigo. Elaborada por Günther Jakobs, professor de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn. Jakobs é um filósofo expoente do século atual e discípulo de Hans Welzel, idealizador da teoria finalista do delito<sup>5</sup>. Para o melhor entendimento da teoria de Jakobs, será feita uma breve análise quanto ao funcionalismo penal.

O funcionalismo é um método surgido em ciências como filosofia e sociologia e que posteriormente foi levado ao Direito. Alcançou o mundo jurídico a partir dos pensamentos críticos de Claus Roxin quanto ao finalismo preceituado por Hans Welzel<sup>6</sup>. Em 1970 com a obra intitulada “Política criminal e sistema jurídico-penal”, Roxin criou a corrente funcionalista, que defende a utilização de critérios político-criminais para reconstruir a teoria do delito<sup>7</sup>. Tal corrente se subdivide em duas vertentes, quais sejam o funcionalismo moderado e o funcionalismo sistêmico, sendo o último a origem da teoria a qual trata o presente trabalho.

---

670.

<sup>4</sup>CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>5</sup>PINHEIRO, Raphael Fernando. A teoria do direito penal do inimigo sob a perspectiva do contrato social . In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

<sup>6</sup>ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Funcionalismo penal: apenas algumas reflexões. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 18 abril. 2008.

<sup>7</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. Breves apontamentos sobre o funcionalismo penal. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3474>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

A teoria de Günther Jakobs, na busca de controlar o intolerável, afirma que o Direito Penal deverá fundamentalmente ter como alicerce garantir a vigência das normas, para assim ter como consequência o respeito a elas<sup>8</sup>.

Jakobs separa o Direito Penal em dois tipos: Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão. O último é um Direito Penal para todos, ao passo que o primeiro é um Direito voltado para os que insistem na prática de condutas delitivas. Na acepção de Luis Regis Prado, Direito Penal do Cidadão é voltado para aquele que oferece a chamada “segurança cognitiva mínima”, qual seja o cidadão que oferece minimamente a garantia de que se submete ao ordenamento jurídico, tendo cometido um delito de forma incidental<sup>9</sup>. O Estado tem não só o direito como a obrigação de combater aqueles indivíduos que persistem no cometimento de delitos. Quanto ao cidadão, detentor do direito à segurança, possui o direito de cobrar do Estado que aja no sentido de conter indivíduos reincidentes. O Direito Penal do cidadão é para todos, já o voltado para inimigo deve agir sempre mediante coação física, até chegar à guerra<sup>10</sup>.

Ao fundar o Direito Penal do Inimigo, Jakobs precisou definir quem seriam os inimigos, e assim o fez. Para ele, os inimigos são todos que demonstram estar afastados do Direito sem mostrar qualquer tipo de garantia que retornarão a seguir as normas um dia. Ao não atuar em sua manutenção no Estado Democrático de Direito, o indivíduo não mais possuirá os benefícios inerentes da pessoa humana, transformando-se em uma não-pessoa na visão do Estado, perdendo o status de sujeito de direito<sup>11</sup>.

Se perder o status de sujeito de direito, terá como consequência capital a queda de sua condição de sujeito processual, não tendo acesso a direitos básicos como o contraditório, ampla defesa, e comunicação com advogado<sup>12</sup>. Conforme diz Luiz Flávio Gomes, a respeito da teoria formulada por Jakobs<sup>13</sup>:

---

<sup>8</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e críticas. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 15.

<sup>9</sup> REGIS PRADO, Luiz. Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-penal-do-inimigo/3624>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>10</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e críticas. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 15.

<sup>11</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e críticas. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

<sup>12</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e críticas. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). Disponível em:

(...) Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, (...). Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de *guerra*. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas).

Aplicando o conceito a tipos penais já existentes, o autor defende que os inimigos são: criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas<sup>14</sup>. De acordo com Jesús-María Silva Sánchez, a mudança de status de cidadão para inimigo ocorre<sup>15</sup>:

(...) pela integração em organizações criminosas bem estruturadas, mas, além disso, se dá também, pela importância de cada ato ilícito cometido, da habitualidade e da profissionalização criminosa, de forma a manifestar concretamente a perigosidade do agente.

(...)

O Direito do inimigo – poder-se-ia conjecturar – seria, então, sobretudo o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos, em contrapartida as medidas de segurança aplicadas a inimputáveis no Direito Penal comum.

Para Jakobs, a pena precisa ter dois escopos. O primeiro é o objetivo simbólico da prisão. O encarceramento serve como demonstração a todos os cidadãos que o aviltamento das normas constituídas naquela sociedade sempre terá um resultado irrelevante. A tentativa de destruição do ordenamento jurídico é rebaixada à desprezível, visto que a norma seguirá produzindo seus efeitos, ainda que violada seja. Serve também no sentido de prevenção, para evitar que o cidadão que cumpre seu papel designado perante a sociedade um dia desvie do caminho<sup>16</sup>.

O segundo objetivo é estritamente físico. Ao se manter o dito inimigo da sociedade em cárcere, evita que ele cometa crimes que certamente cometeria se estivesse livre, pois o não-sujeito, na acepção dessa teoria, não tem a menor intenção de cessar as

---

<[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798)>. Acesso em: 10 mai. 2015.

<sup>14</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e críticas. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 15.

<sup>15</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>16</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e críticas. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

condutas desviantes, procurando constantemente violar as normas<sup>17</sup>.

O modelo de Direito Penal do Inimigo afirma que para o criminoso tido como inimigo, dada a sua periculosidade, o ideal é que o capture ainda na fase preparatória do *iter criminis*, sendo justificável por isso, que a pena seja mais intensa e desproporcional. Tratamento diverso despendido ao cidadão, que primeiramente se espera que ele tenha uma conduta adversa ao tipo para aplicar a punição prevista<sup>18</sup>.

Ao longo do tempo, Jakobs modificou sua teoria. Primeiramente o autor defendia o enrijecimento penal, conforme já demonstrado. Contudo, foi absurdamente crescente o aumento de medidas que eram pra ser de exceção em Estados por todo o mundo, tornando-as banais, o que acarretou em uma dificuldade de eliminar os excessos por fazer da exceção uma regra usada de forma desmedida. Sendo assim, surge a segunda fase de sua teoria, ao taxar de forma clara que era necessário trazer tais medidas para o campo da legitimidade, com a finalidade de não ser usada de forma arbitrária e sem nenhum de tipo de critério e/ou limites definidos<sup>19</sup>.

Para a formulação de sua teoria, Günther Jakobs alicerçou suas ideias em grandes filósofos, sendo os mais essenciais Jean-Jacques Rousseau, Johann Fichte, Immanuel Kant e Thomas Hobbes. Em todos, há o entendimento que deve ser excluído do convívio social aquele que viola as normas da sociedade<sup>20</sup>.

Rousseau, em sua obra máxima intitulada “O contrato social”, prega que aquele que ataca a norma, faz guerra contra sua nação, conforme explica<sup>21</sup>:

Aliás, todo malfeitor que ataca o direito social se torna, por seus feitos, rebelde e traidor da pátria, deixa de ser membro desta ao violar suas leis, e até faz guerra a ela. Nesse caso, a conservação do Estado é incompatível com a dele, e um dos dois tem de perecer; e quando se faz o culpado morrer, é menos como cidadão do que como inimigo. (...) porque o inimigo público não é uma pessoa moral, é um homem, e é conforme ao direito de guerra matar o vencido.

Kant, em consonância com Rousseau diz “quem ameaça constantemente a

---

<sup>17</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e críticas. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.157.

<sup>20</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798)>. Acesso em: 13 jun. 2015.

<sup>21</sup> ROUSSEAU, Jean-jacques. **O Contrato Social**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989. Pag. 33



sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo”<sup>22</sup>. Ressalte-se que em seu imperativo categórico, Kant defendia a ideia de liberdade de agir na exata forma em que se deseja que a atitude se torne uma lei universal, contanto que esteja contida dentro das leis. Nesse sentido<sup>23</sup>:

[...] as leis descrevem relações de causa e efeito. Portanto os homens são livres quando causados a agir [...] Liberdade é ausência de determinações externas do comportamento [...] Se as ações são causadas, obedecem às leis. [...] A liberdade tem leis; e se essas leis não são externamente impostas, só podem ser autoimpostas.

Assevera Fichte que “[...] quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos<sup>24</sup>”. Já Hobbes pregava que “em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo.”<sup>25</sup>

Na elaboração de sua teoria, Jakobs baseia-se em tais autores, mas as adequa na medida em que alinhou seu conceito ao de Hobbes e Kant, divergindo de Rousseau e Fichte em um determinado ponto: estes defendem uma separação absoluta do criminoso com o Direito, o que para o autor do Direito Penal do Inimigo não se aplica, dizendo que <sup>26</sup>:

Um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinqüente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinqüente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinqüente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Jakobs empenhou-se em fundamentar sua teoria nos pensamentos dos maiores filósofos defensores do contrato social, de modo a legitimar a ideia de subtrair do indivíduo desviante todos seus direitos, inclusive o *status* de pessoa<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup>GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798)>. Acesso em: 15jun. 2015.

<sup>23</sup>WEFFORT, Francisco Correa. **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1991, p. 53-54

<sup>24</sup>JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas, p. 25-26

<sup>25</sup>GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798)>. Acesso em: 15jun. 2015

<sup>26</sup>JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas.

<sup>27</sup>JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas.

## 1.2 A função exercida pelo Direito Penal

Conforme destaca Wolkmer<sup>28</sup>, toda cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existência de padrões, regras e valores que institucionalizem modelos de conduta. Desta forma, segundo o autor, cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. A este respeito, constata-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas<sup>29</sup>.

Fato é que, em toda e qualquer sociedade, em toda civilização que já existiu, desde a pré-história até os dias atuais, o ser humano sempre procurou estabelecer normas de conduta social, fossem elas escritas ou oriundas do costume (consuetudinárias).

Por vezes, estas eram bastante rudimentares, estando sequer explícitas; mas, encontravam-se, ainda assim, implícitas no comportamento humano. E isto devido a um só motivo: quando se convive em sociedade, assim tida como qualquer agrupamento humano, a criação de normas se faz necessária para que o convívio seja pacífico. Em outras palavras, o viver em sociedade pressupõe o viver sob o domínio de regras sociais.

Confirmando o que foi dito, cite-se Leal<sup>30</sup>, para quem tudo indica que o homem sempre viveu em grupo, levando a crer, conseqüentemente, que, desde as suas origens, verificou-se a necessidade de normas de conduta para reger a vida social primitiva, originando-se estas das tradições, superstições e costumes advindos do grupo social.

Cumprindo ressaltar, entretanto, que, sendo certo terem sempre existido normas de conduta social, certo também é que sempre existiu a tentativa de burlá-las. Neste sentido, cite-se Freud<sup>31</sup>, que argumenta, em seu ensaio “O mal estar da civilização”, que, para viver em sociedade e cumprir as regras de convívio entre os indivíduos, o homem tem que abrir mão dos seus desejos e pulsões, o que lhe traz frustrações e, até, distúrbios psíquicos.

Por outro lado, há que se considerar, também, que vários indivíduos não

---

<sup>28</sup> WOLKMER, A. C. (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> LEAL, J. J. **Direito Penal Geral**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

<sup>31</sup> FREUD, S. **O Mal Estar na Civilização**. extraído do Volume XXI da Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1969.

conseguem se adequar às normas que lhe são impostas, podendo desenvolver, para além do descontentamento, uma série de comportamentos que batem de frente com a atitude que se espera deles. Tal insatisfação latente pode gerar os chamados distúrbios mentais e o comportamento desviante<sup>32</sup>.

O comportamento desviante, sob o olhar de Merton<sup>33</sup>, pode ser considerado, sociologicamente, como um sintoma da dissociação entre objetivos culturalmente prescritos e os caminhos socialmente estruturados que permitem a realização daqueles objetivos. Para o autor, são elementos desta estrutura cultural: os objetivos, propósitos e interesses definidos culturalmente, que são legitimados por uma maioria ou por indivíduos diversamente localizados; e as normas reguladoras, resultado de sentimentos carregados de valores ou da maioria ou de determinados indivíduos, que, por intermédio de poder e propaganda, estão na situação de promover aqueles sentimentos.

Em se tratando de um comportamento desviante mais acentuado, contudo, tem-se o crime que, segundo Vold<sup>34</sup>, “implica sempre duas coisas: um comportamento humano, e o julgamento ou a definição desse comportamento por parte de outros homens que o consideram como próprio e permitido, ou impróprio e proibido”.

Ressalte-se, porém, que traçar um conceito para o que seja crime não é tarefa das mais fáceis. Para Nucci<sup>35</sup>, podem ser identificados na doutrina 5 (cinco) entendimentos distintos sobre o que seja o crime, considerando os seguintes elementos: fato típico ou tipicidade; fato antijurídico, antijuridicidade ou ilicitude; fato culpável ou culpabilidade; e fato punível ou punibilidade.

O primeiro entendimento é de que o crime é o fato típico e antijurídico, figurando a culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena (Teoria Bipartida do Delito). Dele, são adeptos, dentre outros, Damásio de Jesus, Mirabete e Celso Delmanto<sup>36</sup>.

O segundo entendimento doutrinário acerca do crime é de que ele se constitui em um fato típico, antijurídico, culpável e punível (Teoria Quadripartida do Delito). Dele, no Direito Comparado, faz-se menção a Hassemer, Giorgio Marinucci e Emilio. No Brasil,

---

<sup>32</sup> ARAÚJO, L. F. **Os personagens desviantes do cinema de Milos Forman**. 2005. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/araujo-lara-personagens-desviantes-cinema.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

<sup>33</sup> MERTON, R. K. **Social Theory and Social Structure**. 3. ed. New York: The Free Press, 1968.

<sup>34</sup> apud DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 84.

<sup>35</sup> NUCCI, G. de S. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>36</sup> Ibidem.

Basileu Garcia defendia esta corrente<sup>37</sup>.

O terceiro entendimento é de que o crime é fato típico e culpável, estando a antijuridicidade inserida no fato típico. O maior defensor desta corrente, segundo Nucci<sup>38</sup>, é Miguel Reale Jr., com sua Teoria dos Elementos Negativos do Tipo.

O quarto entendimento é de que o crime é fato típico, antijurídico e punível, surgindo a culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena (Teoria Constitucionalista do Delito). Luiz Flávio Gomes é defensor desta corrente<sup>39</sup>.

Por fim, o quinto entendimento, que contempla o crime como fato típico, antijurídico e culpável (Teoria Tripartida do Delito). Esta corrente, porém, pode ser analisada sob duas óticas: a primeira, da Teoria Causalista ou Clássica, defendida por Néelson Hungria e Magalhães Noronha, dentre outros; e a segunda, da Teoria Finalista de Hans Welzel, à qual Nucci<sup>40</sup> se filia, e que é adotada por Cezar Roberto Bittencourt, Juarez Tavares, Eugênio Raúl Zaffaroni, Luis Régis Prado e Rogério Greco, dentre outros.

Para Liszt<sup>41</sup>, porém, o crime revela “o injusto contra o qual o Estado comina pena e o injusto, quer se trata de delito do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a ação culposa e contrária ao direito”.

A função do Direito Penal, conforme Bruno<sup>42</sup>, é dupla, e consiste na proteção da sociedade contra a agressão perpetrada pelo indivíduo, bem como na proteção do indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na tentativa de prevenção e repressão de fatos puníveis.

Também Nucci<sup>43</sup> vislumbra a dualidade nas funções do Direito Penal, as apresentando como sendo as seguintes: de proteção de bens jurídicos essenciais, e de garantia ou garantidora.

A função de proteção de bens jurídicos essenciais consiste, segundo o autor, na proteção de modo eficaz e legítimo dos bens jurídicos fundamentais tanto da sociedade como do indivíduo. Deste modo, há que se destacar que o Estado somente estenderá o seu braço

<sup>37</sup> NUCCI, 2015. Op. cit.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> LISZT, F. V. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Traduzido por: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora F. Briguret & C. 1899. p. 183.

<sup>42</sup> BRUNO, A. **Direito penal – parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>43</sup> NUCCI, 2015. Op. cit.

Excluído:

repressor, fazendo incidir a sanção penal, quando verificar a indispensabilidade da proteção a ser conferida ao bem jurídico essencial. Em outras palavras, somente agirá quando constatar a concreta necessidade de proteção destes bens pela via sancionatória penal, sendo esta indispensável<sup>44</sup>.

Já a função de garantia, também denominada garantidora, é expressa na proteção da dignidade do indivíduo que esteja na posição de suposto autor de delito frente ao Estado. Esta função impõe ao Poder Público uma atuação adstrita à lei, devendo cumprir os princípios garantidores do Direito Penal que se encontram dispostos na Constituição do país e na legislação infraconstitucional<sup>45</sup>.

Tendo sido traçadas estas breves linhas acerca das funções do Direito Penal, será o título seguinte destinado a identificar os “inimigos” no Brasil.

### **1.3. Quem são os inimigos no Brasil**

Ao longo da história, aqueles que não tinham ocupação sempre foram vistos como problema desde os primeiros estágios da industrialização, causando, segundo os seguidores desse pensamento, dois grandes problemas: aqueles que não ocupavam seu tempo com algum ofício tinham mais propensão a causar distúrbios na vida em sociedade, e o fato de existir o costume de certo prestígio àqueles que trabalham, causando detrimento daqueles que nada fazem por suspeitar que o desemprego fosse uma escolha pessoal, e não consequência<sup>46</sup>.

Na primeira metade do século houve as duas grandes guerras mundiais, o que de certa forma aliviou a situação ao aniquilar milhões de pessoas, dentre elas, justamente as que não laboravam e eram recrutadas para lutar no *front*. Além de desumana, se tratou de uma solução meramente temporária, visto que o problema fundamental não desapareceu. O que ocorreu foi uma piora, já que novas categorias, como o das mulheres, começaram a querer buscar seu espaço no convívio social lutando por igualdade e direito de trabalhar, o que gerou uma grande demanda de emprego contraposto a oferta que o Estado fornecia<sup>47</sup>.

Ao passo que o excedente populacional começava a preocupar, estava sendo

---

<sup>44</sup>NUCCI, 2015.Op. cit.

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup>CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>47</sup>CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

propagado na Europa Oriental o regime comunista, que tinha como um princípio básico a não aceitação do desemprego, o que inchou absurdamente o setor industrial dos países que adotavam tal regime. É fato constatado que o desemprego era ínfimo, porém por uma manobra de escondê-lo. Obviamente essa tática falhou e trouxe à tona o pensamento ocidental de livre competição e regulação do mercado por si próprio, o que mantinha o excedente populacional e muita gente de fora da produção<sup>48</sup>. Com isso surge a grande dúvida: como controlar as classes perigosas?

Em uma sociedade onde é aberto precedente para se falar em aplicação de status de inimigo, o que se percebe é uma substituição de enfoque, na medida em que é deixado de lado o Estado Social, fortificando o Estado Penal, de sorte a adotar a todo tempo novas medidas de combate ao crime, em detrimento a investimentos em saúde, educação de base e moradia, priorizando aquele que deveria ser a *ultima ratio*. Conforme explana João Ricardo W. Dornelles<sup>49</sup>:

O mito do Estado Mínimo é sublinhado, debilitando o Estado Social e glorificando o 'Estado Penal'. É a constituição de um novo sentido comum penal que aponta para a criminalização da miséria como um mecanismo perverso de controle social (...).

A denominação das classes inferiores como classes perigosas fica completamente exposta em nossa legislação. As penas mais rigorosas para crimes praticados pela parte mais abaixo do estrato da população, ao passo que crimes de natureza mais complexa e historicamente cometidos por pessoas de poder recebem tratamento mais ameno, caracterizam um tipo de seleção criminalizadora.

Não obstante o injusto controle produzido acrescenta-se um fato nefasto: o sistema carcerário é potencialmente lucrativo. As constantes construções de prisões significam uma movimentação expressiva de dinheiro. Para se ter um sistema carcerário capaz de receber prisioneiros, agentes penitenciários e todo o aparato, faz-se necessário investimentos em equipamentos, tecnologias, e serviços privados dos mais diversos. A título de exemplo dessa forma extremamente lucrativa de girar capital, os Estados Unidos já na década de 90 tinham um orçamento de mais de US\$ 2,1 bilhões para o sistema carcerário

---

<sup>48</sup>CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>49</sup>DORNELLES, João Ricardo W. *Conflitos e segurança: Entre pombos e falcões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2008.

federal, conforme cita Knepper e Lilly<sup>50</sup>:

Com a explosão das populações carcerárias, a punição se transformou num grande negócio. Se a população carcerária continuar a crescer nos mesmos índices de 1980, a construção de novas prisões vai custar pelo menos US\$ 100 milhões por semana. Em 1990, os gastos dos sistemas correcionais dos condados, dos estados e do governo federal foram estimados em mais de US\$ 25 bilhões

[...]

O custo médio de uma vaga de uma prisão americana em 1991-1992 é US\$ 53.100, mais que os US\$ 42.000 de 1987-1988. Não é de surpreender que mais de uma centena de empresas se especialize exclusivamente em arquitetura de penitenciárias, e que recebam agora entre US\$ 4 bilhões e US\$ 6 bilhões por ano no negócio de construção de prisões.

A percepção do quão lucrativo se trata tal negócio se deu a nível mundial, fazendo com que o Brasil também aderisse, de sorte a não somente obter vantagens pecuniárias, mas também para se fazer o controle das classes perigosas. Conforme dados do governo federal, a verba repassada aos estados destinada à aplicação nos sistemas prisionais no âmbito estadual e distrital ultrapassa a marca dos bilhões, conforme trecho de matéria do site portal brasil.<sup>51</sup>

Só nos últimos dois anos, o governo federal repassou cerca de R\$ 1 bilhão para os estados e Distrito Federal aplicarem em seus sistemas prisionais. Essa transferência de recursos acontece por meio da assinatura de contratos de repasse, convênios e doação de bens.

Explica ainda, as ferramentas utilizadas para a transferência destes recursos, tendo como uma das modalidades o convênio<sup>52</sup>:

O convênio é um acordo firmado entre a União e as unidades da Federação com o intuito de realizar um projeto específico, estabelecido no objeto do convênio, fazendo uso do recurso federal, e ainda do recurso estadual, que é aplicado no convênio como contrapartida (determinado em lei). Assim, caberá aos estados e DF a execução do convênio, passando pelas etapas de licitação, início e

---

<sup>50</sup>1991, apud Nils Christie, 1998, p. 101

<sup>51</sup>Portal Brasil. *Depen gerencia recursos de sistema penitenciário*. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2014/01/depn-gerencia-recursos-de-sistema-penitenciario>>. Acesso em: 16 jun. 2015

<sup>52</sup>Portal Brasil. *Depen gerencia recursos de sistema penitenciário*. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2014/01/depn-gerencia-recursos-de-sistema-penitenciario>>. Acesso em: 16 jun. 2015

conclusão das atividades previstas no convênio, e ainda a fase de prestação de contas do recurso federal utilizado.

Atualmente, o Depen repassa recursos por meio de convênios para as unidades federativas executarem ações de ressocialização do preso e egresso (incluindo projetos de educação, capacitação profissional, e outros); fomento a aplicação de alternativas penais à prisão; capacitação dos servidores penais, além de outros projetos.

É inegável ter o sistema prisional brasileiro se tornado um lucrativo negócio para o Estado, acrescentado ainda da ideia de retorno para a sociedade dos impostos pagos destinados à segurança. A equação é simples: quanto mais presos e mais cadeias superlotadas, maior é o investimento e verba destinada, o que se torna deveras rentável o encarceramento em massa.

Em consonância com esse procedimento, diversos são os julgados elaborados no país, em todas as instâncias do judiciário, conforme decisão da 5ª Turma do STJ assim ementada:<sup>53</sup>

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. FURTO SIMPLES (ART. 155, CAPUT DO CPB). PACIENTE CONDENADA A 1 ANO DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. SUBTRAÇÃO DE 6 CUECAS E 5 SUTIÃS, DE UM GRANDE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, DE VALOR POUCO SUPERIOR A R\$ 70,00. BENS RECUPERADOS PELOS SEGURANÇAS DA LOJA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

No caso em tela, uma pessoa que furtou algumas poucas peças de vestimenta íntima, que logo após foram devidamente restituídas pelo trabalho dos seguranças da loja, precisou de um remédio constitucional impetrado em uma das últimas instâncias do Judiciário para ver seu direito de liberdade garantido. A subtração de produtos no valor de R\$ 70,00 não deveria ser matéria de análise do STJ. Porém, no Brasil têm-se impregnado a política de controle das classes supostamente perigosas aliados à aplicação do Direito Penal do Inimigo, mantendo basicamente a composição carcerária de jovens negros e pobres, justamente inseridos nessa classe que serve de matéria-prima para o controle do sistema.

---

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 94.542/SP. 5ª Turma STJ. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5711210/habeas-corpus-hc-94542-sp-2007-0269449-5/relatorio-e-voto-11871902>>. Acesso em 18 jun 2015.



## 2. EXECUÇÃO PENAL

### 2.1. Finalidade da execução penal

A execução penal no ordenamento jurídico brasileiro passou por modificações ao longo de tempo, tendo como mudanças mais expressivas hodiernamente àquelas trazidas no ano de 1984. Além da instituição da Lei 7.210, a de Execução Penal, houve alteração plena na parte geral do Código Penal, constantes ao longo do texto da Lei 7209. Dessa forma, extingue-se o sistema duplo binário e passa a vigor o sistema vicariante, que, para fins de melhor entendimento, serão esclarecidos brevemente a seguir.

O sistema que vigeu até meados dos anos 80 foi o duplo binário. Trazido ao ordenamento jurídico pátrio no Código Penal de 1940, teve forte influência da escola positivista italiana, que se baseava na prevenção especial da periculosidade<sup>54</sup>. Por periculosidade, a citada Legislação assim definia, em artigo hoje já revogado<sup>55</sup>:

Art. 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir.

Segundo o sistema duplo binário era possível que fosse aplicado, cumulativamente, pena e medida de segurança aos imputáveis. Em um primeiro momento o autor delitivo cumpria a pena, e por fim, seguia para o período internado, onde permanecia em tratamento em casa de custódia. Ocorre que, em virtude da falta de infraestrutura que acomete o Brasil, o sistema por muitas vezes demonstrava sua falibilidade, ao passo que não raramente a transferência do criminoso da primeira para a segunda etapa significava uma simples mudança de ala dentro do mesmo estabelecimento penitenciário<sup>56</sup>.

A prevenção especial, que tem por escopo a não reincidência, tinha um essencial papel na execução da pena. Naqueles casos em que ocorria a possibilidade que o sistema duplo binário pregava, a medida de segurança imputada só encontraria fim se os peritos

---

<sup>54</sup> ANJOS, Fernando Vernice dos. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro. 2009. 185 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro

<sup>56</sup> JESUS, Damásio. Direito Penal. Parte Geral. 21ª ed. São Paulo: Saraiva. 1998

criminais, na condição de agentes do Estado, pudessem chegar à conclusão que o criminoso em comento não voltaria a desviar das leis. Caso o condenado não se amoldasse ao objetivo de ressocialização, permaneceria afastado do convívio social, restando demonstrado ser o referido “tratamento ressocializador” uma verdadeira coação<sup>57</sup>.

Contemporaneamente à ideia de uma aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, a doutrina começou a formular quais eram os objetos de uso e finalidades desta e aquela. A pena deveria ser aplicada com base na culpabilidade do agente, enquanto a medida de segurança se baseava unicamente na periculosidade; a primeira se dava por tempo determinado, e a segunda subsistiria até que restasse finda a periculosidade do indivíduo; a pena tinha uma finalidade retributiva-preventiva, ao passo que as medidas de segurança tinham por escopo somente a característica preventiva. Por fim, ficou estabelecido que a pena se dirigia aos imputáveis e semi-imputáveis e as medidas de segurança aos inimputáveis<sup>58</sup>.

Em 1977, ainda em período ditatorial, o então Presidente Ernesto Geisel enviou ao Congresso Nacional um projeto de lei que visava alterar os Códigos Penal e Processual. Tal proposta, aos moldes em que foi elaborada, agradou a casa, tendo em vista que sua feitura levou em consideração as recomendações feitas em pontos bastante sensíveis pela Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada na Câmara dos Deputados, que tinha o fito de discutir a incessável problemática da Justiça Penal. Dessa forma, o que era projeto, se tornou efetivamente uma Lei, de número 6.416<sup>59</sup>.

Ainda que tenha representado uma verdadeira atualização do ultrapassado Código Penal vigente à época, a Lei 6.416/77 não só não acabou com o caráter autoritário de execução da pena vigente, o sistema duplo binário, como também veio por encerrar toda a coerência do sistema da codificação de 1940, o que fez com que não demorasse para que nova reforma legislativa viesse a ser posta em pauta, tendo três anos depois nova Comissão sido constituída para analisar Projeto do Código de Processo Penal que tramitava no Senado Federal<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> ANJOS, Fernando Vernice dos. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro. 2009. 185 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

<sup>58</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Vol. I – Parte Geral. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>59</sup> PIERANGELI, Jose Henrique. Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 83.

<sup>60</sup> PIERANGELI, Jose Henrique. Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 84.

Concomitante a tal Comissão, outra fora nomeada por meio da Portaria 839, de 1º de setembro de 1980, com o escopo de concatenar o texto do Projeto do Código de Processo Penal com o Anteprojeto de Código de Execuções, que seria editado pelo Conselho Nacional de Política Penitenciária<sup>61</sup>.

A esse momento, os integrantes de ambas as Comissões já haviam chegado à conclusão que não adiantariam as reformas propostas sem que houvesse uma extensão ao Código material Penal. Dessa monta, ficou estabelecido que fosse feita uma “*ampla reforma do sistema criminal brasileiro*”<sup>62</sup>.

O trabalho das comissões foi concluído no ano de 1982, tão logo sendo encaminhado à Presidência da República. No ano seguinte o Presidente João Batista Figueiredo enviou ao Congresso Nacional três projetos da reforma penal, sendo o primeiro da parte geral do Código Penal, o segundo do Código Processual, e por fim o que criava a Lei de Execuções Penais. O primeiro e terceiro se tornaram Lei, recebendo número de 7.209 e 7.210, respectivamente.

Com a instituição dessas duas leis há um marco no ordenamento jurídico brasileiro e a reforma penal se dá por integralizada. O arcaico sistema duplo binário não subsiste mais e passa a coordenar o sistema criminal pátrio o método vicariante.

O sistema vicariante veio para cessar a dupla aplicação de pena que regia a execução penal no País. Passava-se a um método que consistia em aplicar pena ao imputável, medida de segurança ao inimputável, e para o semi-imputável, dada sua situação intermediária, uma ou outra punição designada para os dois primeiros, alternativamente, nunca de forma concomitante<sup>63</sup>. Desta feita, se faz oportuno transcrever o tópico 87 (oitenta e sete) da exposição de motivos da parte geral do Código Penal:

Extingue o Projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade – pena; periculosidade – medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração

<sup>61</sup> PIERANGELI, Jose Henrique. Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 84.

<sup>62</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos do Direito Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67.

<sup>63</sup> ANJOS, Fernando Vernice dos. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro. 2009. 185 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

de pena eufemisticamente denominada “medida de segurança”.

Com o advento de tal sistema, o pensamento que orientou a reforma era de que a pena fosse justa, na medida da transgressão. E quando se fala em justiça, envolve não só qual pena mais adequada aplicar, mas o modo que ela será executada. Desse modo, não faz sentido, dentre uma lista de penas aplicáveis, impor aquela que seja mais gravosa ao indivíduo, que gere um ônus maior que o necessário, quando se têm uma sanção que se amolda perfeitamente ao caso concreto e atinja seus fins de prevenção e retorno do infrator ao convívio pacífico em sociedade<sup>64</sup>.

Partindo desse pressuposto, para a adequada transição de um direito penal autoritário para direito penal democrático, é mister que a legislação corrente reconstrua seus tipos penais e abranjam delito cometido na medida de sua gravidade, para que assim o Magistrado, por meio de critérios fixados em lei, faça o sopesamento entre a conduta delitiva e o tipo penal mais apropriado<sup>65</sup>.

Dentro do possível da realidade vivida no País, a renovada legislação conseguiu cumprir o que se esperava dela, trazendo à baila níveis de aplicação das penas, restringindo as não privativas de liberdade, como por exemplo, prestação de serviços à comunidade, limitação de fins de semana, interdição temporária de direitos e multa, às infrações de menor potencial ofensivo, ao passo que as penas privativas de liberdade são voltadas para o cometimento de crimes mais graves e indivíduos perigosos, ou que não se adaptem à modalidade diversa de pena<sup>66</sup>.

De mesmo raciocínio deve ser a execução da pena. Caso o autor do delito seja incurso em tipo penal que preveja pena privativa de liberdade, está deverá conter em si formas progressivas e regressivas de aplicação, de modo a intensificar mais ou menos seu uso e dosar qual velocidade o apenado tomará até conquistar a liberdade.

Com as alterações trazidas pela reforma penal, passa a ser imprescindível a observância do princípio da culpabilidade, de modo a não ser recepcionada pela nova legislação a aplicação de pena sem haver a devida averiguação de existência da culpabilidade

---

<sup>64</sup> PIERANGELI, Jose Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 86.

<sup>65</sup> PIERANGELI, Jose Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 86.

<sup>66</sup> PIERANGELI, Jose Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 86.

ou não do indivíduo, seja por fato doloso ou culposo. Passa-se a um direito penal com intuito preventivo e ressocializador, sendo este gerado da importância de fazer o criminoso estar apto a conviver harmonicamente de novo com sua sociedade, e aquele da necessidade de tutelar os demais cidadãos<sup>67</sup>.

A referida finalidade ressocializadora da pena é concentrada na fase de execução, encontrando como maior alicerce no ordenamento jurídico brasileiro a Lei de Execuções Penais, primeiro diploma legal autossuficiente sobre o assunto. De caráter humanista, contém uma série de deveres atribuídos tanto ao condenado como ao Estado, perfazendo um sistema coerente e útil para a sociedade.

Dispõe o seu artigo 1º que *“a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”*. Dessa monta, é de se asseverar que o dispositivo possui dois núcleos centrais. Na primeira parte fica registrada a intenção do diploma legal de se fazer necessário propiciar meios para a aplicação integral de sentença ou decisão criminal, enquanto que o trecho final do artigo se incumbem de deixar clara a necessidade existente de reinserir positivamente o apenado ao convívio social. Avanço trazido pela edição da LEP, passa-se a rechaçar o pensamento de ser o indivíduo eliminado da sociedade após o cometimento de um crime, e inova em admiti-lo como ainda membro da coletividade, ainda que se encontre sob alguma sanção por atitude indesejada<sup>68</sup>.

Porém, o descumprimento se faz presente por ambas as partes em muitas ocasiões, resultando em uma seleção Estatal sobre quais dispositivos serão adimplidos (geralmente os que versam sobre as obrigações do indivíduo desviante), gerando desproporção entre indivíduo e Estado<sup>69</sup>.

Em artigo sobre os vinte anos do advento da Lei de Execuções Penais, ROGÉRIO LAURIA TUCCI<sup>70</sup> cita uma série de fatores que atrapalham a efetiva aplicação do diploma, como o desinteresse político em sua implementação. Aliados a esse elemento, novas características foram surgindo, e outras já existentes foram reforçadas a partir da

---

<sup>67</sup> PIERANGELI, Jose Henrique. Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 87

<sup>68</sup> NASCIMENTO, Maria José Maciel. Execução da pena e tratamento penitenciário: o ideal e a realidade. 2002. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002

<sup>69</sup> ANJOS, Fernando Vernice dos. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro. 2009. 185 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

<sup>70</sup> Vinte anos de vã esperança. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 140 Esp., julho de 2004, p. 4-5.

concretização da reforma penal de 1984, das quais são destacadas: a) a crescente e inexpugnável lentidão da Justiça Criminal; b) a quantidade insuficiente de estabelecimentos prisionais, assim como dos que se fazem necessários à sua infraestrutura, como hospitais e rede ambulatorial, sem os quais restam prejudicadas o recolhimento, internação e tratamento básicos dos apenados; c) a consequente ausência de princípio basilar como é o da dignidade da pessoa humana em decorrência dessa omissão estatal; d) a corrupção, enraizada na sociedade brasileira, que atinge também as administrações dos estabelecimentos prisionais e seus agentes; e) a propagação da criminalidade, não só no convívio social, mas no âmbito carcerário; e f) a insuficiência de verbas orçamentárias definidas para o sistema penitenciário.

## 2.2. Finalidade da execução penal x Finalidade da pena

Segundo Sant'Anna<sup>71</sup>, o homem, tido pela Sociologia como um ser social, desenvolve-se em culturas que, por meio de códigos específicos, determinam o que é aceitável ou não. Neste contexto, aquele que transgredir as normas sociais e legais previamente estabelecidas estará sujeito a algum tipo de sanção, em menor ou maior grau, de acordo com a gravidade de seu ato para a sociedade.

Foucault<sup>72</sup>, ao falar sobre os estabelecimentos prisionais, sustenta que o suposto papel exigido das prisões é o de transformar indivíduos, além de aplicar a pena judicialmente imposta em reprimenda à transgressão por ele perpetrada contra as normas produzidas pela sociedade. Para este autor, tal ação ultrapassaria o encarceramento em si e incidiria no controle do tempo e dos próprios corpos dos apenados.

A este respeito, cite-se, ainda, contribuição de Julião<sup>73</sup>, que destaca que a penitenciária tem a função de abrigar e de promover o isolamento do detento do convívio social, objetivando reabilitá-lo e reintegrá-lo à sociedade de modo a evitar o seu retorno para a criminalidade.

No Brasil, a execução penal é disciplinada pela Lei nº 7.210, de 1984, esbarrando a concepção de sua natureza jurídica em pelo menos 3 abordagens: a que a considera

---

<sup>71</sup> SANT'ANNA, S. C. M. Reintegração social ou ressocialização: a visão utilitária da educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade. *Perspectiva*, Erechim. v. 38, n. 144, p. 49-62, dezembro/2014.

<sup>72</sup> FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

<sup>73</sup> JULIÃO, E. F. *A ressocialização através do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro*. 2009. 449 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

administrativa, a que a julga ser jurisdicional, e as que entendem ser ela mista (administrativa e jurisdicional).

Adepto da concepção administrativa, Silva<sup>74</sup> justifica a sua posição aduzindo que esta tem seu lugar, pois, cessada a atividade do Estado-jurisdicção com a sentença final, começa a do Estado-administração com a execução penal.

Mirabete<sup>75</sup>, por sua vez, rechaça essa posição, lembrando que “... afirma-se na exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei de Execução Penal: 'Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal’”.

Para Carvalho<sup>76</sup>, o entendimento puramente administrativista acaba por se chocar com a imperiosa necessidade de intervenção judicial nos chamados incidentes da execução (basicamente no livramento condicional), gerando dogmaticamente uma concepção híbrida, qual seja, de que a natureza da execução penal seria tanto administrativa como jurisdicional.

Segundo Grinover (1987), não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Tampouco se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Nogueira (1996, p. 5-6) também reconhece esta natureza híbrida da Execução Penal, ao afirmar que “a execução penal é de natureza mista, complexa e eclética, no sentido de que certas normas da execução pertencem ao direito processual, como a solução de incidentes, enquanto outras que regulam a execução propriamente dita pertencem ao direito administrativo”.

Quanto ao seu objeto: segundo disposto no artigo 1º da LEP, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Neste sentido, cite-se Albergaria<sup>77</sup>, para quem a Lei de Execução Penal visa alcançar a reintegração do apenado na sociedade. Veja-se:

---

<sup>74</sup> Apud CARVALHO, S. de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

<sup>75</sup> MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 25.

<sup>76</sup> CARVALHO, 2003. Op. cit.

<sup>77</sup> ALBERGARIA, J. **Das penas e da execução penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

Inegavelmente, a lei de execução penal será o principal instrumento jurídico para a realização da política penitenciária nacional. Seu objetivo maior é a transformação do estabelecimento prisional em escola de alfabetização e profissionalização do preso, para inseri-lo como força produtiva na população ativa da nação e, sobretudo, como cidadão numa sociedade mais humana, fraterna e democrática<sup>78</sup>.

Para melhor contrapor a finalidade da execução penal com a finalidade da sanção penal há que, primeiramente, se tecer comentários sobre a função desta segunda.

Conforme destaca Kelsen<sup>79</sup>, pode-se entender a pena como uma

[...] consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção. [...] A relação entre ilícito e consequência do ilícito não consiste [...] em uma ação ou omissão, pelo fato de representar um ilícito ou delito, ser ligado um ato de coação como consequência do ilícito, mas em uma ação ou omissão ser um ilícito ou delito por lhe ser ligado um ato de coação como sua consequência. Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito - mas única e exclusivamente o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção<sup>80</sup>.

Abbagnano<sup>81</sup>, por sua vez, destaca que a pena revela a privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração. Trata-se, a bem da verdade, de uma releitura de Kelsen, consoante acima demonstrado.

Para Capez<sup>82</sup>, ela é

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquent, promover a sua reeducação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida a coletividade<sup>83</sup>.

Analisando as conjecturas acerca da pena firmadas por cada autor, um elemento se mostra comum às abordagens apresentadas: a de que a sanção se apresenta como retribuição

---

<sup>78</sup> ALBERGARIA, 1996. Op. cit. p. 21.

<sup>79</sup> KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>80</sup> Ibidem. p. 38-89.

<sup>81</sup> ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>82</sup> CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 332.



punitiva por uma infração cometida.

Embora Capez vá além, trazendo, em total consonância com o que dispõe a atual Lei de Execução Penal, que a finalidade da pena seria, além de sancionar o infrator, promover a sua reeducação social, prevenindo, desta maneira, novas transgressões pela intimidação dirigida a coletividade, em suma, a pena representa uma retribuição punitiva pelo cometimento de uma infração.

Aliás, como já dito anteriormente, citando Freud, ela se faz extremamente necessária à manutenção da paz social, tornando, assim, possível o convívio em sociedade.

No bojo do Direito Penal, existem teorias formuladas para identificar a função da pena. Estas se subdividem em 2 (dois) grandes grupos: o primeiro, formado pelas teorias jurídicas, abarca as teorias absolutas, que pregam a pena no sentido de retribuição, conforme entendido por Kelsen e Abbagnano, e as teorias relativas, que tratam a pena como prevenção, como um dos sentidos trazidos por Capez; e o das teorias críticas, verdadeiros discursos criminológicos, que se ramificam na teoria agnóstica (ou negativa) da pena, e na teoria da retribuição equivalente.

#### **a) Teorias jurídicas**

##### **- Teorias absolutas**

As teorias absolutas, segundo Junqueira<sup>84</sup>, tiveram origem a partir da ideia do Talião, consubstanciada no “olho por olho, dente por dente”. Seu ponto de partida, assim, é a concepção de igualdade da reprimenda em relação ao mal causado pelo crime. Assim, a reprovação do crime assumiria uma esfera com caráter retributivo, onde a pena nada mais é que um mal justo utilizado para punir.

Ferrajoli<sup>85</sup> generaliza e traz como teorias absolutas todas aquelas que concebem a pena como fim em si própria, ou seja, como castigo, reação, reparação ou, ainda, retribuição do crime, justificada, dessa forma, por seu, intrínseco valor axiológico; não por meio, ou por

---

<sup>84</sup> JUNQUEIRA, G. O. D. **Direito Penal**: Coleção Elementos do direito. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2003.

<sup>85</sup> FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

custo, mas, sim, um dever ser metajurídico, que possui em si seu próprio fundamento.

Para Bitencourt<sup>86</sup>, de acordo com as teorias absolutistas, todo o sentido da pena estaria centrado na retribuição (*poena absoluta abeffectu*), tal qual, como se disse, era na ideia do talião, tendo em vista que a culpa do autor do delito deverá ser reparada com a imposição de um castigo, que é a pena.

### - Teorias relativas

Já nas teorias relativas, a pena aparece como prevenção. É o que traz Bitencourt<sup>87</sup>, ao asseverar que, nestas, a pena não visa apenas retribuir o crime praticado pelo delinquente, mas, sim, prevenir que este venha a cometê-los novamente. Em outras palavras, nestas teorias, de cunho preventivo, o castigo imposto ao agente delitivo não se funda em buscar a justiça, mas, sim, em tentar inibir, tanto quanto possível, a prática de novos delitos.

Para Ferrajoli<sup>88</sup>, são teorias relativas “todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto *meio* para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos”.

Segundo Albergaria<sup>89</sup>, Hans-Heinrich desenvolveu o critério da dupla eficácia preventiva da pena, ao proclamar que a prevenção geral aspira a prevenir os crimes em toda sociedade, e a prevenção especial ou individual é direcionada especificamente ao criminoso. Como defensores da primeira, tem-se nomes como Beccaria, Bentham, Schopenhauer e Feuerbach – este último com sua teoria da coação psicológica que, conforme Bitencourt<sup>90</sup>, sustentava que através da ameaça de uma pena (coação psicológica), o Direito Penal conseguiria dar cabo do problema da criminalidade.

Para Dias<sup>91</sup>, o denominador comum das doutrinas da prevenção geral radica na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da aplicação judicial das penas e da

---

<sup>86</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>87</sup> Ibidem.

<sup>88</sup> FERRAJOLI, 2002. Op. cit., p. 204.

<sup>89</sup> ALBERGARIA, J. **Das penas e da execução penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

<sup>90</sup> BITENCOURT, 2015. Op. cit.

<sup>91</sup> DIAS, J. de F. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

efetividade da sua execução.

Já na prevenção especial, conforme Bitencourt<sup>92</sup>, a pena é direcionada ao autor do delito, fazendo com que este seja retirado do convívio da sociedade, ou apenas seja advertido para que não mais volte a violar a norma penal.

## **b) Teorias críticas**

### **- Teoria da retribuição equivalente**

Segundo Santos<sup>93</sup>, “a retribuição equivalente é instituída sob a forma de pena privativa de liberdade, como valor de troca do crime medido pelo tempo de liberdade suprimida”.

Para Pasukanis<sup>94</sup>, as relações entre o Estado e o delinquente situam-se inteiramente no quadro de um leal negócio comercial. Por esta razão, torna-se muito importante para o agente delitivo, que seja respeitado o princípio da legalidade, pois “ele deve saber qual o *quantum* de liberdade que deverá pagar em consequência do contrato concluído perante o Tribunal. Ele deve conhecer antecipadamente as condições com base nas quais deverá ser preso”<sup>95</sup>.

É, em outras palavras, a pena sendo usada como moeda de troca, representando a pena imposta ao agente delitivo a retribuição equivalente ao crime praticado.

### **- Teoria agnóstica ou negativa da pena**

Veja-se o seguinte trecho retirado da obra de Zaffaroni et al<sup>96</sup>:

[...] apelando para uma teoria negativa ou agnóstica da pena: deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou

---

<sup>92</sup> BITENCOURT, 2015. Op. cit.

<sup>93</sup> SANTOS, J. C. dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 473.

<sup>94</sup> PASUKANIS, E. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972.

<sup>95</sup> PASUKANIS, 1972. Op. cit. p. 205-206.

<sup>96</sup> ZAFFARONI, E. R.; et al. **Teoria Geral do Direito Penal**. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

não generalizáveis) em torno de funções manifestas. Adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar. A questão é como obter um conceito de pena sem apelar para as suas funções manifestas. A este respeito não é tampouco viável a tentativa de fazê-lo através de suas funções latentes, porque estas são múltiplas e nós não as conhecemos em sua totalidade [...] <sup>97</sup>.

A teoria negativa ou agnóstica da pena, segundo Zaffaroni et al <sup>98</sup>, é fundada na contraposição existente entre o **Estado de Polícia**, caracterizado pelo exercício de poder vertical e autoritário e pela distribuição de justiça substancialista de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos paternalistas, que suprime os conflitos humanos mediante as funções manifestas positivas da retribuição e de prevenção da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social no poder, e o **Estado de Direito**, caracterizado pelo exercício de poder horizontal/democrático e pela distribuição de justiça procedimental da maioria, expressiva de direitos humanos fraternos, que resolve os conflitos humanos conforme regras democráticas estabelecidas, com redução ou limitação do poder punitivo do estado de polícia.

Segundo Carvalho <sup>99</sup>, na teoria agnóstica, tida como expressão de um modelo penal garantista, o fundamento da pena é político, e não jurídico, motivo pelo qual não se pode fundamentá-la do ponto de vista jurídico e racional.

Para Zaffaroni et al <sup>100</sup>, as teorias manifestas da pena legitimam, junto ao poder punitivo, a orfandade da vítima e o consequente direito do Estado a protegê-la, consignando uma mera proteção discursiva.

Neste contexto, isolar as funções reais da pena do poder punitivo seria construir uma formalização jurídica artificial; para este autor, o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas privativas de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos <sup>101</sup>.

Em suma, então, tem-se que em análise da teoria negativa/agnóstica da pena do

---

<sup>97</sup> ZAFFARONI et al, op. cit. p. 98.

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> CARVALHO, S. de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

<sup>100</sup> ZAFFARONI et al, op. cit.

<sup>101</sup> Ibidem.

ponto de vista político-criminal, pode-se afirmar que esta tem como objetivo aumentar a segurança jurídica para um maior número de indivíduos na sociedade, mediante aumento do Estado de Direito, com conseqüente redução do Estado de Polícia<sup>102</sup>.

Deste modo, contrapondo a finalidade da execução penal, que é, como visto, citando texto da LEP, a de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, com as finalidades (funções) da pena – de retribuição, conforme as teorias absolutas; de prevenção, conforme as teorias relativas; de retribuição equivalente e político, na medida em que se deve conferir segurança jurídica ao maior número possível de indivíduos na sociedade, aumentando o Estado de Direito e reduzindo conseqüentemente o Estado de Polícia, conforme as teorias críticas –, vislumbra-se uma adequação de conceitos, caminhando para a harmonização no sentido de que se deve contrabalancear a visão política do Estado acerca de sua atuação para a garantia da segurança pública, agindo preventivamente para a repressão da conduta criminosa, visando, ainda, uma resposta à sociedade com a efetivação das disposições do julgamento criminal, preocupando-se, ainda, com o período pós cárcere, trabalhando para a reintegração social dos apenados.

### **3. A Condição De Inimigo Vivenciada No Âmbito Do Sistema Carcerário Nacional**

Do ponto de vista do modelo prisional que o Brasil possui, é visível a falta de investimento do Estado quanto à reeducação e à reinserção do condenado, fazendo com que haja uma manutenção do indivíduo na vida criminosa. A situação vivida pelos detentos no sistema carcerário é qualquer coisa diferente de dar meios de regeneração, não mantendo sequer as condições básicas de sobrevivência mínima para qualquer ser humano.

A partir do momento que o indivíduo ingressa nesse sistema, passa por um processo de perda de individualidade, devendo deixar seus pertences pessoais (roupas, objetos pessoais), tendo seu cabelo raspado, e usando vestimentas exatamente idênticas às do restante. Aliados a esse fator, a constante situação ociosa a qual os detentos são submetidos, assim como a precariedade de condições materiais e de tratamento estão atreladas ao cotidiano do

---

<sup>102</sup> MATA, op. cit.

cárcere<sup>103</sup>.

O que se depreende de tudo isso, é que são raras as chances de se receber na prisão um indivíduo potencialmente perigoso à sociedade, e, ao final da pena, devolver ao convívio social um ser humano adaptável ao meio.

Outro fator que está intimamente ligado à dificuldade que o preso tem em se reinserir no convívio social é a própria sociedade, que segrega aquele que se mantém ou um dia já esteve dentro de um sistema prisional. O que se percebe é uma polarização entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (detento), indo de encontro a qualquer metodologia pedagógica no sentido de reinserir esses indivíduos<sup>104</sup>.

Vale salientar que o modelo prisional adotado por um país é a representação de sua sociedade em suas maiores características negativas. É notório que a vida em cárcere tem suas peculiaridades, relações interpessoais e imposição de poder típicos da vida em prisão, mas que em suma são a representatividade de uma forma explícita de valores intrínsecos a sociedade externa. É forçoso primeiramente se atentar aos rumos que os valores e os aspectos comportamentais da sociedade estão tomando, para aí sim se falar em reinserção de um indivíduo em condições favoráveis. Há que se falar em mudança da sociedade para falar em mudança dos presos<sup>105</sup>.

Conforme exposto, é fácil de perceber a total situação desfavorável do indivíduo que socialmente é condicionado a se tornar um possível detento no futuro. Ao fazer parte dos estratos inferiores da sociedade, convivendo em um ambiente de pouco ou nenhum acesso a serviços básicos, o indivíduo já sofre um tipo de marginalização, que acrescidos de um eventual desvio de conduta, o afastam ainda mais do convívio com o restante da sociedade<sup>106</sup>.

Incidem sobre os indesejáveis da sociedade pesados tipos penais que reforçam o preconceito coletivo, estereotipam o pobre como retrato do criminoso brasileiro, sendo colocado em um sistema carcerário que não possui aparatos de modo a dar condição para que o detento se reabilite, fazendo com o que o índice de reincidência no Brasil esteja longe de

---

<sup>103</sup>LINDEMANN, Catia Rejane. BIBLIOTECA NO CÁRCERE: UM RELATO DE EXPERIÊNCIA. Disponível em: <<http://conic-semesp.org.br/anais/files/2014/trabalho-1000018284.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2015.

<sup>104</sup>BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 186.

<sup>105</sup>BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 186.

<sup>106</sup>BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 176

uma margem considerada satisfatória.

De acordo com dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, a população carcerária brasileira é constituída de 715.655 presos. Desse total, os dados divulgados à população ainda contemplam as 147.937 pessoas em prisão domiciliar. As informações atualizadas são assustadoras, porém, não se tratam de novidade, tendo em vista a “explosão” que a população prisional sofreu nas últimas décadas. Analisando o período de 1995 a 2005, a quantidade de detentos aumentou de 148.760 para 361.402, mais que dobrando em um período curto de 10 anos<sup>107</sup>.

Naturalmente que manter essa quantidade de pessoas em qualquer estabelecimento que seja custa caro, em que não difere o sistema carcerário. O custo médio que um detento causa ao erário público gira em torno de mil e duzentos reais mensais<sup>108</sup>, o que supera o maior salário mínimo vigente no país, sem contabilizar ainda a quantidade de dinheiro público para arcar com as dispendiosas contas de manutenção do estabelecimento prisional, transporte e locomoção de presos, equipamentos necessários à atividade do agente penitenciário, etc.

As condições precárias, indignas e desumanas as quais os presos são submetidos, obviamente gera uma revolta aos indivíduos ali inseridos. Aliados a essa precariedade, está o inchaço da população carcerária, que facilita o aliciamento de novos presos pelos chefes de facções criminosas, que oferecem proteção em troca de fidelidade, aumentando a violência e contribuindo para o agravamento do convívio ali dentro, instalando-se uma sensação total de insegurança tanto dos funcionários que ali trabalham como da sociedade, que temem sempre por uma rebelião em massa<sup>109</sup>.

O ressentimento que os detentos sentem pelo total descaso só se fortalece a medida que seu acesso aos advogados é exageradamente restrita, não conseguem se manter informados a respeito de seu andamento processual, assim como com o fato de a máquina judiciária ser morosa. Por fim, o declínio do pedido de progressão do regime de pena, ainda

---

<sup>107</sup>MONTENEGRO, Manuel. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/acymailing/archive/view/listid-4-boletim-do-magistrado/mailid-5632-boletim-do-magistrado-09062014>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

<sup>108</sup>ARAÚJO, Glauco. Preso no sistema federal custa quatro vezes mais do que nos estados. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1276476-5598,00-PRESO+NO+SISTEMA+FEDERAL+CUSTA+QUATRO+VEZES+MAIS+DO+QUE+NOS+ESTADOS.html>>. Acesso em: 19 jun. 2015.

<sup>109</sup>MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de et al. Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?. São Paulo: Contexto, 2006. p. 15-30.

que tenha o direito, por não haver vaga nos regimes abertos, são apenas alguns dos motivos pelos quais não se deve vislumbrar chances de plena recuperação de um detento<sup>110</sup>.

Percebe-se claramente a intenção do Estado de, de forma completamente descontrolada e muitas vezes arbitrária, manter celas abarrotadas, prisões cheias e prisões efetuadas aos montes, de modo a passar uma ideia nefasta e parcialmente mentirosa à população de que a resposta estatal está sendo dada, de modo a diminuir, quiçá se eximir da pressão sofrida pelas cobranças da sociedade, conforme afirma Luiz Flávio Gomes:<sup>111</sup>

“O encarceramento massivo, na parte em que o recolhimento fica regido pela irracionalidade (prisão massiva de quem não devia ir para a cadeia, de quem não praticou crime violento, de quem não representa concreto perigo para a sociedade), para além de retratar o nível avançado de degeneração moral da sociedade brasileira, está agravando severamente nosso problema criminal e de segurança pública, porque unido a um embuste, a um engodo, na verdade, a uma técnica muito difundida nos Estados populistas, que consiste em explorá-lo simbolicamente, vendendo a sensação, a imagem, a impressão de que todas as prisões seriam legítimas (o que não é verdadeiro) e de que todas elas em conjunto baixariam a criminalidade assim como gerariam mais segurança para a população. Não só não está diminuindo a criminalidade no Brasil como a está agravando em razão da alta taxa de reincidência.”

O sistema prisional há muitos anos vem sendo sufocado com a exorbitante crescente da população carcerária, assim como com a falta de investimento do Estado em políticas de segurança e infraestrutura para os estabelecimentos, o que gera uma ampla possibilidade de aumento de poder das facções criminosas (Comando Vermelho, Primeiro Comando da Capital, Amigos dos Amigos, etc.)<sup>112</sup>.

Dentre outros fatores, um que contribui de forma significativa a essa problemática é a corrupção de agentes do Estado que trabalham envolvidos no controle penal, como agentes penitenciários, policiais e até juízes. Tal comportamento desvirtuado é o que dá causa para a cúpula das organizações criminosas terem livre acesso à conexão com o meio externo, ainda que estejam em estabelecimentos prisionais de segurança máxima, como é o caso da Penitenciária de Presidente Bernardes, em município de mesmo nome, situado em

---

<sup>110</sup>MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de et al. Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?. São Paulo: Contexto, 2006. p. 15-30.

<sup>5</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Violência epidêmica e política equivocada*. Instituto Avante Brasil, São Paulo, 07 fev. 2014. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>>. Acesso em: 28 set. 2014.

<sup>112</sup>MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de et al. Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?. São Paulo: Contexto, 2006. p. 15-30.



Minas Gerais<sup>113</sup>.

No Brasil, o sistema carcerário possui como escopo três objetivos tidos como principais, que são o de proteger a sociedade, despotencializando os criminosos, assim como puni-los e reabilitá-los. A capacidade que as organizações criminosas possuem em recrutar novos membros, ter livre acesso a dispositivos que o mantenham em constante contato com os membros de fora da cadeia para continuar arquitetando e comandando suas atividades ilícitas, assim como a sustentação da facção com o dinheiro repassado pelos seus integrantes, impedem que as finalidades do sistema prisional sejam cumpridos<sup>114</sup>.

Ainda ocorre um agravante, no sentido de dar ao encarcerado a possibilidade de conviver em um ambiente onde haverá uma grande quantidade de criminosos mais experientes, fazendo com que se aprimorem suas técnicas de violação à lei.

### 3.1. Tutela dos direitos dos presos

É histórica no país a adoção de medidas punitivas/ vingativas. Conforme se depreende de dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional, em junho de 2004, a população carcerária àquele momento era de 330,4 mil presos, sendo 252 mil efetivamente nas Penitenciárias e 78,4 mil em Delegacias de Polícia. Ao final do mesmo ano, teve um acréscimo 42 mil detentos se comparado ao mesmo período do ano anterior, com sérias perspectivas de aumento ao passar do tempo, demonstrando clara opção do Estado de punir excessivamente<sup>115</sup>.

A forma punitiva de descaso com a justiça restaurativa, aliada à atividade legislativa de aumentar a quantidade de tipos penais levou a um resultado deveras conturbador: a quantidade de detentos que ingressam no Sistema Carcerário se mantém em constante crescimento, ao passo que a quantidade que sai é desproporcionalmente menor. É fato notório que em algum momento a infraestrutura carcerária não suportaria a quantidade de apenados<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup>MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de et al. Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?. São Paulo: Contexto, 2006. p. 15-30.

<sup>114</sup>MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de et al. Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?. São Paulo: Contexto, 2006. p. 15-30.

<sup>115</sup>MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de et al. Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?. São Paulo: Contexto, 2006. p. 15-30.

<sup>116</sup>MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de et al. Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?. São Paulo: Contexto, 2006. p. 15-30.

Nota-se que os três tipos de poder do Estado estão intimamente ligados a falência do Sistema Carcerário Nacional e impotência da justiça restaurativa brasileira. Enquanto o Legislativo se exacerba na criação de novos tipos penais, o Judiciário detém sua parcela de culpa na falta de controle de constitucionalidade das prisões, assim como em sua demora dos trâmites processuais (muito em virtude da quantidade de tipos penais existentes que levam o Judiciário à necessidade de julgar os que têm conduta reprovável). Ao Executivo pode-se atribuir a falta de investimento em agentes e infraestrutura carcerários como sua parcela de problema<sup>117</sup>.

É visível o retrocesso que a Legislação de execução da pena sofreu no que tange a justiça restaurativa. Cada vez mais se têm uma justiça que pune exacerbadamente indo de encontro com a ressocialização dos indivíduos que egressam do sistema prisional, aumentando anualmente a população carcerária, mantendo um apoio e infraestrutura pífios, omitindo direitos daqueles que tem necessidade de serem reabilitados, porém, repassando a ideia para a população de que tentativas são feitas no sentido de reprimenda a quem viola a lei. A administração prisional do País está falida, o senso comum impregna diariamente na população que “bandido bom é bandido morto”, fazendo com que o descaso com os prisioneiros seja total<sup>118</sup>.

A Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo primeiro, inciso III, define que “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”, demonstrando claramente que esse seria dali em diante um princípio básico e indissociável do Estado Democrático de Direito que ali se formava, definido no caput do mesmo artigo.<sup>119</sup>

Ainda levando em conta o texto da Carta Magna, o artigo 5º é bem claro em toda sua extensão, levando em seus setenta e oito incisos e quatro parágrafos, as minúcias daquilo que fora dito no artigo inicial, elencando da forma mais completa e consistente possível o que se deve entender sobre a dignidade da pessoa humana no âmbito de uma sociedade.

É baseado nesse artigo que traz os direitos fundamentais, que despontam o pilar

---

<sup>117</sup>MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de et al. Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?. São Paulo: Contexto, 2006. p. 15-30.

<sup>118</sup>MACAULAY, Fiona. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato Sérgio de et al. Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?. São Paulo: Contexto, 2006. p. 15-30.

<sup>119</sup>Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo primeiro, inciso III. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 16 nov 2014.

de toda uma linha de raciocínio que rejeita concatenar a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado com a concepção humanista dada pela Carta Magna. Há inclusive julgados que afastam a aplicação do RDD ainda que tenha sido o preso acusado de participação de organizações criminosas, conforme segue ementa:<sup>120</sup>

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD. LEI 7.201/84, ART. 52, COM REDAÇÃO DITADA PELA LEI 10.792/2003.

1. O Regime Disciplinar Diferenciado viola o preceito constitucional que veda que o preso seja submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); infringe a letra e do inciso XLVII do art. 5º, que impede a aplicação de penas cruéis; e o inciso XLIX do mesmo artigo 5º que assegura aos presos respeito à integridade física e moral (entendimento em contrário do Juiz Cândido Ribeiro).

**2. O só fato de o paciente ser acusado de ter participado de organizações criminosas, quadrilha ou bando, não implica ter de ser submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD.**

3. Inocorrência de cometimento de falta grave do paciente de modo a levar o juiz incluí-lo no RDD.

4. Não pode o juiz incluir o paciente no RDD por tempo indeterminado, pois a lei fixa o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, podendo a sanção ser renovada, se houver cometimento de nova falta grave da mesma espécie (Grifo nosso).

Insurge, em complemento ao julgado apresentado, a lição do jurista Julio Fabbrini Mirabete, ao tratar da diferença de interpretação feita na imposição do RDD constantes no caput, e aqueles previstos nos §§ 1º e 2º, todos do artigo 52 da Lei de Execuções Penais:<sup>121</sup>

**A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado pode ocorrer também como medida cautelar, nas hipóteses de recaírem sobre o preso fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas** ou de representar ele alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou para a sociedade (art. 52, §§ 1º e 2º, da LEP). Em ambas as hipóteses, não se exige a prática de crime doloso ou o cometimento de outra falta grave, porque o fundamento para sua imposição não tem o caráter punitivo próprio da sanção disciplinar. A inclusão no regime disciplinar diferenciado

<sup>11</sup> Habeas Corpus, autos n. 2006.01.00.028050-9/MT, rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, por unanimidade, 3ª Turma do TRF – 1ª Região, julgado em 24.10.2006

<sup>12</sup> Mirabete, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 2004, p.151.

com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 52 da Lei de Execução Penal constitui medida preventiva, de natureza cautelar, que tem por fim garantir as condições necessárias para que a pena privativa de liberdade ou a prisão provisória seja cumprida em condições que garantam a segurança do estabelecimento penal, no sentido de que sua permanência no regime comum possa ensejar a ocorrência de motins, rebeliões, lutas entre facções, subversão coletiva da ordem ou a prática de crimes no interior do estabelecimento em que se encontre ou no sistema prisional, ou, então, que, mesmo preso, possa liderar ou concorrer para a prática de infrações no mundo exterior, por integrar quadrilha, bando ou organização criminosa (Grifo nosso).

Nota-se que, ao passo que o julgado preceitua se tratar de inobservância de pressupostos legais para aplicação do RDD o fato de o preso ser acusado de envolvimento com organizações criminosas, quadrilha ou bando, a Doutrina vai ao encontro e faz coro à LEP, que define que o regime poderá ser aplicado em caráter preventivo, contanto que recaiam ao preso fundadas suspeitas de seu envolvimento.

Ao tratar da possibilidade cautelar da medida, abre-se um precedente quanto à aplicação do regime, fazendo ser possível quanto aos presos provisórios. Aquele que se encontra ainda em prisão provisória, naturalmente se enquadra no que a Constituição de 1988 define em seu artigo 5º, inciso LVII, que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. O preso nesta situação se encontra plenamente em exercício do princípio básico da presunção de inocência, o que, por falência do sistema prisional brasileiro, não o faz ser encarcerado em estabelecimento diverso daquele já condenado, fazendo com que convivam e possuam contato constante, não podendo dissociar o rdd daqueles que ainda não possuem decisão definitiva sobre a acusação recebida, tendo nesse sentido o Acórdão proferido de forma unânime no Tribunal Regional Federal da 2ª Região<sup>122</sup>:

CRIMINAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. PODER ESPECIAL DE CAUTELA DO JUIZ.

1. Compete ao Juízo que autorizou as escutas telefônicas fixar o regime de cumprimento da prisão preventiva.

---

<sup>13</sup> Habeas Corpus 4952, autos n. 2007.02.01.000481-8, rel. Desembargadora Federal Liliane Roriz, por unanimidade, 2ª Turma Especializada do TRF – 2ª Região, julgado em 15.02.2007

**2. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) - que se caracteriza como um regime de disciplina carcerária especial -, embora esteja regulamentado na Lei de Execuções Penais, se aplica tanto ao cumprimento de pena privativa de réu condenado como à custódia de preso provisório, podendo, assim, assumir duas modalidades distintas: punitiva e cautelar.**

3. O RDD punitivo, por força de sua própria natureza, depende de procedimento disciplinar que assegure o direito de defesa (art. 59), de requerimento circunstanciado da autoridade competente (art. 54, § 1o), de manifestação do Ministério Público e da defesa (art. 54, § 2o), e, por fim, de decisão fundamentada do juiz competente (art. 54, caput).

4. O RDD cautelar, também por força de sua própria natureza, está adstrito ao poder especial de cautela do órgão judicial, com vistas a eliminar uma situação de perigo evidente para a sociedade.

5. Muito embora se trate de medida cautelar tipificada na LEP, não prevê a norma legal qualquer procedimento que possa ser aplicado, diferentemente do que fez com o RDD disciplinar, confiando ao órgão judicante a avaliação e sopesamento de sua necessidade e conveniência.

6. A manifestação prévia do Ministério Público e da defesa só se impõem quando se tratar de regime disciplinar diferenciado punitivo, o que explica a posição topográfica do dispositivo legal supracitado no capítulo das sanções disciplinares, bem como a referência do caput a estas sanções disciplinares aplicadas aos custodiados.

7. A medida impugnada teve caráter cautelar, vez que fundamentada no risco à segurança pública, na necessidade de resguardo da sociedade, na manutenção da ordem no meio penitenciário, bem como no fato de se ter apurado - mediante as interceptações telefônicas autorizadas pelo Juízo a quo -, que o paciente, mesmo custodiado, não só dava continuidade às suas atividades delituosas, dentre elas homicídios, contrabandos, formação de quadrilha e corrupções ativas, como também chefiava uma das organizações criminosas que desenvolvem a atividade de exploração de máquinas de "caça-níqueis" na Zona Oeste desta cidade.

8. No que tange às restrições impostas ao paciente, relativamente às visitas íntimas, horários para banho de sol e audiências com advogados, estas são inerentes à imposição do RDD, sob pena de tal regime tornar-se inócuo e não diferenciado, contrariando o próprio objetivo para o qual foi criado, sendo que, no caso concreto, tais restrições, além de atenderem aos princípios da proporcionalidade e da

razoabilidade, se mostram imperiosas ao fim a que se destina, uma vez que o regime prisional comum, a que o acusado estava inicialmente submetido, já se mostrou totalmente incapaz de afastar o paciente de suas atividades delituosas.

#### 9. Ordem denegada (Grifo nosso).

Decisões como essas são embasadas no poder cautelar da autoridade judiciária competente, requisito de incidência da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado para presos provisórios. Apesar de se tratar de uma medida extrema para evitar contato de importantes criminosos com suas respectivas facções, é aberta uma possibilidade de aberração jurídica: colocar em RDD, que se trata de decisão de extremo rigor, um acusado que é inocente. Visivelmente fica um conflito preocupante entre princípios constitucionais. De um lado, a supremacia do interesse público sobre o privado, que preceitua impor o regime também a presos provisórios para manter a efetividade da aplicação da lei penal. De outro, a presunção de inocência, que impede que qualquer pessoa, presa ou não, tenha tratamento de condenado sem que seja provada sua culpa.

### 3.2. Presos provisórios em execução penal

*“En la prisión preventiva se juega el Estado de Derecho”.*  
Daniel Pastor

Segundo redação do inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal, é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, sendo-lhes garantido, também, que não serão submetidos a tortura, tampouco a tratamento desumano ou degradante (inciso III do referido dispositivo)<sup>123</sup>.

Pelo Código Penal, em seu artigo 38, o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades, neste intuito, o respeito à sua integridade física e moral<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>124</sup> BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em:

Disposição similar traz a Lei de Execução Penal em seu artigo 3º, que diz ser assegurado ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, não havendo, ainda, qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. Assim, impõe-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral, seja ele condenado ou, ainda, preso provisório (redação do artigo 40 desta norma legal)<sup>125</sup>.

São direitos do preso, segundo artigo 41 da LEP, os seguintes:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
  - II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
  - III - Previdência Social;
  - IV - constituição de pecúlio;
  - V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
  - VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
  - VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
  - VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
  - IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
  - X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
  - XI - chamamento nominal;
  - XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
  - XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
  - XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
  - XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
  - XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.
- Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento<sup>126</sup>.

Ressalte-se, ainda, que tais direitos são garantidos, também, no que couber, ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança (artigo 42 da LEP)<sup>127</sup>, bem como que os condenados devem ser classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal (artigo 5º da LEP)<sup>128</sup>.

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>125</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, 1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>126</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, 1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>127</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, 1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>128</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, 1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

Conforme Zackseski<sup>129</sup>, a prisão surgiu na história da humanidade em um período em que se buscava limitação do poder punitivo estatal, tendo nascido, no bojo deste contexto, alguns dos princípios centrais afetos ao encarceramento, como, por exemplo, o da presunção da inocência.

Este princípio deve ser entendido histórica e teoricamente como vedação da prisão por suspeita e da pena antecipada, sendo que dele derivam ou a ele estão relacionados outros princípios relevantes, como o do devido processo legal, o da atribuição do ônus da prova ao órgão acusador, o do contraditório e o da ampla defesa<sup>130</sup>.

Destaca ainda a autora que, no sistema prisional brasileiro, as prisões cautelares, das quais a prisão provisória é espécie, são tidas como exceções às garantias e princípios vigentes no país, não se podendo admitir, nem no Brasil e nem na ordem internacional, por tal característica, que estas assumam cumpram objetivos próprios de prisões que decorram de sentenças condenatórias. Nas palavras de Bovino, é possível compreender mais claramente as funções das prisões-pena, oriundas das sentenças condenatórias, e das prisões cautelares, exceções, como visto, à perda da liberdade pelo enclausuramento:

[...] resulta completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (delderecho penal material), o considerando criterios tales como lapeligrosidad del imputado, larepercusión social delhecho o lanecesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos. Tales criterios no están dirigidos a realizar lafinalidadprocesal delencarcelamiento preventivo y, por ello, suconsideración resulta ilegítima para decidir acerca de lanecesidad de ladetención preventiva<sup>131</sup>.

Claras também são as palavras de Queiroz, que assim dispõe:

a execução penal somente deverá ter lugar após transitar em julgado a sentença condenatória, sob pena de violação do princípio da presunção legal de inocência (CF, art. 5º, LVII, LEP, art. 105, CPP, art. 675). A doutrina e a jurisprudência têm admitido, porém, a execução provisória em favor do condenado preso preventivamente (prisão em flagrante, prisão preventiva etc.), sempre que houver

---

<sup>129</sup> ZACKESKI, C. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. Fórum Segurança, Anuário IV. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario\\_iv\\_-\\_o\\_problema\\_dos\\_presos\\_sem\\_julgamento\\_no\\_brasil2.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_iv_-_o_problema_dos_presos_sem_julgamento_no_brasil2.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>131</sup> BOVINO, apud ZACKESKI, Op. cit., p. 88.



trânsito em julgado para a acusação, mas pender ainda de julgamento recurso da defesa, admissão absolutamente legítima, uma vez que em nada ofende o princípio em causa, instituído que é histórica e constitucionalmente em favor do indivíduo. Assim, por exemplo, se o réu, condenado a pena de seis anos de prisão, já se achar preso há três anos, não seria justo que, tendo a sentença passada em julgado para o Ministério Público, que se conformara com a decisão por lhe parecer razoável, fosse prejudicado pela demora na apreciação de recurso que ele mesmo interpôs. Ademais, havendo exclusivamente recurso da defesa, não há a possibilidade legal de reforma da decisão em seu desfavor (*reformatio in pejus*).

[...]

Apesar disso, não se tem permitido a execução mesmo em favor do preso provisório quando houver recurso da acusação. Pensamos, no entanto, ser perfeitamente cabível a execução provisória ainda quando isso ocorra, sempre que estiver preso provisoriamente o réu e a apelação não persiga aumento de pena, quando, v.g., insurgir-se apenas contra a parte da sentença que haja absolvido, em caso de concurso de agentes, um dos co-réus, ou, ainda, quando só objetive a absolvição ou atenuação da pena do condenado. Dito de outro modo: até no caso de a sentença condenatória pender de recurso da acusação será de todo legítima a execução provisória, desde que o recurso que haja interposto não almeje a majoração da sanção, uma vez que a sua interposição não é incompatível com a execução provisória. Todavia, isso só poderá ser tolerado quando estiver preso o condenado, pois do contrário deverá permanecer livre enquanto não passar em julgado a sentença, afinal numa perspectiva garantista a execução provisória somente é admissível em seu favor, nunca em seu prejuízo.

Ao que parece, contudo, não é esta a percepção que se tem ao se analisar os números de presos provisórios conforme estatísticas do sistema prisional brasileiro: em 2009, o número de presos nesta condição era de 149.514. Em 2010, este quantitativo teve um aumento de 9,2%, passando para 163.263. No ano seguinte, em 2011, novo crescimento, desta vez da ordem de 3,6%, somando, neste período, o total de 169.075. Em 2012, o aumento foi ainda mais expressivo: 13%, somando, no total, 191.024. O ano de 2013 seguiu basicamente o mesmo percentual: 12,9%, com registro de 215.639 presos provisórios. Em 2014, o aumento foi de 3%, somando um total de 222.190<sup>132</sup>.

As estatísticas demonstram, também, o déficit de vagas existente no sistema carcerário nacional: em 2009, eram 74.927 vagas, com um total somente de presos provisórios de 149.514. Ou seja, um excedente de 199,5% somente em relação aos presos provisórios, que somavam, à época, o percentual de 50,1% do total da população carcerária no país. Em 2014, a quantidade de vagas foi aumentada em 54,36%: passou-se para um total de 115.656 vagas. Contudo, o quantitativo de presos também aumentou, sendo só referente aos presos provisórios de 222.190 – um aumento bastante expressivo, de 48,61%. Registre-se, pois, que

---

<sup>132</sup>Infopen, junho/2014.

o excedente soma o montante de 192,1%, respondendo os presos provisórios por apenas 52,1% da população carcerária<sup>133</sup>.

Deste modo, verifica-se que, não obstante exista a previsão sobre a excepcionalidade da prisão preventiva, gênero da qual a prisão provisória é espécie, o que se percebe, na prática, é a verdadeira efetivação da execução penal em detrimento destes, já que, como vislumbrado, estes somam mais de 50% da população carcerária no Brasil – um número bastante expressivo, na verdade, para ser considerada exceção à regra.

### 3.3. O Regime Disciplinar Diferenciado

Em 2003, surgiu de forma massiva na imprensa nacional em todos seus meios de comunicação, a veiculação de uma notícia que afirmava haver projetos de modificação da estrutura normativa da política penitenciária. Segundo reproduções, haveria ampliação, no âmbito federal, de uma experiência que ocorria nos Estados de Rio de Janeiro e São Paulo na tentativa de conter conflitos entre detentos, chamado de Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Grande parte da comunidade jurídica, tendo conhecimento dos efeitos que tal experiência trazia àqueles Estados, aliados à completa adoção do projeto apresentado à formas desumanas de execução de pena privativa de liberdade, se comoveu com os efeitos negativos que tal medida acarretaria na política penitenciária do País. Daí surgiu a ideia de se criar um movimento contra o terrorismo estatal, que não demorou a receber integral apoio dos maiores institutos brasileiros que estudam a violência institucional, criando assim, o Movimento Antiterror (MAT). Conforme preconizava a Carta de Princípios do Movimento, seu objetivo principal era<sup>134</sup>:

[...]sensibilizar os poderes do Estado, os administradores e trabalhadores da justiça penal, os meios de comunicação, as universidades, as instituições públicas e privadas, e os cidadãos de um modo geral, para a gravidade humana e social representada por determinados projetos que tramitam no Congresso Nacional e que pretendem combater o aumento da violência, o crime organizado e o sentimento de insegurança com o recurso a uma legislação de pânico.

---

<sup>133</sup>Infopen, junho/2014.

<sup>134</sup>Revista Consultor Jurídico. *REGRAS DO JOGO: Conheça a Carta de Princípios do Movimento Antiterror*. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2003-jun-20/conheca\\_carta\\_principios\\_movimento\\_antiterror#top](http://www.conjur.com.br/2003-jun-20/conheca_carta_principios_movimento_antiterror#top)>. Acesso em: 16 nov 2014.

[...].

O RDD surgiu como resposta a uma grande rebelião que tumultuou uma penitenciária no Estado de São Paulo em 2001, que tinham como causas não somente reivindicações quanto à precariedade do sistema carcerário, mas eram também de cunho afrontador ao Governo daquele Estado, que dias antes havia separado os líderes da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) e os enviado para outros locais para o restante do cumprimento da pena, fazendo com que a principal reivindicação fosse a volta dos líderes da facção para o Complexo do Carandiru.

Dessa forma, a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo editou as resoluções nº 26, aplicando pela primeira vez no Brasil o Regime Disciplinar Diferenciado, restrito a 05 unidades prisionais da grande São Paulo, e, posteriormente, a 49, que tinha como fulcro restringir o direito de visita e as entrevistas dos presos em RDD com seus advogados. A primeira resolução dizia em seu parágrafo primeiro que era[...] aplicável aos líderes e integrantes das facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico [...].<sup>135</sup> O tempo máximo de permanência no regime era de 180 dias podendo ser prorrogado para mais 180. A segunda resolução, que fora editada em julho de 2002 estabelece em seu artigo quinto que:

As entrevistas com advogado deverão ser previamente agendadas, mediante requerimento, escrito ou oral, à Direção do estabelecimento, que designará imediatamente data e horário para o atendimento reservado, dentro dos 10 dias subsequentes.

No final do mesmo ano, surge a Resolução 59, que amplia o alcance do regime para os presos provisórios que foram acusados de prática de crime doloso ou que representassem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal, elencando no artigo segundo um rol de condutas que enquadrariam o sujeito no regime.

O Regime Disciplinar Diferenciado fora incluso na Lei de Execuções Penais e é tratado em seu artigo 52, que assim preceitua:

---

<sup>135</sup> BRASIL. *Lei 10.792/2003, de 1º de dezembro de 2003*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm)>. Acesso em 16 nov 2014

A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Nota-se que o referido texto possui linguagem com palavras demasiadamente amplas, abstratas, que permitem a prática de atos arbitrários pelos agentes penitenciários.

## CONCLUSÃO

O Direito Penal do Inimigo, dentre todas as teorias já elaboradas no cerne da criminologia, é uma que ganha destaque por ser polêmica, o que gera como consequência uma quantidade abundante de críticas. A principal fonte da querela se dá na cisão feita pelo autor entre cidadão e inimigo, onde determinados indivíduos estariam abarcados por uma modalidade de Direito Penal diverso das pessoas comuns em razão de suas condições pessoais, com escopo de punir mais rigorosamente aqueles tratados como inimigos do corpo social.

De acordo com a teoria, para separar o cidadão do inimigo, era necessário que este tivesse direitos básicos tolhidos; garantias materiais e processuais são retiradas, a punição se dá de forma preventiva, ou seja, pelo que o indivíduo pode delinquir dada sua periculosidade, o garantismo do processo penal é inexistente, visto que são omitidas garantias fundamentais, e a pena já não mais é proporcional ao dano praticado, devendo extrapolá-la. Dessa forma, perde-se o status de sujeito de direito, e conseqüentemente, o de pessoa, acarretando em um verdadeiro Estado de polícia.

Dentre vários problemas que a teoria possui, uma que merece destaque é a falta de controle em sua aplicação. O Estado ao não delimitar seu uso abre margem para a discricionariedade, fazendo com que diversos grupos da sociedade sofram suas conseqüências, e não somente criminosos que insistem em incorrer na atividade ilícita. A realidade brasileira é bem farta no sentido de exemplificar tal afirmação, haja vista que, a título de exemplificação, prostitutas, usuários de drogas (principalmente crack), moradores de rua e prisioneiros são constantemente marginalizados da seara social.

No estudo realizado para a elaboração do trabalho foram abordados os motivos que levam à aplicação do Direito Penal do Inimigo no âmbito do sistema carcerário nacional. Ainda que a legislação penal evolua no sentido de se manter atenta aos direitos fundamentais, o Estado peca em não aplicá-la, seja pela morosidade da justiça, falta de investimento em estabelecimentos prisionais, corrupção enraizada, ou omissão indiscriminada propriamente dita. Dessa forma, é possível perceber a sensível diferença que há entre as matérias elaboradas no Poder Legislativo e as medidas de políticas públicas efetivamente realizadas no sentido de conter a criminalidade.

Um preso cumpre pena em regime fechado quando já adquiriu o direito da progressão. Outro é mantido dentro da viatura que o conduzia ao tribunal durante mais de quatro horas sem acesso a banheiro, alimentação ou água em virtude de não haver no prédio espaço para que o réu esperasse o momento de sua audiência. Mulheres encarceradas acumulam algodão o mês inteiro para usar como absorvente, tendo em vista o não fornecimento pelo estabelecimento prisional de produto tão essencial para a intimidade feminina. Estes são apenas alguns casos retratados no documentário sem pena<sup>136</sup>, que mostra como a reintegração do apripionado à sociedade é esquecida desde a execução penal.

O Direito Penal do Inimigo, ainda que não institucionalizado, é prática recorrente, e vai de encontro a ideais de um Estado Democrático de Direito que visa tutelar todos os direitos que não interfiram no cumprimento da pena.

É necessário que o Estado use de seus recursos para aprimorar o cárcere nacional, reeducar o prisioneiro e cooperar na reestruturação de sua vida. É impensável, sob a luz da Constituição pátria, que presos espalhados pelo País não tenham acesso à possibilidade de estudar ou trabalhar, que inclusive, contribuem na remição da pena. A falta de acesso a serviços básicos não só caracterizam e comprovam a condição de inimigo vivida pelo encarcerado, mas o faz sentir alheio e esquecido tanto pelo Estado, quanto pela sociedade, gerando uma conturbação social sem fim.

Por fim, conclui-se que, ainda que a condição seja absolutamente desfavorável, há a possibilidade de fomento de medidas alternativas como forma diversa de punição. Tais medidas constituem verdadeiras práticas eficazes de ressocialização, possuindo uma porcentagem consideravelmente menor de reincidência do que as medidas tradicionais de aplicação de pena, além de ser uma forma mais humana de tratamento, para que assim a criminalidade gradativamente diminua, e seres humanos sejam sempre considerados seres humanos.

---

<sup>136</sup>**Sem Pena.** Direção de Eugenio Puppó. Produção de Matheus Sundfeld. Música: John Cage. Rio de Janeiro: Heco Produções, 2014. P&B.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ALBERGARIA, J. **Das penas e da execução penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997;
- BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 set. 2014;
- ARAÚJO, L. F. **Os personagens desviantes do cinema de Milos Forman**. 2005. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/araujo-lara-personagens-desviantes-cinema.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2016.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999;
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, artigo primeiro, inciso III. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 16 nov 2014.
- BRASIL. Lei 10.792/2003, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm)>. Acesso em 16 nov 2014;
- BRUNO, A. **Direito penal – parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CALLEGARI, AndreLuis; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, n. 97, p.453-469, jan. 2008;
- CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARVALHO, S. de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CERQUEIRA, AtiloAntonio. Direito penal garantista e a nova criminalidade. Curitiba: Juruá, 2002.
- CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1998;

DIAS, J. de F. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, M. da C. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DORNELLES, João Ricardo W.. **Conflitos e segurança: Entre pombos e falcões**. 2. ed. Rio de Janeiro. Livraria e Editora Lumen Juris, 2008;

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. 39. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2011.

FREUD, S. **O Mal Estar na Civilização**. extraído do Volume XXI da Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1969.

GOMES, Luiz Flávio. **Violência epidêmica e política equivocada**. Instituto Avante Brasil, São Paulo, 07 fev. 2014. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>>. Acesso em: 28 set. 2014;

GOMES, L. F. **Tipicidade material e a tipicidade conglobante de Zaffaroni**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8450>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECCO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 17 nov. 2014;

Habeas Corpus, autos n. 2006.01.00.028050-9/MT, rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, por unanimidade, 3ª Turma do TRF – 1ª Região, julgado em 24.10.2006;

Habeas Corpus 4952, autos n. 2007.02.01.000481-8, rel. Desembargadora Federal Liliane Roriz, por unanimidade, 2ª Turma Especializada do TRF – 2ª Região, julgado em 15.02.2007;

JULIÃO, E. F. **A ressocialização através do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro**. 2009. 449 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

JUNQUEIRA, G. O. D. **Direito Penal: Coleção Elementos do direito**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2003.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, J. J. **Direito Penal Geral**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.



LISZT, F. V. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Traduzido por: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora F. Briguret & C. 1899.

MERTON, R. K. **Social Theory and Social Structure**. 3. ed. New York, The Free Press, 1968.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002;

Revista Consultor Jurídico. REGRAS DO JOGO: Conheça a Carta de Princípios do Movimento Antiterror. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2003-jun-20/conheca\\_carta\\_principios\\_movimento\\_antiterror#top](http://www.conjur.com.br/2003-jun-20/conheca_carta_principios_movimento_antiterror#top)>. Acesso em: 16 nov 2014;

NUCCI, G. de S. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PASUKANIS, E. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Direito penal do inimigo e direitos humanos. Revista Iob de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 9, n. 51, p.37-41, set. 2008;

SILVA, Joselia Cristina F. O direito penal do inimigo X direito penal garantista. Justilex, Brasília, v. 4, n. 49, p.50-57, jan. 2006;

SALES, Sheila Jorge Selim. Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 95, n. 848, p.416-437, jun. 2006;

SANT'ANNA, S. C. M. Reintegração social ou ressocialização: a visão utilitária da educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade. **Perspectiva**, Erechim. v. 38, n. 144, p. 49-62, dezembro/2014.

SANTOS, J. C. dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

VISÃO GARANTISTA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. Revista Jurídica, Anápolis: Faculdade de Direito de Anápolis, v. 6, dez. 2004;

WOLKMER, A. C. (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, E. R.; et al. **Teoria Geral do Direito Penal**. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.