



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Algumas reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo em face da proteção dos direitos fundamentais

Simone Nazareth Tavares Carvalho de Bem

Rio de Janeiro  
2011

SIMONE NAZARETH TAVARES CARVALHO DE BEM

Algumas reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo em face da proteção dos direitos  
fundamentais

Monografia jurídica apresentada à Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,  
como exigência para obtenção do título de Pós-  
Graduação.

Orientador: Prof. Des. Eduardo Mayr

Coorientadora: ME Néli Fetzner

Rio de Janeiro  
2011

SIMONE NAZARETH TAVARES CARVALHO DE BEM

Algumas reflexões sobre o Direito Penal do Inimigo em face da proteção dos direitos fundamentais

Monografia jurídica apresentada à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Des. Eduardo Mayr

Coorientadora: ME Néli Fetzner

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof.: Dr.

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

---

Prof.: Dr.

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

---

Prof.: Dr.

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro, de                      de 2011.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Orientador Dr. Eduardo Mayr, pela paciência, pelo apoio e pela inspiração no amadurecimento das idéias que proporcionou a confecção do presente trabalho.

Ao meu marido, Rodolfo Pontes de Bem, pela compreensão diante da minha ausência em muitos momentos, pelo incentivo diário, e por todo amor, que me possibilitou chegar até esta etapa da minha vida.

Aos meus pais e irmãos pelo apoio e carinho.

Aos amigos Karla Dutra e Carlos Nicodemos, pelo apoio, pelo carinho e pelo empréstimo de parte do acervo bibliográfico que possibilitou a execução da presente monografia. À amiga Neiza Lima Guião pela força e pela amizade que partilhamos durante o nosso caminhar. Aos demais amigos que me incentivaram de algum modo na confecção deste trabalho.

## SÍNTESE

A presente pesquisa tem por escopo promover uma reflexão acerca da teoria penal do inimigo diante de alguns direitos e princípios constitucionalmente assegurados. Para tanto, parte de uma abordagem histórica sobre as principais escolas penais, que buscaram, através de teorias ao longo dos anos, justificar o crime, analisar a conduta e a responsabilidade penal do agente. Após, explica-se o que é a teoria penal do inimigo, fazendo uma análise sobre a teoria penal do autor e do fato, bem como sobre a construção terminológica da palavra “inimigo”. A partir daí, faz-se uma reflexão acerca da teoria mencionada face ao estado democrático de direito, frente a direitos e a garantias previstos na Constituição Federal de 1988. Em seguida, busca-se apresentar um breve panorama atual do Brasil na legislação vigente, analisando pontos relevantes, tais como o problema da pena, a reincidência do agente, a vitimologia e o papel do Estado nesse contexto. O tema possui grande importância, logo, a presente pesquisa objetiva promover uma reflexão acerca da mitigação da teoria do direito penal do inimigo diante da realidade social vivida nos dias de hoje, além da necessidade de ponderação de valores constitucionalmente protegidos.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO .....	10
1.1 Escolas Penais.....	10
1.1.1 Escola Clássica.....	10
1.1.2 Escola Positiva.....	13
1.1.3 Teorias macrossociológicas da criminalidade.....	15
1.1.3.1 Escola de Chicago.....	16
1.1.3.2 Teoria da associação diferencial.....	21
1.1.3.3 Teoria da anomia.....	24
1.1.3.4 Teoria da subcultura delinquente ou subcultural.....	27
1.1.3.5 <i>Labeling approach</i> .....	29
1.1.3.6 Teoria crítica .....	31
1.1.3.7 Considerações.....	34
2. O ASSIM CHAMADO “DIREITO PENAL DO INIMIGO”.....	37
3. CONFLITOS EXSURGENTES DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE A DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM.....	50
3.1 Princípio da individualização da pena.....	50
3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana e da ‘dignidade’ dos membros da sociedade...57	
3.3 Princípio de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.....	61
3.4 Regime disciplinar diferenciado – RDD.....	62
4. PANORAMA ATUAL DO BRASIL NA LEGISLAÇÃO VIGENTE.....	67
4.1 O problema das penas.....	67

4.1.1 Teorias da pena.....	67
4.1.1.1 Teoria retributiva da pena ou absoluta.....	67
4.1.1.2 Teoria preventiva da pena.....	68
4.1.1.3 Teoria mista ou unificadora da pena.....	69
4.1.1.4 Teoria da prevenção geral positiva.....	69
4.1.1.5 Espécies de pena no Brasil.....	70
4.2 Pessoa do criminoso – reincidência.....	71
4.3 Vitimologia e a justiça penal reparadora.....	73
4.4 O papel do Estado .....	75
4.4.1 Prevenção.....	75
4.4.3 Fatores sociais.....	78
4.4.4 Causas institucionais.....	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
REFERÊNCIAS.....	89

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo promover uma reflexão acerca da teoria penal do inimigo sob a ótica de certos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o primeiro capítulo visa a apresentar um breve esboço histórico das principais escolas penais, bem como as teorias por elas defendidas ao longo do tempo. Tais teorias buscaram justificar o delito, analisar a conduta e a responsabilidade penal do agente. As principais escolas são: clássica, positiva, de Chicago, da associação diferencial, da anomia, teoria da subcultura delincente, do *labelling*, interacionista e críticas. O regime punitivo dessas teorias não estava sendo suficientemente eficaz para combater o crime, nem mesmo conter o seu crescimento. Por essa razão, foram surgindo ao longo dos anos novas correntes. Algumas atribuíam à prevenção maior eficácia que à repressão, outras investigavam o crime através de um critério naturalista, ou por meio de um consenso entre os indivíduos acerca de determinados valores, ou até mesmo pela força ou pela coerção. Em linhas gerais, as escolas apresentadas nesse capítulo analisaram setores particulares, de forma que os autores defenderam visões que conviveram entre si e se influenciaram mutuamente ao longo do tempo.

O segundo capítulo apresenta a teoria do “Direito Penal do Inimigo” de Günter Jakobs, conceituando o ‘inimigo’ e o ‘cidadão’, como meio introdutório para abordarmos o foco da presente pesquisa diante da análise de alguns direitos fundamentais. Nesse capítulo buscou-se fazer uma análise acerca da teoria penal do autor e do fato, bem como da construção terminológica da palavra “inimigo”. A partir daí faz-se uma reflexão acerca da teoria mencionada em face do estado democrático de direito.

O terceiro capítulo tem o propósito de apresentar conflitos exurgentes da



aplicação da teoria do direito penal do inimigo frente a direitos fundamentais do Homem, expressos na Constituição Federal de 1988. Dessa forma, o referido capítulo promove uma reflexão acerca da efetiva mitigação dessa teoria diante da realidade social vivida nos dias de hoje, além da ponderação de valores constitucionalmente protegidos. O mencionado capítulo propõe uma análise acerca de situações que, diante de um sistema penitenciário precário, exige do julgador atitudes nem sempre condescendentes aos seus valores. Dessa forma, nesse capítulo são analisados alguns princípios expressos na Constituição Federal, bem como o regime disciplinar diferenciado.

Por fim, no quarto capítulo pretende-se fazer um panorama atual da legislação vigente no Brasil, mencionando o problema da pena, suas teorias e espécies, a reincidência do criminoso, a vitimologia e a justiça penal reparadora, o papel do Estado na prevenção, os fatores sociais e as causas institucionais.

Dessa forma, o primeiro capítulo prepara o leitor para compreender que, há tempos, inúmeras teorias tentam explicar o crescimento da atividade criminosa, atribuindo à pena determinada função. O segundo capítulo trata especificamente da Teoria do Direito Penal do Inimigo, e o terceiro capítulo faz promover uma reflexão acerca da mitigação dessa teoria em face de determinados princípios e valores constitucionais. O quarto capítulo traz um panorama da realidade atual.

Assim, o objetivo geral da pesquisa é promover uma reflexão acerca dessa teoria tão rechaçada no meio jurisprudencial e ao mesmo tempo tão mitigada, na prática, diante de algumas medidas processuais aplicadas no direito penal vigente. Frise-se que a relevância social da questão é imensa, tendo em vista que resulta na ponderação de direitos constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, o presente trabalho busca fazer nascer certa reflexão sobre o assunto para aqueles que até hoje não refletiram a respeito, e aprofundar a análise para

aqueles que já fizeram uma reflexão acerca da matéria, buscando-se ressaltar a notória relevância jurídica do assunto.

## 1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

### 1.1 Escolas Penais

As teorias criminológicas, neste trabalho, serão analisadas sob uma perspectiva macrocriminológica, tendo como escopo apresentar as diferentes visões existentes acerca da justificação do delito. Contudo, merece destacar que tais teorias são frutos do seu tempo, isto é, decorrem de um pensamento vivido sob influência de múltiplas relações humanas condicionantes daquela época. Desse modo, os autores que defendem as diferentes visões conviveram entre si e se influenciaram mutuamente.

#### 1.1.1 Escola Clássica

A Escola Clássica adotou as idéias básicas do iluminismo<sup>1</sup>, e foi consolidada principalmente pela obra de Cesare Beccaria<sup>2</sup>, *Dei delitti e delle pene*, de 1764. Esse autor defendeu uma série de alterações no Direito Penal, dentre elas, que a pena a ser aplicada deve ser a mínima necessária para fazer com que o réu deixe de delinquir e inibir que outros pratiquem os mesmos crimes; que a responsabilidade penal do agente deve ser medida pela extensão do dano causado para a sociedade, que estaria ligada por algo que se pode chamar de

---

<sup>1</sup> O iluminismo expressava uma nova forma de conceber o mundo e o homem. O cientificismo constituiu aspecto fundamental no movimento, que resultou numa nova fase humanística-filosófica e econômica-social. Surgiram a partir daí novas formas de pensar no Direito Penal. A Escola Clássica de Criminologia acompanhava as idéias do iluminismo que dominou o século XVIII. As principais características iluministas eram: ênfase no progresso, individualismo, o uso da razão, o questionamento da tradição, o uso de dados empíricos para testar idéias abstratas. Disponível em: <<http://www.polbr.med.br/ano02/wal0502.php>>. Acesso em: 04 abr.2010.

<sup>2</sup> Cesare Beccaria (1738-1794), filósofo, foi a primeira voz a levantar-se contra a tradição jurídica e a legislação penal de seu tempo, denunciando os julgamentos secretos, as torturas empregadas como meio de se obter a prova do crime, a prática de confiscar bens do condenado. Uma de suas teses é a igualdade perante a lei dos criminosos que cometem o mesmo delito. Suas idéias se difundiram rapidamente, e sua obra exerceu influência decisiva na reformulação da legislação vigente da época, estabelecendo os conceitos que se sucederam. A obra *Dos Delitos e das Penas* é um clássico. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Cesare\\_Beccaria](http://pt.wikipedia.org/wiki/Cesare_Beccaria)> Acesso em: 04 abr.2010.

‘contrato social’; negou legitimidade à pena de morte, à prática de tortura e à crueldade das prisões. Defendeu ainda o julgamento dos criminosos por um juiz fiel à lei e não ao Executivo.

Inicialmente ocorreu um processo de transmutação da concepção filosófica para a concepção jurídica, sobretudo com a análise do delito, da responsabilidade penal e da pena. Defendia a clareza e a precisão das leis no Direito Penal, de forma que caberia ao juiz apenas aplicar as penas nos termos da lei, não devendo interpretá-las.

Atribuiu à pena o objetivo de coibir a reincidência do indivíduo, além de inibir outros a delinquir. Entendia que a prevenção dos delitos era mais eficaz que a repressão. Logo, sua obra teve uma contribuição significativa para o regime punitivo do Direito Penal.

Conforme ensina Baratta<sup>3</sup>,

O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado.<sup>4</sup>

A Escola Clássica desenvolvida na Itália apresentou duas correntes. A primeira, liderada por Beccaria e outros filósofos como Filangieri, Romangnosi, Carmignani, que recebeu influência do iluminismo, e defendeu um direito punitivo fundado na necessidade social. Outra, que compreendeu a fase da metafísica jusnaturalista, com ênfase na retribuição da pena.

Filangieri<sup>5</sup> foi um filósofo jusnaturalista<sup>6</sup>, que defendeu um direito de origem

---

<sup>3</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p.33.

<sup>4</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 33.

<sup>5</sup> Filangieri (1752-1788) filósofo jusnaturalista que via o direito de punir como uma necessidade política do Estado para se preservar a ordem. Disponível em: < [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=2344](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2344)> Acesso em: 04 abr.2010.

<sup>6</sup> Direito natural ou jusnaturalismo é uma teoria que postula a existência de um direito cujo conteúdo é estabelecido pela própria natureza da realidade e, portanto, válido em qualquer lugar e sob qualquer circunstância. Disponível em: < [http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito\\_natural](http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_natural)> Acesso em: 04 abr.2010.

divina, que tinha como escopo assegurar a segurança jurídica do contrato social estabelecido. Por sua concepção, a pena consiste em um instrumento de prevenção contra novos crimes.

Rossi<sup>7</sup> sustentou o pensamento de que a justiça social participa da justiça moral e divina. Para ele, a pena significa uma retribuição do mal pelo mal, porém, limitada pela sua utilidade social.

Carmignani<sup>8</sup>, ao contrário de Rossi, não vê a pena com caráter de retribuição, mas sim como forma de prevenção. Dessa forma, o direito de punir estaria atrelado a uma necessidade política, tanto pelos apelos humanos, quanto pela manutenção da ordem política. Merece destacar ainda, que seus pensamentos apresentam uma ligação maior para uma posição realista.

Romagnosi<sup>9</sup> apresenta uma filosofia ligada ao jusnaturalismo, em que o direito se apresenta de forma independente de ajustes humanos. Critica a idéia da existência de um contrato social. Para ele, a pena tem por escopo a defesa da sociedade contra o crime, e deve ser proporcional ao impulso do criminoso, um contra-estímulo. Assim, quanto maior a vontade de delinquir, mais severa deverá ser a pena atribuída. Para ele, o princípio essencial do direito natural consiste na conservação do homem e a obtenção da máxima utilidade, que levaria a três relações fundamentais, quais sejam, o direito e o dever de cada indivíduo em zelar por sua existência, o dever recíproco de um não atentar contra o outro, ou até mesmo ofendê-lo.

---

7 Pellegrino Rossi (1768-1847), filósofo italiano naturalizado francês, é o autor de um *Traité de Droit Penal* (1829), concebido segundo um rigoroso sistema no qual examina os fundamentos do Direito Penal, da lei, do delito e da pena. O utilitarismo, que marcava os primeiros passos do classicismo italiano, é substituído por um moralismo metafísico. Com base numa justiça moral, deu ênfase ao jusnaturalismo. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Pellegrino\\_Rossi](http://pt.wikipedia.org/wiki/Pellegrino_Rossi) <http://gma-cg.sites.uol.com.br/penat.html>> Acesso em: 04 abr.2010.

8Carmignani (1768-1847) filósofo antecessor de Carrara na cátedra de Pisa, seu professor e que sobre ele exerceu notória influência. Obras: *Juris criminalis elementa* (1831) e *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* (1831) Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Pellegrino\\_Rossi](http://pt.wikipedia.org/wiki/Pellegrino_Rossi) <http://gma-cg.sites.uol.com.br/penat.html>> Acesso em: 04 abr.2010.

9 Romagnosi (1761-1835) foi um dos maiores pensadores italianos, considerava a pena como uma arma de defesa social. Obra: *Scienza delle costituzioni, Che cosa é l'eguaglianza?* Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=2344](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2344)> Acesso em: 04 abr.2010.

Carrara<sup>10</sup> consolidou a Escola com suas premissas jusnaturalistas, entendeu o delito como um ente jurídico e não de fato, em razão de violar um direito. Assim, a função da pena é a defesa social, a eliminação do perigo à sociedade, na hipótese de impunidade do crime. Considerava como resultado acessório da pena a ressocialização do condenado.

Conforme ensina Bruno, os princípios fundamentais são:

- a) O crime resulta ser, essencialmente, um ente jurídico, (...) não um fato do homem, na sua realidade fenomênica, definido pelos fatores que o condicionem, nem no seu conceito criminoso como um ser natural, mas como um ser moral.
- b) fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, com base no livre arbítrio, supondo sempre a existência de uma vontade inteligente e livre, o que torna fundamental no sistema a distinção entre imputáveis e inimputáveis.
- c) a pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível – o mal justo que se contrapõe à injustiça do mal praticado pelo agente.<sup>11</sup>

Verifica-se, assim, que a Escola Clássica não possuía teorias homogêneas, uma vez que seus adeptos divergiam entre si no que tange aos seus postulados. Todavia, eles apresentavam as idéias caracterizadoras da Escola, quais sejam: a pena, a responsabilidade penal e o crime. Dessa forma, tanto a doutrina jusnaturalista, quanto a contratualista, que a princípio parecem opostas, possuem como ponto em comum a existência de normas jurídicas superiores ao Estado, questionando a legitimidade de sua tirania. Em razão disso, defenderam a restauração da dignidade do homem e seu direito perante o Estado. Perduraram por mais de um século, e contribuíram substancialmente com o Direito Penal. Entretanto, com a evolução dos tempos, não correspondiam mais, surgindo, assim, novas correntes filosóficas.

### 1.1.2 Escola Positiva

A Escola Clássica sustentava o delito como ente jurídico, que possui significado jurídico autônomo e estrutura real, não o analisava juntamente ao contexto jurídico, qual seja, a personalidade do agente, sua história biológica-psicológica e o contexto

---

<sup>10</sup> Carrara (1805-1888), filósofo da época, tratou de todos os assuntos do Direito Penal como ciência estritamente jurídica. Sua obra mais importante, dentre várias, é *Programma del corso di Diritto Criminale*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=2344](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2344)> Acesso em: 04 abr.2010.

<sup>11</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo I: introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.55.

social. A responsabilidade moral, defendida pela escola anterior, era substituída pela responsabilidade social. Assim, o regime punitivo da época, não estava sendo eficaz para combater o crime. Logo, uma nova corrente surgiu, apresentando o delito e seu agente como objetos de investigação científica.

O médico italiano chamado Cesare Lombroso<sup>12</sup>, que iniciou o movimento destinado a investigar o crime por meio de um critério naturalista, foi o precursor do pensamento jurídico-penal que levou em consideração dados biopsicológicos e sociológicos à interpretação do crime. As pesquisas desenvolvidas inicialmente o levava a crer que o criminoso consistia em uma variedade da espécie humana, afetado por anomalias anatômicas e fisiopsicológicas. Dessa forma, traços físicos identificariam o criminoso nato, quais sejam, o formato da calota craniana e da face, o maxilar, os molares proeminentes, deformada dessimetria corporal, orelhas acentuadas, envergadura de braços, mãos e pés, dentre outras. Logo, essa concepção de que o criminoso nasce com uma predisposição, que será moldada pela sociedade, favorecendo ou não o desenvolvimento daquela pessoa no crime, foi o núcleo do pensamento da Escola Positiva. Todavia, a evolução da ciência biológica levou a teoria desse pensador a ser retificada e aprimorada pelos demais defensores da Escola. Os adeptos dessa teoria utilizavam o método causal-explicativo.

Após as considerações de Lombroso, o jurista Enrico Ferri<sup>13</sup> deu continuidade ao movimento, trazendo conclusões significativas à teoria. Segundo ele, há três fatores a serem considerados no crime, quais sejam: antropológicos, físicos e sociais. Nesse sentido, os criminosos seriam classificados em cinco grupos: natos, loucos, habituais, ocasionais e por paixão. Defendeu a tese de substitutivos penais, que consistiam em medidas

---

<sup>12</sup> Cesare Lombroso (1835-1909), médico italiano, estudou na Universidade de Pádua, Viena e Paris. Foi professor de psiquiatria no período de 1862 a 1876 na Universidade de Pavia e medicina forense, psiquiatria e antropologia criminal na Universidade de Turim. Foi também diretor de um asilo mental na Itália. Em 1876, publicou a obra *L'Uomo Delinquente*. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4538](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4538)> Acesso em: 04 abr.2010.

<sup>13</sup> Ferri (1856-1929) Disponível em: <<http://www.historiaecultura.pro.br/cienciaepreconceito/agenda/Enricoferri.pdf>> Acesso em: 04 abr.2010.

propensas a alterar as condições do meio ambiente, inclusive as econômicas e sociais, bem como deu maior ênfase à prevenção dos crimes, além de apresentar a pena não como forma de punir o indivíduo simplesmente, mas de reajustá-lo novamente ao convívio social.

Em seguida, o jurista Garofalo<sup>14</sup> aderiu ao movimento. Defendeu o fato de o caráter criminoso estar relacionado a uma anomalia psíquica, moral. Introduziu como critério de medida penal a ‘temibilidade’, que posteriormente foi conhecida como perigosidade ou periculosidade criminal. Ao contrário de Ferri, enfatizou a repressão dos crimes. Segundo ele, a eliminação seria o fim da medida penal, incluindo-se, nesse caso, a pena de morte, a deportação, o banimento a colônias penais. Nesse sentido, a sociedade não possui dever em relação àqueles criminosos mais graves, devendo suprimir tais seres.

A Escola Positiva colaborou significativamente no direito criminológico, uma vez que apresentou os elementos causais da criminalidade, principalmente através da criação da antropologia e psicologia criminais, por Lombroso, e a sociologia criminal, por Ferri. O método experimental nas investigações era comum a todos os adeptos e fundamental à Escola. A criminologia, a partir daí, adquiriu *status* de ciência.

### 1.1.3 Teorias macrossociológicas da criminalidade

Verifica-se que o pensamento criminológico foi influenciado por duas visões principais da macrossociologia. A primeira delas é a chamada teoria da integração, funcionalista ou teoria do consenso. Engloba as seguintes escolas sociológicas: de Chicago, a teoria da associação diferencial, a teoria da anomia e a teoria da subcultura delinquente. A segunda é denominada de teorias do conflito social, inserindo as teorias do *labelling*, interacionista e críticas.

---

<sup>14</sup> Garofalo (1851-1934), jurista, autor da obra *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, 2ª Ed, Turim, 1891. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo I: introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.65.



As teorias consensuais têm por finalidade o perfeito funcionamento da sociedade, de maneira que os indivíduos possam compartilhar os objetivos comuns da coletividade, obedecendo às regras existentes. Neste caso, há associações voluntárias de pessoas que criam instituições, que são sistemas sociais, e partilham determinados valores, fazendo com que a cooperação mútua funcione. Uma das premissas dessa teoria é o fato de que toda estrutura social tem uma função, que se baseia num consenso entre os indivíduos sobre determinados valores. Dessa forma, apresentam como elementos a estabilidade, a integração, a coordenação funcional e o consenso. Para essa teoria, a mudança social representa uma disfunção.

A teoria do conflito, no entanto, tem como fundamento o fato de a ordem, na sociedade, estar fundada na força e na coerção, funcionando como meio de dominação para alguns indivíduos, e de sujeição para outros. Essa teoria foi defendida por vários autores, dentre eles, Karl Marx<sup>15</sup>. Para essa teoria, todo elemento em uma sociedade colaboraria para sua desagregação e transformação.

#### 1.1.3.1 Escola de Chicago

A Escola de Chicago foi inaugurada em 1892, e estava estreitamente ligada ao Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago. Tal Escola consistia em uma fundação batista liderada por John Rockefeller<sup>16</sup>. Destacam-se como principais representantes, dentre outros, William Thomas, Robert Park, Louis Wirth e Ernest Burgess. Foi criada na cidade de Chicago em razão de ter, à época, o maior índice de desenvolvimento urbanístico, econômico e financeiro do final do século XIX e início do XX. Nessa Escola

---

<sup>15</sup> Karl Marx (1818-1883). Disponível em: <pensador alemão. [http://pt.wikipedia.org/wiki/Karl\\_Marx](http://pt.wikipedia.org/wiki/Karl_Marx)> Acesso em: 04 abr.2010.

<sup>16</sup> John Davidson Rockefeller Nixon (1839-1937) era um homem de negócios, e fundou a primeira companhia petrolífera norte-americana, além de ser um homem religioso. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/John\\_Davison\\_Rockefeller](http://pt.wikipedia.org/wiki/John_Davison_Rockefeller)> Acesso em: 04 abr.2010.

surgiu uma filosofia social que foi denominada de teoria da ecologia criminal, ou teoria da desorganização social.

Frente a uma perspectiva multidisciplinar, a Escola de Chicago discute aspectos da vida humana relacionando-os com a vida na cidade. Assim, tem como foco de sua análise principal o meio urbano, combinando estudos relacionados à proliferação do crime. A partir dessa teoria, surgiu nos Estados Unidos a sociologia empírica. Tal escola apresentou uma forte preocupação com as condições sociais, usando o meio investigativo científico para implementar programas de política social buscando a melhoria as condições de vida das pessoas, que foi fruto de um pragmatismo<sup>17</sup> americano.

As investigações científicas no âmbito urbano contribuíram para a sociologia criminal e a criminologia. Desse modo, a metodologia utilizada proporcionou um conhecimento da realidade da própria cidade antes de se instituir qualquer política criminal baseada numa intervenção do Estado, bem como se caracterizou por uma complementação com enfoques quantitativos e qualitativos.

Nesses estudos, qualitativos, verificou-se que o crescimento populacional não foi gerado apenas em razão da ampliação demográfica, mas também em virtude da vinda de imigrantes estrangeiros em busca de melhores oportunidades de trabalho e sobrevivência. Com isso, o repentino crescimento da cidade gerou graves problemas sociais, culminando em um crescimento da criminalidade, como consequência da ausência de sistemas de controle social e cultural.

Desse modo, para essa teoria, com o crescimento da cidade, sobressaem características pessoais de determinados grupos em cada parte, visto de forma separada. Logo, os homens passam a ter características peculiares da localização em que residem. Assim, pessoas com identidade de vocação tendenciarão a viver juntas em conjuntos

---

<sup>17</sup> Corrente filosófica heterogênea que considera que qualquer doutrina científica deve ser avaliada pelos resultados que produz. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.53.

segregados, resultando numa região moral, onde elas intensificariam suas relações interpessoais.

Outro ponto examinado é o fato de qualquer cidade estar em constante processo de alteração, principalmente pelo fato do dinâmico progresso sócio-cultural. Desse modo, concluíram que quanto maior a mobilidade, menor o controle social. No entendimento desses autores, são consideradas áreas de mobilidade aquelas em que há maior delinquência juvenil, mais menores abandonados, prostituição etc. Em razão disso, o índice de criminalidade é maior nas grandes cidades.

A partir de pesquisas de campo constatou-se que até mesmo as taxas de doenças mentais são maiores nos bairros que possuem piores condições socioeconômicas.

Todavia, não foi utilizado somente como meio investigativo a análise da criminalidade com seu alastramento pela cidade. Além da análise empírica estatística de dados policiais e judiciais, obtidos em razão dos crimes cometidos, os autores da Escola desenvolveram estudos (quantitativos) biográficos de casos individuais.

Nesse sentido, a teoria ecológica teve como fundamento justificativo a proliferação do crime, a desorganização social e a identificação de áreas de delinquência. Verificou-se que a súbita expansão da cidade gerara uma desorganização social com o crescimento de doenças, delitos, prostituição, insanidade e suicídios. Ademais, no caos instalado, a família, a igreja, a escola e o local de trabalho não consistem mais em meios de controle social informal, não conseguindo interferir nas condutas humanas.

Os estudos realizados pela Escola de Chicago foram baseados em áreas da cidade, que foi dividida em zonas a partir de uma área central. A zona mais central é o *Loop*, que consistia em uma zona comercial com bancos, armazéns, lojas, fábricas, estações ferroviárias etc. A zona de transição, nome dado a segunda zona, fica localizada entre as zonas residenciais, que são consideradas terceira zona, e a primeira zona que é a zona

comercial. Essa zona de transição é usada como local de moradia, todavia por não ser compatível com o mínimo existencial ao homem, concentram pessoas com menor capacidade econômica. A terceira zona, por ainda guardar certa proximidade com o centro, abriga trabalhadores pobres, no entanto, são pessoas que conseguiram sair da área de decadência, segunda zona ou zona de transição, mas que por desejarem residir próximo do trabalho, ali permanecem. A quarta zona possui pessoas de classe média, em áreas restritas de moradias isoladas, distribuídas em grandes blocos habitacionais. A quinta zona é composta por pessoas de grande poder aquisitivo, que vão ao centro de manhã e voltam à noite.

Segundo os defensores<sup>18</sup> da teoria ecológica, essa divisão natural dos agrupamentos socioeconômicos dão o caráter à própria cidade, porque a segregação proporciona aos indivíduos um papel e um lugar na organização da cidade. Nesse sentido, os estudos estatísticos da Escola demonstraram que a criminalidade tinha íntima relação com o local onde cada pessoa residia, sendo maior no *Loop*. Isso porque as interações entre os indivíduos sofrem interferências espaciais, tais como distância, isolamento, pessoas com as quais podem se relacionar, controle social etc. Assim, essas áreas apresentavam características particulares como um baixo *status* socioeconômico, alta mobilidade da população e concentração de grupos pertencentes à minoria, como, por exemplo, negros e imigrantes.

Averiguou-se que essas áreas de maior conflito eram degradadas pelas condições de vida, de moradia e de valores culturais, apresentando valores morais diferenciados. Em tais locais não era possível haver solidariedade social, favorecendo desta forma o crime, principalmente para os imigrantes, que acabavam de chegar.

Constatou-se que o crime é o mecanismo de acesso de determinadas pessoas aos valores da cidade, quais sejam, a impessoalidade, a liberdade exarcebada e uma

---

<sup>18</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

vida de aparências.

A Escola de Chicago apresentou algumas propostas que podem ser aplicadas inclusive aos dias de hoje. Verificou-se que a criminalidade só poderia ser reduzida se ocorressem mudanças nas condições sócioeconômicas das famílias segregadas, sobretudo das crianças. Isto porque se devem alterar as condições favoráveis para a existência de criminosos. Deve-se desenvolver programas que envolvam pessoas da comunidade, buscando reconstituir a solidariedade social, encorajando os cidadãos a um objetivo comum. Tais programas deverão promover a inclusão de desempregados, das famílias e a intensificação de atividades culturais e educacionais. Ademais, precisa-se melhorar as condições de moradia de locais pobres, além de fornecer estrutura sanitária, e condições dignas de sobrevivência.

É inegável a contribuição da teoria ecológica nos dias atuais, todavia deve-se analisá-la com certas restrições. A aplicação de políticas públicas voltadas para a diminuição da pobreza é de fato uma forma de reduzir a criminalidade. Todavia, requer certo custo, que não será pequeno, além de uma consciência e boa vontade dos governantes das três esferas, vale dizer, a federal, a estadual e a municipal. Deve-se utilizar programas que forneçam condições favoráveis de resgate da dignidade da pessoa humana, proporcionando oportunidades às camadas menos favorecidas para uma inclusão social.

A teoria ecológica também contribuiu para superar a visão de Lombroso<sup>19</sup> sobre os criminosos. Ele associava certas características físicas, tais como o tamanho da mandíbula, e mentais, como tendência inata de indivíduos ao comportamento criminal.

Essa teoria inaugurou uma nova forma de resposta ao crime. Isso porque utiliza como meio de combater a desorganização social, que é um mecanismo de fomento da criminalidade, a política criminal, cujo foco consiste em determinada localização da cidade e busca controlar as condutas desviadas com a reconstrução da solidariedade entre as pessoas

---

<sup>19</sup> Cesare Lombroso (1835-1909) foi um criminalista italiano mundialmente famoso por suas teorias no campo da caracterologia. Vide Escola Positiva, p.12.

com os programas sócio-culturais. Os adeptos dessa teoria defendem a afirmação de que somente uma gestão preventiva da sociedade, como um todo, e não repressiva, é que fará diminuir a criminalidade. Nesse sentido, uma sociedade controla os comportamentos delitivos e desviados, principalmente através de controles sociais informais, sendo em menor proporção pelos controles formais, dentre eles, a sanção e a intervenção policial. A preocupação aqui era prevenir o delito de forma a reorganizar socialmente as zonas menos favorecidas da cidade, que era o local onde se concentravam os delinquentes.

Entretanto, algumas críticas quanto a essa teoria se fazem necessárias. A princípio, pode-se concluir erroneamente que a criminalidade estaria relacionada somente às áreas pobres, e não às nobres da cidade. Outra, é que o conceito de desorganização social não é determinado, uma vez que se pode encarar o crime como seu produto e sua causa. Verifica-se que essa teoria não conseguiu explicar os crimes ocorridos fora das áreas delitivas, ignorando também a denominada cifra negra<sup>20</sup>. Ademais, ignorou o fato de o homem ser um sujeito capaz por si mesmo, minimizando sua individualidade quando se analisa a criminalidade sob o aspecto exclusivo da cidade. Logo, embora não excluísse de forma absoluta as influências biológicas no comportamento do homem, não considerava que estaria aí a explicação para o crime. Assim, o relevante era o lugar onde ocupavam na cidade, e não as características pessoais dos indivíduos.

Infere-se, assim, que para a teoria ecológica deve-se minimizar a repressão e priorizar a prevenção, com o desenvolvimento de políticas públicas e sociais.

#### 1.1.3.2 Teoria da associação diferencial

A teoria da associação diferencial teve suas premissas iniciais com o

---

<sup>20</sup> Diferença entre os crimes ocorridos, e os comunicados à polícia.

pensamento de Edwin Sutherland<sup>21</sup>, em 1924, todavia, dez anos mais tarde, reformulou-a, partindo da idéia de que o crime não pode ser definido como uma aptidão de pessoas de classes desfavorecidas, superando assim, o conceito da teoria anterior.

Para essa teoria, o indivíduo desenvolve seu comportamento individual através de um aprendizado, baseando-se em exemplos e influências que possui. Desse modo, ninguém nasce criminoso, uma vez que não há herança biológica, mas um processo de aprendizagem o qual conduz a pessoa a ter condutas socialmente reprováveis.

Frise-se que a comunicação é um fator importante para esse processo, pois a aprendizagem do crime decorre de interação com outras pessoas, sobretudo com familiares e pessoas do mesmo meio. A comunicação de massa apresenta relevante valor social como formadores de opiniões, pois influencia na conformação de atitudes humanas, tendo inclusive o poder de alterar o conteúdo da própria realidade.

O cerne dessa teoria consiste no fato de que uma pessoa se converte em delinquente, em razão de um excesso de condições favoráveis à transgressão da lei, em face de condições desfavoráveis.

O nome “associação diferencial” advém do próprio processo de associação pelo qual se desenvolvem tanto o comportamento legítimo quanto o criminoso, diferenciando-se apenas pelo conteúdo dos padrões apresentados na associação. Dessa forma, considera-se o conflito cultural a causa fundamental da associação diferencial do comportamento criminoso sistemático. Segundo essa teoria, a organização social diferencial, que para a teoria ecológica era denominada de desorganização social, também contribui para o comportamento criminoso, uma vez que há uma perda de raízes pessoais, bem como ausência de controle social.

Ressalta-se que essa teoria apresentou um novo conceito de criminoso,

---

<sup>21</sup> Edwin Sutherland (1883-1950) foi um professor de sociologia conhecido pelo seu trabalho sobre os “crimes de colarinho branco”. Disponível em: < [http://pt.wikipedia.org/wiki/Crime\\_do\\_colarinho\\_branco](http://pt.wikipedia.org/wiki/Crime_do_colarinho_branco) > Acesso em: 04 abr. 2010.

específico para aquelas pessoas que possuem características que não levam a crer que cometeriam delitos, que ficou conhecido como “criminosos de colarinho branco”. Tal crime consiste naquele cometido em razão de uma profissão por pessoa com elevado respeito social. Nesse sentido, não se explica esse crime sob a ótica da pobreza ou pela moradia menos favorecida, ou ainda por uma exclusão social. Para os adeptos dessa teoria, muitos criminosos de colarinho branco não são punidos porque a própria sociedade não compreende a essência danosa de alguns atos cometidos, e a legislação é mais condescendente com esses indivíduos, fornecendo-lhes certos privilégios, tais como, prisão diferenciada, penas leves, mecanismos substitutivos da privação da liberdade, julgamento por tribunais especiais etc.

Essa nova concepção se fixou principalmente pelo fato de não se poder mais associar a delinquência a uma anormalidade, uma vez que tais crimes são praticados por pessoas com alto poder aquisitivo, isto é, bem sucedidas. Desmistifica, também, o fato de que apenas os desfavorecidos e excluídos socialmente seriam agentes de delitos.

É cediço que a teoria da associação diferencial contribuiu significativamente com a sociologia criminal, pois além de ter sido a primeira a apresentar a criminalidade de pessoas bem sucedidas, demonstrando sobretudo o tratamento diferenciado da justiça penal em relação a estes; proporcionou futuramente a responsabilização penal da pessoa jurídica, pois por essa teoria a empresa passa a ser o centro de atenção na esfera criminal.

Todavia, verifica-se que tal teoria também foi alvo de críticas, dentre elas o fato de ter como fundamento justificador do crime o caráter exclusivamente biológico, desconsiderando inclusive fatores individuais de personalidade e psicossociais. Observa-se uma simplificação do processo de aprendizagem, desconsiderando fatores alheios a este processo, como por exemplo os crimes ocasionais, impulsivos ou espontâneos. Nesse sentido, não explica também o motivo pelo qual algumas pessoas em igualdade de meio e condições



cedem às condutas criminosas, e outras não, ficando silente quanto às condutas individuais dos agentes.

### 1.1.3.3 Teoria da anomia

A teoria da anomia teve como seu maior expoente o filósofo Durkheim<sup>22</sup>. Para ele, haverá um número de crimes em qualquer sociedade. Assim, o desvio consiste em um fenômeno normal da estrutura social. Nesse sentido, a sociedade é considerada como um todo orgânico, que deve ter um funcionamento perfeito. Entretanto, se isso não ocorrer, tem-se uma falha, uma disfunção, que deve gerar uma reação por parte da sociedade, buscando sua correção para que o sistema volte a funcionar perfeitamente como um todo. Para essa teoria, o combate a falha do sistema perfeito da sociedade será feito não pelo conflito de suas causas, mas pelo estudo de suas consequências exteriores.

A palavra anomia traduz a idéia de ausência de lei ou desintegração das normas sociais, que gera uma ruptura de padrões sociais de conduta.

O delito é um comportamento normal que pode ser realizado por qualquer pessoa, independente de seu poder aquisitivo, originando-se não da desorganização social ou de anomalias individuais, mas de comportamentos do cotidiano na estrutura de uma ordem social intacta. Assim, o fenômeno do desvio só se torna algo preocupante quando ultrapassa certos limites, isto é, quando se torna negativo para o próprio desenvolvimento da estrutura social, que tem por consequência um sistema de regras de conduta que perde o valor, em razão da desorganização. Logo, até que um novo sistema se afirme, está configurada a situação de anomia.

---

<sup>22</sup> Émile Durkheim (1858-1917), pensador francês, foi um dos pioneiros no estudo mais aprofundado do suicídio, o qual, segundo ele, seria praticado na maioria das vezes em virtude da desilusão do indivíduo com relação ao seu meio social. Disponível em: < [http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89mile\\_Durkheim](http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89mile_Durkheim)>. Acesso em: 04 abr.2010.

Dessa forma, para esse autor, a anomia consiste em uma crise moral da sociedade, isto é, uma patologia causada em razão de falhas de conduta. Assim, o crime não é considerado um fato necessariamente nocivo, pois existem nele aspectos favoráveis a própria estabilidade e alteração social, uma vez que representaria certo reforço à solidariedade entre a coletividade. Nesse sentido, consiste num elemento funcional da fisiologia da vida social, e deve ser considerado patológico apenas no caso de crescimento excessivo. Portanto, se não há crimes na sociedade, esta será pouco desenvolvida.

Nessa perspectiva, quanto maior a consciência coletiva, mais elevada será a indignação acerca do crime realizado. Logo, a repressão quanto ao crime é a manifestação dos sentimentos comuns, sendo certo que criminoso é o sujeito que deixou de obedecer as regras emanadas pelo Estado. A pena aqui tem a função de satisfazer a consciência coletiva, conservando íntegra a coesão social, não tendo como escopo, portanto, a prevenção geral. Surge aqui uma nova visão do delinquente, não mais como um elemento parasitário incluído na sociedade, mas como um ‘agente regulador da vida social’<sup>23</sup>.

Nos Estados Unidos da América, em 1938, outro sociólogo, Robert King Merton, retomou a idéia da anomia, com a finalidade de revelar as estruturas sociais que desempenham influência sobre determinadas pessoas na sociedade. Para ele, a estrutura cultural deve ser entendida como um complexo de valores normativos que regem a conduta comum da coletividade.

A prática de um crime é vista sob a ótica das contradições entre as estruturas cultural e social. Na primeira constam as metas, os interesses e os valores propostos ao indivíduo na sociedade que servem de motivação ao seu comportamento. Por exemplo, o sucesso profissional, nível de bem estar social etc; bem como os meios legítimos e institucionalizados para adquiri-los, dentro de sua acessibilidade. A segunda deveria oferecer

---

<sup>23</sup> Expressão retirada da obra de BARATTA, op. cit., p.61.

a possibilidade de acesso aos meios legítimos de se atingir os propósitos culturais, de acordo com as regras do Estado. Desse modo, a anomia é originada em razão da crise na estrutura cultural.

Logo, os comportamentos desviantes são originados a partir da desproporção entre as metas culturalmente propostas, e os meios legítimos oferecidos a pessoa para atingi-las.

Merton<sup>24</sup> estabelece cinco tipos de adaptação individual, quais sejam, conformidade, ritualismo, retraimento ou apatia, inovação e rebelião. O conformista é aquele que possui conformidade com os propósitos culturais, bem como com os meios já institucionalizados. O ritualista renuncia os objetivos em razão de sua incapacidade para realizá-los, mas adere às normas. O retraimento ou a apatia renuncia tanto às normas, quanto os objetivos, seriam os bêbados, mendigos e viciados. O inovador é aquele que em razão de sua vontade em atingir sua meta, se adapta aos meios legalmente proibidos, que são considerados eficazes para atingir a riqueza e o poder desejado. São os delinquentes. A rebelião é uma forma caracterizada pela revolta e pelo inconformismo, sendo considerados “rebeldes sem causa”.

Nesse sentido, a anomia estaria intrinsecamente ligada ao abandono das razões morais do indivíduo, bem como a ausência de padrão, fundamentada numa necessidade independente, sem qualquer ligação de comprometimento ou de responsabilidade com o grupo.

Verifica-se que pela teoria adotada por Merton, quando a sociedade der ênfase a metas, sem contudo oferecer meios legítimos para atingi-las, estaria configurado a anomia, pois estaria gerado o desvio de comportamento, além de promover o crescimento do

---

<sup>24</sup> Robert King Merton, (Filadélfia, 5 de Julho de 1910 — Nova Iorque, 23 de Fevereiro de 2003) foi um sociólogo que estudou o que causava a anomia, um estado em que, de acordo com Durkheim, o colapso dos padrões sociais ameaçava a coesão social. Disponível em: < [http://pt.wikipedia.org/wiki/Robert\\_Merton](http://pt.wikipedia.org/wiki/Robert_Merton)>. Acesso em: 04 abr. 2010.

tipo inovador.

Observa-se que a teoria da anomia contribui dentro do universo sociológico, principalmente pelo fato de não enxergar o delito como uma anormalidade, constatando que quem pratica o delito são pessoas iguais aos outros, diferenciando apenas pelo meio o qual buscou para atingir seu sucesso pessoal. Apresentou também a idéia de que o agente pode ser útil à sociedade, pois impulsiona a alteração de regras sociais, mobilizando os indivíduos em torno de seus valores coletivos.

Insta salientar que tal teoria também foi alvo de críticas. Dentre elas estaria o fato de o crime não ser visto como algo ruim, e sim normal. Ademais, esse sistema funcional fomenta o nascimento de um lucrativo comércio ao redor do crime, como por exemplo alarmes, segurança privada, seguros etc. Ademais, não explica o fato de outros indivíduos, na mesma situação, não tenderem à delinquência.

As idéias de Merton possibilitaram a conclusão de que os indivíduos menos favorecidos, em virtude de estarem distantes de conseguir licitamente atingir uma ascensão social, possuem a tendência à delinquência como forma de atingir os objetivos difundidos por uma sociedade de consumo.

#### 1.1.3.4 Teoria da subcultura delinquente ou subcultural

A idéia da teoria da subcultura consiste no fato de existir uma cultura dentro da cultura, e foi consagrada pela obra denominada “Delinquent boys”, de Albert Cohen<sup>25</sup>. Cultura, para ele, significa conhecimento, crenças e valores de grupos sociais. A questão principal estudada relaciona-se com as razões da existência da subcultura e do seu conteúdo específico.

---

<sup>25</sup> Albert K. Cohen, sociólogo e o primeiro homem a tentar descobrir o processo de início de uma subcultura delinquente. Em 1955, publicou o livro *Delinquent boys: the culture of the gang*. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Albert\\_K.\\_Cohen](http://en.wikipedia.org/wiki/Albert_K._Cohen)>. Acesso em 4 abr. 2010.

A sociedade aqui é formada por vários sistemas de normas e valores dominantes, todavia alguns grupos se organizam com valores próprios e condutas vistas como corretas, gerando assim subculturas.

Esse autor diferencia subcultura de contracultura, informando que tais expressões surgiram dos conflitos desviantes dos jovens acerca da sociedade adulta, que ele denominou de *establishment*. Entende-se como subcultura a imitação de alguns valores atribuídos a sociedade tradicional, todavia expressam crenças de seu próprio grupo, no qual algumas condutas são aceitas, como por exemplo, jogos de azar, algazarra nas ruas, vandalismo e obscenidade. São considerados grupos subculturais os delinquentes juvenis, as gangues de periferia etc. Já a contracultura se caracteriza como um complexo de padrões de comportamento que contestam os da sociedade dominante, seriam os “hippies”, por exemplo.

De acordo com essa teoria, a constituição de subculturas criminais consiste na reação de pessoas consideradas menos favorecidas em virtude da necessidade de sobreviver dentro da sociedade em razão das reduzidas possibilidades legítimas de agir de que dispõem.

Verifica-se que a subcultura delinquencial se caracteriza pelo não utilitarismo da ação, uma vez que alguns praticam condutas criminosas sem qualquer motivação aparente; pela malícia da conduta, revelado pelo prazer com o desconforto alheio e pelo negativismo, dos atos praticados pelo próprio grupo.

Desse modo, em uma sociedade cujo sistema que vigora é o da competitividade, em razão da busca incessante da ascensão social, o aparecimento de diferentes culturas faz com que haja um afastamento entre os grupos e, conseqüentemente, conflitos.

Essa teoria apresentou uma explicação para algumas modalidades de crimes dentro de um contexto específico, deixando de considerá-lo como consequência de

uma desorganização social, senão o reflexo e a expressão de outros sistemas de valores diversos, quais sejam, os subculturais.

Merece destacar que tal teoria não conseguiu justificar a criminalidade de forma generalizada. Ademais, nem sempre no mesmo grupo de subcultura se tem consenso quanto a determinados valores.

#### 1.1.3.5 *Labeling approach*

A teoria do *labeling approach* surgiu nos Estados Unidos da América por volta dos anos 60, tendo como defensor Howard S. Becker. Essa teoria também é conhecida como teoria da “rotulação” ou “etiquetagem”, ou teoria interacionista ou da reação social. Ocorreu um afastamento da análise específica do delito para se focar na reação social provocada por ele. Assim, essa corrente sociológica sustenta que a conduta será criminosa se os mecanismos de controle social a classificar como tal.

Para essa teoria, quando uma regra é violada por um agente, este começa a ser encarado como um tipo diferenciado de pessoa, denominada para os adeptos, de *outsider*<sup>26</sup>. Haveria, portanto, a formação de uma conduta desviante. Por essa razão, tal conduta significava uma reação social na qual o agente criminoso é diferenciado do homem comum pela estigmatização que sofre pela própria sociedade. Consiste, assim, na consequência visível da reação social a um dado comportamento. Entende-se que o desviante é aquele a quem o rótulo social de criminoso se encaixa perfeitamente, sendo certo que a reação para com um jovem de classe média será diversa daquela a um jovem da favela. Logo, o rótulo de “vítima” cairá mais facilmente naquele, que neste. Dessa forma, negros, pobres, desempregados, homossexuais, por exemplo,

---

<sup>26</sup> Para alguns, como por exemplo Howard S. Becker seriam pessoas consideradas “fora da lei”. SHECAIRA, op. cit., p.32.

apresentarão reações sociais diferentes em razão de suas condições pessoais.

O questionamento deixa de ser o porquê de o sujeito cometer crimes, para ser o porquê de algumas pessoas serem tratadas como criminosas. Frise-se que essa teoria coloca o delito e a reação social como respostas da própria interação social.

Há aqui uma divisão da desviação em primária e secundária. A primeira consiste na implicação da marginalização do indivíduo na sua estrutura psicológica. Já a segunda é relativa a uma classe especial de pessoas cujos problemas são originados pela reação da sociedade quanto ao seu desvio. Desse modo, surge a teoria do estigma, etiqueta ou rótulo, que será encarado como um *status* diferenciado acoplado ao autor do delito. A conduta gera, portanto, uma reação que será resultante de cerimônias consideradas degradantes, que consistem em ritos que levam o réu a ter sua auto-estima degradada. Isto resultará na elevação da carreira criminal do sujeito e a institucionalização do condenado, potencializando a reincidência.

Observa-se que a delinquência primária resultará numa reação de estigma, gerando um distanciamento social e uma diminuição considerada de oportunidades. Logo, em razão de uma degradação na auto-imagem, potencializa-se a carreira criminal que levará a uma delinquência secundária, evitada da repetição de atos delitivos, principalmente em decorrência da associação deste indivíduo com outros delinquentes.

Constatam-se duas importantes contribuições da teoria do *labelling* no cenário jurídico. A primeira denominada “prudente não intervenção”, que consiste em utilizar o Direito Penal como *ultima ratio*, ampliando-se a margem de tolerância para superação dos conflitos sociais. A segunda, o crescimento da multidisciplinaridade com o uso de novas técnicas de investigação com uma linguagem não estigmatizante.

É cediço que, no direito brasileiro, alguns preceitos dessa teoria foram aplicados, dentre eles o Direito Penal mínimo, tendo um caráter subsidiário e fragmentário,

pois tal direito só é aplicado para solucionar as questões consideradas mais relevantes. O regime progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade foi utilizado como forma de diminuir o impacto na reinserção social do indivíduo que já está institucionalizado. A adoção de penas alternativas, a prestação de serviços e a pecuniária, perda de bens e valores, multa, são medidas que buscam eliminar o isolamento social que produz efeitos na auto-imagem do condenado e que o leva à carreira de criminoso, assim como a permissão de visitas íntimas, de amigos, e outras.

Essa teoria buscou uma forma de desinstitucionalização progressiva, utilizando-se de mecanismos que levassem o condenado a conviver com parcelas de liberdade para que, ao cumprir a devida pena, não se sinta completamente fora do mundo social dos homens livres.

De acordo com essa teoria, o sujeito é criminoso pelo que ele é e não pelo que ele faz. Dessa forma, não é a função do sistema penal combater o crime, mas rotular os criminosos já marginalizados. Assim, o ponto nodal consiste na afirmação de que cada um de nós se torna aquilo que os outros veem de nós mesmos. Portanto, o delito é um rótulo social oriundo de um sistema de etiquetamento.

Pode se afirmar que o *labelling approach* apresentou uma nova perspectiva que superou as teorias tradicionais. Apresentou o tipo habitual de criminoso que se tem nos dias atuais, que é o pobre e encarcerado, demonstrando uma sociedade desigual. Todavia, deve-se ressaltar que sofreu algumas críticas, dentre elas, o fato de ter deslocado para segundo plano as causas primeiras da criminalidade, além de ter criado um certo determinismo da reação social.

#### 1.1.3.6 Teoria crítica



A teoria crítica também recebeu o nome de “radical”, e consiste no resultado do pensamento da Escola de Frankfurt. Essa teoria criticou as posturas tradicionais da criminologia do consenso, que não foram suficientes para explicar a totalidade do fenômeno criminal. Partindo de um pensamento marxista, alegava que o delito era um fenômeno dependente do modo de produção capitalista. Dessa forma, o crime era visto como uma contribuição para a legitimação do monopólio do Estado sobre as ações de violência, que justificava um controle político legal das massas da população.

Para os adeptos<sup>27</sup> dessa teoria, os atos são considerados criminosos e as pessoas são rotuladas criminosas, porque assim foram definidos pela classe dominante.

Essa teoria propõe uma ampla reflexão do conceito de crime, colocando-o como dependente de uma análise crítica da realidade, e apresenta como solução para o delito a transformação revolucionária da sociedade e extinção de sistemas de exploração política e econômica.

Como proposta, apresentam três tendências da criminologia moderna: o neo-realismo de esquerda, a teoria do Direito Penal mínimo e o pensamento abolicionista. O primeiro defende os estudos das vítimas, pregando que as causas do delito devem ser noticiadas, para que a injustiça estrutural seja identificada na sua origem. Entendem que a pobreza não consiste em o único motivo para o cometimento do delito, mas sua associação ao individualismo, ao mundo consumista e competitivo, a discriminações raciais e sexuais. Apresenta como idéia central o socialismo com uma perspectiva realista, enxergando como principal inimigo, a sociedade capitalista. Essa tendência propõe que haja uma nova relação entre a política e a sociedade, que devem se unir para combater o crime. Propõe a descriminalização de determinadas condutas e a criminalização de outras, pois novas demandas sociais requerem a criação de novos crimes, em razão da própria evolução.

---

<sup>27</sup> SHECAIRA, op. cit., p. 39.

Defendem a reinserção dos delinquentes, a prevenção geral positiva, a aplicação de uma política criminal setorial, que vise representar os interesses da comunidade local. Sugerem, ainda, a manutenção da prisão para casos graves e extremos.

Os minimalistas, considerados adeptos a segunda corrente dentro da teoria crítica, não deram destaque ao estudo das causas do delito, mas sim às razões políticas e econômicas, na teoria do Estado. Para eles, a criminologia é o resultado da ocultação de situações negativas e sofrimentos reais da classe hipossuficiente. Propõe uma transformação radical da sociedade com o objetivo de combater o crime, pois enxergam a política criminal como fruto de transformações sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade e democracia. Sustentam a concepção de um novo Direito Penal com a consagração de certos princípios, sobretudo assegurando os direitos humanos fundamentais, além do seu enquadramento como *ultima ratio*, com caráter fragmentário.

Os abolicionistas pregam que o sistema penal reproduz e legitima as injustiças sociais. Verifica-se que foram apresentadas três pensamentos ideológicos dentro dessa corrente, quais sejam, o anarquista, o marxista e o liberal.

A perda da liberdade e a autonomia individual eram o foco da linha de pensamento anarquista. Por essa linha de raciocínio, a sociedade deveria ser mais solidária, fortalecendo condutas que autorizariam afastar o sistema punitivo.

Por uma visão marxista abolicionista, o sistema penal é visto como um instrumento repressor e como forma de esconder os conflitos sociais. Assim, esta concepção deveria ser alterada, de forma a incentivar a tomada de decisões sociais de forma coletiva, reduzindo o controle social sobre a massa.

O pensamento liberal e cristão encara a solidariedade entre as pessoas como meio imprescindível na solução dos conflitos sociais. Alegam que a pena gera uma dor desnecessária aos autores de crimes. Apresentam o crime como uma realidade construída,

podendo ser descriminalizada a conduta a qualquer momento, abolindo os fatos que considerarem desnecessários para tal realidade. Essa linha de raciocínio sustenta que já se vive em uma sociedade sem Direito Penal, principalmente pela “cifra negra”, onde muitos conflitos já são solucionados fora da justiça criminal. Ademais, as normas existentes não cumprem as funções desejadas, uma vez que não protegem a sociedade, pois inclusive não evitam a realização de novos crimes, mas ao contrário. Logo, a função da pena como forma de prevenção geral não é atingida. Sobretudo, existe um sistema penal seletivo e estigmatizante, aflorando cada vez mais as desigualdades sociais.

Assim, para essa teoria, o delito deve ser estudado de forma associada às estruturas econômicas e sociais. Busca apresentar uma nova visão do sistema criminal, diminuindo-se as desigualdades entre as classes. Propõe a construção de um método alternativo de interpretação sociológica, compreendida principalmente enquanto sistema de validação de erros cometidos pela sociedade em nome do desenvolvimento e progresso. Sustentam ainda que para diminuir a criminalidade é necessário transformar as condições sócio-econômicas que estruturam a própria sociedade.

#### 1.1.3.7 Considerações

Verifica-se que as teorias aqui expostas, ao longo do tempo, não foram capazes de realizar mudanças efetivas no pensamento burguês. Frise-se que elas são heterogêneas e pesquisaram setores particulares, de forma que seria impossível adequá-las a um sistema único, sem que isso não gerasse uma contradição.

É cediço que o Direito Penal tem se mostrado atrasado em relação à evolução dos tempos, sendo certo que o atual sistema de controle social criminológico, o papel do jurista tem perdido sua importância, abrindo frentes para outras formas de controle

diversas, como, por exemplo, a mídia. Tal direito tem representado apenas parcelas dos interesses da coletividade, gerando estigmas e marginalizações, pois incapaz de prevenir a atividade criminosa e resultando em um excessivo custo para a sociedade.

Segundo Baratta<sup>28</sup>,

Na atual fase de desenvolvimento da sociedade capitalista, o interesse das classes subalternas é o ponto de vista a partir do qual se coloca uma teoria social comprometida, não na conservação, mas na transformação positiva, ou seja, emancipadora, da realidade social. O interesse das classes subalternas e a força que elas são capazes de desenvolver são, de fato, o momento dinâmico material do movimento da realidade. Uma teoria da sociedade dialeticamente comprometida no sentido supradito, é uma teoria materialista (isto é, econômico-política) da realidade, que encontra suas premissas, em particular, ainda que não exclusivamente, na obra de Marx e no materialismo histórico que dela parte. No interior dessas premissas está em curso, atualmente, um processo de elaboração teórica voltado para a construção de uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização. Ela representa, segundo pensamos, o momento emergente e mais suscetível de desenvolvimento no âmbito do movimento geral da criminologia crítica, que representam, hoje, a alternativa teórico-ideológica à criminologia liberal.

Para ele, o Direito Penal tem realizado o papel de administrar a criminalidade, não possuindo meios de combatê-la. O delito tem aparecido como fruto do processo de criação e aplicação das normas e das leis, conduzido ideologicamente pelas classes dominantes. Em sua análise crítica, o Direito Penal existente não defende todos os bens essenciais aos indivíduos; a lei não é dirigida a todos de forma igualitária; o Direito Penal é tão desigual quanto os demais ramos do direito; o status de criminoso é repassado de forma desigual entre os indivíduos.

Dessa forma, o sistema existente hodiernamente só reforça as desigualdades sociais, uma vez que a parcela social que detém o poder político e econômico se mantém no estado de dominação, assegurando a camada marginalizada na hierarquia social maiores possibilidades de serem selecionadas para comporem a população criminosa.

Assim, para o referido autor, a solução poderia estar em um novo modelo integrado de ciência penal, em que se conjugaria a ciência social e a técnica jurídica. Logo,

---

<sup>28</sup> BARATTA, op. cit., p. 158.

tais áreas não deveriam ser vistas como duas ciências em separado, mas uma junção entre os instrumentos legislativos, interpretativos e dogmáticos, sendo o jurista um cientista social e não mero técnico, e a possibilidade de transformação no quadro constitucional, em razão da dinâmica das relações sociais.

## 2. O ASSIM CHAMADO “DIREITO PENAL DO INIMIGO”

A teoria do “Direito Penal do Inimigo” foi enunciada por *Günter Jakobs*, em uma primeira etapa, em um congresso realizado em *Frankfurt*, em 1985<sup>29</sup>. Todavia, nessa ocasião, não obteve grande repercussão. O autor defendeu a necessidade da separação, de forma excepcional, do direito penal do cidadão, do direito penal do inimigo, visando a conservação do Estado Liberal. Porém, em uma segunda etapa, na Conferência do Milênio, em Berlim, em 1999, a teoria causou grande motivação, pois o autor usou a terminologia de forma crítica, apresentando o direito penal do cidadão como aquele dirigido às pessoas ao passo que o do inimigo era destinado a não-pessoas.

É cediço que cabe ao Direito Penal a função de proteger os bens jurídicos socialmente valorados, e por essa razão tal direito intervém após a lesão ou o dano, bem como quanto à tentativa, em virtude de ser a *ultima ratio*. Logo, pode se vislumbrar aqui uma concepção preventivista da pena. Todavia, pela teoria de *Jakobs*, o Direito Penal teria a função principal de proteger a norma, isto é, entender-se-ia como bem jurídico penal a norma penal. Dessa forma, a pena assume a função de confirmar a validade da norma penal violada. A proteção daqueles bens jurídicos socialmente valorados acontecer-se-ia apenas de forma indireta. Observa-se, assim, que o referido autor não é considerado um preventista rigorosamente falando, entretanto, não pode ser caracterizado como um retributivista, ainda que Moreira e Oliveira afirmem, em sua obra<sup>30</sup>, que ele não esconde ser tributário da concepção da pena de *Hegel*<sup>31</sup>.

Para *Hegel*, o crime não é um mal em si mesmo, e sim uma violação ao

---

<sup>29</sup> BONHO, Luciana Tramontin. *Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo*. Jus Navigandi, 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 03. abr. 2010.

<sup>30</sup> MOREIRA, Luiz e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. xvii.

<sup>31</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, (1770-1831), filósofo alemão. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Georg\\_Wilhelm\\_Friedrich\\_Hegel](http://pt.wikipedia.org/wiki/Georg_Wilhelm_Friedrich_Hegel). Acesso em: 03. abr. 2010.

Direito, que somente pela pena poderia ser elidido. Trata-se de uma construção filosófica sobre bases materiais, pela definição concreta de uma sociedade e de um Estado. Todavia, *Jakobs* se orienta por uma concepção formal de sociedade, partindo da premissa de legitimidade das normas válidas na sociedade.

Frise-se que *Jakobs* segue a linha do funcionalismo sistêmico, originado por *Niklas Luhmann*<sup>32</sup>, que vê o uso da norma como meio de restabilização da sociedade. Assim, por esse sistema, a organização normativa de determinada sociedade orienta as relações pessoais, de forma que há a criação de expectativas de condutas em relação aos comportamentos conhecidos e esperados diante da norma penal. Nesse sentido, qualquer ação contrária a ela consiste na quebra da expectativa de tais comportamentos. Logo, a pena não se presta diretamente à prevenção de delitos futuros, mas sim à manutenção da organização normativa daquela sociedade. Tal sistema merece cuidado em sua análise, pois atribui à norma uma excessiva proteção, que pode gerar injustiças, eis que a norma quando produzida pode não ser constitucional.

*Jakobs* entende como indivíduo o ser pertencente à ordem natural, já pessoa é o titular de direitos e deveres em determinada ordem social. Assim, pode se considerar cidadão aquele de quem se espera obediência acerca da estrutura normativa social, bem como um comportamento de acordo com as expectativas comunicativamente compartilhadas. Ou seja, o atributo advém do seu papel social, que cria uma espécie de expectativa de comportamento. E a partir do momento em que o indivíduo se recusa a cumprir o seu papel social, há uma ruptura da expectativa que desestabiliza todo o sistema, e por conseguinte a norma é violada, sendo certo que para restabelecer o sistema, aplica-se a pena.

---

<sup>32</sup> Sociólogo alemão, nascido em 1927, adepto de uma teoria particularmente própria do pensamento sistêmico. Para ele a sociedade é um sistema auto-referente, que tem a comunicação como característica principal. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Niklas\\_Luhmann](http://pt.wikipedia.org/wiki/Niklas_Luhmann)>. Acesso em 03.abr.2010.

Martín<sup>33</sup> explica muito bem a definição de pessoa como sendo uma construção social que pode ser atribuída ou não aos indivíduos. Logo, estes teriam *status* de pessoas a partir da definição de tarefas em consonância ao cumprimento dos deveres que contribuem para a manutenção do grupo existente em razão da ordem pré-estabelecida. Por esse entendimento, a pessoa é algo diferente de ‘ser humano’, pois este surge de um processo natural, enquanto o outro, de uma idealização de direitos e deveres administrados por um corpo e uma consciência em favor do interesse do grupo.

Inimigo, para o referido autor alemão, é aquele indivíduo que não deixa de ser considerado ser humano, apenas é visto como um ser que abandonou por completo a estrutura normativa da sociedade, com a qual não compartilha interesses e valores mútuos, isto é, em grupo, mas sim interesses exclusivamente individuais. Esse indivíduo é caracterizado por um desvio permanente do Direito, em virtude da incidência da habitualidade e a profissionalização de condutas delitivas, frutos da associação com organizações criminosas.

Conforme ensinamento de Moreira e Oliveira,

O inimigo a que se refere Jakobs, ao contrário de muito quanto já se alegou, não perde a sua humanidade. Não receber tratamento de pessoa (social e jurídica, portanto) significa dizer apenas que determinados comportamentos, em razão de sua peculiar natureza, poderiam revelar o completo abandono de uma sociedade com a qual, não compartilha valor algum, mas também da qual não se respeitam as condições fundamentais de sua existência.<sup>34</sup>

*Jakobs* propaga que o princípio segundo o qual todos deveriam ser tratados como pessoas consistiria em mero postulado, ou seja, um modelo para uma determinada sociedade, todavia, nem por isso ela seria considerada uma sociedade operante. Assim, esse princípio necessitaria de um complemento que seria o fato de cada um dos seus componentes cumprir seus deveres ou na hipótese de não cumprir, estar, pelo menos, sob controle, de forma

---

<sup>33</sup> MARTÍN, Luis. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.136.

<sup>34</sup> MOREIRA, Luiz e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. xxii.



a não se permitir que se transmude em perigoso. Entretanto, se tais indivíduos assolarem a sociedade será preciso combatê-los.<sup>35</sup>

É cediço que a terminologia empregada pelo autor alemão não trouxe conforto aos adeptos do Direito Penal, que preferem muitas vezes postular o mesmo tratamento penal com outra denominação. Todavia, em que pese não ser a melhor designação, verifica-se que ela já fora apresentada por outros estudiosos. *Rousseau*<sup>36</sup>, por exemplo, afirmava que todo “malfeitor” que agride o “Direito social” deixa de ser “membro do Estado, com o qual se declara guerra. *Fichte*<sup>37</sup> argumentava que aquele que por negligência ou imprudência abandona o contrato civil, perde, em regra, todos os seus direitos como cidadão e como ser humano. *Hobbes*<sup>38</sup> também via o alto traidor como inimigo.<sup>39</sup>

#### Segundo *Meliá*,

É o Estado que decide, mediante seu ordenamento jurídico, quem é cidadão e qual é o *status* que tal condição comporta: não é possível admitir apostasias do *status* do cidadão. A maior desautorização que pode corresponder a essa defecção tentada pelo inimigo é a reafirmação do sujeito em questão pertencer à cidadania geral, isto é, a afirmação de que sua infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor.<sup>40</sup>

Na concepção de *Jakobs* há dois tipos de direitos, um voltado para o cidadão e outro direcionado ao inimigo, que não se contrapõem de forma isolada, mas consistem em dois pólos dentro de um mesmo contexto jurídico penal.

Segundo o referido autor, o Direito Penal do Inimigo é um direito de exceção, um direito de necessidade do Estado de Direito. Para ele, somente neste Estado é

<sup>35</sup> MOREIRA, Luiz e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 28.

<sup>36</sup> Jean-Jacques Rousseau, (1772-1778), foi um filósofo genebrino, escritor, teórico político e um compositor musical autodidata. Uma das figuras marcantes do Iluminismo francês. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Jean-Jacques\\_Rousseau](http://pt.wikipedia.org/wiki/Jean-Jacques_Rousseau)>. Acesso em 04.abr.2010.

<sup>37</sup> Fichte (1762-1814) foi um filósofo alemão. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Johann\\_Gottlieb\\_Fichte](http://pt.wikipedia.org/wiki/Johann_Gottlieb_Fichte)>. Acesso em 04.abr.2010.

<sup>38</sup> Thomas Hobbes(1588-1679) foi um matemático, teórico político, e filósofo inglês, autor de *Leviatã* (1651) e *Do cidadão* (1651). Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Thomas\\_Hobbes](http://pt.wikipedia.org/wiki/Thomas_Hobbes)>. Acesso em 04.abr.2010.

<sup>39</sup> Idem. p. 4/5.

<sup>40</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

possível determinar o indivíduo como inimigo, pois em um Estado de não-direito, ele não seria uma singularidade, pois a visualização de inimigos ocorre por toda a parte.

O “Direito Penal do Cidadão” tem aplicabilidade para aqueles indivíduos que não são perigosos reincidentes, ou seja, cometeram algum deslize, que não o farão perder o *status* de cidadão. Assim, embora o cidadão tenha violado a norma, a ele é dada a chance de restabelecer a vigência da mesma, de forma coativa, pela pena. O crime aqui não é visto com o objetivo de pôr fim à comunidade ordenada, mas só como um desgaste, ou seja, como uma falha reparável. Nesse sentido, cabe ao Estado impor ao criminoso a reparação do dano cometido à vigência da norma, pois este ofereceu garantias de que atuaria em fidelidade com o ordenamento jurídico. Logo, quem pratica o delito não é visto como um inimigo, que precisa ser afastado, mas o autor de um fato, ainda que ilícito, mantém sua condição de pessoa.

Em contrapartida aparece o referido Direito Penal do Inimigo, que seria aplicado àqueles indivíduos que se desviam da norma por princípio, de forma contumaz, não oferecendo qualquer garantia de retorno de conduta como pessoa. É um comportamento delituoso reiterado em que o Estado não consegue mais ter o controle da situação conflituosa. A ressocialização é vista como algo impossível, diante das tentativas já realizadas nos delitos praticados anteriormente a essa conclusão, ou em razão da própria natureza do crime. Dessa forma, o inimigo é considerado como uma fonte de perigo, a qual busca a destruição da ordem jurídica.

Os inimigos são indivíduos que em virtude de sua agregação a grupos organizados demonstram seu completo distanciamento, presumivelmente duradouro, em relação ao Estado, não garantindo a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal. Irrelevantes são as atividades e a ocupação profissional desses indivíduos, pois não são reconhecidas como legítimas no âmbito das relações sociais. Pelo contrário, expressam a

vinculação dos mesmos com uma organização estruturada que opera à margem do Direito e que está direcionada à prática de atividades delitivas contra bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Desse modo, caracterizam-se por afastarem a legitimidade do ordenamento jurídico, e perseguirem a destruição dessa ordem.

Segundo Martín,

A existência do inimigo é um fato real, e que a falta de segurança cognitiva existente com relação a eles (...) é um problema que não pode ser resolvido pelo Direito Penal comum (do cidadão) nem através de meios policiais. Daí surge a necessidade – que não tem nenhuma alternativa possível – de configurar um direito penal do inimigo diferenciado em seus princípios e regras.<sup>41</sup>

Para esse autor, quem não deseja privar o direito penal do cidadão de suas garantias atreladas ao Estado de Direito deveria atribuir outro nome ao que deva ser feito com os terroristas, por exemplo, se não anseia por sucumbir nesse ordenamento. Verifica-se que, na realidade, o Direito Penal do Inimigo embora seja um afastamento dos preceitos próprios do Direito Penal, consiste numa reafirmação do ordenamento jurídico de acordo com a prevenção geral positiva e a de reintegração social, pois o seu objetivo principal é a segurança cognitiva.

Esse direito segue regras diferentes daquelas propaladas por um Estado democrático de direito. Possuem as seguintes características: a punição ocorre em razão da periculosidade do agente e não da sua culpabilidade; não se utiliza a pena e sim medida de segurança; há antecipação da punibilidade, isto é, desloca-se a atenção do fato ocorrido para o fato vindouro; não existe redução da pena proporcional à antecipação; ocorre a supressão de garantias processuais, dentre outras.

O direito penal em questão se pauta no direito penal do autor, ou seja, o indivíduo é punido não pelo fato cometido por ele, de acordo com a culpabilidade, mas sim pelo que ele é, principalmente em razão da periculosidade oferecida à sociedade. Desse modo,

---

<sup>41</sup> MARTÍN, Luis. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.84.

o indivíduo não é punido com pena e sim com medida de segurança, uma vez que recai sobre ele um juízo de periculosidade e não de culpabilidade. A referida matéria já foi abordada no capítulo anterior, quando se tratou da Escola Positiva, de Lombroso.

No direito penal do autor, a essência do crime repousaria na característica do infrator, ou seja, é criminalizada a personalidade, e não a conduta. Logo, busca-se punir os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Assim, a norma se preocupa com quem é o agente, e não com o fato realizado por ele. Nesse sentido, fatores sociais, raciais, reincidência, dentre outros, contribuem para a realização de um juízo de valor sobre o indivíduo. Em que pese tal instituto ser considerado inconstitucional, há exemplos no ordenamento jurídico vigente que se contrapõem a essa regra. O assunto será detalhado no próximo capítulo.

Em sentido contrário, o Direito Penal do fato pune o indivíduo não pelo que ele é, mas sim pelo fato que ele praticou, se coadunando perfeitamente com os preceitos doutrinários e os princípios constitucionais do ordenamento jurídico vigente.

Por essa teoria, cabe ao direito penal reafirmar a norma e fortalecer as expectativas dos seus destinatários, sendo certo ser a sociedade o centro do sistema. Por essa razão, muitas críticas são feitas a essa teoria, pois entende-se que como foco central deveria constar a dignidade da pessoa humana.

Em regra, caso o indivíduo se coloque de forma parcial na qualidade de inimigo, terá a possibilidade de se tornar novamente cidadão se alterar o seu comportamento, voltando a ter um papel consoante a estrutura normativa social. É necessário confiar que o infrator irá novamente se estabilizar depois da punição, mantendo-o como sujeito de direito.

Merece destacar que, por essa teoria, o inimigo é excluído de alguns de seus direitos, na medida que intervém sobre eles, vez que deixou de existir o vínculo jurídico que o liga à sociedade civil. Isso porque aquele que se propõe agir de forma contrária à

norma, está agindo de maneira contrária ao próprio Estado, que vê como legítima a supressão de determinadas garantias asseguradas aos cidadãos em razão do modo diferenciado que devem ser tratados, pois representam riscos à paz social. Dessa forma, o Estado abole direitos de forma juridicamente regulada, como por exemplo, através do isolamento do preso, da suspensão do contato entre o infrator e o seu defensor, da vigilância das telecomunicações, do aumento desproporcional das penas, do abuso de medidas cautelares, dentre outras.

Mister destacar que cabe aqui uma reflexão quanto aos institutos processuais penais citados, bem como aquelas medidas consideradas necessárias e aplicadas no direito penal brasileiro como imprescindíveis à proteção da sociedade contra seus infratores, quiça “inimigos”, tema que será tratado no capítulo seguinte.

O Direito Penal do Inimigo foi burilado como defesa frente à criminalidade amplamente organizada, ou seja, face a criminalidade econômica em suas formas mais graves, o terrorismo, o tráfico de entorpecentes, dentre outras que se orientam por estruturas criminosas complexas e duradouras. Esses infratores representam uma ameaça ao Estado, devendo ser submetidos a um tratamento diferenciado com o escopo de preservar o equilíbrio e a paz da sociedade.

Conforme elucida a tradução do texto do *Jakobs*, por Moreira e Oliveira,

O Direito Penal do Inimigo não constitui um código de normas para a destruição ilimitada, mas sim, no Estado de Direito gerido de forma inteligente, uma *ultima ratio* a ser aplicada conscientemente como exceção, como algo que não se presta a um uso duradouro.<sup>42</sup>

Insta salientar que conforme tal obra, aquele indivíduo que deseja ser tratado como pessoa, deve denotar uma conduta que reproduza certa garantia cognitiva, sob pena de o Direito Penal transformá-lo numa reação da sociedade contra um inimigo. O que não significa que tudo estará permitido, ou até mesmo que se legitima uma ação desmedida.

---

<sup>42</sup> MOREIRA, Luiz e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 41.

Pelo contrário, pode-se conceder ao inimigo uma personalidade potencial, de forma que não se deve exceder a forma necessária de combatê-lo.

No que tange à antecipação da punição, defendida por essa teoria, verifica-se que tem sido frequente quanto aos crimes contra a segurança pública, principalmente em organizações criminosas, mais especificamente no caso de terroristas. Frise-se que o emprego dessa teoria é exceção, pois há a punição de atos preparatórios, considerando a dimensão do perigo e não o dano em si. Nessa hipótese, o Direito Penal do Inimigo reveste-se do papel de garantir a segurança que visivelmente restou ameaçada com a conduta desse tipo de criminoso manifestamente perigoso. Assim, permitir o atingimento de atos realizados apenas com a natureza preparatória da conduta delitiva futura tem por justificativa a ameaça permanente aos princípios norteadores da sociedade. Logo, são criminalizados, por exemplo, comportamentos de mera colaboração com grupos organizados, e apologia às infrações terroristas.

Quanto à desproporcionalidade das penas, em razão da ausência de qualquer diminuição pelo fato de estar na qualidade de crime potencial, não efetivado, observa-se que essa teoria justifica tal procedimento em virtude de uma circunstância específica de o autor, qual seja, pertencer a uma organização criminosa. O que leva, muitas vezes, ao estabelecimento de agravantes, sendo certo que as penas correspondentes a fatos tentados ficam desproporcionais em relação aos delitos concretamente realizados.

Frise-se que na Alemanha existem leis que espessamente se autodenominam como ‘leis de luta ou de combate’, o que segundo *Jakobs* representa uma transformação da legislação penal em uma legislação de luta, o que reforçaria a tese da busca pela exclusão dos inimigos ser um procedimento quase de guerra.

Vale ressaltar que o Direito Penal do Inimigo com a tese de restrição de direitos e garantias processuais para aqueles considerados inimigos, se assemelha a uma nova

‘velocidade’ do Direito Penal. Pela primeira velocidade, segundo Silva Sanchez<sup>43</sup>, entende-se o Direito Penal que se utiliza da pena privativa de liberdade com a adoção das garantias processuais fundamentais, isto é, seriam mantidos rigidamente os princípios políticos criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. Já por segunda velocidade, se tem uma mitigação das garantias processuais em razão da adoção de medidas alternativas à prisão, com a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direito, como por exemplo, a aplicação da lei nº 9.099/95. Admite-se, portanto, flexibilizar, de modo proporcional, os princípios e as regras consideradas ‘clássicas’ diante da menor gravidade das sanções.

#### Segundo Meliá,

A imagem de duas velocidades induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sanchez - no Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade, no qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a flexibilização dos princípios políticos-criminais e as regras de imputação.<sup>44</sup>

Entretanto, por direito penal de terceira velocidade entende-se a pena privativa de liberdade e a flexibilização das garantias processuais fundamentais. Logo, tal velocidade encontra afinidade ao direito penal em questão. Frise-se que tal velocidade é reduzida a um pequeno grupo, mais especificamente a casos de absoluta necessidade, em virtude de determinados delitos como por exemplo o terrorismo, organizações criminais e violência sexual reiterada.

#### Para Sanchez,

Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal “da normalidade”, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um “mal”, este se configura como o “mal menor”.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século 21; v.11).p. 144/147.

<sup>44</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 69.

<sup>45</sup> SANCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.151.

Verifica-se como supressão das garantias processuais a mitigação do princípio da presunção de inocência, a redução da admissibilidade das provas, o deferimento de amplas medidas de intervenção das comunicações, da ampliação de prazos para o cumprimento da investigação, bem como o da prisão preventiva, a redução de benefícios penitenciários, o aumento dos requisitos autorizadores do livramento constitucional, dentre outros.

É notório que o papel do Estado é aplicar as leis, todavia, o seu direito de punir encontra limites nos direitos fundamentais dos indivíduos, sendo certo que tais direitos representam conquistas da humanidade que devem ser protegidas. Assim, diante de uma análise apressada acerca da teoria mencionada, poder-se-ia compreender como incompatível ao Estado democrático de direito, configurando como verdadeiro retrocesso para a sociedade.

Conforme leciona Zaffaroni,

Considerando que não se propõe introduzir e ampliar o uso do conceito de inimigo no direito penal, mas sim admiti-lo em um compartimento estanque perfeitamente delimitado, para que não se estenda e contamine todo o direito penal, caberia pensar que esse preço não é tão caro assim, tendo em conta que, na prática, opera numa medida mais extensa, o que importaria, em muitos casos, até numa redução de seu âmbito.<sup>46</sup>

Entretanto, verifica-se que embora a discussão acerca do tema seja fervorosa, de forma que chovem críticas desmedidas diante da indignação, poderia haver uma ponderação quanto à troca de idéias sobre o assunto, bem como a melhoria ou a reconstrução de uma nova teoria menos agressiva. Ademais, deve-se avaliar de que forma há uma mitigação dessa teoria, amplamente rechaçada pela doutrina, quanto às medidas processuais aplicadas no direito penal vigente.

Merece destacar que os últimos acontecimentos terroristas de 11 de setembro de 2001 resultaram em um clamor público por uma segurança pública e uma paz social, de forma que o mundo exigiu uma atuação mais severa na punição daqueles que

---

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo do direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 165.



cometessem tais crimes. Logo, determinadas situações fomentam a legitimação da aplicação de um direito diferenciado para aqueles que cometem determinados crimes.

Frise-se que de forma alguma pretende-se hastear uma bandeira em defesa dessa teoria, pois se trata de terreno perigoso. Ademais, é sabido que a mesma não se coaduna com os princípios de um Estado Democrático de Direito, bem como com os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988. Por essa razão, busca-se fazer uma reflexão sobre a realidade hodierna, além de sopesar quando houver conflitos entre direitos fundamentais amparados, tema que será analisado adiante.

Por ora, deve-se apenas analisar a forma como a criminalidade vem crescendo desmedidamente, atingindo níveis jamais vistos. Por essa razão, verifica-se que algumas medidas que estão sendo aplicadas representam uma mitigação a essa teoria tão rechaçada pela doutrina penal, como, por exemplo, a Lei nº 9.614/98, que versa sobre o abate de aviões, segundo a qual uma aeronave que seria empregada contra a vida de seres humanos pode ser abatida; a lei nº 8.072/90 que trata de crimes hediondos; a lei nº 9.034/95 que versa sobre as organizações criminosas; o instituto do regime disciplinar diferenciado; o isolamento do preso e a suspensão de visitas, dentre outros.

Vale ressaltar que nenhum direito pode ser considerado na sua acepção absoluta, de forma que é necessário, em algumas situações, flexibilizar as garantias daqueles infratores que representam maior perigo à sociedade em prol da mesma. Caso contrário, o Estado seria impotente na forma de combater o crime, pois não teria instrumentos para fazê-lo.

Por fim, entende-se que embora as garantias constitucionais sejam fundamentais para um Estado Democrático de Direito, não podem ser consideradas absolutas, e por essa razão, diante de um caso concreto, podem ser relativizadas em virtude de uma ponderação de interesses. Assim, se de um lado está o criminoso e de outro a sociedade,

torna-se incontestável qual relativização será feita, pois deve-se fazer valer a garantia social.

### 3. CONFLITOS EXSURGENTES DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE A DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

O presente capítulo tem por objetivo fazer uma análise acerca de certos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, sob a ótica da teoria do direito penal do inimigo.

#### 3.1 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena consiste em aplicar ao autor de um delito uma sanção de acordo com as circunstâncias em que o crime ocorrera, analisando suas qualidades pessoais, as consequências e o modo de execução do delito cometido. Assim, tal princípio garante que as penas não sejam igualadas, mesmo que duas pessoas tenham praticado infrações idênticas.

O referido princípio está insculpido na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XLVI, que prevê, *in verbis*:

A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

O artigo 59 do Código Penal traça as principais regras norteadoras do julgador no momento da análise do delito, para fazer cumprir o princípio constitucional da individualização da pena. Assim, a pena cominada deve ser aquela necessária e suficiente à reprovação e à prevenção do crime cometido.

Merece destacar que além desse princípio constitucional, a Carta Magna prevê, no artigo 93, IX, que todas as decisões deverão ser fundamentadas, sob pena de

nulidade. Logo, trata-se de um direito fundamental do indivíduo com *status* de cláusula pétreia, não podendo, portanto, ser suprimido por livre arbítrio do julgador, ou até mesmo, pelo legislador ordinário.

Dessa forma, considera-se que a aplicação da pena obedecerá ao princípio da proporcionalidade, que levará em consideração algumas circunstâncias, isto é, dados ou fatos considerados objetivos e subjetivos, diante da análise da conduta criminosa. Trata-se de circunstâncias denominadas judiciais, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes do agente, sua conduta social, sua personalidade, os motivos ensejadores da prática do delito, as circunstâncias e as conseqüências do mesmo, além do comportamento da vítima. Todos esses requisitos serão apreciados conjuntamente em relação a cada condenado.

O magistrado, assim, ao julgar um delito, atribuirá dentro dos limites previamente estabelecidos pelo legislador, um grau de reprovabilidade, de cunho subjetivo, diante dos parâmetros de um 'homem médio', à conduta realizada pelo agente, e suas circunstâncias e conseqüências. Logo, a decisão do julgador deverá ser fundamentada e conterá as razões que o levaram a decidir daquela forma, o que poderá resultar na fixação de pena acima do mínimo legal na primeira fase, na aplicação de pena alternativa mais severa, na opção de regime mais gravoso do que o permitido, ou até mesmo, a negação de substituição da pena, quando cabível.

Diante das circunstâncias judiciais arroladas no artigo 59 do Código Penal, as que mais interessam ao tema da pesquisa são, os antecedentes do agente, sua conduta social e a sua personalidade. Os antecedentes do agente, quer se trate de antecedentes judiciais, quer extrajudiciais, consistem naqueles fatos anteriores de sua vida, sendo estes positivos ou negativos. Essa análise tem por escopo avaliar se o cometimento do crime em questão se refere a um episódio isolado de sua vida, ou se já ocorrera outros que o tornem ações freqüentes ou habituais.

Observa-se que o princípio da presunção da não-culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não impede, para alguns doutrinadores<sup>47</sup>, que sejam levados em conta os inquéritos policiais ou os processos criminais que ainda não tenham condenação transitada em julgado para a caracterização de maus antecedentes. Todavia, outros doutrinadores<sup>48</sup> defendem que o princípio mencionado impede tal caracterização na fixação da pena diante da ausência de condenação penal irrecorrível. Ademais, a controvérsia já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou o verbete sumular de nº 444, que afirma: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.” Nesse contexto, solução assemelhada foi encontrada com relação aos processos em que a pretensão punitiva já estivesse prescrita ou fatos posteriores ao crime, que não poderão também contribuir para o aumento da fixação da pena na primeira fase.

Nesse sentido, *ad colorandum*, seguem acórdãos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca do tema:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - "RES FURTIVA" (UM SIMPLES BONÉ) NO VALOR DE R\$ 10,00 - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU DE PROCESSOS PENAIS AINDA EM CURSO - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica

---

<sup>47</sup> PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 135.

<sup>48</sup> DELMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 107.

provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. **A MERA EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES POLICIAIS (OU DE PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO) NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA JUSTIFICAR O RECONHECIMENTO DE QUE O RÉU NÃO POSSUI BONS ANTECEDENTES.** - A só existência de inquéritos policiais ou de processos penais, quer em andamento, quer arquivados, desde que ausente condenação penal irrecorrível - além de não permitir que, com base neles, se formule qualquer juízo de maus antecedentes -, também não pode autorizar, na dosimetria da pena, o agravamento do "status poenalis" do réu, nem dar suporte legitimador à privação cautelar da liberdade do indiciado ou do acusado, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. (HC 84687, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/10/2004, DJ 27-10-2006 PP-00063 EMENT VOL-02253-02 PP-00279 RTJ VOL-00202-02 PP-00682 LEXSTF v. 29, n. 337, 2007, p. 333-346)

*HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE EXACERBADA. INQUÉRITOS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO.

1. **É pacífica a compreensão desta Corte de que inquéritos ou processos em curso não podem levar ao aumento da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de não-culpabilidade, não servindo para valorar negativamente os antecedentes, a personalidade ou a conduta social do réu.**
2. A Sexta Turma desta Corte tem entendido que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência. O constrangimento ilegal, no ponto, deve ser reconhecido de ofício.
3. Habeas corpus parcialmente concedido, inclusive de ofício, para reduzir a reprimenda imposta ao paciente a 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 49 (quarenta e nove) dias-multa. (HC 79.489/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 10/05/2010)

**0217287-09.2008.8.19.0001 - APELACAO**

DES. SUELY LOPES MAGALHAES - Julgamento: 13/05/2010 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL EMENTA: Artigo 155, c/c artigo 14, II, do Código Penal. Confissão. Condenação a 04 meses de reclusão, em regime semi-aberto. Pretende o Apelante o afastamento da qualificadora prevista no artigo 155, § 4º, I, do CP, redução da pena-base ao mínimo legal, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e isenção do pagamento das custas processuais. Confissão ratificada pela prova acusatória. Réu beneficiado pelo duto juízo sentenciante, que não reconheceu a qualificadora de rompimento de obstáculos, condenando-o apenas por furto simples tentado. Embora o apenado ostente em sua FAC, anotações por crimes contra o patrimônio, demonstrando ser portador de personalidade voltada

para o crime, **as ações em curso, ou inquéritos policiais, não podem ser considerados como maus antecedentes para aumento da pena-base acima do mínimo legal, conforme Súmula 444, do STJ.** Aplicação do artigo 44, do Código Penal. Inviável o pedido de isenção da custas processuais, por se tratar de imposição decorrente da condenação, sendo competente o Juízo da Vara de Execuções Penais para apreciar o pedido quando da execução da sentença, conforme artigo 804 do Código de Processo Penal, que não foi revogado pela Constituição de 1988. Recurso parcialmente provido.

No requisito conduta social do agente, deve-se avaliar o comportamento do sujeito que praticou o crime nos meios familiar, social e laboral.

Na personalidade do agente, verifica-se a índole do mesmo, bem como a sua maneira de agir. Analisa-se aqui se o crime praticado se amolda com a individualidade psicológica do indivíduo.

Impende frisar que os três requisitos anteriormente mencionados versam sobre “como é o réu” e não, isoladamente, a conduta por ele praticada. Avalia-se a hipótese de o agente já ter outras condutas criminosas que pesarão a seu desfavor na fixação da pena-base do delito cometido. Outrossim, a sua conduta social e a sua personalidade influenciarão na mesma fixação.

Logo, conclui-se que, em que pese o entendimento de ser este um princípio constitucional, existe aqui certa mitigação da teoria do direito penal do inimigo. Pois, nela há uma análise do comportamento da pessoa acerca do seu ‘desvio’ permanente das normas do bom convívio social. Isto é, verifica-se a ocorrência da habitualidade e da profissionalização das condutas delitivas realizadas pelo sujeito. Os agentes são verificados sob aspectos relacionados à sua personalidade, bem como na análise dos requisitos de antecedentes, conduta social e personalidade do réu, na dicção do artigo 59 do Código Penal.

Insta salientar que é notório que sob esse aspecto, a norma preocupou-se com quem é o agente, e não só com o ato por ele realizado. Os fatores sociais e pessoais analisados nesta fase de fixação da pena contribuem para um juízo de valor acerca do sujeito que cometera o delito. Assim, deve-se compreender que se está diante de uma das premissas

utilizadas pela teoria alemã, e nem por isso tais requisitos são considerados inconstitucionais.

Outra questão que merece análise consiste na progressão de regime de cumprimento de pena, quanto aos crimes considerados hediondos. Trata-se de questão já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, que decretou a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, segundo o julgado paradigmático HC 82.959, que conferiu uma nova inteligência ao princípio da individualização da pena. Segue o acórdão mencionado, que alterou o posicionamento até então existente, representando uma evolução jurisprudencial:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

A progressividade do regime está vinculada à própria pena do indivíduo, e consiste em meio de incentivo para que este, já condenado, desenvolva um comportamento penitenciário direcionado ao melhor reingresso ao meio social. Sendo certo que de nada adiantaria aplicar tal individualização no momento de sua fixação, se na execução da mesma, em virtude da natureza do crime cometido, as sanções se tornem idênticas, diante do regime de cumprimento único.

Em razão desse raciocínio ocorreu a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo em questão, sob o argumento de que a vedação da progressão do regime na Lei de Crimes Hediondos afronta não só o princípio da individualização da pena, no momento que não leva em consideração as particularidades de cada réu, bem como a sua capacidade de reintegração social, e o seu comportamento quando do cumprimento no regime aplicado,



como também o princípio da proporcionalidade, pois há outros meios mais eficazes e menos lesivos às garantias fundamentais do preso, além dos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do direito à liberdade provisória, dentre outros.

É cediço que diante de um sistema penitenciário que não tem a função desejada, qual seja, a de ressocialização do indivíduo, pois funciona precariamente em todos os aspectos, retirar do réu a esperança de obter o seu livramento pelo seu bom comportamento no cumprimento da pena, seria incitar-lhe a revolta, a fuga e as rebeliões.

O debate que cerca essa evolução interpretativa da lei dos crimes hediondos coloca em questão uma colisão de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, sendo certo que não resultará na revogação de um ou de outro direito, mas sim na prevalência de um sobre o outro. Assim, deve-se analisar o caso concreto, ponderando os valores dos direitos fundamentais em questão, visando à prevalência daquele que, na hipótese, se adequa melhor.

Após a declaração de inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime da lei de crimes hediondos, algumas vezes começaram a questionar a necessidade da realização do exame criminológico para a obtenção do referido benefício. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal se manifestou com a edição da súmula vinculante nº 26, que prevê, *in verbis*:

Para efeito da progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Dessa forma, tal súmula demonstra a colisão de direitos e garantias constitucionais, quais sejam, a segurança pública da sociedade e o princípio da individualização da pena/dignidade do condenado. Verifica-se que, na ponderação desses valores constitucionais, preponderou aquele de maior importância que é a segurança social, ou

seja, o interesse da preservação da sociedade. Isto porque o benefício da liberdade provisória deve ser aquele adquirido para o condenado que a ele fizer *jus*, merecendo-o. Logo, caso o réu não tenha um bom comportamento penitenciário direcionado à tentativa de reingressar no meio social, não receberá o benefício. Ademais, o exame criminológico dirá se aquele que inobservou a norma penal está apto a ingressar na sociedade. Frise-se que a ausência desse exame poderá criar um caos social, pois permitirá o reingresso de indivíduos ainda incapazes de um harmônico convívio em sociedade, ameaçando a paz social.

Merece destacar que um Estado Democrático de Direito não possui garantias ou direitos constitucionais absolutos, que possam ser exercidos isoladamente. Portanto, a convivência entre valores diferentes assegurados pela Constituição Federal podem gerar a relativização de algum deles, que acabarão por ceder diante de outro.

Observa-se, assim, que será feita uma análise sobre os aspectos psicológicos do agente, e não só acerca do crime por ele cometido. Nesse sentido, há uma análise subjetiva que nada mais é do que uma avaliação do que o indivíduo é, e como ele se comportou durante o cumprimento da pena, ou seja, suas condições sócio-psicológicas. Assim, se observa, mais uma vez, a mitigação da teoria do direito penal do inimigo, sob esse aspecto.

### 3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana e da ‘dignidade’ dos membros da sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e está insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, de 1988. Tal princípio consiste em um valor supremo, segundo o qual gravetam todos os demais direitos à sua volta e princípios constitucionais. Constitui, assim, a mola mestra de todos os outros direitos fundamentais. Logo, consiste em limite contra o arbítrio do

poder estatal, bem como de ações governamentais que não estabeleçam condições mínimas de existência e de desenvolvimento do indivíduo.

Segundo Moraes,

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>49</sup>

Trata-se de um princípio de vital importância para o ordenamento jurídico, gerando sua observância obrigatória na interpretação de qualquer norma constitucional ou infraconstitucional, em razão da força que possui. Tal princípio tem por escopo desde o fornecimento de condições de existência digna para os indivíduos, medidas que possibilitem o desenvolvimento de suas potencialidades, além de políticas e ações governamentais que visem à extinção ou à redução de desigualdades que afligem àquelas camadas menos favorecidas, buscando-se a proteção e a elevação do *status* de ser humano.

Dessa forma, verifica-se que a dignidade da pessoa humana consiste em um bem intangível, que merece proteção a todo custo. Entretanto, como não há direitos fundamentais absolutos em um Estado Democrático de Direito, sabe-se que esse princípio só poderá ser relativizado quando se estiver diante de outro princípio de maior importância, que será, portanto, prevalente. Assim, em razão de sua força constitucional e fundamento de uma República Federativa, é cediço que tal relativização ocorrerá quando estiver em conflito a dignidade de determinada pessoa e a “dignidade” dos membros da sociedade. Nesse sentido, a dignidade dos componentes da coletividade merece primazia em relação à dignidade de um indivíduo, pois preserva-se a integridade e a proteção social.

Impende frisar que as alterações na realidade social associadas aos princípios e regras de normas constitucionais e infraconstitucionais orientam o magistrado no

---

<sup>49</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46.

exercício de seu munus. Este não será o de mero aplicador da lei, atribuindo ao caso concreto uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, protegendo, ao máximo, a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Assim, diante desse princípio verifica-se que alguns direitos do preso acabam sendo relativizados em relação a uma política governamental que dá primazia à coletividade. Pode-se dizer até que, em determinadas situações, há a possibilidade do reconhecimento do estado de necessidade por parte do Poder Público quando realiza a supressão de alguma garantia do preso em prol da sociedade e, principalmente, em virtude de uma incompetência no seu poder punitivo, repressor e ressocializador, que não consegue buscar alternativas eficazes para promover a proteção e a segurança da coletividade.

Merece destacar que o presente trabalho não tem por escopo defender a tirania estatal a qualquer preço, mas sim de sugerir uma reflexão diante do sistema penitenciário precário que, muitas vezes, exige do julgador uma atitude que nem sempre é condescendente com os seus valores.

Como exemplo de uma situação em que se poderia caracterizar um estado de necessidade estatal seria o fato de o réu ser condenado a um regime semi-aberto, e não existir estabelecimento prisional adequado para o cumprimento da pena. Há, neste caso, duas possíveis ações do julgador: ou o réu permanecerá preso em regime mais gravoso, ou será liberado. No primeiro caso, ele relativiza o direito do réu em cumprir a pena no regime devido pelo qual foi condenado, ou porque em virtude do seu comportamento, obteve o direito à progressão, ofendendo assim a sua dignidade. No segundo, ele relativiza o direito da ‘dignidade’ dos membros da sociedade, os quais que tem o direito de exigir que àquele que descumpriu a norma jurídica, responda pelo crime, e por este seja devidamente punido.

Isso ocorre porque não há fomento público para a construção de presídios dignos para o cumprimento de pena. Logo, a realidade das penitenciárias, das delegacias, dos

centros de detenção provisória e dos manicômios prisionais brasileiros está longe de ser aceitável. Sendo certo que nenhum deles alcança a finalidade para o qual foi criado.

Tais estabelecimentos acabam por colocar em risco a recuperação dos condenados que estão sob a guarda do Estado e, até mesmo, a sua integridade e sua vida. Isto porque os estabelecimentos prisionais estão superlotados, e em razão disso os presos ficam amontoados uns sobre os outros, sobrevivendo sob condição desumana. Eles convivem, muitas vezes, no mesmo ambiente com moscas e ratos, fezes e urinas, presos com tuberculose e outras doenças transmissíveis.

Por óbvio, este sistema não visa à ressocialização de ninguém, mas faz daquele indivíduo um ser mais revoltado e indignado com a sua situação, sendo certo que ao invés de buscar não delinquir, ele sairá pós-graduado no crime. Constata-se que, neste caso, há um total esquecimento da dignidade do preso. Ademais, há uma completa inércia do Poder Público na solução desse conflito, pois deveria implementar políticas públicas voltadas à construção de penitenciárias decentes, que fornecessem aos presos estudo e trabalho, de modo que ao cumprir a pena, ele estaria apto a ser reintegrado na sociedade, já possuindo uma capacitação profissional, tendo condições de refazer a sua vida de forma digna.

Constata-se que, na prática, ocorre a supressão de vários direitos dos presos, principalmente da dignidade humana, o que nada mais é do que a aplicação, ainda que indireta, da teoria alemã do direito penal do inimigo.

Outrossim, o uso de algemas também consiste em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, que só pode ser aplicado diante da indispensabilidade da medida, a necessidade do meio e a justificação teleológica. Esse meio deve ser utilizado em casos imprescindíveis de defesa ou para vencer a resistência do indivíduo.

Entretanto, observa-se que, na prática, nas varas criminais, o seu uso ainda é rotineiro diante da ausência de segurança para os demais membros presentes na audiência.

Assim, diante da periculosidade do agente, cabe ao magistrado avaliar se é possível efetivar o cumprimento desse direito sem colocar em risco os direitos dos demais indivíduos, inclusive o do próprio juiz e do promotor.

É cediço que cada caso concreto dirá se a exigência quanto ao uso de algemas significará um procedimento correto, ou um abuso de direito. Deve-se buscar o equilíbrio, a proporção e a razoabilidade na aplicação da medida. Sendo certo que a relativização dessa imposição vexatória só poderá ocorrer quando conflitar com outros valores que apresentam primazia naquela hipótese, tais como: a segurança pública e a integridade dos demais membros que se encontrarem no mesmo recinto que o acusado ou já condenado.

### 3.3 Princípio de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Também conhecido como princípio da presunção de inocência, consiste naquele em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo, o indivíduo será considerado inocente até que o Estado comprove a sua culpabilidade, sendo certo que o poder punitivo estatal só poderá ocorrer após a condenação penal irrecurável.

Insta salientar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da constitucionalidade das prisões provisórias em razão de sua natureza cautelar. Assim, não obstante a presunção de inocência dos acusados, a referida prisão pode incidir sobre o *status* de liberdade do mesmo.

Verifica-se aqui, mais uma vez, um direito do acusado em conflito como outro direito que é a apuração da verdade real. Todavia, é sabido que qualquer decisão do juiz deve ser fundamentada, logo esta não seria diferente. Assim, por serem tais prisões medidas

excepcionais, as decisões que imponham restrições à liberdade de locomoção do acusado devem ser devidamente fundamentada, sob pena de revogação.

O referido princípio tem por escopo tutelar a liberdade do indivíduo, que só poderá ter o seu nome lançado no rol dos culpados com a sua condenação definitiva, isto é, após o trânsito em julgado da sentença penal.

Ademais, presentes os requisitos autorizadores de uma espécie de prisão cautelar, diante da imprescindibilidade da medida, aplica-se a mesma como meio de proteger a sociedade, para se apurar a verdade real através do devido processo legal.

Diante do exposto, conclui-se que quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o magistrado deverá utilizar-se da harmonia entre eles, ou quando isso não for possível, deverá realizar a ponderação de bens e valores envolvidos no caso concreto e avaliar qual terá primazia em relação ao outro. Logo, aplica-se na hipótese uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico baseada na razoabilidade e na experiência do julgador que irá sopesar os interesses em questão.

#### 3.4 Regime disciplinar diferenciado - RDD

Inicialmente cumpre esclarecer que o artigo 22, inciso I da Constituição Federal de 1988, prevê que compete a União legislar sobre Direito Penal e Direito Processual Penal. Dessa forma, verifica-se que as medidas provisórias não podem tratar dessas matérias, na forma do artigo 62, parágrafo 1º, inciso I, alínea b. Assim, constata-se que a medida provisória de nº28 de 2002, editada pelo antigo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que determinou o agravamento de sanções disciplinares aos presos, bem como ampliou os poderes dos diretores de presídio violou a regra constitucional exposta. Tal medida tratou de alterar algumas regras previstas na Lei de Execuções Penais – LEP que versa

sobre o regime disciplinar diferenciado, como por exemplo as sanções disciplinares aplicadas, as faltas consideradas graves, o local de cumprimento de pena, etc. A previsão em questão consiste em uma norma penal que versa sobre forma de execução da pena.

Todavia, impende frisar que tais questões possuem reserva de competência legislativa, sob pena de ofensa às previsões constitucionais, penais e processuais penais constantes nos artigos 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88, artigo 1º do CP, artigos 2º da LEP. Ademais, a referida medida fere a reserva legal quando é não obedece o trâmite legal determinado, pois somente o Congresso Nacional pode sobre elas legislar.

Dessa forma, uma norma que tenha por objetivo alterar, extinguir ou diminuir benefícios que interfiram na liberdade do condenado deve ela ser considerada como de natureza penal, e portanto, ser originada pelo Congresso.

Insta salientar que o regime disciplinar diferenciado pode ser estabelecido por lei ordinária e autorizado pela União aos Estados, através de lei complementar federal, a legislar sobre tais matérias. Frise-se que a lei nº 10.792/03, que trata do assunto e altera a LEP, é lei ordinária.

Verifica-se que o artigo 52 da LEP prevê a inclusão do preso ao regime disciplinar diferenciado quando ocorrer a falta grave, caracterizada pelo crime doloso e pela subversão da ordem ou disciplina interna. Assim, o preso responderá penalmente pelo crime doloso praticado e falta grave realizada durante a execução da pena.

Os incisos do artigo 52 da LEP podem ser aplicados de forma cumulativa. Logo, a medida, pelo inciso I, pode ter a duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de reincidência, na qual poderá o regime ser aplicado por até um sexto da pena efetivamente aplicada.

O inciso II prevê o recolhimento em cela individual, na qual o preso será isolado na chamada ‘solitária’. Entretanto, merece destacar que o parágrafo 2º do artigo 45 da



LEP, veda a colocação do condenado em cela escura.

As visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas estão previstas no inciso III. Há quem entenda que as crianças não podem entrar na visita, em razão do regime carcerário poder resultar em algum abalo psicológico para elas<sup>50</sup>. Todavia, há entendimento também no sentido de que o número de crianças não será computado, uma vez que consiste em um dos objetivos previstos no artigo 1º da LEP, qual seja, o de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, pois este poderá receber visita de seus filhos.<sup>51</sup>

O inciso IV estabelece que o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol. Esse banho ocorrerá sem o contato com os demais condenados.

O regime em questão também poderá ser aplicado em presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que representem alto risco a ordem do sistema prisional ou à sociedade, conforme parágrafo 1º do artigo 52 da LEP. Nessa hipótese, não é necessário que sejam preenchidas as características constantes no *caput* do referido artigo para aplicação do regime.

Dispõe o parágrafo 2º que também será aplicado o mencionado regime ao preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Merece destacar que o regime disciplinar diferenciado também é utilizado na hipótese de o condenado ou preso provisório comandar crimes extra muro, isto é, fora do muro do presídio ou do sistema prisional. Para isso, o juiz da execução aplicará o regime fundamentado em escutas telefônicas e investigações.

---

<sup>50</sup> GOMES, Luis Flávio. *Regime disciplinar diferenciado é constitucional?* Disponível em <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>. Acesso em 12/set./2010

<sup>51</sup> RIBEIRO, Jorge Fernando dos Santos. *Regime disciplinar diferenciado*. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14291&p=1>>. Acesso em 12/set./2010.

O regime disciplinar diferenciado é entendido para alguns doutrinadores como sendo inconstitucional, haja vista que ofenderia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88), e da integridade física e moral do preso (artigo 5º, inciso XLIX, da CRFB/88), além da vedação constitucional da submissão de presos a tortura, tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III, da CRFB/88). Ademais, consubstancia a inconstitucionalidade do referido regime os tratados internacionais de direitos humanos.

Frise-se que tal entendimento se fundamenta no fato de que o isolamento do preso por 22 horas, diariamente, durante o período de 360 dias, podendo se estender até um sexto da pena aplicada, não deixa de configurar uma verdadeira tortura física e psicológica.

Há quem entenda<sup>52</sup> que o regime disciplinar diferenciado é constitucional, haja vista que se trata de um mal necessário, pois consiste em meio eficaz de combate ao crime organizado dentro dos estabelecimentos prisionais. Logo, não pode ser considerado como um castigo cruel, mas sim medida imprescindível para neutralização de ação de presos líderes de organizações criminosas, bem como diminuir o acontecimento de rebeliões.

O regime disciplinar diferenciado consiste em um regime de disciplina carcerária especial, que impõe um maior grau de isolamento do preso e maiores restrições do seu contato com o mundo externo. Nesse sentido, já era previsto nos incisos do artigo 53 da LEP algumas formas de restrição do preso, sem se falar no referido regime, quais sejam, a suspensão e restrição de direito e isolamento na própria cela ou em local adequado. Assim, entende-se que o regime disciplinar diferenciado é uma sanção disciplinar aplicado aos presos que realizem determinadas condutas previstas na LEP.

Impende destacar que a execução da pena de forma diferenciada, caracterizada sobretudo em características do preso como suspeitas de sua participação na

---

<sup>52</sup> NUCCI, Guilherme de Souza e BASTOS, Marcelo Lessa. *Regime disciplinar diferenciado*. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14291&p=1>>. Acesso em 12/set./2010.

criminalidade de massas, nada mais é do que uma mitigação dos preceitos defendidos pela Teoria do Direito Penal do Inimigo. Trata-se da quebra da igualdade entre os indivíduos em razão de uma reação penal diferenciada em virtude do perfil do preso e não do crime por ele cometido.

Por fim, observa-se que há, mais uma vez, um conflito aparente entre o princípio da dignidade da pessoa do preso e a inviolabilidade do direito à vida e à integridade dos membros da sociedade, bem como à segurança que o Estado deve garantir aos demais indivíduos.

Conclui-se que tal conflito deve ser solucionado com base na ponderação de valores constitucionalmente protegidos, de tal forma que, no caso concreto, o direito à vida dos membros da sociedade e à segurança que o Estado deve fornecer deve prevalecer sobre os princípios individuais do preso, qual seja, o da sua dignidade e liberdade.

## 4. PANORAMA ATUAL DO BRASIL NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

### 4.1 O problema das penas

#### 4.1.1 Teorias da pena

Ao longo do tempo, o Direito Penal tem tentado elaborar teorias que ajudem a explicar o fenômeno da criminalidade, bem como solucioná-lo. Com a evolução das justificativas e funções da pena, várias explicações teóricas foram apresentadas pela doutrina. Assim, seguem as principais teorias acerca da função da pena.

##### 4.1.1.1 Teoria retributiva da pena ou absoluta

A teoria retributiva ou absoluta compreende a pena como um castigo, ou seja, uma reação punitiva que consiste em um mal como resposta a um outro mal que se impõe ao autor do crime. Para essa teoria, a pena se exaure na idéia de pura retribuição.

Destacam-se dois representantes nessa teoria: Kant e Hegel<sup>53</sup>. Entretanto, há diferenças nas suas formulações.

Para Kant<sup>54</sup>, quem não cumpre os ditames legais não é digno de obter o direito de cidadania. Logo, aquele que transgredir a lei deve receber um castigo. Assim, o acusado deve ser castigado pelo fato de ter delinquido, não fazendo qualquer análise acerca da utilidade da pena para o indivíduo, nem mesmo para a sociedade. Para ele, não há na pena uma função

---

<sup>53</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 108.

<sup>54</sup> Immanuel Kant ou Emanuel Kant (Königsberg, 22 de abril de 1724 — Königsberg, 12 de fevereiro de 1804) foi um filósofo prussiano. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Immanuel\\_Kant](http://pt.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant)> Acesso em: 25 nov.2010.

preventiva.

Já para Hegel<sup>55</sup>, a pena é justificada pela necessidade de restabelecer a vigência da ordem jurídica. A pena é utilizada como retribuição ao criminoso pelo fato praticado, sendo quantificada de acordo com a intensidade da negação do direito. Segundo ele, a base do Direito consiste na racionalidade e na liberdade.

Outros doutrinadores<sup>56</sup> também defenderam as teorias retributivas da pena. Tal teoria foi alvo de críticas<sup>57</sup>, dentre elas a ausência de critérios para a imposição da pena, a afirmação sem restrições da faculdade estatal de penalizar formas de condutas culpáveis, a impossibilidade de eliminar um mal por outro mal.

Verifica-se que não há preocupação da teoria mencionada em ressocializar o indivíduo que comete o delito, nem mesmo em restaurar a paz social.

#### 4.1.1.2 Teoria preventiva da pena

A teoria preventiva entende a pena não como retribuição ao fato delitivo e sim como prevenção, de forma a evitar que sejam cometidos, no futuro, novos crimes. A pena, assim, se traduz em um mal para quem sofre, mas tem como finalidade precípua a inibição de novos fatos delitivos. São subdivididas em teoria preventiva geral e teoria preventiva especial.

A teoria preventiva geral está dirigida aos membros da sociedade em geral, todavia consiste na ameaça em que a pena produz no indivíduo como forma de intimidação no

---

<sup>55</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel (Estugarda, 27 de agosto de 1770 — Berlim, 14 de novembro de 1831) foi um filósofo alemão. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Georg\\_Wilhelm\\_Friedrich\\_Hegel](http://pt.wikipedia.org/wiki/Georg_Wilhelm_Friedrich_Hegel)> Acesso em: 25 nov.2010.

<sup>56</sup> Francesco Carrara, Karl Binding, Mexger, Welzel, Maurach e outros. BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 116

<sup>57</sup> Ibidem

cometimento de delitos.

Pela teoria preventiva especial entende-se aquela dirigida ao delinqüente em particular, com o escopo de evitar que este venha, no futuro, a cometer novos delitos. Dessa forma, há uma preocupação com a prevenção da reincidência e com a ressocialização do indivíduo. Tal teoria analisa a personalidade do agente, as circunstâncias pessoais que o levaram a cometer o crime, para somente depois decidir acerca da pena, buscando-se, dentro do possível, evitar o encarceramento.

Essa teoria também recebeu críticas, pois sob a justificativa de prevenção quanto à prática de novos delitos, o poder estatal não teria limites, existindo, assim, uma tendência ao Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que há um juízo de valor acerca da periculosidade do agente.

#### 4.1.1.3 Teoria mista ou unificadora da pena

A teoria mista tenta agrupar em um conceito único os fins da pena, reunindo os aspectos mais importantes das duas teorias já mencionadas. Sustentam que uma ou outra teoria é incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que são importantes ao Direito Penal. Essa teoria defende que a sanção deve fundamentar-se apenas no delito cometido, ou seja, a pena não pode ir além da responsabilidade pelo fato praticado.

#### 4.1.1.4 Teoria da prevenção geral positiva

Diante da insatisfação com as teorias anteriores como forma de diminuição da criminalidade, a doutrina apresentou a teoria da prevenção geral positiva, que se divide em prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.

Welzel e Jacobs são representantes da prevenção geral positiva fundamentadora, que prevê a garantia da função orientadora das normas jurídicas, mesmo que para o primeiro doutrinador seja através da proteção de bens jurídicos, e para o outro nem tanto. Como crítica está o fato de que não há como exigir do indivíduo determinados padrões éticos em um Estado Democrático de Direito, além de não impor limites ao poder punitivo estatal.

A prevenção geral positiva limitadora defende a pena através de um procedimento com a presença das garantias jurídico-constitucionais, significando um limite ao poder punitivo estatal. Esses limites são materializados através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da culpabilidade, dentre outros. Tal teoria tem como principal finalidade a pena como prevenção geral de caráter intimidatório e limitador, além da prevenção especial quanto à ressocialização do indivíduo.

#### 4.1.1.5 Espécies de pena no Brasil

No Brasil, as penas atualmente em vigor são as privativas de liberdade, as restritivas de direito e de multa, conforme dispõe o artigo 32 do Código Penal. A primeira consiste em restringir a liberdade do condenado fazendo-o permanecer em um estabelecimento prisional por um determinado tempo. Essa pena pode ser de reclusão ou detenção, de acordo com o determinado no tipo penal do delito cometido pelo agente e a gravidade do crime. A reclusão comporta os regimes semi-aberto e aberto, já a detenção, os regimes fechado, semi-aberto e aberto.

O cumprimento da pena privativa de liberdade é feita através de um regime progressivo. Já as penas restritivas de direito são alternativas para a não aplicação das penas privativas de liberdade. Possuem natureza substitutiva, não podendo ser aplicadas juntamente com as privativas de liberdade. Tais penas são: prestação pecuniária, perda de bens e valores,

prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação do fim de semana. Também pode ocorrer a interdição dos seguintes direitos: a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, incapacidade para o exercício do pátrio poder, a tutela ou a curatela e a inabilitação para dirigir veículo.

Verifica-se que a adoção de penas alternativas, nas hipóteses de delitos de baixo e médio potencial ofensivo, mostram-se vantajosas. Essas alternativas possuem baixo custo, e visam a qualificação profissional e a reintegração social do condenado, diminuindo a tensão nas penitenciárias pela falta de vagas e pelo caos existente. Assim, a reclusão é a medida aplicada em casos extremos, de suma gravidade.

Merece destacar que a prisão tem sido vista como fator criminógeno, representando um estímulo àquele que comete crimes. O sistema carcerário no Brasil não está sendo capaz de exercer as funções da pena, quais sejam prevenção e ressocialização, sendo certo que não traz nenhum benefício ao condenado, ao contrário, possibilita vícios e degradações do indivíduo. É cediço que na maioria das prisões as condições são precárias, as deficiências nos alojamentos e na alimentação possibilitam uma degradação na saúde e na integridade dos detentos. A falta de higiene, as condições deficientes de trabalho, que acabam gerando para os condenados o ócio completo, a deficiência de serviços médicos, o elevado índice de consumo de drogas, em virtude da corrupção de alguns funcionários penitenciários, e muitos outros fatores colocam a prisão, nos dias de hoje, como fator criminógeno. Na maioria das vezes, a prisão tem a função de aprofundar no condenado suas tendências criminosas, visto que os infratores de crimes de menor intensidade convivem diariamente com os criminosos de alta periculosidade, promovendo, assim, verdadeiras associações delitivas.

#### 4.2 Pessoa do criminoso – reincidência



Inicialmente merece destacar que a reincidência pode ser encarada sob dois aspectos. O primeiro, como indicador de ineficazes mecanismos de controle social, além de insuficientes medidas preventivas e repressivas utilizadas pelo Estado para combater o crime. O segundo se refere àquela massa de delinqüentes recidivantes, desapegados a quaisquer valores morais, sem pretensões futuras. São os chamados criminosos por tendência. Praticam o mal sem escrúpulos e são considerados portadores de manifesta periculosidade social.

Muitas pesquisas<sup>58</sup> chegaram à conclusão de que a razão da reincidência está na ausência de assistência pós-prisional. Isso porque o condenado, durante o cumprimento da pena, se vê limitado a um individualismo profundo, numa total solidão. No início do cumprimento da pena, as visitas de familiares são mais freqüentes, o que leva o preso a diminuir sua angústia, mas depois é mais provável que elas diminuam em número com o passar do tempo. Assim, sem contato com o mundo exterior, ele se associa, muitas vezes, com delinqüentes mais perigosos, e condenados por delitos mais graves, ficando receptível aos vícios.

Em razão disso, deve-se ver o criminoso como um sujeito que ‘pagou’ sua dívida para com a sociedade e que por esse motivo tem o direito de se ressocializar, sendo suscetível a recuperação, salvo aquela massa de criminosos natos, irremediáveis, que representam um número mais restrito. Os demais, através de uma política criminal eficaz, possuem direito que o Estado promova sua ressocialização, devolvendo-os curados à sociedade. Assim, cabe a esse ente público reeducar o preso, renovando seus valores e dando-lhe dignidade para uma vida nova.

Frise-se que a postura da sociedade muitas vezes é de não se importar com o preso, vendo-o o ‘quanto mais longe, melhor’, independente de suas condições de sobrevivência dentro do presídio. Todavia, essa postura tem-se modificado, de forma que está sendo

---

<sup>58</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.161/163.

percebido que se algo grande e solidário não for feito, o caos em que já está o sistema penal piorará significativamente. Assim, proporcionar ao presidiário e ao ex-presidiário condições dignas de ressocialização se traduz em evitar a reincidência, e conseqüentemente, diminuir a criminalidade.

Impende ressaltar que não se está defendendo qualquer posição garantista ou idealizando o preso como um anjo. Todavia, o que se está pretendendo destacar é que o condenado deve ‘pagar’ a sua dívida perante a sociedade, cumprindo sua pena de forma digna, isto é, dentro de um sistema prisional que permita que ele não fique ocioso, sem trabalho ou ocupação, e não como é hoje, ou seja, o tempo que durar a sua pena serve como pós-graduação no crime, pois o indivíduo sai com valores piores do que entrou. Mas pretende-se levar a uma maior reflexão de que a transformação na compreensão do condenado é que permitirá à sociedade viver em paz, uma vez que atualmente se vive em tempos de medo, angústia e terror. Assim, a tarefa de ressocializar o condenado, começa dentro e continua fora da prisão, consiste em um desafio e em uma esperança para a redução da prática de delitos.

#### 4.3 Vitimologia e a justiça penal reparadora

Inicialmente cumpre esclarecer que vitimologia consiste na parte da criminologia que estuda a vítima e suas relações, com o próprio infrator, ou até mesmo, com o sistema. Por um longo tempo na história do Direito Penal a vítima foi esquecida, principalmente em razão do caráter retributivo da política criminal adotada. Dessa forma, o seu papel se resumia como o de mero “declarante”, assumindo todos os riscos e inconvenientes da sua posição.

Verifica-se que vários direitos e garantias constitucionais do acusado foram consagradas e preservadas, entretanto as da vítima foram esquecidas. Em que pese a

existência do artigo 245 da Constituição Federal, que prevê: “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimizadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”, tal lei ainda não foi editada e publicada.

Impende destacar que as expectativas reparatorias da vítima se tornam sem qualquer importância diante da suposta função da pena, que para muitos significa o castigo, ainda que este não se traduza na prevenção de novos crimes e na ressocialização do agente.

Segundo César Barros Leal <sup>59</sup>,

“... Que se permita o diálogo, sempre que possível, entre o autor e a vítima; que a vítima seja comunicada de todo o andamento do feito, dos seus direitos etc.; de outro lado, que a decisão do juiz criminal, na medida do possível, resolva o conflito, isto é, que permita a reparação do dano, mesmo porque a prisão, que constitui o eixo do modelo clássico, não soluciona nada, não resolve o problema da vítima e tem um custo social muito alto. Por tudo isso, deve ser reservada para casos extremos (*ultima ratio*).”

De acordo com o artigo 91, inciso I, do Código Penal, é consequência da sentença penal condenatória a obrigação de reparar o dano causado em virtude do delito cometido. Tal decisão, após o trânsito em julgado, constituirá em título executivo judicial, cabendo ao interessado promover a execução no Juízo Cível.

Diante da reforma do Código de Processo Penal, verifica-se que não basta a fixação da obrigatoriedade de reparar os danos, uma vez que isto dependeria das condições financeiras do condenado. Logo, caberia ao Estado assumir esta obrigação, que seria adimplida através de um fundo, criado e alimentado pelo Judiciário com recursos oriundos das penas de multa, que serviria tanto para as reparações provisórias, quando a demanda está em curso, ou até mesmo a definitiva, quando o infrator for insolvente.<sup>60</sup>

Frise-se que a reparação dos danos poderia gerar o arquivamento do caso, diante do princípio da oportunidade, a concessão de sursis menos rigoroso ou a atenuação da pena

---

<sup>59</sup> LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor, organizadores. *Violência e Vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.189.

<sup>60</sup> *Ibidem*

aplicada. Assim, tal modalidade serviria de medida alternativa ao Direito Penal Clássico, podendo melhorar o processo de ressocialização do indivíduo que comete o delito. Insta salientar que essa modalidade de reparação já consta na Lei ambiental (artigos 20, 27 e 28 da Lei nº 9.605/98), bem como no Código de Trânsito Brasileiro (artigo 297 da Lei nº9.503/97).

Assim, é notório que a reparação dos danos não teria o condão de evitar a pena de prisão a todo o custo, mas fazer valer o princípio norteador da intervenção mínima do Direito Penal, restabelecendo a paz jurídica entre as partes.

#### 4.4 O papel do Estado

##### 4.4.1 Prevenção

Segundo o dicionário Aurélio<sup>61</sup>, o sentido etimológico da palavra prevenir é ‘dispor com antecipação, ou de sorte que evite dano ou mal’. Todavia, a doutrina apresenta vários significados para a palavra, dentre eles: efeito dissuasório da pena; dificultar o cometimento do crime com ameaça de castigo; impedir a reincidência do infrator.

Verifica-se que acerca do tema há uma distinção entre prevenção primária, secundária e terciária. A primeira compreende um estudo da origem do conflito criminal, ou seja, uma análise de suas causas com o escopo de evitar o surgimento do delito. Dessa forma, deve-se trabalhar para alterar os estimulantes e inibidores da criminalidade, quais sejam: a miséria, o desemprego, o subemprego, a ausência de programas sociais e educacionais, a corrupção política, o desajuste familiar etc. Nesse sentido, essa prevenção tem por finalidade solucionar situações carenciais que levam ao crime, e para tanto devem oferecer ao indivíduo educação, socialização, moradia, assistência social, trabalho e qualidade de vida. Englobam

---

<sup>61</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 7 ed. Curitiba: Positivo, 2008.

programas sócio-culturais, além de estratégias econômicas, que possam proporcionar aos indivíduos a superação dos conflitos sociais sem chegar a delinquir.

Entretanto, é notório que a prevenção primária é um processo lento, que só apresentará resultados daqui a muitos anos, e para isso a sociedade, bem como os governantes, terão que envidar esforços em busca de solucionar a questão.

A prevenção secundária consiste em analisar a manifestação do delito, estudando os grupos que apresentam maior probabilidade de delinquir. Assim, atribui-se uma importância aos programas de prevenção policial, ao controle da mídia, bem como uma política legislativa penal eficiente.

Por prevenção terciária compreende-se o condenado, e por essa razão, destacam-se aqui os programas reabilitadores e ressocializadores com o objetivo de evitar a reincidência.

Merece destacar que há vozes que defendem um modelo de prevenção socialista. Tal modelo afastou as teorias que explicavam simplesmente o delito e não o combatia, por ações transformadoras nas causas econômicas que permitiam a sua produção. Vale lembrar que ganhos significativos foram feitos, mas que o controle econômico não seria a única origem desse problema.

Na doutrina<sup>62</sup> encontram-se dois modelos teóricos de prevenção do crime, são eles o clássico e o neoclássico. Pelo modelo clássico, ressalta-se a severidade em torno da pena como meio intimidatório e preventivo. Já o neoclássico investe na forma de como o sistema penal é visto pelo delinqüente.

Insta salientar que já se pode perceber que não há eficácia em um modelo de sistema penal apenas baseado no medo do delito em razão dos rigores da lei. Tal modelo é gerador de prejuízos, pois mais rigor nas leis, dentro do Direito Penal, não significa menos crimes. Ao contrário, associado à ausência de uma política de prevenção, leis excessivamente

---

<sup>62</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 137/145.

severas só levarão a escassa efetividade do sistema legal, levando o criminoso a ter uma percepção subjetiva de que sairá impune. Logo, a solução não está apenas na severidade das leis, mas sim na certeza e na infalibilidade do sistema penal.

Nesse sentido, Molina ensina:

A pena não é um risco futuro e incerto, senão um mal próximo e certo, inexorável. Pois se as leis nascem para ser cumpridas, temos que concordar com o ilustre milanês que só a efetiva aplicação da pena confirma a seriedade de sua cominação legal. Que a pena que realmente intimida é a que se executa: e que se executa prontamente, de forma implacável, e ainda caberia acrescentar a que é percebida pela sociedade como justa e merecida.<sup>63</sup>

O modelo neoclássico trabalha não só incentivando uma maior severidade nas penas, mas numa melhoria de toda estrutura do Direito Penal. Ou seja, em estratégias eficazes de prevenção, policiais em número superior aos que existem hoje, melhores treinados, mais juízes competentes, mais e melhores prisões. Logo, deveria ser empregada uma estrutura material e orçamentária superior, de forma que atenda as necessidades daquele momento. Assim, a utilização apenas dessa estratégia resultará em um maior número de crimes registrados, pois possibilitará mais condenações, diminuindo a cifra negra. Todavia, não inibirá o cometimento de novos delitos.

Diante do exposto, verifica-se que a solução da questão passaria não só pelo rigor das leis, ou seja, em um maior rigor para a obtenção de benefícios no cumprimento das penas, pois a falibilidade do sistema penal proporciona a inevitável fuga. Vide o benefício do indulto, em que muitos detentos não retornam ao estabelecimento prisional para continuar o cumprimento da pena. Ademais, em uma modificação em toda infra-estrutura do sistema, qual seja, a construção de novos presídios, mais e melhores policiais, uma efetividade desde a investigação ao julgamento do crime, no cumprimento da pena, aplicação de maiores quantias orçamentárias etc. Além de uma eficiente política de prevenção, proporcionando ao preso, já no cumprimento de sua pena, a possibilidade de estudar e trabalhar, aprendendo novos

---

<sup>63</sup> GARCIA, Antônio, MOLINA, Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 318.

ofícios, e ajudando a sociedade no seu custeio; além de fornecer meios sociais que levassem o indivíduo a não delinquir e a não reincidir, como a possibilidade de conseguir emprego, educação, saúde, moradia digna, dentro de suas limitações.

#### 4.4.3 Fatores sociais

É notório que há uma estreita ligação entre a situação econômica e o crime. Verifica-se que a pobreza consiste em um dos fatores que inspira o indivíduo a delinquir, principalmente em uma sociedade capitalista, em que o consumo é incentivado de forma desmedida, particularmente pelos meios de comunicação. É cediço que há um número expressivo de criminosos analfabetos ou semi-analfabetos, pobres ou miseráveis, desprovidos de valores morais adequados, nutridos de revolta e ódio perante àqueles que ostentam uma posição hierárquica economicamente superior.

Em razão da má distribuição de riquezas e de uma política econômica que faz o rico cada vez mais rico e o pobre cada vez mais pobre, tais sentimentos servem de fomento para o aparecimento de crimes desde o vandalismo até os bárbaros, que chocam a sociedade pelo fato de demonstrar uma total indiferença para com o outro, com a vida e com a integridade do homem.

Merece frisar que esse não é o único fator que proporciona um crescimento da criminalidade. Pois, se assim fosse, os países socialistas não teriam problemas. Logo, ainda neles, a justiça social que se incentiva e busca não é efetiva, uma vez que, para solucionar a questão econômica, diminui-se o poder aquisitivo de parte da população denominada rica, igualando-a aos pobres, porém não se proporciona um aumento do poder aquisitivo destes.

Assim, se a pobreza contribui para que o indivíduo se revolte e venha a delinquir, que dirá a miséria. É óbvio que não se está querendo dizer que toda pessoa que é pobre venha

no futuro a cometer crimes. Frise-se que a miséria e a pobreza são fatores que associados a outros proporcionam uma tendência ao indivíduo em delinquir.

Outro fator importante consiste na educação. Pessoas que não podem investir na educação possuem menos chances de sucesso no mundo industrial. Logo, o Estado deveria aplicar verbas com expressivos valores na educação como forma preventiva de eliminar causas da criminalidade. Sobretudo, deveria oferecer meios para que os jovens considerados hipossuficientes economicamente freqüentem cursos profissionalizantes gratuitos. Isso porque oferecer um rumo à vida do jovem significa dar a ele novos valores morais e maneiras de poder adquirir moradia digna, família, vida social etc.

Todavia, verificar o caos em que está a saúde e a educação no nosso país, só nos faz crer que se não houver uma pressão popular em busca de transformações, e até mesmo conscientização dos políticos em trabalhar em prol de prevenir a criminalidade, significa caminhar ao encontro de um abismo.

Dessa forma, compreender que a miséria, a pobreza, a ausência de educação, a falta de políticas de saúde, a moradia indigna, o desemprego, o subemprego, dentre outros fatores, colaboram para um processo de delinqüência, é perceber o quanto se precisa mudar. Logo, não há como desconsiderar que as condições desfavoráveis de moradia comprometem a própria saúde do indivíduo, levado, muitas vezes, a sobreviver de forma desumana. Por isso, ausência de saneamento básico, desnutrição, falta de higiene, associado ao desemprego, à fome, à miséria, influenciam a curva ascendente da criminalidade. Além disso, há a ausência de uma política urbana, que tem como conseqüência grandes aglomerados humanos, próprios dos centros urbanos, sem condições mínimas de habitação, atraídos por melhores oportunidades de emprego. Nesses casos, como exemplo, a população convive bem com o furto de energia elétrica e de água para sua sobrevivência, como se natural fosse. Logo, já há uma deturpação de valores morais daquelas pessoas. Dessa forma, os movimentos



migratórios desordenados também são fatores que podem propiciar um aumento na delinquência. Entretanto, vale frisar que já há uma política das concessionárias em implementar uma conscientização nessa camada da população, incutindo a necessidade de pagamento, mesmo que em módicas quantias, do serviço fornecido. Todavia, ainda é ínfimo o número de pagantes, nas comunidades, por tais serviços.

Merece destacar que a corrupção governamental gera uma indignação entre os cidadãos e que por si só já os leva a crer na impunidade, pois, na maioria das vezes, a mídia mostra que o erário público espoliado ou apropriado indevidamente remanesce desfalcado, e mais, que o agente sequer foi preso. Assim, aquilo que deveria ser um exemplo para a população, consiste em um incentivo para aqueles que já não possuem valores morais enraizados, de forma que muitas vezes a mensagem passada é a de que se eles, governantes, podem, porque não a população?

Impende frisar que a transformação deverá ocorrer até na formação da moral pública a qual está demasiadamente abalada. Por isso, necessário se faz deixar claro que não são só os pobres que delinquem, caso contrário não existiriam os ‘crimes de colarinho branco’. Todavia, percebe-se que muitas vezes o poderoso desfruta do espúrio benefício da impunidade, principalmente pelo fato de poder pagar inúmeros e competentes advogados, sem mencionar a compra de decisões, o que, é sabido, infelizmente existe, qualquer que seja a instância.

Nesse sentido, esclarece Molina:

A opinião pública parece adotar uma atitude resignada e conformista ante os obstáculos que a realidade interpõe para perseguir o crime dos poderosos. As reformas legais dirigidas à punição deste tipo de crime colhem escassos êxitos práticos. Na própria doutrina científica, inclusive, proliferam propostas que culminam numa substancial diminuição da intensidade da perseguição da delinquência dos poderosos ou que sugerem, abertamente, a necessidade de uma resposta penal atenuada em seus componentes penosos. Este é o caso da chamada fórmula da “dupla velocidade”, que reservaria a pena de prisão à criminalidade convencional, prevendo para aquela criminalidade empreendida pelos poderosos sanções administrativas ou penais atenuadas, e que excluiriam a privação de

liberdade.<sup>64</sup>

#### 4.4.4 Causas institucionais

Cumprir ressaltar que até a justiça pode contribuir com o crime, por mais estranho que isso pareça. Isso porque a demora no Judiciário faz postergar direitos e procrastinar deveres, o que inevitavelmente favorece a impunidade, principalmente nas fugas e nas prescrições dos crimes cometidos.

Segundo o desembargador e doutrinador Álvaro Mayrink da Costa,

Os mecanismos judiciais e penitenciários podem, por vezes, exercer efeitos criminógenos, que podem, em certos casos, construir carreiras criminosas. É preciso admitir que os procuradores e os juizes, apesar de suas vontades, não apresentam ser aquilo que gostariam.<sup>65</sup>

Dessa forma, a sociedade anseia por um Judiciário mais célere na solução dos litígios penais, com o efetivo cumprimento das penas, ao império da lei e da Constituição vigente. E se é necessário um número maior de funcionários, incluindo juizes, promotores e defensores, que o Estado promova esse investimento, como forma de diminuir a impunidade que assola a sociedade hodierna.

É notório que a atividade policial é extremamente necessária para a manutenção da ordem. Todavia, para isso, deverá ter um efetivo maior, melhor aparelhado e com superior competência na apuração e no combate ao crime. Não pode ser mais tolerada uma polícia mal equipada, pior que os marginais por ela enfrentados, pois isso é fadar os policiais ao insucesso em suas operações, servindo apenas para aumentar o número de mortes de policiais em ação.

Vale lembrar que o Estado deveria investir mais na dignificação da carreira do policial, não oferecendo a ele uma miséria de salário em contrapartida à exposição de sua vida e sua integridade no enfrentamento do crime. Logo, se essa prática não for alterada, existirão

---

<sup>64</sup> GARCIA, op. cit., p. 418.

<sup>65</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. *Criminologia*: v. 1 - tomo I e II. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 1264.

cada vez mais policiais corruptíveis, e nesse caso, será mais difícil ainda conter o crime, pois será necessário estirpar tanto o criminoso, quanto o policial corrupto.

Assim, não cabe mais à sociedade tolerar um policial que participa das jogatinas consideradas proibidas por lei, que faz parte de milícias, que cobra taxas de estabelecimentos que exploram a prostituição, que compactuam com traficantes e outros delinquentes. Não é demais recordar que o papel dos policiais é proteger a sociedade, combater o crime, promover a segurança civil, manter a ordem etc, e não transmudar-se em criminosos legalmente instituídos pelo Estado.

Nesse sentido, cabe ao Estado investir na carreira policial, proporcionar celeridade e idoneidade nas investigações, de forma a não mais contribuir com a impunidade.

Ademais, a ineficiência da polícia tem gerado um progressivo aumento dos serviços de segurança privada. Essa área tem evoluído, principalmente, em razão do sentimento de insegurança que assola a todos, e a falibilidade do sistema de segurança pública. Acrescem a isso os aparatos utilizados como meio de proteção individual, quais sejam, circuitos internos de segurança, grades, alarmes sonoros etc. Assim, aqueles que contratam esse serviço, o fazem em razão da lentidão e da ineficácia do serviço de segurança pública formal. Entretanto, espera-se que a segurança daqueles que podem efetivamente contratar tais serviços não prejudique a segurança de quem não pode pagar. Logo, há a criação de verdadeiras “fortalezas” frente ao crime, concebidas por aqueles que dispõem de dinheiro para pagar pela sua segurança, e ali vivem como que presos com seus familiares, com medo de sair de um sistema seguro e encarar o mundo. Por isso, a exemplo de muitos condomínio de luxo, constroem áreas de lazer, cinemas, *shoppings*, colégios, academias, restaurantes e tudo mais que for necessário para evitar a saída das pessoas da fortaleza.

É importante mencionar o papel da mídia, que por mais imprescindível no fornecimento das notícias, possui enorme influência como manipulador de opiniões, o que

nem sempre é positivo. Isso porque os veículos de massa, algumas vezes, divulgam as matérias de forma sensacionalista, que influenciam negativamente as pessoas.

Assim, conforme ensina Baratta<sup>66</sup>, a função natural do sistema penal é conservar e reproduzir a realidade social existente, através de uma política de transformação desta realidade, com uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e garantias constitucionais.

---

<sup>66</sup> BARATTA, op. cit., p.107.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo promover uma reflexão acerca de um assunto de imensa importância dentro do Direito Penal. Inicialmente, buscou-se fazer um panorama histórico explicando as principais Escolas penais e a sua relevância ao longo dos anos. As teorias mencionadas no primeiro capítulo serviram para mostrar que a análise de setores particulares não é suficiente para resultar na diminuição do cometimento de crimes, nem mesmo para atender as funções precípua da pena.

Em seguida, foi apresentada a teoria do direito penal do inimigo, de Günter Jakobs, que considera inimigo como aquele indivíduo que abandonou por completo a estrutura normativa da sociedade, com a qual não compartilha mais nenhum interesse ou valores. Trata-se de uma situação de exceção em que o Estado não mais consegue ressocializar o indivíduo que detém comportamento delituoso reiterado, tendo a conduta criminosa como hábito e profissionalismo.

Verifica-se que a desistência do Estado na recuperação daquele indivíduo considerado 'inimigo' não decorre de forma automática, sendo certo que o sujeito que não utiliza o crime como prática habitual não perderá, para essa teoria, a qualidade de cidadão, e o Estado não o verá como inimigo. Porém, aqueles que não oferecem garantia ao Estado de que deixarão de praticar novos delitos, já não mais interessam ao ente estatal como forma de ressocialização, eis que na visão do Estado não há mais como inseri-lo no contexto social, sem que isso represente risco para a coletividade.

A pesquisa realizada teve caráter meramente elucidativo, em razão do pouco acervo bibliográfico acerca da teoria do direito penal do inimigo. Assim, deve-se levar em conta que o intuito dessa pesquisa não é a defesa da mencionada teoria, mas sim promover uma análise do que efetivamente ocorre na prática, que resulta na aplicação indireta de alguns preceitos da referida teoria.

Impende frisar que os defensores do estado democrático de direito argumentam o fato de que por tal teoria os autores são punidos antes da efetiva conduta, significando um direito penal conhecido como do autor, não defendido pelo nosso Direito penal, pelo menos formalmente. Todavia, alguns exemplos no nosso ordenamento jurídico vigente, mencionados nessa pesquisa, se contrapõem a essa regra.

Mister salientar que, conforme já explicado no presente trabalho, o direito penal do inimigo foi criado como defesa frente à criminalidade em suas formas mais graves, quais sejam, o terrorismo, o tráfico de entorpecentes e outras que sobrevivem diante de estruturas criminosas complexas e duradouras. Assim, o objetivo dessa teoria foi o de atribuir um tratamento diferenciado com o intuito de preservação do equilíbrio e da paz social.

Outrossim, há certa semelhança entre a mencionada teoria e os preceitos do direito penal de terceira velocidade, eis que utiliza a flexibilização de garantias processuais fundamentais em casos de extrema necessidade.

Nesse contexto, diante de uma análise apressada acerca da teoria, poder-se-ia afirmar que ela não se coaduna com os preceitos de um Estado democrático de direito, pois representaria um retrocesso para o grupo social. Todavia, vale observar que nenhum direito pode ser considerado em sua acepção absoluta, sendo necessário muitas vezes haver uma flexibilização das garantias dos indivíduos que cometem condutas criminosas reiteradas em prol da segurança social. Logo, cabível uma análise acerca das situações no caso concreto e uma ponderação de valores que levem o julgador a decidir aquilo que atenderá ao equilíbrio e a paz da sociedade.

Desse modo, a análise proposta nesse trabalho serve apenas como um alerta para que o aplicador do direito não olhe de forma superficial o assunto ventilado, mas sim de forma aprofundada, fazendo uma reflexão sobre o que efetivamente ocorre no dia-a-dia.

Tentou-se demonstrar alguns conflitos entre princípios e garantias asseguradas

pela Constituição Federal de 1988 e medidas processuais que, na prática, resultam na mitigação da teoria penal do inimigo. Nesse sentido, em algumas hipóteses ventiladas na pesquisa demonstrou-se que fatores sociais e pessoais contribuem desfavoravelmente para fortalecer um juízo de valor acerca do sujeito que cometeu o delito na fase da fixação da pena.

Outro ponto que mereceu análise nesta pesquisa foi a questão da progressão de regime na lei de crimes hediondos, que demonstrou a colisão de direitos e garantias constitucionais, isto é, a segurança pública e o princípio acima mencionado e o da dignidade do condenado. Frise-se que esse trabalho deixou claro que na ponderação de valores constitucionais, prepondera aquele de maior importância que é a preservação da sociedade. Logo, o condenado que não apresentar bom comportamento penitenciário direcionado à tentativa de reingressar no meio social, não fará jus ao benefício, utilizando-se como instrumento importante o exame criminológico, que determinará se o reingresso daquele indivíduo ameaçará a integridade e a vida de outras pessoas, bem como a paz social.

O direito penal tem se mostrado atrasado em relação à evolução dos tempos, gerando estigmas e marginalizações, eis que representa apenas parcela de interesses da coletividade, sendo, portanto, incapaz de conter a prática de delitos e acarretando um alto custo para a sociedade.

Insta salientar que a situação é agravada porque não há fomento público para a construção de presídios dignos para o cumprimento de pena. A realidade conferida em penitenciárias, delegacias, centros de detenção provisória e manicômios está longe de ser algo aceitável, colocando em risco a recuperação, a integridade, a dignidade e a vida dos condenados. Assim, mais uma vez, verifica-se a supressão de direitos e garantias, o que nada mais é do que a aplicação, ainda que indireta, da teoria do direito penal do inimigo, o que restou demonstrado também em outros princípios constitucionais trabalhados nessa pesquisa.

O último capítulo buscou fazer um breve panorama atual do Brasil na legislação

vigente, de forma a destacar que a prisão tem sido vista como fator criminógeno, estimulando aqueles que cometem crimes. O sistema carcerário existente não é capaz de exercer as funções de prevenção e ressocialização da pena, ao contrário, tem proporcionado vícios e degradação dos condenados.

Em seguida, a apresentação de questões relacionadas à reincidência, prevenção, vítima e à própria conduta do Estado nesse contexto social faz entender a situação caótica que chegamos aos dias de hoje.

Restou demonstrado ao longo da pesquisa que a miséria, a pobreza, a ausência de educação, a moradia indigna, a falta de políticas de saúde, o desemprego e o subemprego, além de outros fatores, auxiliam favoravelmente à criminalidade.

Verifica-se que a solução para a questão estaria na alteração de toda a infraestrutura do sistema, isto é, na aplicação de verbas orçamentárias utilizadas na construção de novos presídios, na efetividade desde a investigação até o julgamento do crime, na quantidade e na qualificação de policiais. Além de uma eficiente política de prevenção que proporcionasse ao preso, durante o cumprimento de sua pena, a possibilidade de estudar e trabalhar, aprendendo novos ofícios e auxiliando no seu custeio. Uma nova conscientização social, uma justiça mais célere, um maior número de juízes, promotores, defensores e funcionários em geral, contribuiriam, de forma significativa, para a mudança do atual panorama.

Até que isso aconteça, e diante da incompetência do poder punitivo, repressor e ressocializador do Estado, eis que não consegue buscar alternativas e meios eficazes para promover a proteção e segurança da sociedade, será necessário compreendermos que mesmo em um Estado democrático de direito não há garantias ou direitos constitucionais absolutos. Assim, a convivência entre mais de um direito assegurado constitucionalmente poderá resultar na relativização de um pelo outro.



Logo, em algumas situações, será necessária a relativização de alguma garantia do condenado em prol de garantias do grupo social. Dessa forma, a defesa da aplicação de um direito penal diferenciado é feita, em hipótese excepcional, diante de alguns acontecimentos fatídicos nos dias de hoje, o que leva à ponderação de direitos constitucionalmente assegurados. Nessa perspectiva, o direito penal do inimigo será aplicado, ainda que de forma indireta, nas situações que levem a preservação da integridade, da dignidade e da paz do grupo social.

## REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Criminologia y sistema penal*. Compilación in memoriam. Editorial de Montevideo. Buenos Aires, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, tomo I: introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de Criminologia*. 4 ed. Niterói RJ: Impetus, 2009.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Criminologia: v. 1 - tomo I e II*. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GARCIA, Antônio, MOLINA, Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GUNTHER, Jakobs. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Manuel Cancio Meliá, org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GUNTHER, Jakobs. *Direito penal do inimigo*. Org. e trad. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HANSSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- Justiça Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006
- LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor, organizadores. *Violência e Vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado – Parte geral*. São Paulo: Método, 2008.
- MAÍLLO, Affonso Serrano. *Introdução à criminologia*. Tradução de Luiz Regis Prado. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NEWTON, Fernandes. *Criminologia integrada*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Inimigo do direito penal*. 2007

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIRANGELI, José Henrique. *Manual do Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo do direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84687. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26/10/2004, DJ 27-10-2006, p. 333-346.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº79.489/DF, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/04/2010, DJ 10/05/2010.