

O DIREITO PENAL DO INIMIGO ANTE OS PAÍSES SIGNATÁRIOS DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E A CRESCENTE ONDA DE VIOLÊNCIA E TERRORISMO

Petter Ondeza

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas

Orientação: Prof.º Dra. Ana Paula Guimarães

Dr. Carlos Medeiros

Dezembro/2021



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática.

Petter Ondeza

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO ANTE OS PAÍSES
SIGNATÁRIOS DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA
COSTA RICA E A CRESCENTE ONDA DE
VIOLÊNCIA E TERRORISMO**

Dissertação de Mestrado

**Trabalho realizado sob a orientação dos Professores Doutores Ana Paula Guimarães e
Carlos Medeiros**

Porto

Dezembro de 2021

Dedicatória

Dedico esta dissertação a meus familiares, aos colegas de curso, aos professores e a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para esta conquista.

Agradecimentos

Agradeço a minha família que me apoiou e esteve comigo durante todo este percurso, sabendo superar a saúde e a distância para que eu pudesse alcançar o Grau de Mestre.

Declaração de não Plágio e de originalidade

Declaro, para os devidos efeitos, ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducentes à sua elaboração, que o presente trabalho é original e que as citações dos autores e bibliografia utilizados estão devidamente identificados.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade Portucalense. Mais declaro que os orientadores não tiveram participação ativa no conteúdo versado e no que se encontra escrito nesta dissertação de mestrado. Toda e qualquer fraude que vier a ser detetada é de minha inteira e exclusiva responsabilidade.

Em 28 de Dezembro de 2021

Petter Ondeza Corrêa da Fonseca, estudante, nº 40869

Assinatura: *Petter Ondeza Corrêa da Fonseca*

RESUMO

O presente estudo objetiva discutir a seletividade estatal e o direito penal do inimigo à luz da doutrina criminal moderna. Para tanto, inicia apresentando reflexões sobre a pena, sua finalidade e panorama atual do sistema prisional brasileiro; explica a teoria do Direito Penal do Inimigo apontando sua origem e filosofia; e aborda a instrumentalização da teoria da co-culpabilidade do Estado como forma de mitigar o direito penal do inimigo. Para o desenvolvimento desta pesquisa, como metodologia, foi empregada a revisão bibliográfica da doutrina e recorreu-se à legislação pertinente. Concluiu-se que são muitas as vítimas produzidas por um Direito Penal seletivo e direcionado ao inimigo fazendo-se necessária a mudança de mentalidade e que sejam firmadas parcerias entre os ministérios, a exemplo dos responsáveis pela educação, emprego, habitação, meio ambiente, recreação, saúde e serviços sociais, assim como a polícia e a justiça, com vistas a obter redução nos índices de criminalidade, a partir do estabelecimento de estratégias de dinâmica proativa em detrimento das estratégias reativas, de forma a obstar o crime e a vitimização.

Palavras-chave: Direito Penal Máximo. Seletividade. Inimigo. Co-culpabilidade do Estado.

ABSTRACT

The present study aims to discuss the enemy's state selectivity and criminal law in the light of modern criminal doctrine. To this end, it starts by presenting reflections on the penalty, its purpose and current panorama of the Brazilian prison system; explains the Enemy's Criminal Law theory by pointing out its origin and philosophy; and addresses the instrumentalization of the State's co-culpability theory as a way of mitigating the enemy's criminal law. For the development of this research, as a methodology, a bibliographic review of the doctrine was used and the relevant legislation was used. It was concluded that there are many victims produced by a selective Criminal Law and directed at the enemy, making it necessary to change the mentality and that partnerships be established between the ministries, such as those responsible for education, employment, housing, environment, recreation, health and social services, as well as the police and justice, with a view to achieving a reduction in crime rates, based on the establishment of proactive dynamics strategies to the detriment of reactive strategies, in order to prevent crime and victimization.

Keywords: Maximum Criminal Law. Selectivity. Enemy. State co-culpability

INDICE

INTRODUÇÃO	12
1 REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	15
1.1 Evolução histórica	15
1.2 A pena e sua finalidade	30
1.3 Panorama atual do sistema prisional Brasileiro	37
2 DIREITO PENAL DO INIMIGO	42
2.1 Origem da teoria do Direito Penal do Inimigo	42
2.2 Filosofia do Direito Penal do Inimigo	45
2.2.1 Neutralização e diferenciação cidadão-inimigo	47
2.2.2 O Direito Penal retrospectivo e a política criminal prospectiva.....	50
2.3 Direito Penal do Inimigo <i>versus</i> Estado Democrático de Direito	64
3 O PARADOXO AO FENÔMENO DO TERRORISMO E A MINORAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	69
3.1 O Direito Portugues Perante o Crime de Terrorismo.....	70
3.2 A Lei Portuguesa de Combate ao Terrorismo	73
3.3 A Lei Brasileira de Combate ao Terrorismo	77
4 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO COMO FORMA DE MITIGAR O DIREITO PENAL DO INIMIGO	80

4.1	A teoria da co-culpabilidade.....	83
4.1.1	Instrumentalização da teoria da co-culpabilidade no Direito Criminal e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico penal brasileiro	96
4.1.2	Críticas à teoria da co-culpabilidade	99
4.1.3	A co-culpabilidade no direito comparado	105
4.2	Os fundamentos da teoria da co-culpabilidade por vulnerabilidade	110
	CONCLUSÃO	116
	REFERÊNCIAS	120
	LEGISLAÇÃO	129

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CNDH	Conselho Nacional dos Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ENCT	Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo
HC	Habeas Corpus
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LEP	Lei de Execução Penal
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONG	Organização Não-Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
SIRP	Sistema de Informações da República Portuguesa
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
UE	União Europeia

INTRODUÇÃO

O delito não é uma realidade sociológica, ou seja, não corresponde a uma tipologia de condutas socialmente reprovadas, porquanto, para a sua existência, no mundo jurídico, não se prescinde da denominada solução institucional, ou seja, da sua definição (que há de ser prévia) por lei, bem como da vigência formal desta.

É comum afirmar-se que o Direito Penal tem por função a realização de proteção aos bens jurídicos essenciais à vida harmônica em coletividade. Assim, quando a lei penal ameaça com pena de reclusão a prática do homicídio (art. 121 do Código Penal), estaria garantindo e tutelando o direito à vida, e assim, sucessivamente com os demais delitos previstos não somente no Código Penal, mas, também, na vasta gama de legislação especial existente.

Porém, de forma oculta, o Direito Penal revela-se como um importante instrumento de controle social (enquadramento de pessoas, tendo por base mais a sua condição social do que, propriamente, eventuais condutas delitivas), com a concentração do poder controlador (polícia, por exemplo) nas mãos do executivo e a ingerência deste nos organismos institucionalizados de atuação do Direito Penal.

O resultado de qualquer debate sobre as condições das prisões, no Brasil, indica que elas estão superpovoadas por pessoas oriundas das classes sociais baixas em especial os pobres e os negros. Trata-se de uma realidade inquestionável e demonstra que o Direito Penal exerce uma importante função, ou seja, a de selecionar pessoas, contra as quais suas consequências (evidentemente gravíssimas) são, amiúde, aplicadas: não só as penas legais, mas, também, detenções abusivas, castigos físicos, isolamento preventivo (prisão para averiguação) etc., pautando-se por exercitar o controle (oculto) da sociedade.

Muitas vezes, delitos de menor repercussão são gravemente apenados (exemplo: furto de um botijão de gás, por duas pessoas, o que acarretaria as consequências do art. 155, § 4º, IV, do CP, ou seja, pena de reclusão de 02 a 08 anos), quando delitos significativamente mais graves e reprováveis (exemplo: concussão, CP, art. 316, que, na verdade, é o delito de

extorsão praticado por um funcionário público, cuja pena é idêntica ao furto de um botijão de gás, citado no exemplo anterior), não são tão severamente punidos.

O Sistema Penal, ainda, exerce outras importantes funções: estigmatização ou etiquetagem (*labelling process*), incapacitação do condenado, para futuros empregos, rejeição social, reincidência etc., funções essas que se constituem na face oculta desse instrumento jurídico, na prática, endereçado aos excluídos sociais.

É nesse contexto que se faz necessário compreender os movimentos penais que defendem desde o abolicionismo até o direito penal máximo e o direito penal do inimigo.

Feitos estes apontamentos iniciais, o presente estudo objetiva apresentar uma análise crítica sobre o Direito Penal do Inimigo.

O interesse por desenvolver este tema surgiu, pois, a realidade tem demonstrado que o endurecimento das penas não conseguiu reduzir a criminalidade, nem o aprisionamento. Por esta razão, movimentos defendem um direito penal que seja a *ultima ratio* em contraposição ao Direito Penal do Inimigo.

Defende-se aqui que a insuficiência da lesividade deve ser entendida como princípio material limitador do poder punitivo estatal, expressão do poder político e estrutura normativa do Estado, para que o Direito Penal não se transforme em retórico/simbólico.

Para além de reconhecer que o direito penal deva se debruçar sobre condutas que causem lesão ou perigo de lesão a bem jurídico-penal, deve-se compreender que dentre os diversos ramos da ciência jurídica, a intervenção penal é a mais radical, a *ultima ratio* do sistema, e só deve subsistir em casos de graves ataques aos bens jurídicos mais relevantes. As perturbações mais leves da ordem jurídica devem ficar a cargo de outros ramos do direito. E isto porque o direito penal possui plenas condições de fornecer aos bens jurídicos tutela diferenciada, tanto civilmente, como administrativamente, devendo a tutela penal estar resguardada àquilo que, indubitavelmente, perturbe o convívio social e ponha em risco a segurança da sociedade e a proteção da propriedade.

É importante também abordar a co-culpabilidade do Estado pela criminalidade em contraposição ao direito penal do inimigo, pois sabe-se que o direito não pode se distanciar da realidade social, especialmente o direito penal, que tem o poder de retirar a liberdade do

indivíduo. Logo, para que, efetivamente seja aplicada a justiça equitativa, o direito penal deve buscar a justiça social.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, como metodologia, foi empregada a revisão bibliográfica da doutrina e recorreu-se à legislação pertinente.

1 REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O objetivo deste capítulo é expor reflexões sobre o sistema penitenciário brasileiro. Inicia trazendo a evolução histórica da pena de prisão. Na sequência, aborda a pena e sua finalidade. Finaliza demonstrando os atuais problemas encontrados nos presídios atualmente e que violam a dignidade dos presos, inviabilizando a ressocialização.

1.1 Breves notas históricas

A história das prisões tem início no período denominado período da vingança privada. Nessa época o fundamento sancionatório possuía apenas um viés retributivo, devolvendo ao infrator o mal que o mesmo ocasionara quando do cometimento da infração penal. A pena como decorrência de uma vingança privada era exercida não só por parte da vítima do dano, mas por seus parentes ou pelo próprio grupo social a que pertencia¹.

Através da ideia da punição, segundo as diretrizes da vingança privada, a sanção se apresentava como fixação imposta apenas pelo próprio ofendido como forma de devolução do mal causado pela prática do delito, desconsiderando-se qualquer ligação da pena imposta com a pessoa do criminoso ou com o crime cometido².

A Lei de Talião ganha destaque no âmbito da ideia de vingança privada, à medida que busca, segundo contornos proporcionais, a devolução equânime ao mal causado a pessoa do agente delitivo³. Esta lei consistiu em um avanço punitivo, pois passava a trazer, ainda que de forma incipiente, uma concepção da ideia de equilíbrio ao se punir. Ao apregoar a ideia de “olho por olho, dente por dente”, percebe-se que a retribuição do mal praticado deveria ser equivalente ao dano que este ocasionara⁴.

¹ CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. **Revista da EMRJ**, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009, p. 259.

² Ibidem.

³ MANNHEIM, Hermann. **Criminologia Comparada**. Tradução de J. F. FariaCosta e M. Costa Andrade. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. v. I, p. 22.

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 445.

Mais adiante, a ideia trazida pela Lei de Talião passou a consolidar a expressão da punição por composição, de modo que a infração delitiva já não implicava na fixação de um sofrimento pessoal ao infrator, mas no estabelecimento de um sancionamento de impacto material ao mesmo, fazendo com que em face do delito o violador da norma devesse vir a pagar o equivalente ao preço de um resgate como expressão punitiva a sua infração, através da entrega de bens ou pecúnia⁵.

Com a difusão da religião e sua influência perante os grupos sociais, observa-se o deslinde do denominado período da vingança divina, onde as normas denotavam natureza religiosa. Através da ideia de vingança divina ao agressor deveria ser imposta a sanção para abrandar a ira dos deuses e reconquistar a sua benevolência⁶.

A ideia do divino que incidiria na fixação punitiva também encontrava amparo na manifestação probatória do estado de inocência ou de culpabilidade do suposto autor do crime, à medida em que a prova dos fatos era feita através das “*provas de Deus*”, onde fazia-se com que a pessoa acusada caminhasse sobre o fogo e, na eventualidade desta não vir a contrair queimaduras, seria considerada inocente das imputações que lhe acusavam, do contrário, seria considerada culpada⁷.

Pode-se observar o misticismo religioso envolvido na punição que, inclusive passa a atribuir ao sobrenatural a própria constituição probatória da ideia de culpabilidade em face da manifestação ou não do crime, o que, por conseguinte tendia a formalizar o afastamento da concretude sancionatória que perpassasse a fixação de uma contenção da infração penal e a tutela do bem jurídico em si.

Por fim, com a maior estabilidade do Estado, surgiu a fase da vingança pública. Ainda enraizada no sentimento religioso, as penas eram determinadas e aplicadas sob a responsabilidade de uma autoridade, que, na época, poderia ser o rei soberano ou um príncipe da corte, agindo com a unção do poder divino e em favor da sociedade⁸.

Por outro lado, o período da vingança pública passa a trazer ao lume a ideia de pacificação social que começa a ganhar amparo quando da manifestação da sanção.

⁵ CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Op. cit., p. 259.

⁶ *Ibidem*, p. 261.

⁷ *Ibidem*.

⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. 2. ed. Coimbra. Coimbra, 2012. t. 1, p. 18.

Segundo as premissas da vingança pública tende-se a considerar que a existência de conflitos e guerras privadas poderiam implicar -impedimentos à consolidação da paz pública⁹.

A vingança pública vem a se apresentar assim como decorrência da evolução das organizações sociais, bem como em face do avanço da vida política, trazendo por consequência a existência de comunidades maiores e centralizadoras do poder. Através do desenvolvimento da concentração do poder, a pena se manifesta como uma reação desta coletividade ao violador da norma de convivência pacífica, fazendo com que a ideia de sanção passasse a estar concentrada na ideia de autopreservação¹⁰.

A compreensão da organização social, segundo as diretrizes de um Estado contratualista, tende a se fortalecer no âmbito da vingança pública, à medida em que é com essa perspectiva que se passa a consolidar a proteção social através da fixação do poder estatal, sendo o poder punitivo uma das expressões de influência do Estado na busca da preservação da vivência em sociedade.

Como desdobramento da vingança pública extrai-se a manifestação da concepção de prevenção da pena, tendo em vista que a preservação precede qualquer forma de agressão ao bem jurídico tutelado pela norma, trazendo ao lume a ideia de evitabilidade do delito como meio apto a salvaguarda social¹¹.

Já no final do período da vingança pública, houve o início pela libertação social, contrapondo-se à profunda influência exercida sobre os fiéis frequentadores da Igreja Católica, gerando um avanço para as práticas penais. Afastam-se o período inquisitivo, aproximando a sociedade de outra época, de cunho revolucionário, encabeçada por princípios iluministas, como será visto mais adiante.

Ainda dentro da perspectiva da vingança pública, a cidade de Roma também teve seu papel fundamental na construção da justiça penal, neste período. O seu avanço em diferentes pontos (políticos, culturais, religiosos e econômicos) proporcionou uma grande evolução dos hábitos de cunho meramente vingativo, característica da política adotada por esta fase.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 446.

¹⁰ CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. Op. cit., p. 263.

¹¹ Ibidem.

Em Roma, o sucesso de seus comandantes e a expansão de suas terras ocasionaram uma necessidade de regulamentar as obrigações de seu povo, bem como de estabelecer deveres a serem cumpridos. Desta forma, devido à necessidade de organizar-se para manter o poder, o Direito Romano deu início a uma substancial evolução nos códigos existentes naquele tempo, tornando-se referência para a construção de vários outros ordenamentos, inclusive de outras cidades e em outros tempos.

A colaboração do Direito Romano foi de suma importância para o Direito Penal pois trouxe para a fase da vingança pública uma forma diferente de penalidade, evoluindo para a utilização de outros métodos mais racionais e justos, tornando a pena, em regra, pública, abolindo a pena de morte, em favor da utilização da deportação e do exílio. Além disto, os romanos foram os primeiros a falar de imputabilidade, legítima defesa, coação irresistível, agravantes, atenuantes, entre outros dispositivos utilizados, atualmente, mostrando sua importância para a ciência penal¹².

Com a chegada da Idade Média, as práticas punitivas tornaram-se cada vez mais cruéis, visando principalmente utilizar-se da intimidação dos demais como forma de precaver possíveis transgressões futuras. A punição ao agente delitivo denotava como característica básica a imposição de penas aflitivas, à medida em que se estabelecia que o corpo do homem deveria responder pelo mal que este ocasionara. Desse modo, os olhos eram arrancados, ocorria a mutilação dos membros, a pena de morte era manifestada através de crucificações e torturas, fazendo com que a retribuição ao mal causado pelo criminoso se desse por meio de sofrimento físico e mental¹³.

Importa citar também as Ordenações portuguesas (Afonsinas, Filipinas, e Manoelinas). Nas Ordenações predominavam os severos castigos e a pena de morte. As Ordenações Afonsinas duraram cerca de 70 anos (1446 a 1514) quando vieram as Ordenações Manuelinas¹⁴ que vigoraram até 1603 (89 anos). Na sequência vieram as Ordenações Filipinas, que ficaram em vigor de 1603 a 1830 (227 anos). Trata-se de um

¹² CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Op. cit., p. 263.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ CORREIA, João Conde. **Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais**. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 34

período de duras penas. Aos condenados eram imputados suplícios e pena de morte. Esta última só foi abolida no período do império, no governo de D. Pedro II¹⁵.

Não havia, sobretudo, um sistema de investigação justo, capaz de chegar ao verdadeiro autor do crime, o que, na maioria das vezes, ocasionava a punição injusta de inocentes, que eram levados à morte gratuitamente. O sistema era comandado pelo Estado, sob a forte influência da Igreja. Esta exercia sobre os fiéis um sentimento de temor e intimidação, impondo os dogmas de sua religião, não aceitando qualquer contestação, exigindo-lhes total dedicação e subordinação, sob pena de serem condenados pela prática de heresia¹⁶.

Foi, na verdade, um período negro da história, marcado por guerras, epidemias, rebeliões sociais, tudo isso fruto de um sistema administrativo falho que vigorava, naquele tempo. A época também foi marcada por perseguições, prisões arbitrárias e penalidades de morte, contra aqueles que iam de encontro com o que dizia o Estado e a Igreja, esta braço direito do poder estatal.

Vários estudiosos foram proibidos de desenvolver seus trabalhos e de expor suas ideias em público, pois corriam sérios riscos que comprometeriam suas vidas e a de suas famílias. O período medieval foi realmente uma época de retrocesso, entretanto, serviu como meio de alertar sobre os perigos da concentração do poder na mão de um único órgão e os reflexos negativos da intervenção da Igreja, dentro do corpo do Estado¹⁷.

Com o fim da Idade Medieval, o pensamento de “libertação” e a sede por igualdade brotaram na mente da sociedade. Com esse espírito de mudança, surgiu a escola do Iluminismo, caracterizado como o período humanitário do Direito Penal. Nele se refutavam inúmeras atitudes arbitrárias executadas pelas autoridades medievais¹⁸.

A concepção punitiva denota alterações quanto à ideia de pena aflitiva a partir do final do século XVIII, período em que o movimento do iluminismo teve fundamental importância para a alteração do pensamento punitivo, à medida em que a percepção do ser humano deixara de ser vislumbrada como mero objeto para ser encarado como sujeito,

¹⁵ D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. A história do Direito Penal Brasileiro. **Projeção, Direito e Sociedade**, v. 5, n. 2, p. 30-38, Dez., 2014, p. 34-35.

¹⁶ CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Op. cit., p. 263.

¹⁷ MIR PUIG, Santiago. **Estado, Pena y Delito**. Buenos Aires: B de F Ltda, 2006, p. 55.

¹⁸ Ibidem.

fazendo com que, paulatinamente, as penas aflictivas fossem sendo substituídas pela privação da liberdade¹⁹.

A passagem do absolutismo consolidado no Antigo Regime para o Estado Constitucional constituía-se em ponto crucial para a alteração da concepção de pena, implicando na manifestação de uma gradativa atenuação do rigor sancionatório e perfazendo com que desaparecessem das legislações regulamentadoras da punição as penas corporais²⁰. O aprisionamento nesse contexto passara a consistir na punição que tolhia o criminoso do seu direito à liberdade, afastando a pena aflictiva de outrora e tencionando à implementação da pena dotada de viés humano, de modo a considerar o violador da norma como sujeito de direitos.

A partir das idéias iluministas, a punição começa a ganhar contornos humanizados a partir da metade do século XVIII, através dos fundamentos exarados pelos ideais iluministas de Beccaria, Montesquieu, Voltaire, Rousseau e outros. O movimento humanitário na fixação punitiva ganha força através da obra “Tratado dos Delitos e das Penas”, escrito por Cesare Beccaria, que traz ao lume o rompimento com os estigmas de um Direito Penal fundado no sofrimento e na expressão de penas aflictivas²¹.

Antes do século XVIII, observa-se a fixação da punição através da retribuição ao agente delitivo em face do mal causado à vítima, de maneira que o mal que se causa é o mal que se sofre. Contudo, na fase da humanização, a pena continua contendo um caráter reprovador, mas esta deve se expressar sem desconsiderar o criminoso como sujeito de direitos²².

A implementação da humanização na imposição da pena, cria para o Estado, responsabilidades no exercício de seu poder punitivo máximo, haja vista que se antes o Direito Penal submetia o indivíduo ao suplício extremo, o contrato social refaz as relações, a partir do que se estabelece um equilíbrio entre a capacidade de punir e o ônus de ser punido. Ao Estado, cabe impor sanções, na hipótese de violação de alguma de suas normas,

¹⁹ CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Op. cit., p. 263.

²⁰ MIR PUIG, Santiago. **Estado, Pena y Delito**. Op. cit., p. 56.

²¹ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que Punir? Teoria geral da pena**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 184.

²² *Ibidem*, p. 185.

enquanto, ao indivíduo, resta-lhe sujeitar-se às punições, desde que fixadas em consonâncias com as normas²³.

Segundo as diretrizes da humanização na punição verifica-se que Estado e indivíduo passam a se submeter a um mastro comum, cujo leme fixa limites a ambos, de modo que de um lado, o Estado garante ao indivíduo limites mínimos que lhe protejam a dignidade, e de outro, a sociedade se sujeita às sanções, por meio de lei²⁴.

Elencando a ideia de limitação ao exercício punitivo do Estado, verifica-se o fato de cada cidadão possuir deveres a cumprir ante a necessidade de respeito à sociedade e aos regramentos que a circunda, esta, igualmente, também detém obrigações a cumprir com respeito a cada cidadão²⁵. A fase da humanização trouxe significativa diminuição da severidade penal no que respeita às penas aflictivas. Compreende-se que a humanização da pena nada mais será que um meio de proporcionalidade, com que se atingirá a limitação do poder punitivo²⁶.

Contudo detecta-se que, em pleno século XXI, ainda não se consegue visualizar com clareza a efetiva superação das mazelas sancionatórias do passado, marcadas, sobretudo, pelo castigo corporal. Dessa maneira detecta-se que a execução da pena ainda carrega em si as vicissitudes anteriores, apesar da vultosa mudança do ideário punitivo²⁷.

Nesse contexto, verifica-se que a punição em face da existência da infração penal trazia a imposição de castigos dotados de maior severidade, onde o agente delitivo deveria ter por retribuído o mal causado com a própria vida ou com o próprio corpo, afastando a ideia de humanização ao se punir, pois se buscava apenas devolver o mal causado quando do cometimento do crime.

Mesmo em face da consolidação da pena privativa de liberdade, que passa a primar pelo sancionamento penal que afasta a pena aflictiva e expõe a privação da liberdade como sanção que tende a retribuir o mal causado de forma proporcional ao dano causado pelo agente delitivo, e, concomitantemente, prevenir e ressocializar, ainda se detecta a exposição

²³ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que Punir? Teoria geral da pena**. Op. cit., p. 185.

²⁴ Ibidem, p. 188.

²⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 33.

²⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 12.

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 433.

do apenado a penúria no cumprimento da pena. A realidade prisional se encontra dotada de degradação quando do cumprimento da pena, mesmo em face da tutela à dignidade humana do apenado e do combate às penas aflitivas, fazendo com que a penúria carcerária também apresente expressividade em face do cenário prisional feminino.

Ao final do século XVIII foi inaugurado o período científico ou criminológico que teve início com o surgimento de correntes doutrinárias que foram denominadas de Escolas Penais. Estas se dedicaram a estudar o crime, a pena, o delinquente e a responsabilidade penal²⁸.

As escolas do período científico buscam apresentar uma explicação científica para a criminalidade. Nessa preocupação científica pelo fenômeno do desvio criminal, a análise do “por que” os sujeitos delinquem, centra toda a atenção do positivismo na busca das causas da criminalidade²⁹.

Grandes eram as diferenças quanto à concepção do homem e da sociedade defendidas pelas doutrinas retribucionistas e preventivas, a ponto de elas formarem duas correntes de pensamento contrapostas: a Escola Clássica e a Escola Positiva. Enquanto para a primeira escola o homem pautava-se pelo livre-arbítrio, para a segunda, o homem era extremamente condicionado por fatores externos.

A Escola Clássica caracterizava-se pelos critérios do livre-arbítrio (que dirigia as ações dos indivíduos capazes de distinguir o bem e o mal) da culpabilidade (pressuposto subjetivo para aplicação da pena) e da taxatividade dos delitos e penas, havendo punição somente àquele que cometeu um delito descrito por um sistema exaustivo e objetivo. Essa escola caracterizava-se, portanto, pela perspectiva retribucionista. Para essa Escola, que se manteve dominante e sem contraposição até as últimas décadas do século XIX, o crime representava um ato irracional reprimido por um ato racional – a pena – cuja pretensão era de ordem moral ou mesmo racional³⁰.

²⁸ BEIRAS, Iñaki Rivera. **Pena Criminal**: seus caminhos e suas possíveis formas. Tradutora: Denise Hammerschmidt. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 30.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ VALENTE, Victor. **Direito penal**: fundamentos preliminares e parte geral. Salvador: JusPODVM, 2018, p.58.

Segundo Canton Filho³¹, a verdadeira razão de punir é o restabelecimento da ordem social – é, portanto, a defesa do direito: direito subjetivo e direito penal. Entre esses direitos está o do delinquente de ter uma pena equivalente ao mal praticado, ou seja, de ter sua liberdade privada por uma pena justa, ou melhor, proporcional. Essa finalidade de defesa do direito não é somente compatível com o fundamento retributivo da pena, como é garantido por este. A defesa do direito, construção carrariana, afirma que a pena é também um meio para se alcançar fins práticos, ou seja, ela rejeita um sistema penal que não se mostre eficaz na repressão ao crime.

“Escola Clássica” foi uma denominação dada pelos positivistas ao conjunto de correntes doutrinárias, tais como as absolutas, as relativas ou as utilitárias e as mistas, que tinham por escopo pesquisar o fundamento da punição e os fins da pena³². Essa Escola tinha por fundamento básico, como diz Bittencourt³³, os postulados iluministas traduzidos, de certa forma, na obra de Beccaria *Dos Delitos e das Penas*. Representou um processo de humanização das Ciências Penais. Ela simbolizou um momento em que “[...] *os filósofos, moralistas e juristas, dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem*”³⁴. Desse movimento pela proteção da dignidade humana surge o individualismo que acabou por inspirar o surgimento desta Escola. A referida Escola recepcionou tendências diversas, já que trazia em seu bojo correntes de pensamento sobre a pena, de orientações não apenas diversas, como também opostas. É o caso das teorias absolutas em relação às relativas. Porém, apesar da evidente diversidade entre as correntes, havia entre elas princípios e características comuns, norteados por uma orientação humanitária. Tais caracteres conferiam à Escola certa homogeneidade³⁵. A construção das teorias absolutas tinha o objetivo de satisfazer um sentimento de justiça: para todo crime, uma pena; havia, portanto, uma defesa da retribuição em igual medida, assim como no sistema talional, sendo seus principais representantes modernos Kant e Hegel. As teorias relativas ou utilitárias, por outro lado, “[...] *assinalam à pena um fim prático: a prevenção geral ou*

³¹ CANTON FILHO, Fábio. **Bem jurídico penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 115.

³² VALENTE, Victor. **Direito penal: fundamentos preliminares e parte geral**. Op. cit., p. 58.

³³ BITENCOURT, Carlos Roberto. **A falência da pena de prisão**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 148.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ VASCONCELOS, Karina Nogueira. **O Cárcere**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 91.

*especial. O crime, a bem dizer, não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Ela não se explica por uma ideia de justiça, mas de necessidade social [...]”*³⁶.

Há ainda as teorias mistas, que defendiam a retributividade da pena, mas que acrescentavam a esta o fim de reeducação do criminoso e o efeito de intimidação.

Esta escola se dividia em duas fases: a. teórica ou filosófica; e b. jurídica ou prática. A primeira estabeleceu princípios orientadores da criação do direito penal moderno e que teve como precursor o próprio Cesare Beccaria. A segunda é a fase das codificações das leis penais apoiadas nos princípios antes estabelecidos, ou seja, formulados na fase filosófica. Francesco Carrara foi o seu maior expoente.

A Escola Clássica concebia o crime como uma entidade jurídica, ou seja, como a violação de uma regra jurídica que tutelava o direito de alguém. A pena tinha caráter retributivo, era tida como instrumento de vingança; era a retribuição de um mal (o crime) com outro mal, pena. O delinquente era visto como uma pessoa normal psicologicamente, dotada, pois, de livre arbítrio, que tinha a vontade e a liberdade para agir³⁷.

Outra concepção da Escola Clássica diz respeito à responsabilidade penal. Seu fundamento reside na imputabilidade moral, ou seja, na culpabilidade do agente, o que quer significar, em outros termos, que ele só será punido ou responsabilizado se imputável³⁸.

As formulações da Escola Clássica em torno do crime, da pena, do delinquente e da responsabilidade penal influenciaram positivamente na produção de codificações e contribuíram para a cientificidade do Direito Penal.

Inventada já a “prisão punitiva”, teve início sua andança pelo século dezenove. Se ela nasceu no marco do Iluminismo, será com o Positivismo que atingirá a maioridade. Veja-se previamente, de modo muito sintético, alguns pressupostos básicos desta corrente de pensamento. O pensamento positivista se contrapõe ao do Iluminismo no sentido de pretender despojar este de seus aspectos crítico-negativos, do utópico, restando-lhe exclusivamente sua filosofia racional, científica e prática³⁹. O positivismo teve desde suas origens uma profunda influência na denominada “criminologia”. O positivismo centrou-se

³⁶ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1, p. 28-29.

³⁷ VIANA, Agnaldo. **Direito Penal**: Teoria Geral do Fato Punível e das Sanções Penais. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 39.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ VALENTE, Victor. **Direito penal**: fundamentos preliminares e parte geral. Salvador: JusPODVIM, 2018, p. 61.

de imediato na análise da personalidade dos infratores da lei penal, buscando uma explicação “científica” da criminalidade.

Nessa preocupação científica pelo fenômeno do desvio criminal, a análise do “por que” os sujeitos delinquem centrará toda a atenção do positivismo na busca das causas dessa criminalidade. Neste sentido, Lombroso centrava sua análise em um rígido “determinismo biológico” como causa principal do comportamento criminal, embora tampouco descuidasse de outros fatores como os psicológicos e sociais. Garofalo (em *Criminologia*, 1905), por sua vez, ampliou a visão de Lombroso em seus aspectos psicológicos, e Ferri (em sua *Sociologia Criminal*, 1900), nos de caráter sociológico. As causas do comportamento delitivo estavam assim determinadas: biológicas, psicológicas e sociológicas⁴⁰.

A influência do positivismo não se reduz só à criminologia, mas também, e em grande medida, ao direito penal. Em primeiro lugar essa influência se notou no chamado “positivismo jurídico-penal” (que, com Binding, o estudo do jurista ficou reservado à “norma”); em segundo lugar, a influência se percebe na denominada “nova escola penal” (que, com Von Liszt, deu início à sociologia criminal)⁴¹.

Com todos os antecedentes citados, pode entender-se que o Positivismo encontrará nas instituições de sequestro perfeitos laboratórios onde pôr à prova suas hipóteses. Assim, já avançado o século XIX, pôs-se em funcionamento um novo sistema penitenciário: o “progressivo”, consistente na possibilidade de o recluso melhorar sua situação penitenciária (e inclusive) obter antecipadamente sua liberdade (condicional) se sua conduta era julgada favoravelmente pelas autoridades penitenciárias. É precisamente neste momento, quando nasce outra função que se atribuirá à prisão: a readaptação dos reclusos⁴². A corrente positivista, capitaneada por Karl Binding, constitui a fonte primordial da ideia diametralmente oposta às primeiras concepções de bem jurídico, pois concebe a teoria objetiva da interpretação, fundamentada na perspectiva de racionalidade do direito, calcada

⁴⁰ BEIRAS, Iñaki Rivera. **Pena Criminal**: seus caminhos e suas possíveis formas. Tradutora: Denise Hammerschmidt. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 31.

⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 93.

⁴² BEIRAS, Iñaki Rivera. **Pena Criminal**: seus caminhos e suas possíveis formas. Op. cit., p. 31.

no racionalismo exclusivamente concentrado no direito positivo e afastado de análises filosóficas⁴³.

Binding sustentou a noção de que o bem jurídico não poderia se estabelecer além do Direito e do Estado. Assim, o delito deve ser entendido como infração culpável de uma norma ameaçada com uma sanção penal. Assim, o bem jurídico ficava estabelecido e não reconhecido no âmbito da norma jurídica, ou seja, o bem jurídico constitui tudo aquilo, embora não seja de *per se* um direito, na visão do legislador que se reveste de certo valor como fundamento de uma vida sadia na comunidade jurídica e por cuja manutenção e funcionamento adequado ele manifesta interesse⁴⁴. Desse modo, a própria figura do legislador tem o poder de definir os bens jurídicos.

O delito consiste na lesão do direito eminentemente subjetivo do poder estatal e, nessa conjuntura, a norma funciona como o canal revelador do bem jurídico, cujo conceito se materializa distante de qualquer preocupação com vistas a buscar alguma legitimação material como balizamento à atividade criminalizadora do Estado⁴⁵.

Nessa linha, o que importa é a norma com sua desobediência, e este descumprimento significa a efetiva lesão de um direito subjetivo do Estado, de modo que isso implica, também, a lesão de um bem jurídico que cada norma em concreto estabelece. Está corrente afasta por completo a possibilidade da elaboração de uma teoria do bem jurídico, haja vista a ausência de relevância do seu conceito para a instrumentalização de um direito puro, no qual os valores, a experiência e a sociedade não estão devidamente inseridos. Para essa escola, o bem jurídico consiste apenas no bem tutelado pela norma⁴⁶.

A contraposição de Binding veio por intermédio das lições de Von Liszt⁴⁷, pois, segundo este, todos os bens jurídicos constituem interesses vitais, interesses do indivíduo ou da comunidade. Nessa concepção, os interesses avançam, transpondo o ordenamento jurídico e se consolidam na própria vida, ou seja, o direito apenas lhes oferece proteção mediante a criação de normas jurídicas, elevando-os à posição de bens jurídicos. A

⁴³ CANTON FILHO, Fábio. **Bem jurídico penal**. Rio de Janeiro: Elvieser, 2012, p. 7.

⁴⁴ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018, p. 24.

⁴⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **O direito penal emergente**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 49.

⁴⁶ VALENTE, Victor. **Direito penal: fundamentos preliminares e parte geral**. Op. cit., p. 62.

⁴⁷ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Traduzido por José Hígido Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 139.

identificação e a localização dos bens jurídicos dependem da política criminal, pois, segundo Von Liszt⁴⁸, o Direito não seria capaz de lhes determinar, tampouco oferecer a devida fundamentação. Os interesses, no entanto, surgem das relações dos indivíduos entre si e destes para com o Estado e a sociedade e vice-versa. Assim, onde existe vida, há força que tende a se manifestar, se afeiçoar e se desenvolver livremente. Em muitos pontos, existe intersecção dos círculos de vontade humana, fato que ocasiona colisão das esferas em que os homens exercem suas ações. A essas relações corresponde o interesse de cada um à ação ou inação de outrem, quando a ação ou inação tem importância para a própria eficiência. Ao estipular que a noção de a finalidade do Direito Penal consiste na proteção de interesses essenciais do homem, o pensamento de Von Liszt permite que se chegue à conclusão de que os bens jurídicos podem ser subdivididos em bens individuais, os quais protegem interesses particulares, e bens supraindividuais, dentre os quais o Estado se posiciona como o principal portador desses interesses de caráter coletivo. Desse modo, depois da ruptura ocorrida ante a perspectiva firmada por Birnbaum, mais especificamente no que diz respeito ao conteúdo terminológico, tem-se uma nova revolução relativamente à função do bem jurídico penal. A ruptura de Birnbaum pode ser definida como uma revolução às escuras, uma vez que se deu em nível eminentemente político-criminal dogmático. A teoria de Liszt, ao ter-lhe conferido visão, eleva agora aquela categoria a outro patamar, atingindo o bem jurídico penal em importante conteúdo de política criminal e consolidando esse instituto como um critério legitimador da atividade legislativa do Estado⁴⁹.

Diferentemente das ideias de Binding, em cujo pensamento o bem jurídico é uma criação exclusiva do legislador, para von Liszt, essa exclusividade não existe, na medida em que o interesse transformado em bem jurídico se encontra presente na sociedade. O fim do direito consiste em proteger os interesses do homem. Assim, a norma não cria o bem jurídico, mas o encontra.

A escola correccionalista penal surgiu na Alemanha em 1839, com Karl Roder e tinha como característica principal a aplicação da pena para a correção do criminoso. Via o

⁴⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Op.cit., p. 141.

⁴⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Espécies de sanções penais: uma análise comparativa entre os sistemas penais da França e do Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 49, p. 9-38, 2004, p. 65.

delincente como um ser desequilibrado que necessitava ser curado pelo direito. Portanto, a finalidade principal da pena não era a punição do delincente, mas a sua cura, a fim de que houvesse a profilaxia e higiene social⁵⁰.

Destarte, a pena privativa de liberdade, que visaria à defesa da sociedade, seria aplicada por tempo indeterminado e perduraria enquanto houvesse a necessidade do tratamento do delincente.

No entanto, as ideias de Roder só seriam difundidas pelo mundo ao final do século XIX, com as obras de Concepción Arenal e Pedro Dorado Montero, na Espanha. Na visão destes autores, não havia criminoso incorrigível, mas só não corrigidos. Eram contrários à pena retributiva; a reprimenda teria como objetivo a correção do criminoso para que se tornasse útil à sociedade⁵¹. Não negavam a importância da escola clássica quanto à humanização das penas, mas entendiam que elas, tais como aplicadas, não estavam sendo aptas a diminuir as infrações; ao contrário, houve aumento da reincidência. Defendiam, assim, um novo modelo correccional, mais justo e eficiente do que o retributivo. Resumidamente, para a escola correccionalista a pena ideal seria a privativa de liberdade e teria por propósito o tratamento e a cura do delincente, que era um doente que necessitava ser curado pelo direito. A pena teria prazo indeterminado e perduraria até a recuperação do infrator.

A escola da Defesa Social foi desenvolvida de forma autônoma somente em 1889 por Adolphe Prins, através da publicação de sua obra *Science pénale et droit positif*, posteriormente, retomada por Filippo Gramatica, em 1945. Em verdade, apenas após a publicação da segunda obra sobre esse tema – *La Défense Sociale et les transformations du droit penal*, em 1910 –, Prins, de fato, elaborou sua doutrina⁵². A princípio, a preocupação desse autor era a defesa da sociedade diante da prática de uma infração pelo criminoso. A tentativa de se punir o indivíduo com fulcro no ideal do livre-arbítrio, como afirmava a Escola Clássica, na visão de Prins, terminava por deixar a própria comunidade à mercê da atuação prejudicial do delincente, que tinha sua pena abrandada e, após cumpri-la, retornava à sociedade e não raro voltava à prática de crimes. Nesse sentido, pugna pela

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v.1, p. 68-69.

⁵¹ SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 28.

⁵² VALENTE, Victor. **Direito penal**: fundamentos preliminares e parte geral. Op. cit., p. 66.

responsabilização do indivíduo não com fundamento em um critério relativo, qual seja, um critério moral, mas um critério que inspire maior segurança, ou, melhor dizendo, a periculosidade do infrator⁵³.

É curiosa a relação que pode ser estabelecida entre a Escola Clássica e a Escola Positivista: ora se tangenciam de tal forma, a ponto de se interpenetrar conceitualmente em uma simbiose de estreita semelhança; ora se distanciam num radical antagonismo entre si. De qualquer forma, uma intersecção é inegável: tanto a Escola Clássica quanto a Escola Positivista partem do paradigma de uma ciência penal integrada que agrega, de um lado, a ciência jurídica propriamente dita e, de outro lado, a concepção geral de homem e da sociedade⁵⁴.

Por corolário, é possível afirmar que as diferenças entre a Escola Clássica e a Escola Positivista residem mais na atitude metodológica de explicação da criminalidade do que no conteúdo em si⁵⁵. De qualquer sorte, a ideologia da defesa social acabou por criar ideologias que, segundo o pensamento de Baratta⁵⁶, devem ser superados pela construção de novas ideologias. Surge, aí, uma confrontação: de um lado, os mitos e as ideologias criadas pela defesa social, fundamentada numa teoria jurídica do crime; de outro lado, as novas ideologias a serem construídas por uma teoria sociológica do crime. Nesse encontro, é preciso não incorrer no equívoco de se reconstruir uma ciência penal integrada, como já ocorrera com outros modelos anteriormente formulados, inclusive pelas próprias Escolas Clássicas e Positivistas.

É necessário, pois, reformular as balizas conceituais com vista a proporcionar o encaixe harmônico, porém crítico, entre a dogmática penal e a criminologia, respectivamente proporcionadas pela teoria jurídica e pela teoria sociológica do crime.

⁵³ VALENTE, Victor. **Direito penal**: fundamentos preliminares e parte geral. Op. cit., p. 66.

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 43.

⁵⁵ Ibidem, p. 43.

⁵⁶ Ibidem, p. 48.

1.2 A pena e sua finalidade

Pena é a sanção que o Estado impõe ao criminoso, após cumpridas todas as etapas da ação penal, como forma de retribuição pelo delito praticado e visando a prevenção de novos crimes⁵⁷.

São espécies das penas no Brasil: a) privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples); b) restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade; limitação de fim de semana; interdição temporária de direitos; prestação pecuniária e perda de bens e valores); c) pena pecuniária (multa)⁵⁸. Em Portugal, a detenção não é uma sanção.

A multa possui condição personalíssima e consiste no pagamento de um valor pecuniário estabelecido por lei ou na nomeação de bens a ser penhorado, no prazo de 10 dias, como prevê o art. 164 da LEP.

Referente à pena restritiva de direitos constata-se em sua aplicação uma forma alternativa de condenação, a qual visa evitar o encarceramento de indivíduos, apenas restringindo parte de seus direitos. Ela é aplicada a condenados que cometeram crimes mais brandos, que não sejam reincidentes, e cuja *“culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”*⁵⁹, consoante encontra-se disposto no art. 44, inc. III do CP.

Por fim, existe a pena privativa de liberdade, que pode ser cumprida em regime fechado, hipótese em que é cumprida em estabelecimentos prisionais de segurança máxima ou média; em regime semiaberto, pena cumprida em colônias industriais ou colônias agrícolas, além de estabelecimentos similares; ou, em regime aberto, hipótese em que a pena é cumprida em casa de albergado ou outro estabelecimento apropriado, nos termos do art. 33, § 1º do CP. Complementarmente, no § 2º do mesmo artigo, encontra-se que as penas privativas de liberdade, devem ser executadas de maneira progressiva.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 528.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 529.

⁵⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 17 Fev. 2021.

Ademais, a condenação poderá prever prisão simples, detenção e reclusão. A prisão simples é aplicada às contravenções penais, ou seja, crimes de pequeno potencial ofensivo, e, por esta razão, esta modalidade de prisão não deve ocorrer em regime fechado inicialmente. A detenção é uma pena também é utilizada quando a sanção for mais leve, e deverá ocorrer, necessariamente, em regimes semiaberto ou aberto. Assim, a diferença entre prisão simples e detenção é que a detenção não admite o período inicial de cumprimento da pena em regime fechado. Por sua vez, a pena de reclusão pode ter início em qualquer regime sendo possível ocorrer a perda do poder familiar ou mesmo a aplicação da internação como medida de segurança⁶⁰.

A existência da pena funda-se em seis fundamentos. São eles:

a) *denúncia*: fazendo com que a sociedade desaprove a prática do crime; b) *dissuasão*: desaconselhando as pessoas de modo geral e, particularmente, o próprio criminoso à prática delitiva; c) *incapacitação*: protegendo a sociedade do criminoso, retirando-o de circulação; d) *reabilitação*: reeducando o ofensor da lei penal; e) *reparação*: trazendo alguma recompensa à vítima; f) *retribuição*: dando ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido⁶¹.

Por muitos séculos a pena apresentou um castigo físico ou a morte. A prisão, por sua vez, consistia em momento anterior à aplicação da pena, ou seja, adequava-se ao período da prisão provisória⁶².

Há muito que se diz que a prevenção dos delitos é uma solução amplamente melhor do que a punição. Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, no século XVIII, em sua obra “Dos Delitos e das Penas” (1764) apontava que é melhor prevenir os crimes do que precisar puni-los. Acrescentava que todo o legislador que agisse com sabedoria deveria procurar estabelecer meios para não permitir a ocorrência dos males do que depois ter que criar soluções para repará-lo, pois uma legislação, para se mostrar boa, deveria ter como objetivo proporcionar às pessoas o maior bem-estar possível e preservá-los de todas as agruras que possam lhe ocorrer segundo o que se possa prever que ocorrerá⁶³.

⁶⁰ RIBAS, Ana Luísa Ferreira. **A viabilidade da progressão por salto em face do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2014. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília – DF, 2014, p. 78.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Op. cit., p. 550.

⁶² Ibidem.

⁶³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 23.

O ordenamento penal brasileiro, no que diz respeito à fixação, aplicação e cumprimento das penas criminais, adotou a teoria mista ou unificadora – que tenta reunir em um mesmo conceito as finalidades de retribuição e prevenção geral e especial – conforme se pode interpretar da disposição do art. 59⁶⁴ do Código Penal.

Consoante as teorias absolutas, também denominadas teorias da retribuição, a pena tem como característica a retribuição a um mal causado pelo autor de uma violação penal. A pena não possui outro objetivo que não o de vingar o mal com outro de igual magnitude. Logo, se for analisada de maneira objetiva, por esta teoria a pena não tem uma finalidade, sendo um fim em si mesma⁶⁵.

As Teorias relativas, por outro lado, apontam como principal característica da pena a ideia de prevenção de novos delitos, primeiro ao criminoso e depois a coletividade. A teoria mista lança mão da ideia de retribuição das teorias absolutas e da de prevenção das relativas⁶⁶.

No âmbito internacional o tema das prisões e formas de tratamento das pessoas presas é tratado em diversas convenções internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, proclama que todos os seres humanos desde o nascimento são livres e iguais em dignidade e em direitos. Afirma também que nenhuma pessoa poderá ser submetida a tortura e tampouco a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, assim como proíbe as prisões ou detenções arbitrárias e o exílio (arts. 1º, 5º e 9º da DUDH⁶⁷).

No mesmo sentido, outros documentos internacionais tratam do tema, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas – ONU⁶⁸, a

⁶⁴ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁶⁵ SILVA, Haroldo Caetano da. **Ensaio Sobre a Pena de Prisão**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 78.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 79.

⁶⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948: Artigo 1º: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. (...) Artigo 5º: Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Artigo 9º: Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

⁶⁸ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas – ONU:

Artigo 7.º Ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem o seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas.

Artigo 8.º 1. Ninguém será mantido em escravidão. A escravidão e o tráfico de escravos são proibidos sob todas as formas; 2. Ninguém pode ser submetido a servidão; 3. a) Ninguém será constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório; b) A alínea

Convenção Americana sobre os Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes – ONU e Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), de 22 de julho de 2010 e de forma bastante específica a Resolução da Organização das Nações Unidas – ONU, que trata de Regras Mínimas para Tratamento de Presos, aprovadas desde 1955, atualizada em outubro de 2015, quando recebeu a denominação de “Regras de Mandela”, tendo em conta que a finalização se deu na África do Sul, país de origem do ex-presidente Nelson Mandela.

Da análise da Resolução da ONU sobre as Regras Mínimas para Tratamento de Presos ou “Regras de Mandela”, observa-se de forma clara que o documento objetiva enfatizar que todas as nações devem seguir regras mínimas: respeito à dignidade das pessoas reclusas, proporcionar o acesso à saúde, direito de defesa, não omitir a regulamentação do tratamento das punições disciplinares. As regras oriundas da Organização das Nações Unidas, desde seu surgimento em 1945 instituem um sistema internacional de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, com regras universais a serem observadas nas relações internacionais e internas de cada nação. Cada signatário dos documentos tem o dever de envidar todos os esforços para a implementação de sistemas internos (em qualquer âmbito) que se fundamentem no respeito a estas regras⁶⁹.

anterior não poderá ser interpretada no sentido de proibir, em países em que certos crimes podem ser punidos com pena de prisão acompanhada de trabalhos forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados imposta por um tribunal competente; c) Não será considerado trabalho forçado ou obrigatório para efeitos deste parágrafo: i) Os trabalhos ou serviços que, salvo os mencionados na alínea b), são normalmente exigidos a uma pessoa presa em virtude de uma decisão judicial legalmente aplicada, ou a uma pessoa que tendo sido presa em virtude de tal decisão se encontre em liberdade condicional; ii) O serviço de carácter militar e, nos países em que se admite a objecção de consciência, o serviço cívico que devem prestar, conforme a lei, aqueles que se oponham ao serviço militar por esta razão; iii) O serviço imposto em casos de emergência ou calamidade que ameacem a vida ou o bem-estar da comunidade; iv) O trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Artigo 9.º: 1. Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, excepto pelos motivos fixados por lei e de acordo com os procedimentos nela estabelecidos; 2. Toda a pessoa detida será informada, no momento da sua detenção, das razões da mesma, e notificada, no mais breve prazo, da acusação contra ela formulada; 3. Toda a pessoa detida ou presa devido a uma infracção penal será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais, e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade. A prisão preventiva não deve constituir regra geral, contudo, a liberdade deve estar condicionada por garantias que assegurem a comparência do acusado no acto de juízo ou em qualquer outro momento das diligências processuais, ou para a execução da sentença; 4. Toda a pessoa que seja privada de liberdade em virtude de detenção ou prisão tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, com a brevidade possível, sobre a legalidade da sua prisão e ordene a sua liberdade, se a prisão for ilegal; 5. Toda a pessoa que tenha sido detida ou presa ilegalmente tem o direito a obter uma indenização.

⁶⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 46.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988), ao tratar do tema apresenta uma normativa clara e bem delineada de como o Estado deve tratar os que são submetidos ao encarceramento, tanto de forma provisória como os que cumprem pena. Em primeiro lugar, é preciso ser enfatizado que a dignidade humana, prevista na CRFB/1988 como fundamento da República deve ser, por essa razão, o fundamento de toda e qualquer ação estatal, seja ela praticada pelo Judiciário, Executivo ou Legislativo. Assim, o Poder Legislativo, ao legislar, não pode se afastar da normativa mínima delimitada pela CRFB/1988, não lhe sendo lícito, sob pena de inconstitucionalidade, aprovar diplomas legais que de qualquer forma desrespeitem os direitos da pessoa humana. O Poder Judiciário, por sua vez, ao tratar os casos concretos vincula-se, da mesma forma, a estas regras. Finalmente, o Poder Executivo, ao executar as decisões dos demais poderes, deve irrestrita obediência não apenas ao que foi determinado nas decisões, mas, principalmente ao que prevêm as normas constitucionais⁷⁰.

Aponta-se a norma maior da dignidade da pessoa humana como norteadora de todas as demais (art. 1º, inc. III da CRFB/1988). Seguindo o vetor de orientação das normas internacionais de direitos humanos, prevê a CRFB/1988 como norte a ser seguido o princípio de humanidade, que tem a força de eivar de inconstitucionalidade qualquer apenamento por prática delitiva ou mesmo sua execução que imponha ao apenado impedimentos físicos (a exemplo de morte, amputação de membros etc), ou psíquicos (intervenções neurológicas), assim como consequências jurídicas que infamem a pessoa (marcas que o identificassem como criminoso). Esse é sem dúvida a norma base de orientação da execução da pena na atualidade⁷¹.

Nesta sequência, tem-se que, o direito penitenciário ou a execução da pena no Brasil se consubstancia nas normas que regem esta matéria em toda a sua plenitude. Bitencourt destaca que o direito penitenciário é “*o conjunto de normas jurídicas relativas ao tratamento do preso e ao modo de execução da pena privativa de liberdade, abrangendo, por conseguinte, o regulamento penitenciário*”⁷². A principal norma desse conjunto, como já frisado, é a Lei de Execução Penal (LEP) – Lei n. 7.210/1984. Nela estão normatizados

⁷⁰ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 7. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2014, p. 71.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Grupo Editora Nacional, 2017, p. 63.

⁷² BITENCOURT, Carlos Roberto. **A falência da pena de prisão**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62.

os direitos, deveres e sanções daqueles que se encontram em cárcere, tanto a título provisório como definitivos (condenados). Regulamenta de forma pormenorizada como deve o Estado agir na execução penal. Estabelece desde a sua estrutura até os regulamentos de comportamentos dos presos.

Uma análise teórica da LEP é bastante para ver que ela cumpre em grande medida as normas constitucionais orientativas. Cuida de normatizar de forma pormenorizada o funcionamento do sistema penitenciário, assim como prevê todos os passos a serem seguidos pelo Estado para executar as penas aplicadas na sentença penal. Em verdade, analisando a Lei, a constatação a que se chega é a de que o Poder Público tem à sua disposição todos os instrumentos – em tese - para a realização de uma execução penal nos termos previstos na CRFB/1988. Prevê as conceituações necessárias, estabelece uma estrutura física que deve existir para os estabelecimentos prisionais, delinea os direitos e obrigações dos apenados, enfim, fornece todos os caminhos necessários a uma execução penal eficiente e eficaz⁷³.

A pena criminal, em qualquer de suas modalidades (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa), consiste na limitação a um direito fundamental do apenado e só pode ser justificada se for dirigida à proteção de outros direitos fundamentais de maior importância para a sociedade. Por esta razão, a natureza retributiva da pena pode ser entendida como uma constatação sociológica ou um postulado de justiça, mas não pode, juridicamente, ser reconhecida como uma função da pena⁷⁴.

Assim, consoante o art. 59 do Código Penal, a pena imposta deve ser a necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. No entanto, não se pode concluir que a reprovação, nos termos das teorias retributivas, é uma finalidade da pena, mas, sim, apenas o seu limite, decorrente do princípio de proporcionalidade. Isso quer dizer que a pena deve ser orientada à prevenção da criminalidade. Nesse sentido, a quantidade de pena nunca pode ser superior à quantidade de pena proporcional à gravidade do fato. Com outras palavras, a pena determinada na sentença condenatória, para que cumpra sua finalidade de

⁷³ HAMMERSCHMIDT, Denise. **Lei de Execução Penal Comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2020, p. 22.

⁷⁴ *Ibidem*.

prevenção, pode ser fixada abaixo da pena que corresponde ao grau de culpa do agente, embora nunca acima.

Nesse sentido, afirma Juarez Tavares que “*a culpabilidade não será apenas um elemento de composição do delito, para afirmar sua completude, mas também o meio idôneo a impor limites às finalidades preventivas conferidas à pena*”⁷⁵.

Como funções da pena devem ser reconhecidas as de prevenção geral e especial, em suas modalidades negativa e positiva.

Segundo a teoria da prevenção especial positiva, a pena deve ser dirigida à prevenção de crimes por meio da ressocialização do autor do fato punível. Já a teoria da prevenção especial negativa afirma que se deve prevenir a criminalidade por meio da neutralização do infrator⁷⁶.

De acordo com a teoria da prevenção geral negativa, pune-se o autor do crime com o objetivo de intimidar potenciais criminosos, enquanto, segundo a teoria da prevenção geral positiva, o autor do delito deve ser punido como forma de estabilização de expectativas normativas e o conseqüente reforço da confiança da população no direito penal⁷⁷.

Conforme dita a LEP, o objetivo dela é efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal (art. 1º, primeira parte). A isso, soma-se como objetivo principal (art. 1º, segunda parte) o de proporcionar condições para que a integração social do condenado (pena) e do internado (medida de segurança) ocorra de forma harmônica.

Aqui percebe-se o quanto a LEP é avançada. Para além das teorias postas, já abordadas, ela faz uma escolha e dita um caminho: execute-se a pena imposta e recupere a pessoa, reinserindo-a na sociedade de onde ela se desviou. E mais, a LEP segue estabelecendo os rumos e ditando como o Poder Público precisa se portar na execução. Prevê, pois, os direitos e deveres da pessoa presa e impõe a forma de agir do Estado. A falência que tantos apontam no sistema carcerário é exatamente a ausência de cumprimento do que prevê a LEP⁷⁸.

⁷⁵ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Op. cit., p. 122.

⁷⁶ HAMMERSCHMIDT, Denise. **Lei de Execução Penal Comentada**. Op. cit., p. 122.

⁷⁷ BOZZA, Fábio da Silva. **Teorias da pena: do discurso jurídico à crítica criminológica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 19.

⁷⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 116.

Abordados alguns aspectos gerais sobre a pena e sua finalidade, passa-se a apresentar o panorama atual do sistema prisional brasileiro.

1.3 Panorama atual do sistema prisional Brasileiro

Há quem afirme⁷⁹ que a onda crescente de criminalidade existente atualmente no Brasil, assim como em outros países de terceiro mundo, é resultado direto da política econômica neoliberal que tem sido a base da economia brasileira, pois tem sido nela que os governantes têm pautado suas decisões políticas. Não se pode negar que o crime é um fato social e que as condições econômicas em que se vive refletem nesse âmbito.

No Brasil, embora não se desconheça a existência de políticas sociais, realmente o modelo econômico adotado se funda em ideias liberais, cujo fundamento principal é a abstenção do Estado nas relações econômicas e sociais. Todas essas decisões refletem, sem dúvida, no sistema penal e, por via de consequência no sistema prisional. Embora, como afirmado no tópico anterior, a LEP seja uma lei avançada, a realidade do sistema prisional demonstra que o que ocorre dentro desse sistema encontra-se em desarmonia com esta norma posta⁸⁰.

Notícia veiculada pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH)⁸¹ dão conta de que, apesar do Estatuto Executivo Penal ser tido como um dos mais avançados existentes e, seus vetores normativos terem por fundamento o princípio da humanidade - o que exige que as punições ocorram sob o manto do respeito aos direitos humanos fundamentais - na prática têm ocorrido constantes violações da LEP e a total inobservância das garantias legais previstas em relação, principalmente, às penas privativas de liberdade. Embora, como demonstrado no tópico anterior, a LEP tenha toda a normatividade e preveja todos os instrumentos necessários a uma execução penal eficiente por parte do Estado, não

⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1, p. 73. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção pensamento criminológico, 14), p. 10.

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1, p. 75.

⁸¹ Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH) denuncia violação de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-10/violacao-de-direitos-humanos-no-sistema-carcerario-e-recorrente-diz>. Acesso em: 12 mar. 2021.

é isso que se tem constatado por meio de estudos realizados, cujos relatórios são constantemente publicados pelos órgãos de fiscalização. Um desses órgãos que tem realizado acompanhamento permanente sobre a situação carcerária no Brasil é o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, órgão vinculado ao Ministério da Justiça. O último relatório emitido pelos especialistas que compõem os grupos de trabalho do DEPEN que realizam os levantamentos dos dados a respeito execução de pena demonstra que a situação inspira preocupação e que a realidade foge em grande medida da teoria posta na LEP.

Os resultados têm sido expostos no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, documento oficial do Ministério da Justiça e sua última atualização se deu em 2019, tendo os resultados sido publicados no endereço eletrônico do Ministério. O INFOPEN foi criado em 2004 e compila informações estatísticas sobre sistema penitenciário brasileiro, utilizando-se de dados coletados, de maneira estruturada, dos administradores de estabelecimentos prisionais de todo o Brasil. O trabalho de coleta de dados vem sendo melhorado a cada ano, com destaque para o ano de 2019, período em que o instrumento de coleta foi reformulado em sua totalidade. Passar-se-á nas linhas seguintes à análise dos dados do Relatório do Levantamento de 2019, verificando-se a realidade apresentada e seu compasso ou descompasso com as previsões da LEP. Tendo em conta a amplitude dos temas tratados no relatório, elegeu-se três áreas específicas do sistema a ser analisado: população carcerária, estabelecimentos penais e gestão dos direitos e deveres dos presos na execução⁸².

Segundo o Relatório do Levantamento a população carcerária brasileira, em dezembro de 2019 perfazia um total de 773.151 pessoas privadas de liberdade. Estes dados dizem respeito apenas a pessoas que se encontravam dentro dos estabelecimentos prisionais, não se levando em conta aqueles que se encontravam em restrições domiciliares (prisão domiciliar) e sob monitoração eletrônica⁸³.

⁸² DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. **Informações gerais**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODAzMC00YmZiLWl4M2ItNDU2ZmlyZjZGQ0liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 17 mar. 2021.

⁸³ Ibidem.

De acordo com o relatório, a população registrada encontrava-se distribuída em 1.424 Unidades Prisionais espalhadas por todo o território nacional⁸⁴. Outro dado que precisa ser destacado é a taxa de aprisionamento. Entre o ano 2000 e o de 2019 essa taxa aumentou em 157% no Brasil, pois no de 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Já em junho de 2016, ela passou para 352,6 pessoas presas para cada 100 mil, representando um crescimento de mais de 2,5 vezes⁸⁵.

Referente ao aumento da população carcerária brasileira o Relatório destaca a evolução do crescimento no número absoluto de pessoas encarceradas desde o ano de 1990 até o ano de 2019. Em dezembro de 2019, a população prisional brasileira, pela primeira vez ao longo da história, extrapolou a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que significa um aumento de 707% se comparado ao total registrado no começo da década de 1990⁸⁶. Referente à questão dos estabelecimentos carcerários, a situação do sistema enseja grande preocupação da mesma forma como os demais dados. O Brasil conta com um total de 1.449 estabelecimentos prisionais distribuídos entre os vinte e sete Estados da Federação⁸⁷.

Os dados demonstram que o sistema prisional brasileiro inspira preocupação. Os fatores que contribuem para que o crescimento do encarceramento se dê de forma tão acentuada tem sido objeto de estudo de muitos estudiosos. Não é de hoje que se apontam diversas causas para este fenômeno. Há quem indique que isso ocorre em razão de três fatores principais: o encarceramento desproporcional de populações pobres e minoritárias, principalmente negros; a aplicação categórica da pena de prisão em situações em que era cabível a aplicação de outras medidas e a substituição da função correcional da prisão pela função de gerenciamento de pessoas, servindo como um depósito de indivíduos “indesejáveis”⁸⁸.

No Brasil, especificamente, apontam-se fatores próprios do sistema para explicar o crescimento acentuado da massa carcerária. O primeiro a ser enfatizado é a promulgação da

⁸⁴ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DPEN. **Informações gerais**. Op. cit.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 293, abr. 2017. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5947. Acesso em: 2 out.2020.

lei dos crimes hediondos, em 1990, que tornou as regras de progressão mais severas, assim como a inclusão nesta lei dos crimes de tráfico de entorpecentes. Fator também destacado foi a promulgação da nova lei de drogas em 2006, pois, apesar de, em teoria anunciar o desencarceramento de usuários, na sequência as prisões foram lotadas de usuários e pequenos traficantes. Somado a isto, é possível observar que os delitos envolvendo o patrimônio, quase sempre relacionados a roubos e furtos, resultam em encarceramento e, em quase todos os casos, os objetos desses delitos têm valor menor do que o custo de manutenção do encarceramento. De outra banda observa-se que os praticantes de crimes contra a vida somam somente 10% da população carcerária, o que demonstra incapacidade de o Estado solucionar esses crimes mais graves e sua atenção para os patrimoniais, a atenção maior dada com “*a administração de conflitos ligados à circulação da riqueza*”⁸⁹. Soma-se a tudo isso a crença dos órgãos da justiça de que a punição é a solução para a criminalidade. No entanto, sabe-se que o problema é bem mais grave do que se imagina. O relatório do DEPEN⁹⁰ demonstra um déficit de aproximadamente 358 mil vagas no sistema prisional. Isso não deixa dúvidas sobre a superlotação dos estabelecimentos penais, o que, aliado a outros fatores, explica as constantes rebeliões noticiadas na imprensa nacional todos os anos. Embora a LEP preveja o direito de cada preso cumprir sua pena de forma digna, isso não ocorre. Por fim, neste ponto, a questão dos direitos dos encarcerados não poderia não ser abordada. De acordo com o relatório em análise os estabelecimentos penais sofrem com a pouca assistência à saúde dos presos. Das 773.151 pessoas encarceradas, 102.017 pessoas encontram-se em estabelecimentos sem assistência à saúde. A questão do trabalho do preso também é outro dado que chama a atenção, pois apenas 15% das pessoas presas praticam atividades laborativas⁹¹.

Ademais, há o problema da individualização da pena, que nem sempre é possível, pois o preso deve passar pelo exame criminológico e ser acautelado junto a outros de periculosidade similar, no entanto, o que se observa é um grande número de presos que praticaram pequenos delitos misturados com homicidas, estupradores e outros detentos de

⁸⁹ SINHORETTO, Jacqueline. Reforma da justiça: gerindo conflitos numa sociedade rica e violenta. *Diálogos sobre Justiça*, v. 2, p. 49-56, maio/ago. 2014, p. 52.

⁹⁰ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DPEN. *Informações gerais*. Op. cit.

⁹¹ *Ibidem*.

grande periculosidade, o que dificulta a ressocialização do apenado, podendo inclusive, obter-se um resultado contrário, ou seja, presos que cometeram pequenos delitos, que ao serem misturados com presos de alta periculosidade, passam, após deixar o presídio, a cometerem crimes mais gravosos.

Percebe-se que o atual panorama do sistema prisional brasileiro é preocupante e implica diversas violações aos direitos dos presos. Tendo em vista que o objetivo deste estudo é o direito penal do inimigo, o próximo capítulo será dedicado a esta temática.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Este capítulo aborda o direito penal do inimigo, expondo a origem e filosofia desta teoria bem como a sua função de neutralização e de diferenciação do cidadão-inimigo. Aborda, ainda, a incompatibilidade entre o direito penal do inimigo e os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

2.1 Origem da teoria do Direito Penal do Inimigo

No âmbito da teoria política, o vocábulo “inimigo” possui origem no direito romano. A proeza de Roma foi tributária de uma robusta estrutura de poder interno, o que propiciou a consecução e disseminação do grande império europeu. Não seria possível uma dominação externa sem uma organização vertical e militar da matriz do poder. “*Roma torna-se a ‘Cidade’ por excelência, com a missão de subjugar o mundo, e o subjuga castigando sem piedade os rebeldes, exercendo em toda a sua plenitude o direito do vencedor*”⁹².

Na essência e no orgulho do povo romano havia apenas Roma e seus inimigos. A cada conquista, novos territórios para explorar; a cada triunfo, confiscos e indenizações de guerra infligidas aos vencidos. A potência da península itálica conquistou Cartago, Grécia, Egito, Macedônia, Gália, Germânia, Trácia, Síria e Palestina. O seu poderio bélico, responsável por êxitos imponentes e ininterruptos, escravizou multidões. Sob esta concepção, Carl Schmitt sustenta que “*inimigo é somente o inimigo público, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, público. Inimigo é hostis, não inimicus em sentido amplo; polemios, não echtros*”⁹³. Neste particular, lecionam Aymard e Ayboyer:

⁹² AYMARD, André; AYBOYER, Jeannine. **Roma e seu império**: o Ocidente e a formação da unidade mediterrânea. Tradução de Pedro Moacyr Campos. Rio de Janeiro: Editora Betrand Brasil S.A., 1993. (Coleção história geral das civilizações, III), p. 132.

⁹³ SCHMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do Partisan**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 30.

Encontramos na Roma republicana esse sentimento, tão freqüente e tão vivo na Grécia – para não sair da Antigüidade –, de que a segurança de um Estado se encontra em perigo pela simples presença, nas proximidades, de outro Estado cujas forças pareçam equilibrar-se com as suas ou pela possibilidade de uma coalizão da qual não participe; a preocupação de preservar sua própria independência convida-o a destruir a dos outros. Então as guerras e, se essas trazem a vitória, as conquistas se entrosam uma nas outras, pois o aumento das possessões multiplica os deveres defensivos e as ocasiões de conflito; o imperialismo encontra em suas próprias aquisições motivos irresistíveis para estender, sem cessar e cada vez mais longe, os seus objetivos; ele não tem, afinal de contas, outros limites senão os da terra habitada⁹⁴.

O inimigo, em sede de teoria da soberania, não é qualquer infrator; é o estrangeiro, o outro: “o inimigo da sociedade ou estranho, quer dizer, o ser humano considerado como ente perigoso ou daninho e não como pessoa com autonomia ética, de acordo com a teoria política, só é compatível com um modo de Estado absoluto”⁹⁵. Para esta tipificação, o conceito reclama uma situação concreta, existencial. O adversário não pode ser um concorrente em geral, moldado a partir de caracteres abstratos. A ameaça do combate, a possibilidade real do conflito, deve ser iminente ou, pelo menos, eventual. Presentes estas distinções, manipuláveis conforme as conveniências e interesses do poder, o estado é de guerra declarada.

Com efeito, o sentido de inimigo sempre consistiu em empecilho à consolidação dos Estados constitucionais de direito. Porventura o seu berço possa ser atribuído ao direito constitucional, o ápice da sua “evolução científica” encontrou refúgio na doutrina totalitária do direito penal nazifascista.

A teoria do direito penal do inimigo não é inédita; foi remodelada, em 1985, por Meliá e Jakobs, criadores do funcionalismo sistêmico ou radical. Sustenta-se que o direito penal tem a função primordial de proteger a norma e, secundariamente, tutelar os bens jurídicos mais fundamentais⁹⁶. Baseia-se na cisão entre cidadãos e inimigos. Ressalte-se, por oportuno, que, a partir de 2003, instigada principalmente pelos ataques ao *World Trade*

⁹⁴ SCHMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do Partisan**. Op. cit., p. 131.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção pensamento criminológico, 14), p. 12.

⁹⁶ Em contraponto, Claus Roxin (2010, p.37-38), idealizador do funcionalismo teleológico ou moderado: “Ocorre que à alternativa formulada por Jakobs – ‘O que protege o Direito Penal: bens jurídicos ou a validade da norma? – respondendo de forma diversa, já que para mim o objeto de proteção do Direito Penal é o bem jurídico, e não a validade da norma’.”

Center em 11 de setembro de 2001⁹⁷, nos Estados Unidos, a teoria adotou uma conotação menos descritiva do comportamento do inimigo e mais justificadora da tese da sua supressão física. Do ponto de vista histórico:

Ao longo de todo o período das monarquias absolutas, aumentaram continuamente os *crimina lesae maiestatis*, que comportavam, geralmente, a pena capital; para estes, não havia nenhuma possibilidade de “correção”. Enquanto a rebelião se expressa numa simples inadaptação, mesmo que grave, às relações sociais dominantes, a domesticação, alcançada na base da pancada e do trabalho, pode ter alguma possibilidade de sucesso (vai depender da demanda existente de força de trabalho num determinado momento), porém, se a rebelião se dirige – ainda que sob formas mistificadas, não claras – contra as próprias relações sociais, contra a autoridade, é evidente que não há nada a fazer. Quem se revoltou contra a própria disciplina, e não contra alguma aplicação particular dela, não é passível de correção: merece a morte⁹⁸.

A ideologia do direito penal do inimigo, em termos coloquiais conceituado como direito penal de 3ª velocidade, repousa na presunção de periculosidade e na ênfase da eliminação física. Dotti adverte, com razão, que “*um sistema jurídico próprio de um Estado Democrático de Direito rejeita a periculosidade como fundamento ou limite da pena*”⁹⁹.

Esta abordagem gera preocupação em virtude das características subjetivas que se encontram subjacentes à construção do conceito de inimigo no contexto de uma sociedade composta por classes sociais extremamente desiguais.

A norma penal portuguesa, tal como a brasileira é bastante evidente no sentido de privilegiar o direito penal do inimigo. Segundo Caieiro¹⁰⁰, o legislador português na tentativa de cumprir as obrigações da Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo das Nações Unidas, em 1999, foi além do preconizado pela legislação:

Artigo 5.º-A
Financiamento do terrorismo

⁹⁷ MAYER, D.V. Os Acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 e sua projecção sobre os direitos fundamentais: a prevalência do valor segurança sobre o valor liberdade ou um retrocesso em matéria de direitos fundamentais? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 43, nº 2, 2002, p. 1202.

⁹⁸ MELOSSI, Dario. A gênese da instituição carcerária moderna na Europa. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVIII-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2006. (Coleção pensamento criminológico, 11), p. 56057.

⁹⁹ DOTTI, René Ariel. Aspectos da pena criminal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, dez., 1999, p. 158.

¹⁰⁰ CAIEIRO, Pedro. Investigação criminal: novas perspectivas e desafios. *Congresso de Investigação Criminal*, Figueira da Foz, 29 e 30 de março, 2012. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~pcaieiro/2015_Direito_Penal_Inimigo.pdf. Acesso em: 1 mai. 2021.

1 - Quem, por quaisquer meios, directa ou indirectamente, fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos susceptíveis de ser transformados em fundos, com a intenção de serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, ou praticar estes factos com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º ou no n.º 1 do artigo 4.º, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos¹⁰¹.

Houve a incriminação do incitamento ao terrorismo e a ampliação progressiva desta incriminação tornam incertas as fronteiras entre o crime mais temido, que é o cometimento do crime de terrorismo e atos que podem ou não ser enquadrados como incitação.

2.2 Filosofia do Direito Penal do Inimigo

O Direito penal do inimigo traz a lume uma filosofia maniqueísta que, em nome de uma suposta defesa social, insiste em classificar os homens em duas espécies, quais sejam cidadãos e inimigos¹⁰². Desse modo, considera-se inimigo o terrorista¹⁰³, o criminoso econômico, o delinquente sexual, o integrante de facção criminosa, bem como aquele que, através da reiteração da conduta delituosa, revela tendência a continuar agindo contrariamente à norma. Assim, ao romper com o acordado no pacto, perde a sua condição de cidadão, pois, “[...] quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não ‘deve’ tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”¹⁰⁴.

As principais características do Direito Penal do inimigo seriam, no entendimento de Jakobs:

- a) ampla antecipação da proteção penal, isto é, troca de perspectiva do fato passado para o fato futuro; b) ausência de redução de pena em razão de tal antecipação, tornando-a desproporcionalmente alta; c) trânsito da legislação

¹⁰¹ PORTUGAL. **Lei n.º 52, de 22 de Agosto de 2003**. Estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/70115598/201909162119/70163513/diploma/indice>. Acesso em: 1 maio 2021.

¹⁰² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional**. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 111.

¹⁰³ ROGEIRO, N. **O Inimigo Público, Carl Schmitt, Bin Laden e o Terrorismo Pós-Moderno**. Lisboa: Gradiva, 2003, p. 47.

¹⁰⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 42.

jurídico-penal à legislação de luta; d) relativização ou mesmo supressão de determinadas garantias processuais¹⁰⁵.

O Direito Penal do inimigo possui relação direta com o que Sánchez¹⁰⁶ convencionou denominar de Direito Penal da “terceira velocidade”. Na opinião do autor, o direito penal de 3ª velocidade concorreria com uma extensa relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Argumenta, porém – diferentemente do conceito de Direito Penal do inimigo de Jakobs¹⁰⁷, cuja característica é a opção pelo abandono duradouro do Direito – que o Direito Penal da “terceira velocidade” só será legítimo por tempo limitado e em âmbitos excepcionais, e desde que se baseie em considerações realmente necessárias, de subsidiariedade e eficácia, em um marco de emergência. É a destacada lesividade de determinados comportamentos, em suma, que explica que a sociedade esteja disposta a renunciar a certas cotas de liberdade em troca de reforço da segurança.

Embora não se possa deixar de reconhecer meticulosa coerência e potencial teórico-político no discurso do Direito Penal do inimigo e da 3ª velocidade, estas concepções não têm repercutido em sede de doutrina, pelas mais variadas objeções. Ao que interessa ao presente trabalho, devem ser rechaçadas: a) por desembocarem num Direito penal de autor; b) por não considerarem o inimigo como uma “pessoa”¹⁰⁸.

A base de orientação, portanto, do Direito penal do inimigo e da terceira velocidade não está no princípio do Direito Penal do fato, mas no de “autor”. Não visa à conduta realizada, mas à periculosidade: o fato futuro. Trata-se, segundo Brunoni, “*da estruturação do Direito Penal a partir da pessoa do delinqüente e não do fato danoso cometido; de uma nova e reforçada legitimação, em definitivo, do Direito Penal do autor*”¹⁰⁹. Inconcebível, portanto, com o Princípio de Culpabilidade.

¹⁰⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 98.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 163.

¹⁰⁷ JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Traducción para el castellano de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzales y Manoel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, p. 36.

¹⁰⁸ VASCONCELOS, Maria Teresa. **Corrupção, Crimes de Colarinho Branco e o Direito Penal do Inimigo**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

¹⁰⁹ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de Culpabilidade**: Considerações. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 56.

Além disso, restaria incerto o momento exato em que se poderia considerar “inimigo” determinado sujeito: quantas condenações seriam necessárias para que ele perdesse o status de cidadão? Lembre-se ainda que muitas hipóteses que o Direito Penal do inimigo pretende absorver referem-se a casos típicos de “delinquentes por convicção”, para os quais não haveria necessidade de transgredir as regras do Direito Penal “ordinário”.

2.2.1 Neutralização e diferenciação cidadão-inimigo

Reconhecer a legitimidade de um “Direito Penal do inimigo” representa o retorno à antiga dialética que se refere à legitimidade de um “Direito Penal do autor” em detrimento do modelo de “Direito Penal do fato”¹¹⁰.

Como é cediço, na construção de um sistema punitivo, é possível tomar por base o fato ou o autor. Quando o fato é tomado de forma exclusiva e pura, dá-se o que a doutrina chama de “Direito Penal do fato” (*Tatstrafrecht*); no extremo oposto, tomando-se exclusivamente o autor, revela-se o “Direito Penal de autor” (*Täterstrafrecht*)¹¹¹.

Francisco de Assis Toledo ressalva que entre os posicionamentos radicais e extremos, situam-se as correntes moderadas em prol de um Direito Penal do fato que considere também o autor, como se verifica, v.g., no Brasil, sobretudo com a edição do Código de 1940¹¹².

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, aparentando não concordar com o posicionamento conciliador de Toledo, aduzem que: Além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, encontra-se o novo direito penal de autor que, sob a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento¹¹³.

¹¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el ‘Derecho penal del enemigo’*. Buenos Aires: Editorial Argentina, 2005, p. 37-42. Colección “claves del Derecho Penal”, v. 5.

¹¹¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal Racional*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 202.

¹¹² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 250-251.

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1, p. 133.

Trata-se, pela similaridade dos termos, da descrição de um Direito Penal do inimigo. Meliá, quando afirmou que o Direito Penal do inimigo não é compatível com o princípio do Direito Penal do fato, pontuou que:

[...] na doutrina tradicional, o princípio do Direito Penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito Penal orientado na “atitude interna” do autor¹¹⁴.

Ao criticar o Direito Penal do inimigo, Meliá afirma que:

[...] não é que exista um cumprimento melhor ou pior do princípio do Direito Penal do fato – o que se observa em muitos outros âmbitos de “antecipação” das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os ‘inimigos’ – mais que na definição de um “fato”¹¹⁵.

Zaffaroni defende, por sua vez, que mesmo que não exista um critério unitário sobre o que o Direito Penal de autor representa, seria possível dizer que, pelo menos em sua máxima manifestação, ele poderia revelar uma corrupção do Direito Penal, que não traz proibições ao ato em si, mas, sim, ao ato como manifestação da “forma de ser do autor”, esta sim compreendida como verdadeiramente delitiva¹¹⁶.

Essa doutrina critica o extremismo do Direito Penal do autor, que é bem delineado por Frederico Marques ao afirmar que se revela a

[...] concepção subjetivista do Direito Penal plantada bem no centro e coração da teoria geral do delito, com o intuito de transformar a punição e o próprio delito, até então assentados em dados objetivos, para erigirem a pessoa do réu como conceito basilar da sistemática jurídico-penal¹¹⁷.

No que pesem as críticas, necessário frisar, com respaldo em Toledo, que seria precipitado, para não dizer equivocado, “*pretender generalizar e atribuir colorido político,*

¹¹⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Op. cit., p. 80.

¹¹⁵ Ibidem, p. 81.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 117-118.

¹¹⁷ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2000. v. III. p. 63.

*ou totalitário, a todas as correntes penalísticas que apresentem como característica um especial realce dado ao agente-do-fato*¹¹⁸.

Ele próprio traz a lembrança da Escola positiva que, desde Lombroso, chamava a atenção à pessoa do delinquente e, de outra parte, desde Von Liszt, apontado como o idealizador da teoria do Direito Penal de autor, já pontuava que “*se deve castigar não o ato, mas o autor*”¹¹⁹. Assim, segundo Francisco de Assis Toledo, sem qualquer conotação ideológica, seria possível:

[...] rotularem-se de ‘direito penal de autor’ várias correntes, de origem e propósitos diversos, que, todavia, têm de comum a colocação do agente, com o seu caráter, com a sua personalidade, no centro do problema penal, com inteira precedência lógica sobre o fato, considerado este último mero fenômeno sintomático, ou mero ponto de partida para a aplicação da pena criminal. O direito penal de autor, nesse sentido amplo, opõe-se a direito penal do fato¹²⁰.

No que pesem as ressalvas de Toledo, ao que parece a teoria de Jakobs assemelha-se sim com um modelo de Direito Penal do autor. O Direito Penal do inimigo, como já exposto, é um Direito Penal em que o Estado confronta não apenas os seus cidadãos, mas seus inimigos¹²¹.

É preciso recordar, com arrimo em Portilla Contreras¹²², que a teoria formulada por Jakobs encontra seus fundamentos na teoria dos sistemas sociais cuja base é a comunicação (a pessoa existe em função de sua relação social).

Os inimigos não são pessoas para Jakobs (*Feinde sind aktuell Unpersonen*). Segundo o jurista alemão, o conceito de “pessoa” refere-se à forma pela qual é construído o sistema social¹²³. Com isso objetiva enfatizar que:

[...] só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real, eis que

¹¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. Op. cit., p. 64.

¹¹⁹ Ibidem, p. 235.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ VEIGA, Helio Mendes. **Direito Penal do Inimigo**: inconstitucionalidade dos crimes de mera conduta. Lisboa: Lisbon Editora, 2020. p. 13.

¹²² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El Derecho Penal y Procesal del Enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, In: QUIROGA, Jacobo López Barja de; ESPINAR, José Miguel Zugarlúa (Coords.). **Dogmática Y Ley Penal – libro homenaje a Enrique Bacigalupo**. Madri: Instituto Universitario de Investigación Ortega Y Gasset e Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., 2004, p. 693-720. t. I.

¹²³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Op. cit., p. 31.

sem um mínimo de cognição, a sociedade constituída juridicamente não funciona. Assim, não somente a norma, mas também a pessoa necessita de um “cimento cognitivo”¹²⁴.

O próprio Jakobs¹²⁵ alerta que isso não quer dizer que tudo deva ser permitido; antes, seria possível que se reconhecesse aos adversários uma personalidade potencial, de tal forma que na disputa contra esses indivíduos não se possa ultrapassar a medida do necessário.

Gracia Martín¹²⁶ afirma que privar e negar condição de “pessoa” a determinados indivíduos e, ainda, atribuir-lhes a condição de “inimigos”, constitui o paradigma e a principal questão da teoria.

A diferenciação “pessoa-inimigo” parece, a muitos críticos, como algo inconcebível em um Estado de Direito. Entretanto, diante do quadro, ao que parece, irreversível, evitar a discussão sobre essa diferenciação, possibilitará que se legitime o caos normativo, impondo-se normas penais e processuais de maneira indistinta aos inimigos e aos cidadãos¹²⁷.

Na prevenção geral positiva, a dor penal se comina a uma pessoa competente, capaz de ser culpável, e não a inimputáveis, eis que frente a estes não há expectativas normativas que possam ser defraudadas. Essa diferenciação e esse moderno antagonismo remetem à clássica dialética de aplicação de um Direito Penal retrospectivo ou prospectivo.

2.2.2 O Direito Penal Retrospectivo e a Política Criminal Prospectiva

Ao se deparar com os critérios que, na prática, recomendariam o tratamento do indivíduo como inimigo conforme a concepção de Jakobs, é inevitável constatar a semelhança com a classificação do agente perigoso, questão de grande polêmica, que remonta o Código brasileiro de 1940.

¹²⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Op. cit., p. 45.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (en línea). 2005, n. 07-02. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 8 abr. 2021.

¹²⁷ APONTE CARDONA, Alejandro. **¿Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano?** Bogotá: Temis, Monografías Jurídicas, 2005, v. 100. p. 17-18.

Zaffaroni, ao tratar da periculosidade, tem evidentemente uma posição intransigente: “*tudo Direito Penal de periculosidade é Direito Penal de autor, enquanto o Direito Penal de culpabilidade pode ser de autor ou ‘de ato’ (que é o seu oposto)*”¹²⁸.

Sodré de Aragão, um clássico positivista brasileiro, buscando a reestruturação da dogmática sob o prisma da periculosidade, salientava que:

[...] ao célebre princípio da proporcionalidade das penas aos delitos, proclamado pela escola clássica, contrapõem os antropólogos o princípio da proporcionalidade da pena ao grau de temibilidade do indivíduo ou de inadaptação à vida social¹²⁹.

Afirmava ele, que desse primado decorreriam corolários que têm grande valor prático e trazem, como consequência inevitável, uma profunda e radical transformação em toda a ciência penalógica até então conhecida¹³⁰.

O histórico sobre a discussão da periculosidade na dogmática penal, aliás, afasta as açodadas ou intencionais pretensões de etiquetamentos típicos de regimes autoritários. A discussão, já travada há mais de um século em diversos congressos internacionais (Hamburgo – 1905, Húngaro – 1907/1908, Francês – 1910, etc), teve início, segundo Aníbal Bruno¹³¹, com o discurso de Prins no congresso do Grupo Belga (1892), que atribuía ao juiz a missão de apreciar, sobretudo, o caráter mais ou menos antissocial do acusado. Conceituando a temibilidade como “*perversidade constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do delinqüente*”¹³², afirmava Garofalo que a pena deveria ser determinada pela temibilidade. Através da publicação do artigo “*Studi recenti sulla criminalità*”, que depois desenvolveu na monografia “*Di un critério positivo della penalità*” (Nápoles 1880), Garofalo¹³³, já àquela época, explicitava a ideia de que a penalidade deveria ser medida, não pela gravidade do crime, pelo dever violado ou pela impulsão criminoso, mas, principalmente pela temibilidade do criminoso.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. Op. cit., p. 119.

¹²⁹ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As Três Escolas Penais**: Clássica, Antropológica e Crítica. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952. p. 217.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ BRUNO, Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança**. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 13.

¹³² GARÓFALO, Raffaele. **Criminologia**. 3. ed. Tradução de Júlio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica, 1893. p. 180.

¹³³ Apud FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999. p. 271-272.

Nesse diapasão, Aníbal Bruno afirma que Garofalo introduzira na doutrina a noção de temibilidade, aduzindo que ele próprio fazia dela “o princípio que transformaria radicalmente toda a legislação”¹³⁴.

Em outros termos, o vocábulo periculosidade indica, em sentido genérico, um estado de perigo ou a probabilidade de um dano iminente ou futuro¹³⁵, o que coincide com a moderna concepção de Jakobs, ainda que com outro suporte metodológico e filosófico.

Como se vê, tratar desse tema representa reescrever, com tintas da modernidade, as diferenças entre cidadão e inimigo.

Asúa¹³⁶, por outro lado, advertira sobre a dificuldade de se definir o conceito, levantando a mesma dúvida que hoje é realçada pelos críticos de Jakobs: como identificar os perigosos e quais medidas devem ser adotadas para esses indivíduos. Concomitantemente, o próprio Asúa, ao tratar da importância da teoria do estado perigoso.

No Direito Penal brasileiro, a preocupação com os critérios era a mesma. Basileu Garcia questionara a forma como a periculosidade era apreciada, aduzindo que “nela se deve identificar – não a mera possibilidade, mas a probabilidade de que o indivíduo tornará a delinquir”¹³⁷.

Frederico Marques, por sua vez citando Petrocelli, definira os fatores da periculosidade como os elementos que atuando sobre o indivíduo o transformam nesse ser com probabilidade de delinquir, agrupando-os em duas categorias:

Fatores subjetivos ou pessoais, e fatores objetivos ou ambientais. Subjetivos são aqueles coeficientes de periculosidade que o indivíduo traz em si mesmo, e objetivos, os que resultam das relações do indivíduo com o ambiente. Exemplificativamente, ele aponta os seguintes fatores subjetivos: a) condições físicas individuais (doenças físicas); b) condições psíquicas (doenças mentais); c) condições morais e culturais (ausência de educação, analfabetismo, insensibilidade moral, índole particularmente perversa, tendências anárquicas etc.). E os seguintes fatores objetivos: a) condições físicas do ambiente (ex., o clima); b) condições de vida familiar (contágio familiar, abandono, promiscuidade etc.); c) condições de vida social (miséria, desocupação, hábitos e meios de vida ilícitos ou degradantes)¹³⁸.

¹³⁴ BRUNO, Aníbal. Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança**. Op. cit., p. 13.

¹³⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. III, Op. cit., p. 103.

¹³⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. **El Estado Peligroso**. Buenos Aires: Imprenta de Juan Pueyo, 1922. p. 38-39.

¹³⁷ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, v. I, t. II, p. 603.

¹³⁸ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. III, Op. cit., p. 106-107.

A teoria, até então polêmica, chegara ao ponto de levantar a discussão acerca da periculosidade sem delito. Asúa¹³⁹ identificava periculosidade sem delito e periculosidade pós-delitual, reclamando para ambas o mesmo poder julgador, embora as diferenciasses provisoriamente como objeto de dois Códigos diversos.

A periculosidade e a busca de um Direito Penal preventivo, seja com enfoque positivista, seja como combate à crescente criminalidade, estava já ao final do século XIX e, especialmente, no início do século XX, permeando a legislação do mundo todo, fortalecendo o que a criminologia denominou “tipos criminais”¹⁴⁰.

Nesse período, iniciavam-se discussões acerca da adoção de um critério exclusivo ou misto de periculosidade, conforme se verifica do relatório da Comissão Internacional Penal e Penitenciária de 1948 que reconhecia que “*raros eram os países que se limitavam a procurar combater a criminalidade endurecida pelas disposições sobre a reincidência*”¹⁴¹.

Atualmente, Jakobs, como se estivesse repisando a discussão, afirma:

No lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, direito penal do inimigo (neste contexto, direito penal ao menos em sentido amplo: a medida de segurança tem como pressuposto a comissão de um delito) ao invés do direito penal do cidadão, e a voz “Direito” significa, em ambos os conceitos, algo claramente diferente, como se mostrará mais adiante¹⁴².

Deve-se registrar que influenciado pelo modelo italiano, o legislador brasileiro acatou a ideia. Hungria¹⁴³, um dos importantes responsáveis pelo Código de 1940 e, certamente, influenciado pelas ideias positivistas de Lyra, justificou a adoção das medidas de segurança também traduzindo a ineficiência do modelo de combate à criminalidade utilizado até então.

¹³⁹ ASÚA, Luis Jiménez de. **El Estado Peligroso**. Op. Cit., p. 39.

¹⁴⁰ Marques registra o que se verificaria na Inglaterra ou em vários “domínios” britânicos: o habitual *criminals act*, de 1905, de novas gales do sul; o act de 1908, de vitória e o habitual *criminals act*, de 1911, da África do Sul; destacando, ainda, o código penal italiano que contemplava como categorias de delinquentes, o criminoso habitual, o criminoso profissional, o reincidente e o criminoso por tendência. Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. III, Op. cit., p. 76. O art. 108 do código italiano (rocco) apresentava a institucionalização de estereótipos, de tipos de autor (perigosos, habituais e por tendência), que fatalmente iria influenciar o legislador brasileiro (cf. LYRA, Roberto. **Novíssimas Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. p. 356).

¹⁴¹ MELLO, Dirceu de. Criminoso habitual e Criminoso por Tendência: acertos e desacertos do Novo Código Penal Brasileiro, no plano da conceituação, imputabilidade e punibilidade desses tipos de delinquentes – Análise e sugestões. **Revista Justitia**, São Paulo, n. 82, 3º trim. 1973.

¹⁴² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Op. cit., p. 23.

¹⁴³ HUNGRIA, Néelson Hoffbauer. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. I, t. I. p. 209-210.

As medidas de segurança são prospectivas, enquanto as penas se alicerçam no fato já consumado. Aníbal Bruno, nesse sentido, alertava:

As ideias modernas sobre a natureza do crime e as suas causas e a exigência prática de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, ao lado da velha reação punitiva, uma série de medidas que se dirigem, não a punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social ou a segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irredutível. São as chamadas medidas de segurança. Medidas que pertencem também ao direito penal. Com isso, alarga esse ramo do Direito a sua capacidade como instrumento da luta da ordem jurídica contra a criminalidade no sentido de tornar mais efetiva a prevenção geral e especial dos fatos puníveis¹⁴⁴.

Trata-se de uma ideologia e de um discurso, até então, aceitos como legítimos e possíveis, embora não fossem imunes a críticas.

Frederico Marques¹⁴⁵, a título ilustrativo, destacara que a duplicidade de tratamento penal já era combatida à época, sendo inclusive objeto de discussão e preocupação principal no 6º Congresso Internacional de Direito Penal realizado em Roma, no dia 27 de setembro a 03.10.1953.

Com a institucionalização das medidas de segurança, dois sistemas disputaram a preferência dos códigos penais: a) vicariante; b) duplo binário.

É certo que os críticos do sistema duplo binário se fizeram presentes na reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro em 1984, embora tenham gerado contundentes críticas:

Este é o traço mais desastroso da nova Parte Geral do Código Penal, dentre os que abordo nessa conferência. [...] O novo sistema parte do pressuposto infantil de que o réu imputável não pode ser perigoso. [...] Acho altamente duvidoso e mendaz tudo isso, pois o Código parte de uma aberração – o mau cumprimento das medidas de segurança – para erigi-lo como regra geral, e, ademais, esquece do réu que, além de culpável, é perigoso, como, por exemplo, os reincidentes em crimes dolosos perpetrados com violência ou ameaça¹⁴⁶.

Isto posto, retomar à busca por um Direito Penal que ao mesmo tempo consagre o modelo da escola Clássica e Positivista, pena e medida de segurança (duplo binário),

¹⁴⁴ BRUNO, Aníbal. Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança**. Op. cit., p. 13-14.

¹⁴⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. III, Op. cit., p. 264-265.

¹⁴⁶ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Efeitos da Condenação, Reabilitação e Medidas de Segurança. In: JESUS, Damásio Evangelista de (Coord.). **Curso sobre a Reforma Penal**. São Paulo: Saraiva, Procuradoria Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1985. p. 140-144.

periculosidade e culpabilidade, é entender o porquê de estar em voga a discussão sobre a legitimidade de um “Direito Penal do inimigo” ou, ao menos, da existência concomitante de diferentes modelos de Política Criminal, ou com a felicidade de Silva Sánchez¹⁴⁷, de “*diferentes velocidades do Direito Penal*”. Aliás, a discussão radical entre culpabilidade e periculosidade, pena e medida de segurança voltou reciclada.

O Código Penal espanhol de 1995, denominado “Código Penal da Democracia”, vem demonstrar que além de ter criado o maior catálogo de tipos delitivos da história da codificação espanhola, converteu-se no que o próprio governo espanhol chamou de “Código Penal da Segurança”.

Muñoz Conde¹⁴⁸, nesse aspecto, ressalta essa tendência, que logicamente não é peculiar à Espanha e que demonstra a preocupação de se implantar uma política de segurança mais uma vez temperada com a periculosidade do agente, a mínima tolerância e a linhagem de Direito Penal do autor.

Um exemplo marcante dessa discussão, tanto na Europa, quando no país, diz respeito à tese do domínio da organização criminosa que, a rigor, representaria a punição do chefe da organização criminosa independentemente da prova do dolo e unidade de propósitos. Em outras palavras, havendo a premissa de existência de uma organização criminosa, o chefe teria sempre o domínio dos atos criminosos praticados pelos subordinados e, como tal, seria sempre responsabilizado. Essa responsabilização objetiva idealizada por Roxin¹⁴⁹ que, em outros tempos, seria denominado Direito Penal do autor, já é reconhecida pela doutrina nacional¹⁵⁰, assim como já foi enfrentado em Tribunais no exterior¹⁵¹ e no Brasil¹⁵².

¹⁴⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal*. Op. cit., p. 148-151.

¹⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. As Reformas da Parte Especial do Direito Penal Espanhol em 2003: da ‘Tolerancia Zero’ ao ‘direito penal do Inimigo’. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf>. Acesso em: 8 abr., 2021.

¹⁴⁹ ROXIN, Claus. O Domínio por Organização como Forma Independente de Autoria Mediata. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica*, n. 17, p. 69-94. nov. 2009.

¹⁵⁰ Nesse sentido: LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A Responsabilidade do “Homem de trás” das Organizações Criminosas. *Revista Jurídica da ESMP*, n. 1, 2004, p. 44 e ss; ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. O Domínio por Organização na Dogmática Penal Brasileira do Concurso de Pessoas. *Direito em Revista*, v. 03, n. 01, p. 8-16. Disponível em: https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2701/1/o_dominio_por_organizacao.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021; AMBOS, Kai; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Direito Penal: Fins da Pena, Concurso de Pessoas, Antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 61.

¹⁵¹ Para elucidar, pode-se fazer menção ao chamado Käsemannfall, caso em que se analisou a responsabilidade pela morte da estudante alemã Elizabeth Käsemann, desde a perspectiva do concurso de pessoas, investigando a responsabilidade do chefe do exército, o general Jorge Videla, e do membro da Junta Militar, o comandante Emilio Massera. Nesse sentido, segundo a perspectiva alemã de Ambos, as hipóteses de instigação e de co-autoria não são adequadas para caracterizar a responsabilidade de Videla e Massera, mas sim a chamada autoria mediata e para isso Ambos recorre à teoria do domínio por organização, atribuindo à esta uma melhor

Há também notícias recentes de condenação da Alemanha pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, por manter um estuprador homicida em custódia além do tempo da condenação original, devido à aplicação de medida de segurança detentiva. A rigor, na Alemanha, há mais de quinze anos, é possível a internação com medida de segurança ser decretada ulteriormente, após a sentença penal contemplar pena propriamente dita. Isso ocorre quando se constata durante a sentença de prisão a periculosidade excepcional do criminoso. Aliás, após longa carreira criminal, um alemão de cinquenta e dois anos foi condenado em Marburg no ano de 1986, a 5 anos de prisão por tentativa de latrocínio, seguidos da medida de segurança de internação, que tinha à época duração máxima de 10 anos. Apenas em 1998 esse período foi modificado e a duração passou a ser indeterminada¹⁵³. Segundo o Departamento Federal de Estatística, aproximadamente quinhentas pessoas se encontram internadas com medidas de segurança na Alemanha. Ainda nesse sentido, a pena de “castração química” tem sido método utilizado em alguns países europeus (Alemanha, Dinamarca, Estados Unidos, Suécia, dentre outros). Esta modalidade de castração se dá com a aplicação de hormônios femininos a indivíduos do sexo masculino – a exemplo do acetato de medroxiprogesterona – com o objetivo de reduzir os níveis de testosterona nos testículos. O resultado é a redução da libido sexual e ereção, o que poderia também repercutir na redução da agressividade.

Esse tipo de sanção que aparenta ser ficção científica não está longe da realidade brasileira: o país já tem projetos de lei em trâmite, valendo ressaltar projeto específico do Senado Federal registrado sob o número 552/07¹⁵⁴. Assim, a discussão é mais recente e concreta do que se imagina.

Dotti, no entanto, sustenta que esse tipo de política de combate a inimigos nada mais representaria que a “ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano, agora sob

fundamentação com base em uma fungibilidade abstrata, de maneira que formula a teoria desde um entrelaçamento de componentes normativos e fáticos (ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **O Domínio por Organização na Dogmática Penal Brasileira do Concurso de Pessoas**. Op. cit.).

¹⁵² Ver TRF4, Ap. Crim. n. 2002.70.02.006666-0/PR, 7ª T, DJU de 23.02.2005; TRF4, HC n. 2005.04.01.048500-2/RS, 7ª T., DJU de 11.01.2006.

¹⁵³ *Jornal Deutsche Welle*, Disponível em: <http://www.dw.de/tribunal-de-direitos-humanos-condena-berlim-por-senten%C3%A7a-retroativa/a-5029811>. Acesso em: 8 abr. 2021.

¹⁵⁴ Que criaria o art. 226-A., cuja redação seria: “Nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças, fica cominada a pena de castração química”.

o foco do preconceito social, renovando antigas teorias e práticas com nova roupagem ideológica e escuridão do espírito”¹⁵⁵, a principal delas atribuída a Mezger.

Nesse aspecto, é necessário registrar que a relação de Mezger com o regime nazista obteve detida análise com a publicação da obra de Muñoz Conde – *Edmund Mezger y derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*¹⁵⁶.

É certo, por outro lado, como lecionava Hungria, não ser razoável aceitar que qualquer teoria, pelos simples efeitos similares, ganhe o selo fascista ou nazista. Ele próprio acentuava, em defesa às críticas que o Código de 1940 recebera nesse aspecto, que a democracia liberal deve se dedicar a proteger os direitos do homem e não os crimes por ele cometidos: “*Maldita seria a democracia, se se prestasse a uma Política de cumplicidade com a delinquência*”¹⁵⁷. Em verdade, os discursos ideológicos radicais e os etiquetamentos ucrônicos não se dão conta de que enquanto os debatedores permanecem na tribuna sem buscar uma delimitação dos modelos, eles continuam se entrelaçando pela prática legislativa exercitada diuturnamente à sorrelfa. Isso, aliás, também é patente no processo penal.

Por derradeiro, exemplifica-se a aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo com o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) empregado no Brasil.

Com a aprovação da Lei Federal 10.792/2003, foi dada nova redação a vários dos dispositivos da LEP de 1984. Seguramente a Lei 10.792/2003 foi o texto legal que mais produziu mudanças na LEP, desde a sua aprovação.

A introdução do RDD, por exemplo, foi uma das muitas consequências ocasionadas pela mudança legislativa. Segundo Silva¹⁵⁸, o RDD é o isolamento do preso – provisório ou condenado – estipulado por ordem judicial, que submete o recluso a 22 horas diárias de isolamento absoluto em cela individual, com um banho de sol durante duas horas, podendo o juiz estabelecer um período de duração equivalente a até 360 dias, renováveis até o apenado cumprir um sexto da pena.

¹⁵⁵ Cf. DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura**. Curitiba: Juruá, 2005.

¹⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo**: Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. 4. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

¹⁵⁷ HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. I, t. I, p. 52.

¹⁵⁸ SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Execução Penal Comentada**. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p. 112.

No entender de Carvalho e Freire, “[...] o isolamento celular prorrogada previsto no RDD, em face dos efeitos destrutivos para a saúde física e mental dos condenados, assume feição de pena cruel, reeditando a velha noção de pena como puro e simples exercício de vingança social”¹⁵⁹.

Para Álvaro Mayrink da Costa,

O regime disciplinar diferenciado é um regime de execução penal cruel, desumano, e se opõe a todas as normas, nacionais e internacionais, que orientam a execução da pena, contribuindo eficazmente para aumentar o rol de transtornos mentais, tornando inseguro o ambiente microsocial¹⁶⁰.

Não se sabe, entretanto, qual é a natureza jurídica do RDD. O que é certo, contudo, é que não é uma punição administrativa, porque a autorização de inclusão do preso no RDD é realizada por ordem judicial; também não é uma punição judicial, porque essa atividade jurisdicional é exclusivamente no âmbito do devido processo penal, que enseje em uma condenação. Por isso, muitos asseguram que o RDD é simplesmente um castigo físico e moral que é imposto ao preso.

Na visão do art. 53, V, da LEP, o RDD seria uma punição disciplinar, o que é invariavelmente incorreto, porque a sanção disciplinar é imposta na esfera exclusivamente administrativa. Como o RDD é fixado por autoridade judiciária, resta claro que o RDD não é uma sanção administrativa e nem pode ser judicial, pois a jurisdição exige que o magistrado só puna o culpado no devido processo legal de natureza penal, com ampla defesa e contraditório. Fora do processo penal, não é possível ao magistrado punir alguém, e não há dúvidas que o RDD é uma punição extremamente contrária à integridade física e moral do detento, seja ele condenado ou provisório.

No que pertine à possível inconstitucionalidade do RDD, muitos garantem que ele viola princípios constitucionais, como o da humanização das penas, da proibição de fixação

¹⁵⁹ CARVALHO, Salo; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: Notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Críticas à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 279.

¹⁶⁰ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal**: Parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 151.

de penas cruéis e da proibição da aplicação de causas que ensejem em violação à integridade física e moral do preso¹⁶¹.

Nesse sentido, tramita no Supremo Tribunal Federal, desde 2010, ação declaratória de inconstitucionalidade, promovida pela OAB-Federal, buscando a inconstitucionalidade do RDD. Sobre o assunto, diz Guilherme Nucci:

Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. É, sem dúvida, pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados a presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não submeter a nenhum tipo de assédio de outros condenados¹⁶².

O autor considera que por força dos males do cárcere e da omissão do Estado em relação ao seu sistema carcerário, o encarcerado pode se submeter ao isolamento celular, além do mais, em seu entender, trata-se de um “mal necessário”, conforme assentado em seus comentários.

À luz do disposto no art. 52, da LEP, o RDD pode ser imposto ao preso provisório ou já condenado que cometer falta grave, ou que subverta a ordem ou indisciplina internas, que apresente elevado risco para a segurança do estabelecimento penal, bem como aquele sob o qual recaiam fundamentadas suspeitas de estar envolvido ou de integrar organizações criminosas, quadrilha ou bando. A possibilidade de incluir o preso provisório no RDD, para muitos, viola o princípio da inocência. Ocorre, porém, que o princípio da presunção de inocência gera efeitos jurídicos, somente, na esfera penal, porque alguém só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória¹⁶³.

Além das causas taxativamente previstas no art. 50, da LEP, já analisadas, a prática de fato definido como crime doloso também é considerada falta grave, com a nova redação dada ao art. 52, da LEP, pela Lei Federal 10.792, de 2003. É perfeitamente possível, entretanto, que numa mesma conduta comissiva ou omissiva, o preso provisório ou já

¹⁶¹ MARTINS, Patrícia Fragoso. Princípios do Primado do Direito da União. In: **Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 64.

¹⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 221.

¹⁶³ NUNES, Adeildo. **Progressão e Regressão de Regime Prisional**. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p. 106.

condenado pratique um fato aparentemente delituoso e uma indisciplina prisional. Evidentemente, o fato delituoso será investigado pela polícia judiciária, enquanto a falta disciplinar deverá ser apurada pela administração do presídio. Vê-se, por isso, que são investigações completamente diferentes e com finalidades distintas.

Comprovada a prática da falta disciplinar, cabe fixar uma sanção administrativa, dentre aquelas previstas no art. 53, da LEP. Em havendo crime, claro, poderá haver a fixação de uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa), no devido processo penal. Neste caso, a indisciplina prisional terá enorme repercussão no processo de execução da pena, porque o novo crime praticado poderá gerar a reincidência criminal, que certamente tende a comprometer os antecedentes criminais do recluso. Na análise de um pedido de livramento condicional, por exemplo, o juiz haverá de investigar a reincidência criminal do requerente, posto ser uma exigência legal¹⁶⁴.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que é inadmissível a inclusão do preso no RDD devida a falta disciplinar cometida antes da concessão de qualquer benefício, a exemplo do livramento condicional. Assim, decidindo o magistrado pela concessão de algum benefício, mesmo que o preso tenha cometido uma falta grave muito antes da decisão, se isso acontecer, não mais será possível retroagir e incluir o preso no RDD, com base naquela indisciplina¹⁶⁵.

Pouco tempo após a entrada em vigor da Lei Federal 10.792/2003, o TJSP assim decidiu:

Independentemente de se tratar de uma política criminológica voltada apenas para o castigo, e que abandona os conceitos de ressocialização ou correção do detento para adotar medidas estigmatizantes e incoizadora próprias do Direito Penal do Inimigo, o referido regime disciplinar diferenciado ofende inúmeros preceitos constitucionais. Trata-se de uma determinação desumana e degradante (art. 5º, III, da CF), cruel (art. 5º, XLVII da CF), o que faz ofender a dignidade humana (art. 1º, III, CF). Por fim, note-se que o Estado Democrático de Direito é aquele que procura um equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais de liberdade do homem. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a consequente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao Estado Democrático de Direito. Assim, por toda inconstitucionalidade inerente ao RDD, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da medida adotada contra a paciente, e a concessão do writ, a fim de que a reeducanda seja

¹⁶⁴ NUNES, Adeildo. **Progressão e Regressão de Regime Prisional**. Op. cit., p. 107.

¹⁶⁵ STF – 1ª T. – HC 118.494 – Rel. Roberto Barroso – j. em 19.11.2013.

imediatamente removida do regime disciplinar diferenciado a que foi transferida¹⁶⁶.

Ao introduzir o RDD no corpo da LEP, a Lei Federal 10.792/2003, não proibiu a concessão da progressão de regime. De efeito, pelo contrário, ao estabelecer o tempo de duração do RDD, constante do art. 52, I, da LEP, o legislador limitou o seu tempo de duração a 1/6 do total da pena, isso porque essa fração corresponde ao tempo necessário para a obtenção da progressão de regime, conforme art. 112 da LEP.

Dessa forma, não há nenhum óbice para que o condenado possa se beneficiar da progressão de regime, mesmo estando em RDD, a uma porque não há lei proibindo, e a duas porque a própria LEP estabeleceu um limite para a duração da medida extrema, que tem vinculação direta com o tempo para a obtenção do benefício da progressão de regime prisional.

Pelo princípio do *non bis in idem* (CRFB/1988, art. 5º, XXXIX c/c arts. 8º e 42 do CP), decorrente da garantia da tipicidade e legalidade (CRFB/1988, art. 5º, XXXIX), o mesmo fato não pode ser duplamente apenado. Assim, por exemplo, se o fato é elemento constitutivo do tipo legal, não poderá funcionar como agravante do mesmo crime; no crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica, não se pode majorar a pena pela incidência da agravante do art. 61, II, “g”, do CP (violação de dever inerente à profissão)¹⁶⁷.

Nos casos de extraterritorialidade incondicionada (CP, art. 7º, I), o juiz deve ter em conta as diversidades qualitativas e quantitativas da pena imposta no Brasil, para, no primeiro caso, atenuar a nova pena, e, no segundo, abatê-la do quantum da pena cumprida no estrangeiro (CP, art. 8º).

No art. 42 do CP, igualmente, se encontra selado o princípio *non bis in idem*, impedindo que, pela prática do mesmo fato, venha o agente ser duplamente apenado, caso em que a fungibilidade da prisão impede o *bis in idem*.

Problemas particulares surgem no tratamento penal da reincidência, instituto com dupla sede: no art. 63 do CP, onde obteve definição e no art. 61, I, do CP (circunstância

¹⁶⁶ TJSP – HC 893.915-3/5-SP – 1ª Câm.Crim. – Rel. Marcos Nahum – j. em 09.05.2006.

¹⁶⁷ VIDAL, Hêlvio Simões Vidal. **Curso de Direito Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 43.

agravante genérica), consistindo ela na situação jurídica do sujeito que pratica novo crime, após transitar em julgado a sentença penal que o tenha condenado por crime anterior. A legitimação da reincidência estaria apoiada sobre duplo fundamento: por ter sido a primeira condenação ineficiente e “*por manifestar patentemente o criminoso sua inadaptação ou rebeldia à ordem constituída, donde a necessidade de repressão mais severa*”¹⁶⁸.

O rigor do legislador com o reincidente é um truísmo: no concurso de circunstâncias agravantes (CP, art. 67), é a preponderante. Além disso, impede a concessão do sursis (CP, art. 77, I); eleva o prazo de cumprimento da pena, para obtenção do livramento condicional (CP, art. 83, II); aumenta o prazo da pretensão executória (CP, art. 110, *caput*); interrompe a prescrição (CP, art. 117, VI); impede, por fim, a aplicação de causas de diminuição de pena, v.g., art. 155, § 2º, do CP.

Por fim, a Lei 8.072/90 acrescentou ao art. 83 do CP o inc. V, restringindo a concessão do livramento condicional aos condenados por crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, além do terrorismo, somente após o cumprimento de mais de 2/3 da pena, “*se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza*”, reintroduzindo um instituto já há muito ultrapassado, achado num baú de trastes penais¹⁶⁹.

A reincidência, entretanto, constitui-se em instituto frontalmente violador do *non bis in idem* substancial, porque implica a exacerbação da pena de um delito, por motivo que lhe é estranho, implicando uma dupla repressão por um mesmo fato. Transitada em julgado a sentença penal condenatória, individualizada a respectiva sanção, dimensionada a resposta penal *in concreto*, resta a possibilidade de execução, de forma que, agravar a sanção de um outro delito, com base na pena já imposta pelo crime anterior, constitui-se “*sem dúvida, em um bis in idem odioso*”¹⁷⁰, ou seja, “*implica apenas de um crime projetar-se em outro crime*”¹⁷¹, ocorrendo, assim, na reincidência, duplicidade de sanções pelo mesmo fato, com violação do princípio da legalidade das penas e da coisa julgada.

¹⁶⁸ NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. Op. cit., p. 277.

¹⁶⁹ VIDAL, Hélvio Simões Vidal. **Curso de Direito Penal**. Op. cit., p. 44.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

Ora, ao punir mais gravemente um delito, tomando-se por fundamento um delito precedentemente já julgado, “*está-se, em verdade, valorando e punindo, uma segunda vez, a infração anteriormente praticada em relação à qual já foi o agente condenado e punido*”¹⁷², constituindo-se a reincidência, como se encontra estruturada no Código Penal, em norma inconstitucional “*por violação dos princípios de estrita legalidade e proporcionalidade*”¹⁷³.

Não há como livrar a reincidência do sério inconveniente de constituir-se em violação do princípio de não repetição. Na agravação da pena do segundo delito, pela reincidência, encontra-se uma dupla repressão pelo fato anterior já definitivamente julgado e em face do qual somente restava a execução *in concreto* do poder punitivo. “*A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada*”¹⁷⁴, restando à reincidência, assim, cumprir o seu papel de etiquetar os sentenciados em inadaptados ou rebeldes, disciplinados e indisciplinados, sendo óbvia sua inconstitucionalidade. A justificativa para este agravamento é que após cumprir a primeira pena. O condenado teve a oportunidade de aprender com seu erro e de se ressocializar. Não o fazendo e se tornando um criminoso contumaz, oferece maior risco à sociedade.

Outra situação mencionada pela doutrina que tem implicado *no Bis in Idem* é a punição especial trazida pelo RDD. Sobre essa questão, será discutido a seguir.

Há quem defenda que aplicar o RDD faz com que ocorra o *Bis in Idem*, tendo em vista que se o fato é elemento constitutivo do tipo legal, não poderá funcionar como agravante do mesmo crime¹⁷⁵.

O art. 52 da LEP fez previsão de um regime especial – administrativo – de cumprimento de pena, consensualizado pela doutrina e jurisprudência como de natureza diferenciada.

A Lei 10.792, de 01.12.2003, alterou a Lei 7.210, de 11.06.1984 – Lei de Execução Penal (LEP) e o Decreto-Lei 3.689, de 03.10.1941 – Código de Processo Penal (CPP). O

¹⁷² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. Op. cit., p. 840.

¹⁷⁵ VIDAL, Hélvio Simões Vidal. **Curso de Direito Penal**. Op. cit., p. 46.

principal objetivo foi a inclusão na LEP do tão conhecido “regime disciplinar diferenciado” – RDD¹⁷⁶.

O *caput* do art. 52 aponta as características gerais do regime, os quais – incs. I a IV – podem, em tese, serem desdobrados (complementados) pelas unidades federativas e municípios, por tratar-se de competência constitucional legislativa concorrente. Estão sujeitos ao regime os presos provisórios e/ou definitivos, sob os quais recaiam suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas ou associação criminosa (este último substituiu os crimes de quadrilha ou bando com a nova redação dada ao art. 288 do CP).

Muito se discute em âmbito doutrinário sobre § 2º, art. 52¹⁷⁷ da Lei 7.210/84, acreditando-se ser o teor desse artigo uma afronta aos tratados e convenções de direitos humanos, entendendo ser um *bis in idem*, tendo em vista que a Organização Criminosa recebe uma punição, sendo uma qualificadora em algumas situações¹⁷⁸.

A título de exemplificação, no Tráfico Ilícito de Entorpecentes, se o réu integrar uma organização criminosa, ele já terá sua pena elevada então, submeter-lhe adicionalmente ao RDD demonstra claramente uma dupla punição pelo mesmo crime.

Trata-se, pois, de clara reafirmação do direito penal do inimigo, sistemática esta que sobrevaloriza a punição em detrimento da ressocialização.

2.3 Direito Penal do Inimigo *versus* Estado Democrático de Direito

O Direito Penal do inimigo, cuja fundamentação se consubstancia na negação da condição de “pessoa” a todo indivíduo que não oferece a garantia cognitiva mínima

¹⁷⁶ FACCIOLI, Ângelo Fernando. **Crime Organizado**. Curitiba: Juruá Editora, 2018. p. 303.

¹⁷⁷ Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

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

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

¹⁷⁸ FACCIOLI, Ângelo Fernando. **Crime Organizado**. Op. Cit., p. 304.

necessária para receber tratamento de indivíduo, propõe a sua exclusão da sociedade. “*Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar num estado de cidadania*” – afirma Jakobs – “*não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa*”¹⁷⁹.

Essa posição se justifica, segundo Jakobs, porque não é precisamente o homem o sujeito do Direito Penal, mas a pessoa. Só a pessoa é sujeito da imputação. E a qualidade de “pessoa” não é algo dado pela natureza, mas uma construção social que se pode “atribuir” ou não aos indivíduos. Em poucas palavras: o conceito de pessoa é uma “atribuição normativa”¹⁸⁰.

Questiona-se aqui se num Estado de Direito democrático é possível legitimar a excepcionalidade da existência de um “Direito de luta contra inimigos”, isto é, como complemento do “Direito Penal ordinário”, sem a consideração de seus destinatários como “pessoas”, de modo a permitir que sejam ultrapassados os limites que impõem o reconhecimento de tal condição. Há consenso na doutrina de que em um Estado de Direito democrático e respeitoso com a dignidade do ser humano ninguém pode ser definido como “não-pessoa”.

Em um ordenamento jurídico de garantias o conceito de “pessoa” deve necessariamente identificar-se com o de indivíduo em sentido existencial e empírico (*homo phenomenon*, no sentido kantiano), pois a pena não se aplica a um ente abstrato, mas a um homem de carne e osso. Dito brevemente, o reconhecimento do homem como pessoa constitui o ponto de partida do Direito Penal¹⁸¹ – o sujeito da imputação é o homem se e na medida em que atua responsabilmente¹⁸².

E se o Direito deve partir da concepção do homem como pessoa responsável, “*isso necessariamente implica reconhecer que precisamente aquilo que faz o homem uma pessoa responsável tem de estar previamente inserido na estrutura ontológica do mesmo ser humano*”¹⁸³.

¹⁷⁹ JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Traducción para el castellano de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzales y Manoel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, p. 40.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 50.

¹⁸¹ COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de Direito Penal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 46.

¹⁸² BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que Punir? Teoria geral da pena**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 112.

¹⁸³ GRACIA MARTIN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Granada, n. 7-2, p. 2:1-2:43, 2005, p. 97-98.

Dito de outra forma, é a estrutura ôntica do homem que fundamenta a sua dignidade. Na mera palavra “homem” – observava Moraes¹⁸⁴ – já há alguma dignidade, de modo que não existe nenhuma base para excluir qualquer ser humano da sociedade, mesmo que não se possa esperar dele nada de bom ou de mau, pois a “*natureza quer que se lhe trate como afim e semelhante, já que esta razão por si só, ainda que não houvesse nenhuma outra, é suficiente para que o gênero humano forme uma comunidade pacífica*”¹⁸⁵. É, pois, na idéia da dignidade humana – de que o homem não pode sequer dispor por ser uma qualidade inseparável de seu substrato ontológico – vinculante para o Direito, que radica o argumento decisivo contra o “Direito Penal do inimigo”¹⁸⁶.

Do exposto depreende-se que no entorno do crescente sentimento de medo, insegurança e aumento da complexidade das relações sociais, a tendência de maximização da intervenção expansivo-preventiva do direito penal é apreciada por diversos atores políticos e sociais para reafirmação simbólica de valores e construção do consenso social, de maneira que a utilização política do direito penal se apresenta como instrumento de comunicação e torna possível a canalização dos problemas e conflitos sociais rumo ao sistema penal. Efetivamente, então, a criminalidade e a dinâmica da persecução penal adquirem roupagem de produtos aptos a serem comercializados de maneira espetacular pelos veículos de comunicação em massa.

A alternativa ao direito penal do inimigo parece ser o garantismo penal.

A razão histórica para o advento do pensamento garantista está relacionada ao movimento do uso alternativo do Direito que teve como berço a Itália nos anos 70 do século XX por intermédio de juízes que integravam o grupo “Magistratura Democrática”¹⁸⁷, em contraponto à legislação de combate às máfias aplicadas naquele país.

Nesse sentido parece acertada a crítica segundo a qual têm-se difundido os ideais garantistas sem que se analise pelo menos de um modo minimamente dogmático o que, efetivamente, significa garantismo penal: Com efeito, e na linha do que já foi dito, têm-se encontrado reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais em que há simples referência aos ditames do garantismo penal, sem que se veja

¹⁸⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional**. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 123.

¹⁸⁵ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de Culpabilidade**: Considerações. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 97-98.

¹⁸⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. Op. Cit., p. 98.

¹⁸⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 60.

nelas a assimilação, na essência, de qual a extensão e quais os critérios da aplicação das bases teóricas invocadas. Em muitas situações, ainda, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados¹⁸⁸.

No que pesem tais ressalvas, é cada vez mais crescente uma nova acepção, diametralmente oposta do garantismo limitador do direito de punir: trata-se do garantismo positivo ou social. Tem-se que a dualidade de garantismos – positivo e negativo – convivem no próprio texto constitucional brasileiro.

A cultura de estruturar o Direito Penal e Processual com princípios orientadores deu ensejo a um modelo de processo penal constitucional que transcende a mera hermenêutica para se transfigurar em efetivos limites da dogmática.

De um lado, os princípios estruturais da legalidade (art. 5º, II) e igualdade (art. 5º, caput) implicam a consagração do Direito Penal e Processual penal iluministas. Além disso, a ênfase na proteção das garantias fundamentais e de dignidade da pessoa humana, consubstanciadas nos princípios do juiz e promotor naturais (art. 5º, XXXVII e LIII e art. 5º, LIII), na inocência presumida (art. 5º, LVII, da CRFB/1988), no princípio do devido processo legal (art. 5º, LV)¹⁸⁹, nos princípios do contraditório (art. 5º, LV) e da ampla defesa (art. 5º, LV), na publicidade (art. 5º, LX, e art. 93, IX) e motivação das decisões como regras (art. 93, IX da CRFB/1988), na inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI) geraram alterações de todo sistema Processual Penal brasileiro e, de outra parte, representaram a adoção de postura do Supremo Tribunal Federal mais ativista e militante, contrariamente ao que advogam os defensores de um sistema puramente acusatório¹⁹⁰.

¹⁸⁸ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao_028/douglas_fischer.html. Acesso em: 8 abr. 2021.

¹⁸⁹ Na acepção de cunho material, tem-se que “a essência do substantive *due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”. (Min. Celso de Mello, STF, ADIMC-1755/DF)

¹⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

De outra parte, como lembra Buonicore¹⁹¹, no denominado garantismo positivo, esse dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos), representa a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais dos cidadãos.

Essa dualidade tem, inegavelmente, propagado discussões extremadas na jurisprudência nacional, tais como se deu com o poder investigatório do Ministério Público¹⁹²; a limitação de prazo para as interceptações telefônicas e telemáticas¹⁹³; a aplicação do princípio da insignificância para crimes tributários¹⁹⁴; e a possibilidade de execução provisória de penas na pendência de recursos de natureza extraordinária¹⁹⁵.

Há, ainda, uma teoria que pugna pela co-culpabilidade do Estado pela criminalidade conforme será visto no próximo capítulo.

¹⁹¹ BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e Fundamentos Filosóficos**. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 97.

¹⁹² A título ilustrativo: “O Ministério Público, por isso mesmo, para oferecer denúncia, não depende de prévias investigações penais promovidas pela Polícia Judiciária, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, sob pena de o desempenho da gravíssima prerrogativa de acusar transformar-se em exercício irresponsável de poder, convertendo, o processo penal, em inaceitável instrumento de arbítrio estatal. Precedentes” (RTJ 192/222-223, Rel. Min. Celso de Mello); “Possibilidade de investigação pelo membro do MP, desde que sob supervisão judicial: Investigação pelo Ministério Público – Não há vedação legal – Possibilidade mediante supervisão judicial e atendimento às formalidades legais”. (STJ, HC 190.917/SP) (TJ/SP, HC 0059110-76).

¹⁹³ STF (v.g.RHC n. 88.731-SP, Plenário, unânime, publicado no DJ de 02.02.2007) e, majoritariamente, no STJ (v.g.HC n. 116.482-SP, 5ª Turma, unânime, publicado no DJ de 02.02.2009).

¹⁹⁴ V.g.: Apelação Criminal n. 2006.71.00.002257-9/RS, TRF da 4ª Região, j. em 18.11.2008, publicado no DJ de 7.1.2009; Apelação Criminal n. 2005.71.13.002361-0/RS, TRF da 4ª Região, j. em 14.10.2008, publicado no DJ de 22.10.2008. Há se destacar que a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 966.077-GO, assentou, em 27.05.2009, que o parâmetro da insignificância penal não pode ser o valor de R\$10.000,00; Apelação Criminal n. 2007.71.04.000879-3/RS, TRF da 4ª Região, j. em 18.03.2009, publicado em 15.04.2009; STF, Habeas Corpus n. 89.722-3, STF, rel. min. Eros Grau, 2ª T, unânime, j. em 16.12.2008, publicado no DJ de 03.04.2009.

¹⁹⁵ STF, HC n. 84.078 (acórdão não publicado até o presente momento), por maioria de votos (7x4, vencidos os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Menezes Direito), o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu inviável a execução provisória de pena antes de exauridas todas as instâncias.

3 O PARADOXO AO FENÔMENO DO TERRORISMO E A MINORAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

O terrorismo, em conjunto com o crime organizado, retratam a comunidade de delitos que suscitam preocupações consideráveis para a sociedade contemporânea, não apenas pela violência que lhe é peculiar, mas também por ser comumente cometido por indivíduos que terminam por não fazer parte de um complexo de princípios morais da conduta em voga na sociedade. Assim sendo, Muñhoz Conde acredita ser a esta espécie de crime que Günther Jakobs faz referência principalmente quando disserta sobre direito penal do inimigo, dando espaço à um direito penal excepcional. Esse temor converte-se numa interferência, sob a ótica do autor, mais rígida, que busca um enfrentamento de forma mais eficiente, inclusivamente mais além dos parâmetros admissíveis do Estado de direito.¹⁹⁶

Günther Jakobs aborda a matéria da viabilidade de se coordenar uma guerra contra o terrorismo, utilizando-se de recursos de Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, complementando que a ingerência de palavras como guerra ou luta envolvem a presença de um inimigo que deverá ser combatido.

Para que se possa entender melhor e de forma mais adequada o fenômeno do terrorismo, faz-se necessário compreender quais são as suas exteriorizações e de que maneira podem ser confrontadas. Embora não estejamos tratando de um conceito recente a progressiva desterritorialização deste fenômeno tem feito com que os Estados procurem buscar medidas sensíveis e eficazes a forma em que estas manifestações ocorrem, visando resultados em prol de um combate sólido empregado por todos os países.

Ao examinar a Decisão Quadro nº 2002/475/JAI do Conselho, Conde Fernandes esclarece que a concepção de terrorismo, tendo em vista a conformidade penal na união Européia, origina-se da fusão de três itens cumulativamente:

- a) Um crime de base, ou ato terrorista stricto sensu, a fixar de entre o elenco de comportamentos criminais graves (homicídio, ofensas corporais, tomada de reféns, extorsão, fabrico de armas, atentados, ameaça de cometer esses atos, etc;

¹⁹⁶ https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37645/1/ulfd137610_tese.pdf

- b) Um elemento funcional-teleológico objetivo ou nexos de risco relevante que, tendo por preferência a natureza dos atos visados (organização terrorista) ou cometidos (terrorismo) e o contexto em que pretendam ser cometidos ou em que já o foram, permita concluir pela sua suscetibilidade de afetar gravemente um Estado ou uma população;
- c) Um elemento funcional-teleológico subjetivo, segundo o qual esses atos apenas serão considerados infrações terroristas quando visem intimidar gravemente um Estado ou uma população, constranger indevidamente os poderes públicos ou uma organização internacional a praticar ou abster-se de praticar qualquer ato ou desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, econômicas ou sociais de um país ou de uma organização internacional.¹⁹⁷

A vista disso, o autor arremata que grupo terrorista é a associação disposta por duas ou mais pessoas, que se sustenta ao passar do tempo e que age de forma concertada referindo-se a atividades de cunho terrorista.

3.1 O Direito Português Perante o Crime de terrorismo

Há aqueles que não acreditam na possibilidade de ataques terroristas nas terras lusitanas. Todavia, embora Portugal seja um país de hábitos pacíficos, pertence ao grupo de países que compõem o Acordo Schengen, uma política internacional que visa a abertura das fronteiras para a circulação livre dos cidadãos que vivem nos países signatários. Entretanto, uma vez que os países que compõem o bloco econômico europeu venham a ter seus sistemas de segurança reduzidos, a ameaça de um ataque se tornaria mais palpável em Portugal.

Não obstante, na ocorrência da Cimeria das Lajes nos Açores no ano de 2003, Portugal, juntamente com a Inglaterra e a Espanha, demonstrou publicamente o seu apoio aos EUA, ocasião que foi o estopim para a intervenção no Iraque. Dentre todos os países que compuseram a Base das Lajes, até o momento, Portugal é o único que ainda não foi

¹⁹⁷ https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37645/1/ulfd137610_tese.pdf

alvo do grupo terrorista intitulado Al-Qaeda. Para além disso, os militares portugueses permanecem prestando serviços e incorporando missões no Afeganistão e Iraque.

Porém, Portugal em relação aos demais países possui uma vantagem que é a de sua população ter um caráter bem similar no que diz respeito aos seguimentos religiosos. Não que se possa afirmar que este fato esteja diretamente relacionado a ausência de um maior ou menor grau de ameaça terrorista, contudo, não se pode deixar de deduzir que comparado a Espanha por exemplo, Portugal apresenta um número ínfimo de cidadãos que aderem a religião muçumana. Segundo os dados projetados pelo site <http://www.comunidadeislamica.pt>, em média da cerca de 10 milhões de habitantes portugueses calcula-se que tão somente 50 mil seriam muçumanos, enquanto que na Espanha estima-se que para cerca de seus 45 milhões de habitantes haja 2 milhões de muçumanos. Isto é, a representação gráfica do islamismo em Portugal seria de apenas 0,5% de sua população, reduzindo portanto as probabilidades de um ataque, porém, não deixando de existir.

É a partir da revisão constitucional de 1989 que o poder legislativo português incluiu pela primeira vez a palavra terrorismo em seu ordenamento, notadamente em seu art. 210º, nº1, hoje encontrada no art. 207º, nº1 da Carta Magma Portuguesa, afastando por conseguinte as chances do tribunal do júri ter qualquer ingerência sobre os crime de terrorismo: art. 207º, 1. O júri nos casos e com a composição que a lei fixar, intervém no julgamento dos crimes graves, salvo os de terrorismo e os de criminalidade altamente organizada, designadamente quando a acusação ou a defesa o requeiram.¹⁹⁸

E decorrência dos atentados de 11 de setembro nos EUA, a atual revisão constitucional, traduzida na Lei Constitucional nº1/2001 de 13 de novembro, modificou outra vez as questões ligadas ao terrorismo, estabelecendo inovações quanto as competências dos Órgãos de Policia Criminal, adicionando uma proteção ao art.34 da Constituição da República Portuguesa: art.34. 3. Ninguém poderá entrar durante a noite no domicilio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta

¹⁹⁸ Constituição da República Portuguesa, <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.¹⁹⁹

Em se tratando de um Estado de Direito, a lei penal não pode se encontrar desligada do mecanismo constitucional de direitos, garantias e liberdades, a razão que esta encontra-se lá para garantir o livre exercício dos direitos constitucionais reconhecidos a todos os que formam a comunidade. Todavia, esta se vale da própria Constituição portuguesa para mitigar o direito de seus cidadãos, a medida em que se vale da tipificação descrita no art.18, nº2 e nº3 da Carta Magma Portuguesa: art. 18.2. A lei só poderá restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão de alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.²⁰⁰

O princípio da democracia de um Estado, acabar por impor limites as alternativas na luta contra o terrorismo. Uma das razões pela qual se colocam balizamento e dissidências nas medidas a serem adotadas para prevenir o terrorismo estão ligadas a formação democrática dos estados, tornando-se, em certo ponto, o preço a ser pago para a convivência em um livre com direitos e garantias assegurados. Ademais, estas limitações encontram sua concretização nos princípios e garantias existentes no processo penal, nas garantias que visam reprimir as discriminações baseadas na etnia ou nas crenças políticas ou religiosas, nas limitações de interferências de notícias a casos que apresentem um grau especial de gravidade, onde possa ter ocorrido anteriormente processo crime instaurado sempre com a mediação de um juiz.

Neste prisma, o revés trazido pelo terrorismo internacional para o direito, se instala na exigência de criar um equilíbrio entre o que é necessário para resguardar a segurança nacional e o que é necessário para garantir a manutenção dos direitos fundamentais de quem vier a sofrer uma intervenção Estatal pela prática de tais atos. Em circunstâncias específicas os Estados podem se ver compelidos a limitar os direitos fundamentais a fim de

¹⁹⁹ Constituição da República Portuguesa, <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

²⁰⁰ Constituição da República Portuguesa, <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

por fim a uma ameaça terrorista. É neste ponto que a de teoria jakobs ganha força, para o professor o inimigo está caracterizado por aquele que enfrenta as normas estabelecidas pela sociedade como um todo e, por consequência, ameaça a infraestrutura estatal buscando destruí-la. Uma vez que tal indivíduo não se limita a viver dentro das regras estabelecidas por um estado Democrático de direito, ele não faz juízo sobre si as garantias individuais e coletivas ofertadas a todos os cidadãos. A teoria de jakobs não tem por inimigo o criminoso comum ou aquele que comete a prática de pequenos delitos, mas antes aquele que renegou de maneira total os preceitos da vida social, associando-se a organizações criminosas ou terroristas, expondo as leis em detrimento da sociedade.

Em outras palavras, a deferência pelos preceitos de um Estado Democrático no combate ao terrorismo, presume um dever tomado pelos países enquanto integrantes de organizações internacionais de defesa e segurança, quer seja a Organização do Tratado Atlântico Norte, quer seja a UE, ou quaisquer outras organizações internacionais que Portugal componha para um dimensionamento institucional na guerra contra o terrorismo. Entretanto, restam claros os impecilhos em se harmonizar os direitos fundamentais e a prevenção de combate ao terrorismo.

3.2 A Lei Portuguesa de Combate ao terrorismo

Antes de adentrarmos a Lei propriamente dita, convém falarmos sobre a ENCT (Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo) uma das medidas aplicadas em Portugal através da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2015, que aparece como um mecanismo amplo na luta contra o terrorismo e termina por cobrir-se de importância e qualidades dignas de similar atenção, particularmente o objetivo latente nas vertentes orientadoras desta resolução que pretende a cooperação, aliança, e logística de todos os sistemas nacionais e uma materialização a nível europeu, nacional e internacional de guerra ao terrorismo.

A ENCT constitui no “item 3” de seu Anexo cinco bases fundamentais para o combate ao terrorismo:

Anexo

Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo

...

3 – O compromisso assenta nos seguintes objetivos estratégicos: *detetar, prevenir, proteger, perseguir e responder:*

- a) *Detetar – identificar precocemente potenciais ameaças terroristas, mediante aquisição do conhecimento essencial para um combate eficaz, tanto na perspectiva do seu desmantelamento isolado, quanto na deteção de outros focos de ação terrorista. A recolha, tratamento e análise de dados e informações e a sua disponibilização recíproca entre entidades responsáveis neste domínio, no território nacional e no estrangeiro, permite antecipar o conhecimento e a avaliação de ofenseivas em preparação;*
- b) *Prevenir – Conhecer e identificar as causas que determinam o surgimento de processos de radicalização, de recrutamento e de atos terroristas. O Domínio dos factos que potenciam a sua expansão permite a adoção de medidas que obstem ao seu surgimento e desenvolvimento;*
- c) *Proteger – Fortalecer a segurança dos alvos prioritários, reduzindo quer sua vulnerabilidade, quer o impacto de potenciais ameaças terroristas. A proteção concretiza-se no momento da segurança das pessoas, das fronteiras, da circulação de capitais, das mercadorias, dos transportes, da energia e das infraestruturas críticas, nacionais e ou eropéias;*
- d) *Perseguir – Desmantelar ou neutralizar as iniciativas terroristas, projetadas ou em execução, e as suas redes de apoio, impedir as deslocações e as comunicações e o acesso ao financiamento e aos materiais utilizáveis em atentados e submeter os fenómenos terroristas à ação da justiça;*
- e) *Responder – Gerir operacionalmente toos os meios a utilizar a reação a ocorrências terroristas. A capacidade de resposta permite limitar as suas consequências, quer ao nível humano, quer ao nível das infraestruturas. A resposta incide ainda na assistência, tendo em consideração as necessidades especiais das vítimas e das testemunhas.²⁰¹*

Essa disposição demonstra um progresso frente a tática de combate ao terrorismo da União Européia, logo que inclui o fundamento detetar. Essa distinção terminar por ter sentido importante, logo que resta claro a gravidade que o legislador português dispensa ao

²⁰¹ <https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-conselho-ministros/7-a-2015-66567251>

sistema de antecipação e reconhecimento prévio da ameaça terrorista. Do momento da aprovação da resolução em pauta, a fundamentação da ENCT pretendia engajar uma maior reciprocidade entre as forças militares da União e as demais forças e serviços de segurança. Em consequência da aprovação da ENCT, poucos meses depois, aprovou-se também a proposta de reexame da Lei do Sistema de Informações da República Portuguesa (SIRP).

Dentre as matérias previstas na SIRP, destaca-se a possibilidade de botenção de comunicações, especificamente as que se tratam de dados de tráfego comunicações telefônicas ou as informações de dados de localização, da forma como já vem ocorrendo na maior parte dos países da Europa. Todavia, a reprovação do Tribunal Constitucional a esta matéria foi um impedimento a estratégia suscitada. Como se pode observar, os objetivos da ENCT visam prevenir os alvos dos ataques através de identificação prévia que pudesse identificar uma possível ação de radicalização. Todavia, embora tais medidas se mostrem positivas no tocante ao combate ao fenómeno do terrorismo, também demonstram claramente uma minoração nos direitos humanos através da perda da liberdade e da violação a privacidade. Por outro lado, conforme já dito, ainda que em Portugal não tenha vingado tal medida, esta já é adotada por outros países que compõem o continente europeu não deixando dúvidas que, embora ratificadores do Pacto de São José da Costa Rica que defende as garantias e liberdades individuais dos cidadãos, aplicam de forma “garantista” o direito penal do inimigo em seu ordenamento jurídico.

Nas terras lusitanas, o crime de terrorismo encontra-se tipificado na Lei nº 52/2003 de 22 de agosto, intitulada Lei de Combate ao Terrorismo. Inicialmente cumpre esclarecer que o crime de organização terrorista difere do crime de associação criminosa, tipificado no art. 299º do Código Penal português, levando-se em consideração a sua natureza e grau de periculosidade.

A lei que regulamenta o crime de terrorismo no país português, veio a sofrer alterações pela declaração de ratificação nº 16/2003, que revogou os art. 300º e 301º do CP português. Embora tenha ocorrido a revogação desses artigos, o terrorismo deve permanecer sob a ótica de dois pontos de vista: o da organização terrorista, isto é, aquele que abrange uma visão *lato sensu* do terrorismo, aquele que se movimenta pela adesão, promoção, formação, apoio, direção e chefia do grupo terrorista, encontrado no art. 2º da

Lei nº 52/2003 e, aquele que abrange uma visão *stricto sensu* do terrorismo, ou seja, aquele que se constitui na prática de atos terroristas, encontrado no art. 4º da Lei nº 52/2003.

Pode-se observar que, não obstante ao prognóstico e a penalidade dos crimes de organização terrorista previstos nos art. 2º e art. 4º da lei supracitada, são ainda incluídos os crimes de organizações criminosas diversas previsto no art. 3º:

Art.3º. 1. Aos grupos, organizações e associações previstas no nº 1 do artigo anterior são equiparados os agrupamentos de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem, mediante a prática dos factos ai descritos, prejudicar a integridade ou a independência de um Estado, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições desse Estado ou de uma organização pública internacional, forçar as respectivas autoridades a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certos grupos de pessoas ou populações.²⁰²

E por fim o crime de terrorismo internacional previsto no art. 5º: Art. 5º.1. Quem praticar os factos previstos no nº 1 do artigo 2º com a intenção referida no nº 1 do art. 3º é punido com a pena de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravado de um terço nos seus limites mínimos e máximos, se for igual ou superior aquela.²⁰³

Essas mudanças estão intimamente relacionadas aos acontecimentos de 11 de setembro de 2001 nos EUA, que suscitaram uma compreensão de que os padrões de segurança e a política criminal a serem adotadas necessitavam ser de cunho global, buscando uma proximidade na legislação penal dos países.

No ordenamento jurídico-penal lusitano, em oposição ao que ocorre na Espanha, não se reconhece pena de prisão permanente sujeita a revisão, nem tão pouco há legislação especial que presuma uma égide e amparo àqueles que foram vítimas do crime de terrorismo.

Nas condições delimitadas no art. 23 da lei de Segurança Interna, acolhida pela Lei 59/2015 de 24 de junho, Portugal detém um Unidade de Coordenação Antiterrorismo com

²⁰² http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=119&tabela=leis

²⁰³ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=119&tabela=leis

atribuições restritas e de limitada composição. Diferente da Espanha, Portugal não dispõe de um Grupo Nacional de Luta Contra a Radicalização Violenta.

Em resumo, a lei de combate ao terrorismo portuguesa salienta a carência de uma meditação geral das aflições nacionais e internacionais, no que tange a ameaça mundial representada pelos atos de terrorismo, com vistas a grave profanação universal dos valores e da dignidade humana, das liberdades, da igualdade e das garantias fundamentais.

3.3 A Lei Brasileira de Combate ao terrorismo

No Brasil, o crime de terrorismo está previsto na Lei 13.260, de março de 2016, todavia, não vamos abordá-la integralmente pois, trataremos apenas das questões voltadas ao sistema processual e criminal que são apresentados como traços característicos de um direito penal do inimigo.

Ao observamos a Lei sob a ótica doutrinária brasileira pode se observar o traço de alguns sistemas de luta contra o terrorismo que se assemelham aos sugeridos pelo professor Jakobs em seu conceito funcionalista radical. A utilização de idéias particularmente abertas na tipificação penal, a preciptação da valia penal com a esteriotipação de crimes de perigo abstrato e a marginalização de atos preparatórios, a imposição de sanções elevadas e a utilização de normas expostas na lei de organização criminosa tanto quanto na lei de combate aos crimes hediondos, em estudo sistematizado, são próprios de um direito penal do inimigo.

Assim, através do senso comum dos autores que dissertam sobre o tema, podemos afirmar que três características estão sempre presentes nesse sistema de política criminal, quais sejam: Ampla antecipação da punibilidade, sanções desproporcionais e altas, e a alteração no ordenamento da vocábulo proteção para luta ou combate.

Poder-se-ia falar ainda em uma quarta característica que é a desvalorização e omissão de certas garantias processuais e penais. Quando falamos em garantia, esta pode ser entendida da forma mais ampla possível englobando quaisquer previsões legais que possibilitem direitos ao indiciado no processo penal, esta garantia é assim conhecida em certo período jurídico ou legislativo, tendo em vista que novas garantias poderão ser

validadas a qualquer momento, assim como outros dispositivos até então conhecidos como garantias poderão sofrer extinção em razão de Lei ou entendimento jurídico atual.

Para exemplificarmos o parágrafo anterior façamos uma observação do Art. 5º da Lei 13.260/16: Art. 5º - Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito. Pena – a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.²⁰⁴ No ordenamento penal jurídico brasileiro, inicialmente não se admitia a punição de atos preparatórios, pois tal sanção implicaria em violação ao princípio da lesividade. Desta forma, os atos preparatórios só poderiam ser passíveis de punição caso excepcionalmente por si só já configurassem um crime autônomo, assim como é o caso do crime de associação criminosa, onde o indivíduo que se reúne com três ou mais cidadãos a fim de elaborar planos para a prática de crime, embora não venha a executá-lo já se enquadra na conduta tipificada no art. 288 do Código Penal.

Contudo, conforme podemos observar, a Lei de Combate ao Terrorismo Brasileira, estabeleceu em seu art. 5º penas correspondentes tanto para quem executa o crime quanto para quem comete os atos preparatórios, ferindo de forma drástica o princípio da lesividade. Nesse contexto, ainda que tal supressão não possa ser considerada autoritária ou abusiva, logo que esta prevista em Lei, se amolda perfeitamente a teoria do direito penal do inimigo suscitada pelo professor jakobs.

Outro ponto a ser observado na Lei 13.260/16 é o que irá dizer em que consiste o crime de terrorismo para o legislador, sendo o ponto crítico da questão a utilização de conceitos um tanto quanto abertos para a tipificação do crime:

Art. 2º - O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.²⁰⁵

Como se apreende do termo transcrito, em alguns momentos pode se observar determinada incerteza e imprecisão principalmente no que diz respeito ao elemento

²⁰⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm

²⁰⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm

subjetivo especial, o que pode vir a ocasionar impasses ou arbitrariedades no momento da aplicação do dispositivo legal. Pela ótica dos críticos, a “finalidade de provocar terror social ou generalizado” descrita no art. 2º da Lei, tenha a concepção ampla e inexata, o que traz prejuízo ao princípio da legalidade no caráter da determinação taxativa.

Acontece, que tal conceito a respeito da classificação desse crime como um gênero aberto e, portanto, inconstitucional por ferir o princípio da taxatividade, não tem em conta que o nível de abertura de uma classe penal deve ser examinado a perspectiva da abrangência da viabilidade semântica e gramatical que o texto objetiva alcançar. O fato é que um ordenamento jurídico-criminal não pode ter em conta apenas tipificações penais rigorosamente fechados, possuindo somente componentes objetivos e descritivos. Em que pese o tipo penal fechado demonstre uma construção mais segura, devemos ter em consideração a realidade de sua insuficiência frente a multiplicidade ações e resultados existentes.

O resultado dessa insuficiência de alcance total às condutas é a necessidade de uma maior tolerância na composição dos tipos penais, com o emprego de componentes de certa forma valorativos, ainda que objetivos. Por esse motivo, a qualificação de tipos abertos, cujo o pensamento sustentá-se pela necessidade natural de interpretação, a contemplar sentidos subentendidos ou ocultos, além de permitir o alargamento de significados, com a adequação de sentenças de inúmeras realidades.

4 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO COMO FORMA DE MITIGAR O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A co-culpabilidade é uma nova forma de analisar a temática da culpabilidade. Esta temática começou a ser desenvolvida pelos conceitos do médico francês Marat, adepto da corrente do direito social, contraposto ao pensamento kantiano. O doutrinador francês tinha um pensamento bastante peculiar, defendendo que a pena talional seria a mais justa e apropriada das formas de pena, desde que houvesse uma sociedade igualmente justa e igualitária, apontando, já naquela época, que tal conquista era considerada como algo utópico.

A conduta criminosa é determinada por inúmeras variáveis, internas e externas, nas mais variadas combinações, sem possuir, ainda, uma solução definitiva que explique o fato criminógeno, apesar do estudo das mais variadas ciências do homem.

É certo que o meio onde o homem é criado influencia em suas condutas e é fato que as mesmas oportunidades não são ofertadas a todos os cidadãos.

De tal sorte, a teoria da co-culpabilidade aponta a parcela de responsabilidade da sociedade/Estado em certas práticas criminosas, onde se identifica uma menor capacidade de autodeterminação do sujeito em decorrência das circunstâncias sociais. Segundo Greco:

A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade²⁰⁶.

Nas palavras de Guilherme de Sousa Nucci:

Trata-se da reprovação conjunta que deve ser exercida sobre o Estado, tanto quanto se faz com relação ao autor de uma infração penal, quando se verifica não

²⁰⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral. 14. ed. Impetus: Niterói, 2012, p. 412.

ter sido proporcionada a todos igualdade de oportunidades na vida, significando, pois, que alguns tendem ao crime por falta de opção²⁰⁷.

Em síntese, como nem todos os cidadãos tiveram acesso, e na mesma qualidade, a educação, saúde, alimentação, segurança, trabalho,, esse cidadão teria sua autodeterminação minorada no que tange a escolha ou não da prática do delito, sendo o Estado/sociedade responsável por essa redução da autodeterminação.

Muñoz Conde centra o conceito de culpabilidade na “motivação”, a qual expressa “*a qualidade material do autor de haver podido evitar a infração normativa*”²⁰⁸. Argumenta que “*o conceito de culpabilidade tem correlação com a prevenção geral, pois, antes que psicológico, seu fundamento é social*”²⁰⁹. De acordo com o penalista espanhol, a partir de um determinado desenvolvimento mental, biológico e cultural do indivíduo, espera-se que ele possa motivar-se pelos mandatos da norma. Contudo é a sociedade, ou melhor, a correlação de forças sociais existentes num momento histórico determinado, que define os limites entre o culpável e o não culpável. Por esta razão não existe culpabilidade em si, mas culpabilidade com relação aos demais. A culpabilidade não é um fenômeno individual, mas, sim, social; não consubstancia-se em uma qualidade da ação, mas sim, revela-se uma característica atribuída à ação a fim de que se possa imputar alguém como seu autor, fazendo-o responder por ela.

O fundamento material da culpabilidade deve ser buscado em faculdades que tornam possível ao ser humano participar junto a seus semelhantes, em situação de igualdade, de uma vida em comum pacífica e organizada, ou seja, na função que motiva a norma penal. A “*motivação, a capacidade para reagir às exigências normativas, é a faculdade fundamental que possibilita atribuir uma ação a um determinado sujeito, e qualquer alteração importante dessa faculdade deverá excluir ou atenuar a culpabilidade*”²¹⁰. A norma penal é direcionada a indivíduos capazes de respaldar sua conduta levando em conta os mandamentos normativos. O importante é que o indivíduo seja capaz de eleger entre as

²⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Op. cit., p. 288.

²⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 126.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 130.

diversas condutas possíveis e que a norma legal o motive, com ameaça de pena, a abster-se da prática daquilo que está proibido.

Ocorre que a materialização desse fundamento não pode ser realizada “a-historicamente”, sem levar em conta as necessidades preventivas estampadas na legislação criminal vigente. A culpabilidade culmina todo um processo de elaboração conceitual que se destina a explicar por que e para que, em um momento histórico específico, se recorre a um meio tão gravoso em defesa da sociedade, como é o caso da pena e até que ponto se deve utilizar referido meio. Assim, num Estado Social e Democrático de Direito é importante que se consiga demonstrar por que e a que pessoas a pena deve ser aplicada, e isso sempre de forma eficaz e racional para a sociedade, que, se não é completamente justa, tem em seu desenho jurídico a possibilidade de sê-lo. Se esses pressupostos não se concretizam, mal se pode cogitar em culpabilidade e exigir que os mandamentos normativos sejam cumpridos.

A idéia defendida por Muñoz Conde²¹¹ se assemelha à denominada “co-culpabilidade” introduzida pelo Direito Penal Socialista, segundo a qual o menor âmbito de autodeterminação em alguns sujeitos se deve atribuir a causas sociais, dado que por mais organizada que a sociedade seja, não é possível agraciar a todos com iguais oportunidades. Nela (sociedade) existem pessoas cujo âmbito de determinação é menor por estarem condicionadas por aspectos sociais. Assim, por ser “co-responsável” pela autodeterminação dos indivíduos desprovidos das mesmas condições e oportunidades, deve a sociedade também arcar com as conseqüências. “Em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu, como queria Ernst Bloch”²¹². Até porque reprovar com a mesma intensidade, pessoas que se encontram em situação de miserabilidade e outras que ocupam posição privilegiada, constitui clara violação ao princípio da igualdade. E como a co-culpabilidade está presente em todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, encontraria, segundo alguns, cabimento no Código Penal pátrio, na disposição genérica do art. 66, segundo a

²¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Op. cit., p. 127.

²¹² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 105.

qual “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente na lei”²¹³.

De acordo com Zaffaroni²¹⁴, a pena é um fato de poder, desprovido de toda racionalidade e legitimidade, que sobrevive à margem dos escritos dos juristas, porque não é sua legitimidade que sustenta os fatos de poder, mas, sim, seu poder. Devido à seletividade crônica dos sistemas penais (especialmente a latino-americana), propõe uma mudança na teoria do delito e da culpabilidade para que não sejam compreendidos como requisitos de legitimidade da pena, mas apenas como princípios com os quais a agência judicial, dentro de seu limitado espaço de poder, há de tentar limitar ao fato de poder em que consiste a pena.

É esta ideia de co-culpabilidade defendida por Zafaroni que será melhor discutido a seguir.

4.1 A teoria da co-culpabilidade

Segundo Zaffaroni e Pierangeli²¹⁵, a co-culpabilidade advém do pensamento do revolucionário francês Jean Paul Marat, que, em 1793 apresentou, na Suíça, um projeto de legislação penal em que desenvolveu uma crítica socialista e revolucionária ao pensamento “talional” kantiano. Marat começou afirmando que a pena mais justa é a “talional”, mas ressalta que isso só serviria para uma sociedade que fosse realmente justa. Aceita a tese contratualista, ressaltando que os homens se agruparam em sociedade para assegurar seus direitos, porém a primitiva igualdade social foi fragmentada pela violência de uns indivíduos sobre outros, despojando-os da parte que lhes correspondia. Ao longo das gerações, a ausência de qualquer limite ao crescimento das fortunas permitiu que uns enriquecessem em sacrifício de outros e que um reduzido número de pessoas acumulasse a riqueza, enquanto uma grande massa ficou relegada à indigência, vivendo em terra povoada por outros e sem ter acesso a um quinhão. Questionava-se se, nesta situação, os indivíduos

²¹³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 17 Fev. 2021.

²¹⁴ ZAFFARONI, Raul Eugenio. *Em busca das penas perdidas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 66.

²¹⁵ ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: Parte Geral. Op. cit., p. 182.

que não conseguem da sociedade nada além de desvantagens estão obrigados a obedecer às leis, e Marat entendia que não.

As teses de Marat eram similares às dos teóricos da época, no entanto, em seu sistema, denunciava a falácia das idéias construídas com o iluminismo quanto à pretensão de que, em uma sociedade em que não há justiça distributiva, a pena justa fosse a retributiva. Marat parece oferecer os argumentos à revolução total, ou seja, àqueles que pretendem desconhecer o direito de todos e reconhecer como único direito o de acesso das massas ao poder em plano de absoluta igualdade humana.

Também associadas a este entendimento surgiram os pensamentos marxistas que uniram o Direito, o Estado e a Religião, com vista a colocar fim nas desigualdades que deram início às idéias capitalistas²¹⁶.

Assim, existem autores que entendem que os pensamentos que deram origem à co-culpabilidade antecedem a Marx, juntamente com os pensamentos iluministas próprios do século XVIII, “*entendemos que o princípio da co-culpabilidade está diretamente ligado ao surgimento do Estado Liberal, bem como às idéias iluministas consagradas no século XVIII, malgrado existir opinião diversa*”²¹⁷. Assim, consoante relata Moura,

[...] as idéias deste princípio teriam surgido com os estados liberais, através dos quais surgiram, em virtude de um controle falho. Referidas idéias que geraram um descontentamento e uma direcionalização do Direito para controlar as classes menos favorecidas²¹⁸.

Estas idéias transpostas para o contexto do Estado Liberal podem consubstanciar-se também no entendimento de que a intervenção do Estado está atrelada a todos os reflexos que irradiam pela sociedade no que se refere à economia e aos reflexos sociais das condutas do Estado²¹⁹.

A liberdade que surgiu nessa época trouxe para o contexto social economias que tornaram possível o surgimento de monopólios e oligopólios, o que, a seu turno, descentralizou o poder do Estado e contribuiu para a desestabilização da economia, fazendo

²¹⁶ MOURA, Grégore. **Do princípio da Co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2014. p. 41.

²¹⁷ Ibidem, p. 42.

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. Belém: Saraiva, 1990, v. 1. p. 53.

surgir o desemprego e, em consequência, maior marginalização, que é o início do problema social sobre o qual paira a ideia principal da teoria da co-culpabilidade.

No entanto, atualmente, o estudo dessa teoria busca fornecer maiores informações como forma de aperfeiçoar o conhecimento e tentar, mesmo que de maneira incipiente, relativizá-la com vistas a tornar possível uma maior aproximação com a realidade do ordenamento jurídico pátrio, buscando modernizar e trazer melhorias para o sistema penal do Brasil.

Atualmente, a maioria doutrinária é defensora da co-culpabilidade e, conseqüentemente do princípio da individualização da pena, muito embora haja doutrinadores de peso como Nucci²²⁰, defendendo posicionamentos contrários à aplicação da co-culpabilidade. O autor é refratário a teoria da co-culpabilidade, acreditando que a sua adoção acarretaria uma vulgarização da atenuante do art. 66 do Código Penal:

Não nos parece correta essa visão. Ainda que se possa concluir que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, não é por isso que nasce qualquer justificativa ou amparo para o cometimento de delitos, implicando em fator de atenuação da pena. Aliás, fosse assim, existiriam muitos outros “coculpáveis” na rota do criminoso, como os pais que não cuidaram bem do filho ou o colega na escola que humilhou o companheiro de sala, tudo a fundamentar a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal, vulgarizando-a. Embora os exemplos narrados possam ser considerados como fatores de impulso ao agente para a prática de uma infração penal qualquer, na realidade, em última análise, prevalece a sua própria vontade, não se podendo contemplar tais circunstâncias como suficientemente relevantes para aplicar a atenuante²²¹.

Não obstante a opinião de Nucci²²² ser digna de respeito, há um forte crescimento dos adeptos da co-culpabilidade na doutrina²²³, buscando inovação e a concretização de princípios constitucionais, lutando para que se possa garantir a todos os cidadãos os direitos que lhe devem ser assegurados em razão da seletividade, claramente perceptível no ordenamento jurídico brasileiro.

²²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Op. cit., p. 288.

²²¹ *Ibidem*.

²²² *Ibidem*, p. 289.

²²³ ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Em busca das penas perdidas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999; MOURA, Grégore. **Do princípio da Co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2014; BITENCOURT, Carlos Roberto. **A falência da pena de prisão**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Pode-se falar em duas categorias de seletividade: a seletividade abstrata, encarregada da criminalização primária; e a seletividade concreta, encarregada da criminalização secundária. Num segundo plano, a análise da seletividade concreta pode ser desmembrada em três aportes teóricos. Primeiro, a dicotomia, entre pessoas efetivamente criminalizadas e vítimas potencialmente protegidas, condicionada por dois fatores: a influência de outras agências, principalmente as de comunicação em massa, que funcionam como empresas morais da sociedade; e as limitações operativas das próprias agências policiais. Segundo, por conseguinte, as limitações operativas das agências policiais redundam em seleção de dupla face: de um lado, serão selecionados apenas os fatos toscos de uma criminalidade escancarada e sem requintes de inteligência; de outro lado, serão selecionadas apenas aquelas pessoas cuja punição não acarretará maiores problemas para as agências punitivas. Terceiro – e crucial fator –, a concepção de estereótipos, o principal critério seletivo da criminalização secundária, possibilita vislumbrar zonas de imunidade e zonas de atuação: nas zonas de imunidade incluem-se crimes do colarinho branco²²⁴ e crimes não convencionais, como o terrorismo, que só excepcionalmente é que são punidos; nas zonas de atuação, o fenômeno da prisionização leva à ingênua suposição de que somente fatos graves, universalmente reprováveis, como homicídios e estupros, é que são punidos, quando na verdade a maior parte dos delitos são relacionados com o tráfico de drogas ou contra a propriedade, acarretando a constatação de que existem pessoas mais vulneráveis e pessoas menos vulneráveis à ação punitiva, embora o determinante seja a situação e não o estado de vulnerabilidade, propriamente dito.

Sobre a tese da culpabilidade como forma de exclusão da conduta criminoso por ausência da culpabilidade, o professor Rogério Greco descreve um exemplo:

Suponhamos que, durante uma ronda policial, um casal de mendigos, cuja “morada” é embaixo de um viaduto, seja surpreendido no momento em que praticava relação sexual. Ali, embora seja um local público, é o único lugar onde esse casal conseguiu se estabelecer, em face da inexistência de oportunidades de trabalho, ou mesmo de programas destinados a retirar as pessoas miseráveis da rua a fim de colocá-las em lugar habitável e decente. Poderíamos, assim, atribuir a esse casal a prática do delito de ato obsceno, tipificado pelo art. 233 do Código Penal? Entendemos que não, pois foi a própria sociedade que o marginalizou e o obrigou a criar um mundo próprio, uma sociedade paralela, sem as regras ditas

²²⁴ Cf. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

por essa sociedade formal, legalista e opressora. Não poderíamos, portanto, no exemplo fornecido, concluir que o casal atuou culpavelmente, quando a responsabilidade, na verdade, seria da sociedade que os obrigou a isso. [...] ²²⁵.

Tais teses vêm sendo pensamento constante em pautas de discussões sobre políticas mais humanas, que possam assegurar a justiça real, e neste contexto deve-se incluir, também, o princípio da co-culpabilidade.

Também a CRFB/1988 possui alguns princípios inseridos implicitamente em seu texto, favorecendo a evolução e o resguardo da teoria da co-culpabilidade. Muito embora não houvesse expressamente algum dispositivo constitucional que aplicasse diretamente a teoria, a maioria dos doutrinadores entende que a co-culpabilidade não é algo estranho à carta magna cidadão, e esta a recepcionou perfeitamente, uma vez que não possui em seu texto, nenhuma ressalva legal que pudesse mitigá-la ou não aplicá-la.

A busca pela igualdade concreta já é algo considerado utópico, em virtude da impossibilidade de se oferecer uniformemente todas as chances conferidas a uma pessoa para todas as demais. Segundo Rousseau ²²⁶ há dois tipos de desigualdades, a física ou natural, esta inerente a diferenças biológicas, como a idade, saúde, força e inteligência, e a segunda é a desigualdade política. Esta atribui diferenças que regem a hierarquia social, dividindo o poder, prevalecendo a riqueza e os privilégios de classe, sendo o principal ponto onde a co-culpabilidade se manifesta.

A CRFB/1988, em seu art. 5º, *caput*, confere a igualdade jurídica, baseada nas ideias iluminista do século XVIII, dispondo que não haverá diferença, entre os cidadãos, perante o alcance da lei. De certa forma, este dispositivo é limitado, uma vez que, a simples igualdade jurídica não confere à sociedade a igualdade social e econômica, esta sendo o único meio de se alcançar a plenitude de seus direitos e a dignidade da pessoa humana.

Todavia, resta ao direito penal, objetivar chegar o mais perto possível do real critério isonômico. Urge que se concretize o princípio da co-culpabilidade, dentro da esfera penal na tentativa de se amenizar as desigualdades sociais e econômicas, que maculam a nação.

²²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Op. cit., p. 403.

²²⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens**. Porto Alegre, RS : L&PM, 2008, p. 49.

Isso é o que se tenta propor nesse trabalho, salientando o dever do operador do direito em atuar efetivamente contra os diversos critérios discriminatórios, que afetam um país marginalizado como o Brasil.

Grégore Moura, em seu trabalho sobre co-culpabilidade, aborda a relação da igualdade com a teoria em estudo, perante a CRFB/1988, da seguinte forma:

A co-culpabilidade, portanto, é o reconhecimento da parcela de responsabilidade que tem o Estado no cometimento dos delitos praticados por pessoas que têm menor poder de autodeterminação em virtude de suas condições sociais. Esta diminuição do poder de autodeterminação advém da ineficiência estatal em gerar oportunidades para essas pessoas, ou seja, decorrem da sua exclusão social e da desigualdade que ela gera. Logo, ao reconhecermos este direito ao acusado – a aplicação concreta do princípio da co-culpabilidade –, estaremos igualando os iguais e diferenciando os desiguais na medida de suas desigualdades, uma vez que trataremos, de maneira específica, daqueles que estão à margem das oportunidades oferecidas pelo Estado²²⁷.

Desta forma, pode-se aduzir que o princípio da co-culpabilidade mantém relação direta com o da igualdade, previsto no *caput* do artigo 5º da CRFB/1988, possibilitando a proximidade do direito com a tal sonhada igualdade material, que seria aquela igualdade de oportunidades.

O Estado tem o dever de garantir a todos dignidade e condições de uma vida equilibrada e com qualidade. Tal dever advém das exigências estabelecidas pelo implemento do Estado Democrático de Direito. Em suma, o que se requer do Estado, é que este consiga programar a política da inclusão social, de forma hábil e efetiva, possibilitando concretizar o desenvolvimento social.

Quando tal objetivo não é conquistado, em virtude de falhas e inadequações dos deveres constitucionais, como o acesso à habitação, educação, lazer, saúde, entre outros, conseqüentemente, há uma marginalização dos menos favorecidos, empurrando-os para uma condição de subdesenvolvimento, restringindo sua condição de ser humano detentor de direitos assegurados na lei maior.

O princípio da co-culpabilidade busca justamente, conferir ao cidadão menos favorecido, a qualidade de hipossuficiente, da mesma forma que se aplica em outros ramos

²²⁷ MOURA, Grégore. **Do princípio da Co-culpabilidade**. Op. cit., p. 60-61.

do direito como o previdenciário, o consumidor e o direito do trabalho, garantindo-lhe algumas proteções e outros mecanismos, que possam equilibrar a relação com o Estado, diminuindo a desigualdade. Tecendo sobre o assunto, Moura ensina que:

Assim, a aplicação do princípio da co-culpabilidade é uma instrumento indispensável no reconhecimento da co-responsabilidade do Estado, que não leva aos seus cidadãos à dignidade da pessoa humana. Trata-se, sem dúvida, de reconhecer o direito à dignidade do acusado, evitando a reificação do homem, na forma do art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, embora o certo seja que o Estado cumpra seus deveres constitucionais, isto é, promova a inclusão social de seus cidadãos²²⁸.

Com isso em mente, é possível perceber a compatibilidade do princípio da co-culpabilidade com a dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio é o meio mais eficaz utilizado para a obtenção da dignidade humana.

No que tange à relação entre o princípio da co-culpabilidade e os direitos humanos ou direitos do homem, tem-se que estes são direitos fundamentais que o homem possui apenas pelo fato de ser homem, em razão de sua natureza humana, pela dignidade que a ela é atinente. Concerne, portanto, apresentá-la em sua dimensão conceitual.

Antes de conceituar os direitos humanos, é imperioso destacar os princípios gerais que os regem, segundo a doutrina. Segundo Comparato, os princípios gerais dos Direitos Humanos são:

Liberdade, a igualdade e a fraternidade [...] que formam uma categoria especial de normas jurídicas, que se distinguem das demais (as simples regras de direito) por um conjunto de características próprias, a saber: a) maior amplitude de seu campo de incidência; b) maior força jurídica; c) permanência em vigor em caso de conflito normativo²²⁹.

Deste modo, se pode inferir que os princípios que regem os Direitos Humanos no Estado Democrático têm força normativa muito maior do que a força encontrada nas regras mais comuns de Direito, isto porque não pode haver colisão entre elas, de sorte que uma não pode interferir na autonomia da outra, sendo que aos princípios cabe oferecer a unidade

²²⁸ MOURA, Grégore. **Do princípio da Co-culpabilidade**. Op. cit., p. 63.

²²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1.

necessária ao sistema jurídico, vez que direcionam a interpretação e a aplicação das normas e geram novas regras, caso haja lacunas a serem preenchidas.

Os princípios gerais que regem a dinâmica dos Direitos Humanos remetem à essência dos Direitos do Homem, sobretudo, porque têm como objetivo a proteção do ser humano em face de todos os tipos de violações que firam sua dignidade. Neste sentido, é importante apresentar alguns conceitos extraídos da doutrina acerca dos Direitos Humanos.

Para Fachin, o conceito de Direitos Humanos não deve ser concebido sem que nele estejam impregnados os valores inerentes à fraternidade, de modo que, para este autor:

Os direitos humanos podem ser aproximadamente entendidos como constituídos pelas posições subjetivas e pelas instituições jurídicas que, em cada momento histórico, procuram garantir os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da fraternidade ou da solidariedade²³⁰.

E finalmente, para Piovesan, o conceito de Direitos Humanos “*é dotado de universalidade, pois possui extensão universal, pois basta possuir condição de pessoa para ser titular de direitos*”²³¹. Diante da apresentação destes conceitos de Direitos Humanos, é crível concluir que tais direitos primam pela proteção do ser humano considerando para tal, unicamente, sua essência, sua natureza, de modo que o homem passa a ser visto como um ser essencialmente moral com unicidade existencial e dignidade, valores estes que devem ser objetos de proteção pelo Estado.

Foi, todavia, a partir da concepção da CRFB/1988 que a relação entre novos direitos humanos e a Constituição alcançou um status mais definido, especialmente, porque é na CRFB/1988 que, segundo Piovesan, se encontra o mais amplo catálogo de direitos fundamentais da história do constitucionalismo nacional, e contempla em termos gerais as mais diversas categorias de direitos fundamentais, desde os mais clássicos até os mais recentes direitos individuais de conteúdo supra individual²³².

Assim, é que para Leal, “*os direitos humanos, tão festejados pela Constituição do Brasil, servem de parâmetro na avaliação das condições e possibilidades desta*

²³⁰ FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 27.

²³¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 18.

²³² Ibidem.

Democracia e de um Estado Democrático de Direito”²³³. De modo que a Carta de 1988 passa a ser considerada “*um referencial jurídico, devido a sua abrangência em relação aos direitos e garantias individuais que destacam a cidadania e a dignidade da pessoa humana*”²³⁴. E, ainda, vale frisar que a implementação dos direitos sociais e econômicos requer reformas sociais e econômicas através de políticas que consolidem a democracia e estirpe as violações dos direitos sociais, civis, e econômicos da maioria da população, noutros termos:

Todavia, o reconhecimento formal destes direitos, constitui um progresso em termos do constitucionalismo, não sendo suficiente que haja vigência destas normas constitucionais, para realmente modificar a realidade social das graves violações dos direitos humanos, sendo necessário que o Estado crie meios de efetivação destes direitos, através de políticas públicas, que diminuam os efeitos maléficis da desigualdade entre os seres humanos²³⁵.

Com isto, corrobora-se o fato de que a concepção dos Direitos Humanos tem sua raiz “*na dignidade e no valor da pessoa humana, sendo fundamental o direito à igualdade e a inalienabilidade dos direitos determinados no art. 1º da DUDH*”²³⁶.

Tanto é assim, que a CRFB/1988 reconhece e protege os direitos e garantias fundamentais, que, por sua vez, foram subdivididos em cinco capítulos, quais sejam: os direitos individuais e coletivos; os direitos sociais; a nacionalidade; os direitos políticos e partidos políticos. Moraes conceitua esta classificação como:

Direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art.5º e serão detalhadamente estudados nos comentários aos incisos do citado artigo; direitos sociais – caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art.1º, IV. A Constituição consagra os direitos sociais a partir do art.6º. Os direitos à Nacionalidade são vínculos jurídicos que ligam um indivíduo a um determinado Estado, capacitando a exigir sua proteção e ficando obrigado a sujeitar-se aos cumprimentos dos deveres impostos. Os direitos políticos são direitos públicos subjetivos que permitem ao

²³³ LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil, desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 134.

²³⁴ *Ibidem*, p. 131.

²³⁵ DIMENSTEIN, Gilberto. **Democracia em pedaços**: Direitos Humanos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 78.

²³⁶ ANNONI, Danielle. **Direitos Humanos e acesso à justiça no direito internacional**: responsabilidade internacional do Estado. Curitiba: Juruá, 2013. p. 65.

indivíduo o exercício da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, para conferir a estes os atributos da cidadania, contribuindo para a aplicação do princípio democrático disposto no art. 1º, parágrafo único, onde afirma que todo o poder emana do povo, que exerce através da eleição de seus representantes, que é regulado no art.14 da CF/88²³⁷.

Importante ressaltar o entendimento de Bobbio, para quem “*o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas*”²³⁸. Com isto, se pode afirmar que a condição humana passa a ser considerada um requisito exclusivo para a titularidade de direitos, prerrogativa que está consagrada na CRFB/1988, especialmente, ao estabelecer as garantias fundamentais inerentes e significativas ao povo brasileiro e a estrangeiros, quando garante que todos são iguais perante a lei, preconizando a efetivação dos direitos e garantias ao ser humano.

Neste sentido, a CRFB/1988, ao prever que a República Federativa do Brasil se constitui como um Estado Democrático de Direito, trouxe no artigo 1º os seus fundamentos (soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; pluralismo político), e no artigo 3º, os seus objetivos (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação). Dessa forma, verifica-se que o caminho indicado pelo constituinte passa por todas as exigências estruturais de um Estado Democrático de Direito, devendo a atuação estatal, nas três esferas do poder, primar pelo atendimento destes anseios, para que esse modelo de Estado saia da previsão meramente formal e ganhe materialidade suficiente para a promoção de uma verdadeira justiça social.

Em vista disso, se concebe que uma sociedade justa é aquela que consegue distribuir equilibradamente as riquezas, ou ainda, dar condições básicas para o desenvolvimento dos indivíduos, de acordo com o que cada pessoa necessita, dentre os quais os direitos fundamentais sociais e, conseqüentemente, consegue fazer com que as instituições públicas e os cidadãos vivam harmonicamente sob a égide de princípios básicos que traduzam o

²³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 63.

²³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 63.

Estado democrático de Direito e a justiça social. Portanto, considerando a problemática da distribuição equitativa de bens e riquezas na sociedade capitalista, é interessante salientar a questão da pobreza e desigualdade social, são uma das mais relevantes causas de ocorrência da criminalidade, que atinge negativamente o conjunto da população principalmente mais pobre é marginalizada.

Assim, é que a teoria da co-culpabilidade pode servir como instrumento para efetivação da justiça e transformação social compatível com os ideais de um Estado Democrático de Direito e uma ferramenta capaz de auxiliar na redução dos abismos sociais encontrados na sociedade brasileira.

Contudo, como informe Conceição²³⁹, a justiça criminal brasileira, como se apresenta nos dias de hoje, é responsável pela promoção da seletividade e exclusão social, possuindo um caráter absolutamente desigual e discriminatório que está a serviço das classes sociais economicamente avantajadas. Como consequência, é neste contexto de discussões que nascem correntes que buscam justificar o Direito Penal e a proteção que ele deve assegurar aos bens jurídicos.

Neste diapasão, emerge o denominado Direito Penal Mínimo ou do Equilíbrio que se consubstancia como uma tese intermediária do Direito Penal Máximo ou de Lei e Ordem que por sua essência, autodenomina atenção à necessidade da constituição de um sistema judiciário e criminal muito mais severo, e o cognominado Abolicionismo Penal que preconiza a extinção do Direito Penal. Assim sendo, o Direito Penal do Equilíbrio se corporifica como um novo olhar que deveria ser lançado sobre o Direito Penal, de modo que se busque a sua atuação apenas nos casos em que os demais ramos do Direito não fossem, de fato, suficientes para coibir e punir o delito²⁴⁰.

Somos partidários de um Direito Penal garantista e de temperança que parte da premissa de que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental para sua aplicabilidade, assim como deveria estar restrito aos mandamentos dos princípios básicos que norteiam o ordenamento jurídico pátrio, cenário este ideal para provisão da teoria da co-culpabilidade. E, com isso, justifica-se a aplicabilidade prática da tese do Direito Penal

²³⁹ CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. **Racismo Estrutural no Brasil e Penas Alternativas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 23.

²⁴⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Op. cit., p. 408.

do Equilíbrio, especialmente, por estar situado, como já frisado, em um espaço intermediário entre o radicalismo do Direito Penal Máximo e a intensidade do Abolicionismo Penal. Segundo Greco:

Esta tese figura no ordenamento jurídico como uma das expressões mais recentes do chamado Direito Penal Mínimo, tendo os direitos fundamentais consagrados, os tratados e convenções internacionais e os direitos humanos como bases sobre as quais busca se solidificar de modo a garantir a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nos casos de violação da Lei Penal²⁴¹.

Deste modo, quando se fala em Direitos Humanos e co-culpabilidade não se deve esquecer o debate sobre o Direito Penal e suas perspectivas em um Estado democrático de direito e, ainda, deve ter-se consciência que neste tema também estão relacionadas questões que dizem respeito à administração da justiça. Daí decorre a questão da observação dos princípios constitucionais, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana ou da humanidade quando da aplicação da lei penal ou efetivação do Direito Penal.

Neste sentido, a legislação penal brasileira mostra-se incapaz de lidar com os conflitos sociais existentes na sociedade moderna. Há uma necessidade de efetivação real em relação aos direitos humanos, uma vez que se nota uma costumeira violação destes direitos dos homens que deveriam ser invioláveis²⁴².

A concepção primária do direito penal é de que o mesmo deve ser movimentado apenas em último caso, de forma em que o Estado apenas mexa com seu mecanismo punitivo quando for realmente necessário, *ultima ratio*. Acontece que, a realidade que se vê é outra: presencia-se uma sociedade onde milhões de indivíduos que não têm uma estrutura familiar, não encontram um espaço no mercado de trabalho, passam fome, carecem de educação e saúde, por exemplo, são excluídos do cerne social inclusivo, de forma que são etiquetados e marginalizados sem nem mesmo ter tido uma oportunidade de fazer parte efetiva da mesma. Assim, como primeira medida para qualquer violação, é aplicada a punição penal.

Neste sentido, se for lançado um olhar atento ao atual modelo de justiça criminal do Brasil será possível perceber o quão desrespeitoso ele é para com os princípios

²⁴¹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. Op. cit., p. 63.

²⁴² CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. **Racismo Estrutural no Brasil e Penas Alternativas**. Op. cit., p. 26.

constitucionais dos indivíduos que vivem à margem da sociedade²⁴³.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo constantemente ignorado e transgredido. O Estado, então, tem sido claramente omissivo ao não atender aos anseios da sociedade por meio do desenvolvimento de políticas públicas direcionadas aos direitos básicos que consubstanciam o mínimo existencial como a educação, saúde, segurança pública, enfim, fatores que, indubitavelmente, alimentam a criminalidade²⁴⁴.

Diante deste quadro, enxerga-se campo fértil para proliferar os ideais do movimento Abolicionista, que segundo Greco:

Surgiu após os horrores vividos na Segunda Guerra Mundial e que levaram a sociedade e, em especial os juristas a buscarem um sentido mais humanista para o Direito, inclusive o Penal, o que acabou por motivar a tese de que este deveria ser extinto posto que avesso às práticas humanistas que se queriam implantar para a Defesa Social²⁴⁵.

Segundo Callegari et al.²⁴⁶ uma das principais ideias defendidas pelo movimento é a abolição das prisões, o que parece ser um desejo distante, sobretudo, porque elas ainda são a arma mais poderosa do arsenal punitivo do Estado, devido serem a materialização da força do Direito Penal e, conseqüentemente, das ações de segurança pública. É bem verdade que não há possibilidades de se afastar por completo o Direito Penal da sociedade, contudo, existem meios de torná-lo mais eficiente e humanizado, como por exemplo, através da prática dos ideais da aceitação da tese do Direito Penal Mínimo. Dessa maneira, a aplicação efetiva de um Direito Penal Democrático, que vise assegurar a garantia e proteção aos direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos como corolário da própria natureza humana do homem, se adequa melhor à realidade e ao ideal de justiça social almejados na CRFB/1988.

Em virtude dessas considerações, o princípio da co-culpabilidade tem a concepção teleológica de dirimir injustiças, dividindo a responsabilidade por delitos praticados pelos indivíduos que estão excluídos, etiquetados e à margem da sociedade, com esta mesma

²⁴³ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

²⁴⁴ Ibidem, p. 97-98.

²⁴⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. Op. cit., p. 65.

²⁴⁶ CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Gunther; MELIÁ, M. Cancio. **Direito Penal e Funcionalismo**. Trad. André Luís Calligari, Nereu José Giacomolli, Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 29.

sociedade, levando em consideração a realidade e a desigualdade social dos indivíduos, trazendo um verdadeiro espírito humanitário de proteção aos direitos fundamentais e reforçando os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade – direitos humanos primários – que devem ser efetivados pelo Estado e por toda sociedade.

Logo, a teoria da co-culpabilidade é um instrumento de pacificação e justiça social, que se mostra uma alternativa viável para a (re)construção de um Direito Penal e justiça criminal mais justo e coerente com as pessoas que vivem indignamente e, conseqüentemente, delinquem, sendo a teoria aportada atual, pertinente aos casos concretos e presentes no ordenamento jurídico do Brasil, posto que, não se deve fechar os olhos aos Direitos Humanos desses indivíduos. Neste trilhar, a relação entre a teoria da co-culpabilidade e os Direitos Humanos Fundamentais é manifesta e irrefutável.

4.1.1 Instrumentalização da teoria da co-culpabilidade no Direito Criminal e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico penal Brasileiro

É sobremodo importante assinalar que há uma tensão dialética entre dois fatores do mecanismo penal: de um lado, as agências judiciais vêm trabalhando na investidura dos papéis atribuídos aos personagens do teatro penal; de outro lado, o discurso jurídico-penal, que deve ser (re)elaborado, deve se programar para reduzir a violência das agências judiciais.

No que tange ao primeiro fator, Zaffaroni²⁴⁷ aponta quatro tipos de personagens cuja investidura nos respectivos papéis é solidificada pelas cerimônias ritualísticas das agências penais:

a) o dissidente político, que é o “inimigo” propriamente dito, em relação ao qual o sistema penal não tem a menor hesitação em violar direitos humanos, sequestrá-los e matá-los de forma arbitrária;

b) o dissidente vertical, geralmente representado por aqueles indivíduos rebeldes, que se unem a minorias, formando ONG’s, mas que são descartados pelo sistema, sob a estratégia do deboche generalizante;

²⁴⁷ ZAFFARONI, Raul Eugenio. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 12. (Coleção pensamento criminológico, 14).

c) os presos por azar, geralmente envolvidos em casos de acidente de trânsito, pessoas que não deveriam ter sido selecionadas, mas que, por engano, acabaram sendo recrutadas ao cárcere; e

d) derrotados não dissidentes, pessoas que perderam a luta pela conquista do poder, geralmente representados por políticos e funcionários públicos corruptos, envolvidos em falcaturas.

A esta última categoria vale uma observação: geralmente, são exibidos como troféus, sob o evasivo subterfúgio de demonstrar ao grande público uma suposta igualdade e diminuir a sensação de seletividade do sistema, enfim, para iludir as massas de que o sistema funciona para todos.

No que tange ao segundo fator, vê-se que o (novo) discurso jurídico-penal tem a missão de reduzir a violência das agências judiciais. Para tanto, deve ter em mente três aspectos de sua missão: primeiro, que a programação da agência judicial não evita a seletividade operada antes pelas agências que recrutam os atores do teatro penal; segundo, que é necessário estabelecer “*limites máximos de irracionalidade tolerável*” na seleção dos personagens; terceiro, que deve ser evitada a distorção do discurso por parte de alguns mal-intencionados que querem transformá-lo num discurso legitimante; e quarto, é preciso se preocupar com o tempo de duração da prisão.

Muito embora o princípio da co-culpabilidade seja uma tese em constante crescimento em outros países, a exemplo da Argentina, México e Portugal, dentre outros países, conforme se verá na seção destinada à análise do direito comparado, a sua aplicação concreta, dentro do ordenamento brasileiro, é algo ainda raro de se ver, ao contrário do que acontecem com outros países latino-americanos adeptos do princípio.

O Brasil vem aplicando a co-culpabilidade de forma, ainda bem primitiva, entretanto, já é possível deparar com decisões de tribunais invocando este princípio em suas decisões, sem falar que há um projeto de lei do Senado²⁴⁸, de reforma da parte geral do código penal, mais precisamente no novo texto do art. 59, destacando expressamente a co-culpabilidade. Em virtude dessas importantes mudanças, na ciência penal brasileira, passa-se a analisar

²⁴⁸ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 3.473**. Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro. Apresentado em 18 de agosto de 2000. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19717&ord=1>. Acesso em: 5 Abr., 2021.

essas tendências inovadoras, que podem contribuir para a eficiência e concretização deste princípio no ordenamento pátrio.

Atualmente, a maioria doutrinária é defensora do princípio em tela, muito embora haja doutrinadores de peso como Guilherme de Souza Nucci²⁴⁹, defendendo posicionamentos contrários à aplicação da co-culpabilidade, conforme dito anteriormente. Assim, há um forte crescimento desta tendência na doutrina, buscando inovação e a concretização de princípios constitucionais, lutando para que se possa garanti a todos os cidadãos, os direitos que lhe devem ser assegurados. Tais teses vêm sendo pensamento constante em pautas de discussões sobre políticas criminais mais humanas, que possam assegurar a justiça real, e neste contexto deve-se incluir, também, o princípio da co-culpabilidade.

Impende destacar, o anteprojeto de reforma do código penal, trazendo um novo texto para o art. 59 que trata das circunstâncias judiciais previstas para a fixação da pena-base. Destarte, tal inovação invoca a teoria da co-culpabilidade, colocando-a expressamente, no cerne do ordenamento penal brasileiro. Assim, veja-se como está positivado o texto da lei:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena: I- a espécie e a quantidade de pena aplicável; II- o regime fechado ou semiaberto como etapa inicial de cumprimento da pena; III- a restrição de direito cabível.

Parágrafo único. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena independe da quantidade fixada, observados os limites máximos previstos no art. 34²⁵⁰.

Sobre a atual aplicação no direito penal vigente, Zaffaroni e Pierangeli assim aduz sobre o tema: *“Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat, e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art.66”*²⁵¹.

²⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Op. cit., p. 291.

²⁵⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 17 Fev. 2021.

²⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. Op. cit., p. 613.

À vista disso, o art. 66 do CP brasileiro prenuncia circunstâncias em que o magistrado pode averiguar aspectos do delito que se encontram além do rol estabelecido em seu art. 65, *in verbis*: “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”²⁵². Possibilitando, portanto, a aplicação de atenuantes inominadas a critério do juiz no desígnio de tornar-se efetivo o princípio da individualização da pena.

Desta maneira, o posicionamento doutrinário clarifica, que enquanto não se vota sobre o novo texto de reforma do código penal, se atribui ao art. 66 do CP brasileiro (atenuantes genéricas) um dos únicos meios, onde se pode invocar a co-culpabilidade, conferindo ao juiz a liberdade de valoração da conduta social do delincente, para valorar o quanto de pena a ser imposta. Neste sentido, aduz a Súmula nº 231 do STJ:

Embora reconheça a aplicação da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal pela coculpabilidade, no que diz respeito a Apelante Catiane Idelfonso Rodrigues, por ser primária e possuidora de bons antecedentes, não há como fazer incidir seus efeitos, tendo em vista a pena ter sido fixada no mínimo legal²⁵³.

Assim, a Súmula nº 231 do STJ reconheceu a aplicação da teoria da co-culpabilidade, mas deixa de fazer incidir os efeitos da atenuante genérica do art. 66 do CP pelo fato de a pena haver sido fixada no mínimo legal.

4.1.2 Críticas à teoria da co-culpabilidade

A primeira acepção do princípio da co-culpabilidade, desenvolvida por Jean Paul Marat e Magnaud, destilou uma considerável dose determinista ao difundir que a criminalidade era consequência única da pobreza. A premissa, que gerou uma aversão radical aos crimes econômicos praticados pela elite, atribuiu ao marginalizado, que geralmente cometia delito contra o patrimônio, uma imagem de “vítima” ou “herói”, simplificando uma realidade complexa. Todavia, é verdade que a política neoliberal marginaliza, estimulando o consumo desenfreado, enquanto reduz os postos de trabalho e

²⁵² BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 17 Fev. 2021.

²⁵³ BRASIL. Súmula nº 231. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas>. Acesso em: 22 set. 2020.

outras tantas obrigações do Estado Social. Porém, a principal causa do problema não é a miséria propriamente dita, mas a incidência do sistema penal sobre as pessoas que integram esse grupo²⁵⁴.

Num país assolado por tantas mazelas sociais, a vigência de um Código Penal patrimonialista, que concede privilégios por meio de leis elásticas para alguns, enquanto acentua o peso de sua impetuosa mão de ferro sobre outros, suscita dúvidas se a defesa social que diz perseguir não passa de uma proteção aos interesses escusos de uma minoria dominante do sistema capitalista²⁵⁵.

A reação desproporcional que “[...] *erige o ladrão de galinha [...] em infrator maior do que aquele que atenta contra a ordem econômico-financeira e ambiental [...]*”²⁵⁶ é de fácil constatação, haja vista a redação do art. 9º da Lei 10.684, de 2003 que prevê a extinção da punibilidade dos crimes de apropriação indébita previdenciária, de sonegação de contribuição previdenciária, bem como dos crimes praticados por particulares contra a ordem tributária²⁵⁷, “[...] *quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios*”²⁵⁸ a qualquer tempo durante o processo.

Neste sentido, invoca-se a reflexão de Streck²⁵⁹ que, embora tenha sido motivada pelo art. 34 da Lei 9.249 de 1995²⁶⁰ (tacitamente revogado pela Lei 10.684 de 2003 no tocante aos crimes contra a ordem tributária praticados por particulares, haja vista que esta admite que o pagamento seja realizado a qualquer tempo, enquanto aquela previa que o mesmo deveria ser promovido antes do recebimento da denúncia), ainda se revela adequada diante de tamanha disparidade, *in verbis*:

²⁵⁴ CARVALHO, Amílton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 33.

²⁵⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 121.

²⁵⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 154.

²⁵⁷ De acordo com o art. 9º, caput, “é suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º [crimes contra a ordem tributária praticados por particulares] da Lei 8.137, de 27.12.1990, e nos arts. 168A [apropriação indébita previdenciária] e 337A [sonegação de contribuição previdenciária] do Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento”. Cf. Lei 10.684, de 30.05.2003.

²⁵⁸ Art. 9º, § 2º da Lei 10.684, de 30.05.2003.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 58.

²⁶⁰ Consoante o dispositivo, aquele que promovesse “[...] o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia” teria extinta a punibilidade. Cf. Lei 9.249 de 26.12.1995.

Vê-se, pois, como é (bem) tratado o sonegador e como é (mal) tratado, p. ex. um ladrão de bicicleta ou de galinha, para o qual, se devolvida *sponte sua a res*, antes do recebimento da denúncia, restará, tão-somente, uma diminuição na pena (art. 16 CP). Por que isto? ‘Porque no Brasil têm-se leis que são feitas para os que aparecem na Revista Caras e leis que são feitas para os que aparecem nas Notícias Populares’...Vê-se, pois, para quem (e contra quem) funciona o sistema. O sistema penal (re) age de forma seletiva em face da conflituosidade social²⁶¹.

Salienta-se que a aludida tonalidade crítica também é encontrada nas palavras de Nucci²⁶², que tece considerações a respeito do tratamento conferido pelo art. 9º da Lei 10.684/03 aos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137/90²⁶³.

Sutherland, já percebendo o alto número de desvio secundário nos crimes de colarinho branco, culminou por asseverar que:

[...] ‘la delincuencia de las corporaciones al igual que la de los ladrones profesionales, es persistente’: una gran proporción de los delincuentes son ‘reincidentes’. Entre las setenta mayores corporaciones industriales y comerciales de los Estados Unidos, el 97,1 por ciento eran reincidentes, en el sentido de tener dos o más decisiones adversas. Ninguno de los procedimientos oficiales usados en los hombres de negocios por violaciones a la ley ha sido muy efectivo em rehabilitarlos o en prevenir que otros hombres de negocios adopten una conducta similar²⁶⁴.

Outrossim, o discurso panfletista de igualdade é facilmente desmascarado pelo retrato da massa carcerária brasileira, repleta de indivíduos advindos de estratos que vivem abaixo ou na linha da pobreza e que, em maior escala, sequer concluíram o ensino fundamental, conforme bem sinalizam os mais recentes dados do Depen já apresentados neste trabalho.

Zaffaroni²⁶⁵ lança uma nova tonalidade ao princípio. Partindo do silogismo de que a sociedade não proporciona uma igualdade de condições a todos e que o resultado desses

²⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. Op. cit., p. 59-60.

²⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Op. cit., p. 1030.

²⁶³ Segundo Nucci (2017, p. 1035-1036), “refletindo-se sobre o tema, é preciso considerar que o tratamento dado pelo Estado ao criminoso, no cenário da ordem tributária é diverso daquele empregado – com maior rigor, certamente – aos outros delitos, que envolvam, de algum modo, patrimônio. Aquele que ‘subtraí’ dinheiro pertencente ao fisco, pagando, mesmo após a consumação do crime, tem a sua punibilidade extinta; outro qualquer que subtraia coisa alheia móvel (furto, art. 155, CP), ainda que devolva integralmente o que retirou da vítima, antes do oferecimento da denúncia, no máximo será beneficiado com a redução da pena (art. 16, CP), mas não com a extinção da punibilidade. Cremos ser preciso padronizar o tratamento, equilibrando as situações. É indiscutível ser mais interessante ao Estado receber o que lhe é devido em lugar de processar criminalmente o sonegador, muitas vezes por anos e anos, sem nada conseguir, por qualquer razão (ex.: prescrição), mas a mesma situação pode ser do interesse da vítima de um furto, estelionato, apropriação indébita, dentre outros delitos. Seria preferível receber de volta o que perdeu em lugar de assistir o Ministério Público, processar o agente criminalmente, às vezes, sem sucesso em obter a condenação. O Estado Democrático de Direito, que apregoa a igualdade de todos perante a lei, parece ser muito mais cioso a respeito de seus valores do que em relação aos interesses particulares do cidadão brasileiro, em especial quando se contrasta o cofre público com o particular”.

²⁶⁴ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999, p. 262.

²⁶⁵ ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Em busca das penas perdidas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

fatores vulnerabiliza e condiciona a autodeterminação do indivíduo, conclui que a mesma deve assumir sua parcela de culpa ante a delinquência deste, estendendo, assim, a reprovação ao Estado negligente²⁶⁶. Com efeito, não parece plausível “[...] *exigir do infrator, ao qual permanecem negados, pelo Estado, os direitos sociais, de natureza constitucional, imprescindíveis à sua dignidade, uma responsabilidade nos moldes da exigível para os infratores não carentes socialmente*”²⁶⁷.

Algumas codificações latino-americanas, inclusive, manifestaram-se neste sentido, conforme sintética enumeração de Carvalho e Carvalho:

O Código Penal colombiano, em seu art. 64, determina a atenuação da pena em face da indulgência. O mesmo ocorre na Argentina (art.41), quanto à maior ou menor dificuldade do autor para prover seu sustento ou de familiares; na Bolívia (art. 38), quando trata da situação econômica e social do réu; no Equador (art. 29), no momento em que refere à indigência, família numerosa e à falta de trabalho do imputado; no México (art. 52) e Peru (art. 51), há numeração das condições econômicas do agente; no Paraguai (art. 30), vincula-se a conduta do indivíduo ao seu estado de miserabilidade²⁶⁸.

Tais previsões reforçam o atraso do Código Penal Brasileiro, cujo teor se restringe a explicitar a possibilidade de triplicação da pena de multa conforme a situação econômica do réu a fim de que surta efeito²⁶⁹. Mas... Como ficariam os condenados a outras espécies de pena?

Em que pese o art. 65 do CP brasileiro inadmitir o princípio da co-culpabilidade como circunstância atenuante da pena, o art. 66 do mesmo código, que trata das atenuantes inominadas, demonstra-se receptivo, pois ao versar que “*a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*”²⁷⁰, se depreende que as privações sociais suportadas pelo indivíduo enquadrar-se-iam perfeitamente no pressuposto de relevância²⁷¹.

²⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. Op. cit., p. 615.

²⁶⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Op. cit., p. 163.

²⁶⁸ CARVALHO, Amílton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Op. cit., p. 73.

²⁶⁹ Art. 60, § 1º. “A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo”. Cf. Decreto-lei 2.848 de 07.12.1940. O Código de Processo Penal, por sua vez, limita-se, em seu art. 325, § 1º, à previsão das possibilidades de dispensa (na forma de seu art. 350), de redução até o máximo de 2/3 e, ainda, de aumento em até mil vezes do valor da fiança, se assim recomendar a situação econômica do réu. Cf. Lei 12.403 de 04.05.2011.

²⁷⁰ Art. 66 do Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940.

²⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. Op. cit., p. 616.

Nesta esteira, Carvalho e Carvalho pleiteia que não seja considerado apenas o capital econômico do processado por ocasião da dosimetria da pena, mas também o capital cultural, haja vista que “[...] *esta relação é fundamental para averiguação do grau de autodeterminação do sujeito*”²⁷², podendo, inclusive, ser refutada em virtude dos caracteres objetivos que apresenta. Inobstante, ao relembrar que a Lei 9.605/98⁵⁰³ esculpe expressamente o “*baixo grau de instrução e escolaridade do agente*”²⁷³ dentre as circunstâncias que atenuam a pena, propõe que, através da analogia *in bonam partem*, tal previsão seja acolhida pelo art. 66 do Código Penal e, conseqüentemente, ampliada a outros crimes não ambientais, elevando o princípio da co-culpabilidade à condição de atenuante obrigatória²⁷⁴.

Convém registrar que tal análise não pode ser confundida com os preceitos do famigerado direito penal do autor, haja vista que caminha em sentido completamente inverso, pois ao se nortear pela igualdade substancial, demonstra agir em benefício do réu²⁷⁵.

Neste contexto, constata-se que o instituto da reincidência, mediante uma interpretação compromissada com as garantias fundamentais, poderia ser compreendido como circunstância atenuante inominada, posto que a reiteração da prática criminosa pode não ser reveladora do menosprezo pela norma, mas sim o resultado da falha da reinserção social do egresso ou do labéu gerado pela condenação anterior²⁷⁶. Por este aspecto, ensina Zaffaroni que:

[...] el supuesto mayor daño político o mediato del segundo delito, La presunta mayor probabilidad de un nuevo delito o la pretendida mayor perversión de la personalidad del autor, serían efecto de La intervención punitiva anterior, o sea, atribuibles al propio estado, entanto que, en lugar de una imaginaria mayor conciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia habría por lo general una menor culpabilidad en virtud de la reducción del ámbito de autodeterminación que genera la previa intervención punitiva, por estigmatizante y reductora del espacio social del penado²⁷⁷.

²⁷² CARVALHO, Amílton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Op. cit., p. 75.

²⁷³ Art. 14, I da Lei 9.605, de 12.02.1998.

²⁷⁴ ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Ávila, 1992. p. 110.

²⁷⁵ CARVALHO, Amílton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Op. cit., p. 76.

²⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. Op. cit., p. 618.

²⁷⁷ ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Op. cit., p. 112.

Nota-se a necessidade premente de uma redefinição expressa do instituto da reincidência no ordenamento pátrio a fim de coibir tanto o arbítrio inquisitorial punitivo como o juízo descompromissado com a igualdade substancial.

Neste sentido, segundo lição de Cirino dos Santos, somente a reincidência real deveria ser contemplada como circunstância legal de atenuação da pena, haja vista ser o espelho do “[...] *processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário* [...]”²⁷⁸. Quanto à reincidência ficta, ressalta que não haveria tal necessidade, pois ao ser “[...] *de fato, um ‘indiferente’ penal*”, *não poderia atenuar e tampouco agravar a pena*”²⁷⁹.

Outra medida viável, de acordo com Zaffaroni²⁸⁰, seria o banimento do instituto do texto legal, assim como ocorreu no Código Criminal Toscano de 1786 e, mais recentemente, no Código Penal colombiano de 1980.

Todavia, o futuro da reincidência em nosso sistema já estava sendo delineado pelo Projeto de Lei 3.473/00 que visava alterar a Parte Geral do Código Penal em vigor. Segundo o documento, o instituto despir-se-ia da condição de agravante e passaria a integrar exclusivamente o rol de circunstâncias judiciais, no qual a “[...] *personalidade, considerada de improvável aferição, e a conduta social* [...]”²⁸¹ seriam substituídas por dois novos fatores que parecem refletir algumas nuances do princípio da co-culpabilidade, conforme destacado:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena [...]”²⁸².

Embora seja um avanço, se observa que a medida ainda não é suficiente, pois o instituto da reincidência, mesmo afastado do caráter de obrigatoriedade, continua sendo gravoso, posto que visa, na sua essência, a punição da conduta interior do réu.

²⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 531.

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Op. cit., p. 113.

²⁸¹ Para tanto, vide exposição de motivos do Projeto de Lei 3.473, de 2000.

²⁸² Projeto de Lei 3.473, de 2000.

Por fim, observa-se que sob a ótica determinista é uma tendência colocar a criminalidade como consequência da pobreza. Ser pobre não é sinônimo de ser criminoso, embora não se negue que a miserabilidade coloca em o indivíduo em situação de vulnerabilidade social e esta eleva as chances de ingresso no mundo do crime, razão pela qual, a teoria da co-culpabilidade defende que o Estado, ao deixar de assistir o indivíduo com o mínimo necessário para subsistir, é corresponsável deste na prática de crimes.

4.1.3 A Co-culpabilidade no direito comparado

A co-culpabilidade pode ser vista em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, principalmente nos países da América Latina, onde os índices de desigualdade social e miséria são bastante elevados e potencializam a prática de crimes, demonstrando a omissão estatal no oferecimento do direito de mínimo existencial dos seus cidadãos.

Entretanto, não se trata de uma exclusividade desses países, pois a teoria da co-culpabilidade também é vista em países desenvolvidos, que apesar de todo seu desenvolvimento econômico, ainda enfrentam problemas com setores “difíceis de controlar” e “problemáticos da sociedade”, com políticas criminais de repreensão e o exercício o poder de punir arbitrário que exclui socialmente os menos favorecidos, em profundo contraste com a luta pelos direitos humanos contemporânea.

Neste pensar, Zaffaroni ressalta sobre a importância da dimensão internacional do princípio co-culpabilidade:

O Princípio da Co-Culpabilidade vem desempenhar um papel protagônico na política criminal, particularmente, porque assume uma dimensão internacional. Dito em outros termos: o direito penal corre sempre o risco de converter-se num instrumento de dominação e repressão interna, consolidando situações injustas a nível individual e social. O momento em que o direito penal passa a ser um instrumento de dominação, sempre será difícil de estabelecer, no entanto, a Co-Culpabilidade é um princípio bastante efetivo contra este risco. [...] Seu desconhecimento poderá levar o direito penal a perder seu caráter jurídico e ficar reduzido a um mero exercício de poder²⁸³.

²⁸³ ZAFFARONI, Raul Eugenio. *Política criminal latino-americana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982. p. 71-72.

Averiguando outros Códigos Penais, se evidenciou que o princípio da co-culpabilidade está positivado em vários ordenamentos jurídicos latino-americanos como circunstâncias atenuantes da pena, ou mesmo, como causa de exclusão da responsabilidade penal. Desta forma, serão analisados nessa seção a co-culpabilidade no Direito Penal no direito comparado.

Inicia-se com o Direito Penal da Argentina.

O Código Penal da Argentina adota claramente a teoria do co-culpabilidade em seu art. 40 e no art. 41. Certamente, a maior figura que possa representar o avanço da co-culpabilidade na Argentina, é o doutrinador Eugênio Raúl Zaffaroni. Ele exerce papel fundamental na disseminação da teoria para os demais países tanto sul-americanos, como os situados no continente europeu. O Código Penal da Argentina traz no texto dos artigos 40 e 41, expressamente a co-culpabilidade. Veja-se como ela é adotada nesse país²⁸⁴:

Artículo 40. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente²⁸⁵.

Artículo 41. A los efectos del artículo anterior, se tendrán en cuenta: [...]. La edad, la educación, los costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que los determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos [...]²⁸⁶.

Dos artigos acima elencados percebe-se que o Código Penal da Argentina adota expressamente a co-culpabilidade, utilizando-a para atenuar e também para elevar a reprovabilidade do delito praticado pelo agente. Assim, o diploma legal permite que aqueles indivíduos que praticam crimes, mas que não são vulneráveis sob a ótica social, recebam uma pena maior, pois, tiveram uma boa educação ou integram uma classe econômica de maior poder aquisitivo e conseqüentemente, não há justificativas plausíveis para sua delinqüência. Desta forma, o princípio da co-culpabilidade na Argentina, fazendo

²⁸⁴ Os artigos 40 e 41 estão inseridos no *Libro Primero* (Livro Primeiro), que trata das *Disposiciones generales do Código Penal argentino* (Disposições gerais do Código Penal argentino) de 21 de dezembro de 1984.

²⁸⁵ Artigo 40. Nas penas divisíveis por razão de tempo e quantidade, os tribunais fixarão a condenação de acordo com as circunstâncias atenuantes e agravantes particulares a cada caso e de acordo com as regras do artigo seguinte. (tradução nossa)

²⁸⁶ Artigo 41. Aos efeitos do artigo anterior, se levará em conta:[...] A idade, a educação, os costumes e a conduta precedente do agente, os motivos que os levaram a delinquir, especialmente a miséria ou a dificuldade de ganhar o próprio sustento e o de sua família. (tradução nossa)

um paralelo com o ordenamento brasileiro, equivaleria ao que chamamos de circunstância legal, situada no art. 69 do Código Penal, incidente na aplicação da pena em segunda fase.

O México é outro país que inova, trazendo expressamente o princípio da co-culpabilidade no bojo de seu ordenamento jurídico, possuindo uma redação bastante semelhante com a do Código Penal da Argentina. O texto do artigo 52²⁸⁷, assim expõe:

Art. 52. El juez fijará las penas e medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los limites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: [...]
V- la edad, la educación, la ilustración, los costumbres, las condiciones sociales e económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. [...]²⁸⁸.

No México o princípio da co-culpabilidade é empregado como uma circunstância judicial, sendo analisado na primeira etapa da aplicação da pena, quando é fixada a pena base do agente, considerando alguns fatores como: idade, acesso à educação, nível de instrução, costumes, condições sociais e condição econômica do réu. O código penal mexicano, inova, aplicando a co-culpabilidade, também, em medidas de segurança, o que poderia ser algo extremamente proveitoso para adotar na proposta de reforma do código penal brasileiro. A aplicação da co-culpabilidade às medidas de segurança é um fato peculiar, pois, normalmente, quando são aplicadas as medidas de segurança, não se procede à análise das agravantes e atenuantes, mas tão-somente da necessidade da medida, tendo em vista a falta de discernimento do sujeito, predominando o critério psicológico.

Os Estados Unidos investem mais em seu aparato repressor do que em prevenção, adotando uma política de extrema seletividade, retirando da sociedade, aquilo que eles consideram ser um perigo para o bem estar social. Desta maneira, o nível de presos neste país só aumenta e, como consequência dessas políticas, os direitos e garantias penais e

²⁸⁷ O artigo 52 encontra-se no *Libro Primero* (Livro Primeiro), *Título Tercero* (Título Terceiro), que diz respeito a *Aplicación de las Sanciones* (Aplicação das Sanções), Capítulo I, *Reglas Generales* (Regras Gerais), do código Penal Federal do México, de 14 de agosto de 1931. Salienta-se, por oportuno, que a redação deste artigo foi alterada pela lei de 10 de janeiro de 1994.

²⁸⁸ Artigo 52. O juiz fixará as penas e medidas de segurança que achar justa e procedente dentro dos limites fixados para cada delito, com base na gravidade do ilícito e o grau de culpabilidade do agente, levando em conta: [...]
V- a idade, a educação, a ilustração, os costumes, as condições sociais e econômicas do sujeito, assim como os motivos que os impulsionaram ou determinaram a delinquir. (tradução nossa)

processuais, vão sendo mitigados, com a justificativa de se preservar a segurança urbana, acima de tudo.

Trata-se, sem dúvida, de uma afronta aos direitos humanos. Não se pode conceber a regra da prisão em detrimento da reinserção do indivíduo na sociedade. Não se retira dele apenas sua liberdade, mas também seu sonho e capacidade de se tentar novamente, após cumprir aquilo que deve. Em virtude de todas essas arbitrariedades contra o indivíduo, a co-culpabilidade deve ser também implementada no ordenamento americano, na tentativa de amenizar tão grosseira irregularidade. Grégore Moura, comentando o trabalho de Wacquant explica que:

[...] a adoção da co-culpabilidade no Direito Penal norte-americano seria uma forma de amenizar a função seletiva exercida pelo Direito Penal naquele país, operando uma mudança de paradigma para torná-lo mais humano e democrático, ao invés de ser uma indústria do castigo, consoante as palavras do estudioso²⁸⁹.

O Código Penal da Colômbia (Lei 599, de 24 de julho de 2000) dispõe em seu art. 56 que aquele que pratica a conduta punível, mas que vive em profunda situação de marginalidade, ignorância ou pobreza, desde que este estado de vulnerabilidade se tenha refletido na prática da conduta punível e não tenha o objetivo de excluir a responsabilidade, responderá com uma pena não superior à 50% do máximo nem menor do que 1/6 do mínimo da prevista no diploma penal. Dispõe o art. 56:

Art. 56 - El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte Del mínimo de la señalada en la respectiva disposición²⁹⁰.

Dito de outra forma, se a situação de vulnerabilidade social não bastar para excluir a culpabilidade, a pena será atenuada, o que leva à conclusão de que a co-culpabilidade no Código Penal da Colômbia foi alçada a causa legal de exclusão da culpabilidade.

²⁸⁹ MOURA, Grégore. **Do princípio da Co-culpabilidade**. Op. cit., p. 80-81.

²⁹⁰ COLÔMBIA, **Lei n.º. 599, de 24 de julho de 2000**. Código Penal. Disponível em: <http://www.unhcr.org-refworld-docid-3dbd1fd94.html>. Acesso em: 5 abr. 2021.

O Peru também traz o princípio da co-culpabilidade em seu art. 45, ao abordar os pressupostos que fundamentam e determinam a pena.

Segundo Espinoza²⁹¹, o art. 45 do Código Penal do Peru adota expressamente o princípio da co-culpabilidade da sociedade e do Estado na prática do delito, entendendo-o como causa que condiciona as causas sociais, materiais e culturais da conduta delitiva dos indivíduos e por esta razão, é prescrito que o julgador precisa considerar, no momento de fundamentar o fato e determinar a pena, as vulnerabilidades sociais suportadas pelo agente.

Dispõe o art. 45 do Código Penal peruano, *in verbis*:

Artículo 45 - Presupuestos para fundamentar y determinar la pena El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; 2. Su cultura y sus costumbres; y 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de Ella dependen²⁹².

Neste contexto, a adoção da co-culpabilidade ocorre em razão do reconhecimento da exclusão social por omissão do Estado, sendo este indiretamente responsabilizado por esse fato, tendo, no entanto, como óbice o cuidado para não tornar o delinquente a vítima e o Estado, o criminoso, ao inverter equivocadamente ambas as posições jurídicas. Ao se aplicar a co-culpabilidade ao caso concreto, reconhece-se a participação do Estado e da sociedade no que tange aos delitos praticados por algumas pessoas, em determinadas condições, tornando possível a redução da seletividade e da ideologia ínsita ao Direito Penal, indo, pois, “*ao encontro dos direitos fundamentais do cidadão*”²⁹³.

Os lusitanos adotam a co-culpabilidade, no art. 71, alínea d), de seu Código Penal, levando em consideração, a condição econômica do agente na mensuração da pena:

1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção. 2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele,

²⁹¹ ESPINOZA, Manuel. Principios fundamentales del Derecho Penal contemporáneo. *Revista Jurídica Cajamarca*, Peru, v.3, n.9, p.1-6, out-dez., 2002, p. 4.

²⁹² PERU, **Decreto Legislativo n.º. 635 de 8 de abril de 1991**. Código Penal. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3e5365d84.html>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²⁹³ MOURA, Grégore. **Do princípio da Co-culpabilidade**. Op. cit., p. 38.

considerando, nomeadamente: [...] d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;²⁹⁴.

Este dispositivo penal português é bem sucinto na abordagem da co-culpabilidade, mas prevê a possibilidade de reduzir a pena do réu que comete um crime motivado por sua condição de vulnerabilidade social.

Adiante, o CP de Portugal afirma também que pode ocorrer uma atenuação especial da pena, ou seja, uma atenuante geral, consoante dispõe o 72, número 1, que é o que se conhece no Brasil por atenuante genérica, observada quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime que minorem destacadamente a culpa do autor²⁹⁵.

Assim, observa-se que embora não o afirme expressamente, as condições pessoais do agente englobam as condições sociais em que o agente vive, deixando-o mais vulnerável e predisposto à criminalidade.

4.2 Os fundamentos da teoria da co-culpabilidade por vulnerabilidade

A teoria da co-culpabilidade, em consonância com o preconizado pela CRFB/1988, Direitos humanos e à justiça social, preceitua um direito penal mais humanitário, justo, equitativo e menos elitista e seletivo, como demonstrado nos capítulos anteriores, especialmente os capítulos que abordaram as escolas penais, escolas sociológicas do crime, teorias sobre o direito de punir e movimentos penais.

No que tange à co-culpabilidade por vulnerabilidade, esta teve origem a partir das idéias de Jean Paul Marat, grande artífice da revolução francesa, muito embora tenha sido Zaffaroni²⁹⁶ quem sistematizou a teoria, prontamente recepcionada pelo Código Penal argentino. Esta teoria também ganhou notoriedade nas sentenças do juiz Magnaud no século XIX.

²⁹⁴ PORTUGAL. *Código Penal*. 1982. Disponível em: <http://asapol.net/asapol/legislacao/new/C%C3%B3digo%20Penal%20-%20Anotado.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²⁹⁵ PALMA, Fernanda. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Almedina: Coimbra, 2005. p. 25-32.

²⁹⁶ ZAFFARONI, Raul Eugenio. *O inimigo no direito penal*. Op. cit., p. 19.

Alguns juristas usam a expressão “culpabilidade por vulnerabilidade” de forma bem específica, ao elaborarem uma definição de culpabilidade levando em conta a realidade socioeconômica e reconhecendo, em alguns casos, uma teoria agnóstica da pena. Entendem a vulnerabilidade como o nível de esforço empreendido pelo indivíduo para atingir uma concreta posição frente ao poder punitivo. Porém, a omissão do Estado (a co-culpabilidade) faz com que o agente fique mais vulnerável ao poder punitivo. Ademais, não é recomendável que o conceito de culpabilidade seja aplicado somente aos mais vulneráveis, posto que precisa ser considerado “*como terceiro elemento do conceito analítico de crime seja para os mais vulneráveis ou para quem não se encontram nesta situação*”,²⁹⁷.

O Direito Penal em uma definição agnóstica da pena pode edificar sua teoria do ilícito por caminhos parcialmente distintos dos empregados pelas teorias tradicionais, sem afastar-se abruptamente de seus elementos. Para tanto, acredita Zaffaroni²⁹⁸ que é importante que o conceito de culpabilidade seja preservado sem deixar de lado a ética tradicional, pois seu abandono conduz ao risco de destruir o conceito de “pessoa”.

A culpabilidade pela vulnerabilidade é aquela que coloca em evidência o estado de vulnerabilidade do indivíduo em razão da falta de oportunidades e do mínimo existencial que deveria ser provido pelo Estado, levando-o a delinquir. Ressalte-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade não pode ser considerada uma alternativa à culpabilidade como reprovação ética, mas um passo dado em direção ao intuito de superar a culpabilidade que, como todo processo dialético, a conjectura se mantém em sua síntese.

Não se discute que na culpabilidade do ato também deverá ser considerada a personalidade, porém em sentido distinto e inverso, pois a ação do sujeito será reprovada em função de seu rol de possíveis condutas levando-se em conta sua personalidade, ao passo que na culpabilidade de autor, a reprovação recai sobre a personalidade. Já na culpabilidade de ato, reprova-se o ilícito em função da personalidade e das circunstâncias; na culpabilidade de autor, o que se reprova é o que ele é considerando o injusto. Uma

²⁹⁷ MOURA, Grégore. **Do princípio da Co-culpabilidade**. Op. cit., p.139.

²⁹⁸ ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Em busca das penas perdidas**. Op. cit., p. 66.

culpabilidade de ato não basta para legitimar o exercício do poder punitivo além de não ter conteúdo ético, sendo este derrubado pela tese da seletividade do poder punitivo²⁹⁹.

Tem-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade reconhece como antecedente de grande relevância, a definição de co-culpabilidade, cuja ideia mais relevante é a de que, tendo em vista que em nenhuma sociedade há tamanha mobilidade vertical que viabilize a todos os seus integrantes o mesmo espaço social, a censura de culpabilidade deve ser adequada em caso a caso ao espaço social que o indivíduo teve acesso e, conseqüentemente, a sociedade tem que arcar com aquilo que lhe foi negado (é corresponsável nessa medida), sendo que esta ideia não é passível de questionamento e tem o mérito de adentrar na construção da culpabilidade normativa³⁰⁰.

Do exposto, entende-se que a co-culpabilidade bem como a culpabilidade por vulnerabilidade coexistem, até mesmo porque tendo em vista que a co-culpabilidade é um conceito mais restrito, está inserido no conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade. Decerto que não é apenas a vulnerabilidade social que reflete na prática de delitos, mas ela é a mais nítida, sendo necessário que o Estado reconheça sua inadimplência no que tange à oferta do mínimo existencial a fim de que todos os indivíduos possam viver de forma digna. Enquanto não se alcançar esse desiderato, é necessário positivar a co-culpabilidade para que o magistrado no instante da aplicação da pena possa considerar a vulnerabilidade social do indivíduo, desde que exista conexão entre o delito e seu estado de vulnerabilidade social, não se podendo, portanto, exigir que o sujeito se comporte conforme disposto na norma.

Somente o grau de seletividade é que pode diferir por questões conjunturais; a seletividade se acentua em sociedades mais estratificadas, com maior polarização de riqueza e escassas possibilidades de mobilidade secundária; de outro lado, a seletividade também se acentua em sociedades que, embora não tenham essa caracterização, sofram de arraigados preconceitos racistas ou os desenvolvem a partir de eventos migratórios³⁰¹.

²⁹⁹ ZAFFARONI, Raul Eugenio. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro: ICC-Revan, n.14, p.31-48, 2004, p. 35.

³⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Op. cit., p. 150.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 151.

O poder punitivo atua largamente como instrumento de controle social, mas, como bem anota Zaffaroni³⁰², a criminalização secundária, mesmo nos países mais punitivos, tem escasso valor como meio de controle social. O verdadeiro poder político do sistema penal como instrumento de controle social radica no formidável poder configurador positivo da vida social, que as agências policiais exercem, e que, em nenhum momento, passa por agências judiciais: por exemplo, detenção de uma pessoa suspeita para identificá-la ou porque chama a atenção, vigilância de locais de reunião ou de espetáculos, de espaços abertos, registro de informação recolhida em tarefa de vigilância, controle aduaneiro, migratório, veicular, expedição de documentação pessoal, investigação da vida privada das pessoas, informações de contas bancárias, do patrimônio, de conversas privadas, telegráficas, telemáticas, postais, eletrônicas etc., tudo com pretexto de prevenção e vigilância para a segurança ou investigação para a criminalização, constituem um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de modo tão arbitrário como desregulado, e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente mais significativo que o da reduzida criminalização secundária. Da perspectiva do poder, é este o modo de exercício das agências de criminalização que importa.

Paralelamente ao poder punitivo exercido pelos canais institucionalizados, também se exerce poder punitivo por via do que se convencionou chamar sistemas penais subterrâneos e sistemas penais paralelos. Sistema penal subterrâneo consiste no conjunto de delitos cometidos por operadores das próprias agências executivas (policiais ou judiciais) do sistema penal. Todas as agências executivas exercem poder punitivo à margem de qualquer legalidade; isto provoca que o poder punitivo se comporte fomentando empresas ilícitas, o que é um paradoxo no âmbito do saber jurídico, mas não é para as ciências políticas e sociais, onde está claro que qualquer agência com poder discricionário termina abusando dele. Este abuso configura o sistema penal subterrâneo, que institucionaliza pena de morte (execuções sem processo), desaparecimentos, torturas, sequestros, roubos, tráfico de tóxicos, armas e pessoas, exploração do jogo, da prostituição, corrupção etc. A magnitude e

³⁰² ZAFFARONI, Raul Eugenio. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: **Discursos Sediciosos**. Op. cit., p. 137.

as modalidades do sistema penal subterrâneo dependem das características de cada sociedade e de cada sistema penal, mas ele existe em todos os sistemas penais³⁰³.

De outro lado, a atenção discursiva centrada no sistema penal formal do estado deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo, exercido por outras agências com funções manifestas muito diferentes, mas cuja função latente de controle social punitivo (desde a perspectiva das ciências sociais) não é diferente da penal. É uma complexa rede de poder punitivo, exercido por sistemas penais paralelos. Um exemplo claro está nos médicos, que exercem um poder de institucionalização manicomial que, quando não tem objetivo curativo imediato, se aproxima bastante ao de prisionização³⁰⁴.

Na medida em que as agências judiciais do sistema penal somente podem impor pena pela via de um processo, e em que o processo só se justifica se há suspeita mínima de prática de crime, tornam-se patentes a importância do direito processual penal e sua recíproca dependência com o direito penal. Normalmente há um alto grau de simetria político-criminal e ideológica entre direito penal e direito processual penal: “*a um direito penal limitador e de garantias corresponde um direito penal acusatório, e a um direito penal autoritário um processual penal inquisitório*”³⁰⁵. Não é incomum que medidas eminentemente processuais, como, por exemplo, a prisão preventiva, sejam contaminadas por finalidades tipicamente atribuídas à pena ou à medida de segurança.

A execução penal, por fim, é - como se diz frequentemente - uma espécie de “hora da verdade” do sistema penal. Na medida em que, na execução de penas a serem cumpridas em estabelecimento penitenciário, altera-se necessariamente o objeto da sentença (por exemplo, permitindo-se progressão ou regressão de regimes), as leis e as práticas de execução penal, e o saber jurídico a ela relativo, também têm importância enorme para a compreensão global do sistema penal. A execução penal, embora algo negligenciada por importantes agências de reprodução ideológica é muito influenciada por aportes de várias agências do sistema penal.

³⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Op. cit., p. 153.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 157.

³⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Op. cit., p. 158.

Assim, não restam dúvidas que excessos ocorrem a todo o momento e o Estado não se vê na posição de corresponsável da criminalidade. No entanto, entende-se ser este o caminho mais lúcido para a aplicação das penas tendo em vista que a grande maioria dos apenados é composta por pessoas vulneráveis e vítimas de um sistema que exclui. Assim, defende-se que as penas sejam reduzidas em caso de culpabilidade por vulnerabilidade e que seja dada maior atenção a este delinqüente a fim de que este não incorra novamente no mesmo erro. Isto porque a prisão estigmatiza e, assim, aumenta a vulnerabilidade do agente ao sistema penal, tornando-o alvo mais fácil para uma nova criminalização secundária, o que deveria, em verdade, diminuir a sua culpabilidade e, conseqüentemente, sua pena.

Acredita-se que é possível que a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade seja utilizada no processo penal e pelas agências judiciais brasileiras. No que diz respeito às possibilidades de inserção da co-culpabilidade no Código Penal, é possível incluí-la como uma circunstância judicial prevista no artigo 59, como uma atenuante genérica presente no art. 65 do Código Penal, como causa de redução de pena prevista no Código Penal como um § do art. 29 ou, ainda, como uma das causas legais de exclusão da culpabilidade.

Este parece ser um objetivo ambicioso, ou mesmo impossível, mas, não se vislumbra, por ora, outro caminho capaz de colocar fim à seletividade que contamina o sistema penal brasileiro.

CONCLUSÃO

Pela pesquisa realizada foi possível constatar que toda a sociedade é um pouco culpada pelo desenvolvimento da criminalidade. No entanto, tem-se ainda um entendimento preconceituoso, mas majoritário, de que prevalece a ordem de comando daqueles que constituem uma minoria elitizada, detentora de alto poder econômico, restando excluídos e completamente marginalizados aqueles desprovidos do dito poder, que não podem e nem mesmo conseguirão se manter de forma digna nesse sistema segregador.

O estado beneficente, que se funda no conceito moralizante de pobreza, bifurca-se em um Estado Social que assegura garantias de segurança para as classes mais abastadas e médias e em um Estado mais repressivo para as classes menos abastadas. Assim, enquanto alguns gozam de uma vida ordeira e segura, para outros, a lei se mostra ameaçadora e excludente. Neste sentido, é preciso dizer que o sistema penal ataca a base e não o topo da pirâmide social, no qual, a prisão tornou-se um método eficiente de neutralizar as “ameaças” à ordem social e, de exclusão social dos menos favorecidos para acalmar a ansiedade por segurança das classes privilegiadas.

Constatou-se que no Brasil, os presídios estão lotados de pessoas que pertencem a classe de baixa renda formada em sua maior parte por negros e pobres, sendo este confinamento um reflexo da forma que o Estado Criminal lida com setores difíceis de controlar e problemáticos da sociedade. Demonstrou-se que a superlotação carcerária e as péssimas condições de encarceramento contribuem para as rebeliões, motins e fugas.

Entende-se que o Estado é sim co-responsável por este elevado índice de criminalidade, quando deixa o cidadão carente largado à própria sorte; quando não lhe assegura meios para ter uma existência digna e essa vulnerabilidade social empurra tantos que sonham um dia com um futuro brilhante, com um bom emprego, família e mesa farta, para o mundo do crime.

Em virtude disto, seria injusto esperar dos desfavorecidos uma resposta coerente com o Estado Democrático de Direito, pois o sentimento de injustiça e revolta toma conta de

suas existências, passando tal indignação, para as demais gerações, reiniciando o ciclo da violência e criminalidade. No entanto, o que se denota é que não há uma valorização da aplicação desta teoria, apesar do Brasil, como a maioria dos países latino-americanos, sofrer com a desigualdade social que aumenta na medida em que cresce a concentração de renda na mão de uns poucos em detrimento da maioria.

O sistema punitivo do modo como funciona tem se mostrado inadequado para o cumprimento das funções sociais propostas por intermédio do discurso oficial do Estado e, em razão do seu caráter extremamente seletivo, o direito penal, não obstante tenha se legitimado como reação contra os excessos de violência punitiva típicos do período medieval, atualmente está inserido num contexto de controle social que obedece a uma lógica de manutenção da ordem em benefício das classes mais favorecidas do ponto de vista econômico e social. Assim, o princípio da legalidade e demais garantias penais e processuais, no sistema em vigor, são mecanismos de instrumentalização da defesa apenas para os indivíduos com maior capacidade financeira em detrimento da grande massa de encarcerados no sistema penitenciário³⁰⁶.

No entorno do crescente sentimento de insegurança e da maior complexidade das relações sociais, a tendência em maximizar a intervenção expansivo-preventiva do direito penal é almejada por grande parte dos atores políticos e sociais com vistas à reafirmação simbólica de valores e construção do consenso social, de forma que o uso político do direito penal se descortina como instrumento de comunicação e torna possível canalizar os problemas e conflitos sociais rumo ao sistema penal. Efetivamente, então, a criminalidade e a dinâmica da persecução penal ganham roupagem de produtos aptos a serem comercializados pelos meios de comunicação em massa.

Essa contínua expansão, atabalhoada e conduzida por interesses políticos e econômicos, impede que o sistema penal seja capaz de evoluir em termos de legalidade e para permitir o estabelecimento de uma dogmática orientada pelas consequências.

O direito penal, diante desse cenário endêmico de manipulação, não resiste à pressão dos atores econômicos e políticos e simula a manutenção de uma legalidade, mas que, em

³⁰⁶ Cf. NEVES, A. Castanheira. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: **Digesta Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 2010. v. 1.

circunstâncias reais, não existe, uma vez que esse ramo do direito público está sendo utilizado como mecanismo de controle e pedagogia social.

Do exposto conclui-se que são muitas as vítimas produzidas por um Direito Penal seletivo e direcionado ao inimigo. Tem-se, considerando a problemática da distribuição equitativa de bens e riquezas na sociedade capitalista, que a questão da pobreza e da desigualdade social, é uma das mais relevantes causas de ocorrência da criminalidade, que atinge negativamente o conjunto da população, principalmente a mais pobre, que é marginalizada e abandonada pelo Estado.

Não se questiona que os aspectos econômicos, sociais e ambientais encontram-se estreitamente relacionados à redução ou aumento do crime e da violência. Assim, entende-se que parcerias entre os ministérios, a exemplo dos responsáveis pela educação, emprego, habitação, meio ambiente, recreação, saúde e serviços sociais, assim como a polícia e a justiça, podem trazer resultados surpreendentes no que tange à redução nos níveis de crime, através do estabelecimento de estratégias de dinâmica proativa em detrimento das estratégias reativas, de forma a obstar o crime e a vitimização.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a vigência e a permanência dos ideais e objetivos do Estado Democrático de Direito, de forma que deveria assegurar as garantias básicas de mínimo existencial ao seres humanos, consubstanciadas na fundamentalidade e efetivação do princípio da dignidade humana. Desta forma, em face da supremacia da Constituição, tendo em vista que todo direito nasce e morre na Lei Maior, independentemente da natureza da norma, as teorias da co-culpabilidade e da culpabilidade por vulnerabilidade estão em consonância e intimamente ligadas com os Direitos Humanos e os princípios constitucionais, dentre eles o da Isonomia. Como se depreende, a diferenciação é a base da isonomia, pois o tratamento deve ser diferenciado na medida das desigualdades, possibilitando gerar um equilíbrio que conseqüentemente favorece a justiça.

Nesta teia, as teorias supramencionadas atendem todos os requisitos e necessidades para ingresso no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns doutrinadores atribuem à teoria uma possibilidade de inovação dentro do aspecto jurídico penal, na medida em que torna mais “justa” a pena. Desse modo, considera-se um novo mecanismo sistemático

instrumentalizado de apreciação do dever punitivo exercido pelo Estado, “amenizando a mão” punitiva, em virtude de ser o próprio Estado colaborador com esses tipos de conduta.

Insta, ainda, observar que a co-culpabilidade e a culpabilidade por vulnerabilidade podem adequar-se como instrumento para efetivação da justiça e transformação social compatível com os objetivos e fundamentos de um Estado Democrático de Direito, assim como ser uma ferramenta capaz de auxiliar na redução dos abismos sociais encontrados na sociedade brasileira.

Em que pese às razões expendidas, consta-se que o Estado não oferece igualdade de oportunidades para todos. Grande parte da população, aqueles que vivem na extrema pobreza, é invisível aos olhos do Estado, o que coloca estas pessoas em um grau de vulnerabilidade tamanha que estas se sentem desobrigadas a agir conforme o Direito. Este fato realiza concretamente não apenas a co-culpabilidade e/ou a culpabilidade por vulnerabilidade como também a dignidade da pessoa humana, transformando o Direito Penal atualmente seletista, estigmatizante e vulnerador em um Direito Penal mais justo e humano.

Por fim, encerra-se este trabalho com um sentimento especial de dever social, lembrando-se da importância que é uma boa política garantidora de direitos humanos e a influência que gera no seio da sociedade a falta desta.

REFERÊNCIAS

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. O Domínio por Organização na Dogmática Penal Brasileira do Concurso de Pessoas, **Direito em Revista**, v. 03, n. 01, p. 8-16, Disponível em: https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2701/1/o_dominio_por_organizacao.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021.

AMBOS, Kai; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Direito Penal: Fins da Pena, Concurso de Pessoas, Antijuridicidade e outros aspectos**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 60.

ANNONI, Danielle. **Direitos Humanos e acesso à justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do Estado**. Curitiba: Juruá, 2013.

APONTE CARDONA, Alejandro. **¿Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano?** Bogotá: Temis, Monografías Jurídicas, 2005, v. 100. p. 17-18.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As Três Escolas Penais: Clássica, Antropológica e Crítica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952.

ASÚA, Luis Jiménez de. **El Estado Peligroso**. Buenos Aires: Imprenta de Juan Pueyo, 1922.

AYMARD, André; AYBOYER, Jeannine. **Roma e seu império: o Ocidente e a formação da unidade mediterrânea**. Tradução de Pedro Moacyr Campos. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1993. (Coleção história geral das civilizações, III).

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BEIRAS, Iñaki Rivera. **Pena Criminal: seus caminhos e suas possíveis formas**. Tradutora: Denise Hammerschmidt. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

- BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que Punir? Teoria geral da pena**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITENCOURT, Carlos Roberto. **A falência da pena de prisão**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v.1.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BOZZA, Fábio da Silva. **Teorias da pena**: do discurso jurídico à crítica criminológica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRUNO, Aníbal. Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de Culpabilidade**: Considerações. Curitiba: Juruá Editora, 2007.
- BUONICORE, Bruno Tadeu. **Culpabilidade e Fundamentos Filosóficos**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.
- CAIEIRO, Pedro. Investigação criminal: novas perspectivas e desafios. **Congresso de Investigação Criminal**, Figueira da Foz, Portugal, 29 e 30 de março, 2012. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2015_Direito_Penal_Inimigo.pdf. Acesso em: 1 mai. 2021.
- CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. **Revista da EMRJ**, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009.
- CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Gunther; MELIÁ, M. Cancio. **Direito Penal e Funcionalismo**. Trad. André Luís Calligari, Nereu José Giacomolli, Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CANTON FILHO, Fábio. **Bem jurídico penal**. Rio de Janeiro: Elviesier, 2012.
- CARVALHO, Salo; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: Notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Críticas à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Amílton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. **Racismo Estrutural no Brasil e Penas Alternativas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

CORREIA, João Conde. **Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais**. Coimbra: Coimbra, 1999.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de Direito Penal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. **Informações gerais**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODAzMC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 17 mar. 2021.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. t. 1

DIMENSTEIN, Gilberto. **Democracia em pedaços: Direitos Humanos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. A história do Direito Penal Brasileiro. **Projeção, Direito e Sociedade**, v. 5, n. 2, p. 30-38, Dez., 2014.

DOTTI, René Ariel. Aspectos da pena criminal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 12, dez., 1999.

DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura**. Curitiba: Juruá, 2005.

ESPINOZA, Manuel. Principios fundamentales del Derecho Penal contemporáneo. **Revista Jurídica Cajamarca**, Peru, v.3, n.9, p.1-6, out-dez., 2002.

FACCIOLI, Ângelo Fernando. **Crime Organizado**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao_028/douglas_fischer.html. Acesso em: 8 abr. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GARÓFALO, Raffaele. **Criminologia**. 3. ed. Tradução de Júlio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica, 1893.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (en línea). 2005, n. 07-02. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 8 abr. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 14. ed. Impetus: Niterói, 2012.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Lei de Execução Penal Comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. I, t. I.

JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Traducción para el castellano de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzales y Manoel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil, desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEMOs JÚNIOR, Arthur Pinto. A Responsabilidade do “Homem de trás” das Organizações Criminosas. **Revista Jurídica da ESMP**, n. 1, 2004.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Traduzido por José Higido Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LYRA, Roberto. **Novíssimas Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2000. v. III.

MARTINS, Patrícia Fragoso. Princípios do Primado do Direito da União. In: **Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina. 2016.

MAYER, D.V. Os Acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 e sua projecção sobre os direitos fundamentais: a prevalência do valor segurança sobre o valor liberdade ou um retrocesso em matéria de direitos fundamentais? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 43, nº 2, 2002.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal: Parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MELLO, Dirceu de. Criminoso habitual e Criminoso por Tendência: acertos e desacertos do Novo Código Penal Brasileiro, no plano da conceituação, imputabilidade e punibilidade desses tipos de delinqüentes – Análise e sugestões. **Revista Justitia**, São Paulo, n. 82, 3º trim. 1973.

MELOSSI, Dario. A gênese da instituição carcerária moderna na Europa. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVIII e XIX)**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2006. (Coleção pensamento criminológico, 11).

MIR PUIG, Santiago. **Estado, Pena y Delito**. Buenos Aires: B de F Ltda, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

MOURA, Grégore. **Do princípio da Co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el ‘Derecho penal del enemigo’**. Buenos Aires: Editorial Argentina, 2005, p. 37-42. Colección “claves del Derecho Penal”, v. 5.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As Reformas da Parte Especial do Direito Penal Espanhol em 2003: da ‘Tolerancia Zero’ ao ‘direito penal do Inimigo’. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf>. Acesso em: 8 abr., 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo: Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo**. 4. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

NEVES, A. Castanheira. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: **Digesta Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 2010. v. 1.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Efeitos da Condenação, Reabilitação e Medidas de Segurança. In: JESUS, Damásio Evangelista de (Coord.). **Curso sobre a Reforma Penal**. São Paulo: Saraiva, Procuradoria Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1985. p. 140-144.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.
NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Grupo Editora Nacional, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Adeildo. **Progressão e Regressão de Regime Prisional**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PALMA, Fernanda. **O Princípio da Desculpa em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El Derecho Penal y Procesal del Enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, In: QUIROGA, Jacobo López Barja de; ESPINAR, José Miguel Zugarlúa (Coords.). **Dogmática Y Ley Penal – libro homenaje a Enrique Bacigalupo**. Madri: Instituto Universitario de Investigación Ortega Y Gasset e Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., 2004, p. 693-720. t. I.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBAS, Ana Luísa Ferreira. **A viabilidade da progressão por salto em face do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2014. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília – DF, 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **O direito penal emergente**. Coimbra: Coimbra, 2008.

ROGEIRO, N. **O Inimigo Público, Carl Schmitt, Bin Laden e o Terrorismo Pós-Moderno**. Lisboa: Gradiva, 2003.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens**. Porto Alegre, RS : L&PM, 2008.

ROXIN, Claus. O Domínio por Organização como Forma Independente de Autoria Mediata. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica**, n. 17, p. 69-94. nov. 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. Belém: Saraiva, 1990, v. 1.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do Partisan**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Execução Penal Comentada**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Ensaio Sobre a Pena de Prisão**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 293, abr. 2017. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5947. Acesso em: 5 abr., 2021.

SINHORETTO, Jacqueline. Reforma da justiça: gerindo conflitos numa sociedade rica e violenta. **Diálogos sobre Justiça**, v. 2, p. 49-56, maio/ago. 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Espécies de sanções penais: uma análise comparativa entre os sistemas penais da França e do Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 49, p. 9-38, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALENTE, Victor. **Direito penal: fundamentos preliminares e parte geral**. Salvador: JusPODVM, 2018.

VASCONCELOS, Karina Nogueira. **O Cárcere**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

VASCONCELOS, Maria Teresa. **Corrupção, Crimes de Colarinho Branco e o Direito Penal do Inimigo**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

VEIGA, Helio Mendes. **Direito Penal do Inimigo**: inconstitucionalidade dos crimes de mera conduta. Lisboa: Lisbon Editora, 2020

VIANA, Agnaldo. **Direito Penal**: Teoria Geral do Fato Punível e das Sanções Penais. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

VIDAL, Hélvio Simões Vidal. **Curso de Direito Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Política criminal latino-americana**. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Ávila, 1992.

ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Em busca das penas perdidas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Raul Eugenio. Culpabilidade por vulnerabilidade. In: **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro: ICC-Revan, n.14, p.31-48, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção pensamento criminológico, 14).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 17 Fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 3.473**. Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal Brasileiro. Apresentado em 18 de agosto de 2000. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19717&ord=1>. Acesso em: 5 Abr., 2021.

COLÔMBIA, **Lei nº. 599, de 24 de julho de 2000**. Código Penal. Disponível em: <http://www.unhcr.org-refworld-docid-3dbd1fd94.html>. Acesso em: 5 abr., 2021.

PERU, **Decreto Legislativo nº. 635 de 8 de abril de 1991**. Código Penal. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3e5365d84.html>. Acesso em: 5 abr., 2021.

PORTUGAL. **Código Penal**. 1982. Disponível em: <http://asapol.net/asapol/legislacao/new/C%C3%B3digo%20Penal%20-%20Anotado.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.

PORTUGAL. **Lei nº 52, de 22 de Agosto de 2003**. Estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/70115598/201909162119/70163513/diploma/indice>. Acesso em: 1 maio 2021.