



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

A PENA DE PRISÃO E SUAS INCOMPATIBILIDADES NA CONCRETIZAÇÃO DA RECUPERAÇÃO DE SERES HUMANOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: um estudo com base na aplicação funcional do Direito Penal do Inimigo

Angélica da Silva Corrêa¹

Cristina Carla Rodrigues²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 A CRISE DO SISTEMA PENAL E O DESCUMPRIMENTO CONSTITUCIONAL DO TRATAMENTO DIGNO DE APENADOS; 2 A CRISE DO ATUAL SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO; 3 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO CONFORME GÜNTHER JAKOBS; CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente estudo tem como tema central a pena de prisão e suas incompatibilidades na concretização da recuperação de seres humanos no sistema penal brasileiro. O objetivo central é examinar a aplicabilidade funcional do Direito Penal do Inimigo no sistema penal e na ressocialização do apenado. A realização desta abordagem é de suma importância, considerando que tem o fito de primar pela efetivação da lei e seus princípios norteadores. Contendo o trabalho três capítulos, o primeiro focado na crise do sistema penal e o descumprimento constitucional do tratamento digno de apenados; o segundo na atual crise do sistema prisional brasileiro; e o terceiro versa acerca da denominada Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, com um olhar a partir da aplicabilidade funcional do Direito Penal do Inimigo na seletividade de seres humanos no sistema penal brasileiro. Para tanto, o método de abordagem que servirá de referência para análise das ideias, informações e resultados desta pesquisa é o método dedutivo, juntamente com os métodos de procedimento monográfico e histórico, a fim de ofertar um estudo pontual e específico acerca de uma questão crítica na seara penal. Logo a técnica de pesquisa consistirá na bibliográfica. Por fim, conclui-se que a pena de prisão e o sistema penal brasileiro está à beira da falência, ou seja, sua incapacidade de alcançar quaisquer um dos seus propósitos, principalmente o que se refere a ressocialização e reintegração do apenado na sociedade é utópico. O poder danoso da pena privativa de liberdade rompe os muros da prisão e se torna a característica mais marcante do detento, que mesmo após sair do cárcere, segue sendo rotulado um “inimigo” que precisa ser excluído da sociedade conforme sustenta a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo; prisão; ressocialização; seletividade.

¹ Mestranda do Programa Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED. Bolsista PROSUP/CAPES. Membro do Projeto de Pesquisa e Extensão CineLaw- Cinema e Direitos Humanos. Advogada. E-mail: angelicacorrea1418@gmail.com

² ¹ Mestranda em Direito na Faculdade Meridional de Passo Fundo - IMED. Membro do Grupo de pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade, ligado ao Programa de pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED), coordenado pela Prof. Dr. Sergio Aquino. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogada. Endereço eletrônico: cristinacr.adv@gmail.com.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

2

ABSTRACT

The present study is the central theme of the prison penalty and its incompatibilities in the realization of the recovery of human beings in the Brazilian penal system. The central objective is to examine the functional applicability of the criminal law of the enemy in the penal system and the resocialisation of the Apenado. The realization of this approach is of paramount importance, considering that it has the aim of priming through the effective law and its guiding principles. Containing the three chapters work, the first focused on the crisis in the crisis of the current penal system and the constitutional disfulfilment of the treatment worthy of apenados; the second in the current Brazilian prison system crisis; And the third verse about the theory of criminal law of the enemy of Günther Jakobs, with a look from the functional applicability of the criminal law of the enemy in the selectivity of human beings in the Brazilian penal system. For this purpose, the method of approach that will refer to the analysis of ideas, information and results of this research is the deductive method, along with the methods of monograph and historical procedure in order to offer a specific and punctual study on a question Criticism of the criminal seare. Soon the research technique will consist of the bibliographical. Finally, it concludes that the prison penalty and the Brazilian penal system is on the brink of bankruptcy, i.e. its inability to achieve any of its purposes, especially as regards resocialisation and reintegration of the Apenado in society is utopian. The harmful power of the private penalty of liberty breaks the prison walls and becomes the most striking characteristic of the detainee, who even after leaving the prison, continues to be labelled an "enemy" that needs to be excluded from the society as sustained the theory of criminal law of the enemy of is an antique Günther Jakobs.

KEY WORDS: Criminal law of the enemy; prison; resocialization; selectivity.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar uma releitura do atual sistema penal brasileiro, verificando-se a capacidade do mesmo em garantir um nível mínimo de dignidade humana aos seus apenados, proporcionando-lhes métodos de recuperação e ressocialização, em um contexto onde a seletividade e o enquadramento do indivíduo em determinado estereótipo, pela sociedade e conseqüentemente pelo direito penal, influencia na finalidade social da pena, especialmente no que se refere à ressocialização do sujeito. Para tanto, pretende-se abordar sobre a teoria desenvolvida por Günther Jakobs, conhecida como Direito Penal do Inimigo e sua aplicabilidade funcional na seletividade de seres humanos no sistema penal brasileiro. Objetiva-se, assim, discorrer sobre quais características, ou critérios, são utilizados para definir alguém como "inimigo" e o que isso influencia na ressocialização do detento. Neste norte, se descreve o conceito de dignidade humana com a posterior apresentação do sistema prisional vigente, bem como a Teoria do Direito Penal do Inimigo conforme Günther Jakobs e sua utilidade na seletividade de seres humanos no sistema penal brasileiro.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

3

A corrente pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro deles aborda a crise do sistema penal e o descumprimento constitucional do tratamento digno de apenados. O segundo capítulo discorre sobre crise do atual sistema prisional brasileiro, através da utilização de dados elaborado pelos órgãos responsáveis pelas prisões no Brasil. O capítulo três versa acerca da denominada Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, onde se procurou demonstrar que o indivíduo uma vez transgressor, será sempre visto como potencial inimigo da sociedade, que mantém rotulação enraizada do sujeito.

A partir desta questão, o método de abordagem que servirá de referência para análise das ideias, informações e resultados desta pesquisa é o método dedutivo que parte de observações gerais para chegar a um objetivo de pesquisa específico. No caso abordado analisa-se sobre a pena de prisão e suas incompatibilidades na concretização da recuperação de seres humanos no sistema penal brasileiro. Por meio do método de abordagem de estudos monográficos, será possível responder ao questionamento central que visa desvendar a respeito da contribuição que a Teoria do Direito Penal do Inimigo exerce no sistema penal brasileiro com relação à seletividade social e a reintegração do apenado na sociedade.

1 A CRISE DO SISTEMA PENAL E O DESCUMPRIMENTO CONSTITUCIONAL DO TRATAMENTO DIGNO DE APENADOS

Primeiramente, se faz necessário um sucinto estudo em relação as garantias constitucionais e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em relação às pessoas privadas de liberdade que estão sob custódia do Estado. Para que posteriormente se tenha um embasamento no estudo da crise do sistema penal atual e o descumprimento do princípio da dignidade humana dos apenados.

O princípio da dignidade da pessoa humana, também considerado como uma proteção constitucional está instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), determinando no artigo 1º, inciso III, em suma, que todo ser humano é digno de respeito e reconhecimento por parte de seus



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

4

semelhantes, logo, tem o direito de uma vida digna dentro da sociedade (BRASIL, 1988).

As garantias constitucionais surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder do Estado. Deste modo, percorrendo os estudos da Constituição no Brasil, as prerrogativas constituintes classificam-se enquanto elementos inerentes à efetivação da dignidade humana, tendo em vista a sua ligação com este princípio/direito como a matriz de irradiação (SARLET, 2011, p. 83).

É de praxe expressões direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos apresentarem isonomia no seu significado, sendo utilizados como sinônimos. No entanto, constituem concepções diversas, mesmo que entre eles haja pouca diferença prática. Visto que, os direitos do homem seriam os naturais, que nascem com o mesmo, ainda não positivados; os direitos humanos encontram-se positivados na esfera do direito internacional; e, os direitos fundamentais explicam-se sendo direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional (SARLET, 2011, p. 38).

Pode-se dizer que a principal finalidade das garantias constitucionais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo e objetivo, em sua maioria de natureza imaterial, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. Por isso, todas as pessoas têm direito a dignidade, ou seja, o “ser digno” é uma característica particular do ser humano, não podendo dele ser retirada, sendo o poder estatal responsável pela sua proteção (SARLET, 2011, p.35).

Diante dessa prerrogativa, o Estado tem como função principal garantir uma vida digna aos indivíduos, de acordo com artigo 5º, inciso III, da CRFB/88, independente da sua condição social, política ou de privação da liberdade conforme a lógica exposta por Sarlet:



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

5

[...] a dignidade da pessoa humana não poderá ser retirada de nenhum ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre. Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos a dignidade da pessoa humana (2011, p. 35).

A CRFB/88, no seu artigo 5º, inciso III, sustenta os mesmos preceitos de defesa à dignidade humana quando o assunto se trata do sistema prisional brasileiro. Logo, o indivíduo quando está sob a custódia do Estado, dispõe de proteção de sua integridade física e moral, não sendo permitido quaisquer tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1988).

Também, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³, extinguiu o antigo sistema penal, concebendo direitos e garantias inerentes ao preso, que passa a ser visto como pessoa humana, sendo-lhe assegurado o tratamento digno independente da sua privação de liberdade e/ou responsabilização penal (BARRETO, 2010, p. 12).

Nota-se porém, que apesar do sistema penal brasileiro e sua aplicabilidade punitiva e social ter os baluartes constitucionais acima aludidos como referência, ao mesmo tempo, é necessário uma posição crítica da intervenção punitiva estatal quando essa é utilizado para proteção dos bens jurídicos.

Trata-se de uma análise do processo de seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, assim como, da atividade legislativa destinada à seleção desses. E a conseqüente criação de tipos penais incriminadores que não prescinde de limites e diretrizes conferidas pelos valores constitucionalmente consagrados, pois, de acordo com os ensinamentos de Roxin:

A questão sobre qual a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal será sempre um problema central não somente para o legislador, mas, também, para a Ciência do Direito Penal. Há muitos argumentos a favor para que o legislador moderno, mesmo que esteja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente

³ Artigo 10º - Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ele seja deduzida (ONU,1948).



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

6

porque não gosta. [...] a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador (2006, p.11).

Como cita Bianchini “o direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos)”, ou seja, a norma penal tem o objetivo de apaziguar as relações humanas garantindo o seu equilíbrio no grupo social (2002, p. 141).

O que se quer demonstrar, é que além da proteção dos bens jurídicos apregoados pela CRFB/88, o direito penal exerce também a responsabilidade e o dever de punir, traçar diretrizes e métodos que mantenham a paz social e o convívio adequado entre os seres humanos, impedindo violações aos direitos fundamentais.

Na percepção de Bittencourt (2010) “Direito Penal é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado”. Ou seja, ele tem a incumbência de garantir através de ações punitivas estabelecidas pelo Estado, a prevenção do delito. No entanto, caso ocorra à falha na precaução, é dever suprimir e assim adotar outros meios para que a violação contra o bem jurídico seja sanada. (BITTENCOURT 2010, p. 25-27).

Segundo Prado (2005), o direito penal tem a responsabilidade, diante das medidas protecionistas que resguardam a vida e os principais bens jurídicos do seres humanos, impor sanção ao descumprimento da norma jurídica por atingirem elementos essenciais a todo e qualquer indivíduo.

Para sancionar as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de peculiares formas de reação-penas e medidas de segurança. O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica. (PRADO, 2005, p. 54)

Diante disso, foram estipuladas pelo sistema penal, leis que limitam e penalizam aqueles que cometem uma transgressão. Conforme Foucault, esse atual modelo é distinto do antigo perfil executivo, já que em outrora o direito penal punia o



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

7

delito através de grandes execuções públicas, com demonstrações de castigos executados através do corpo do condenado, ou seja, uma forma de demonstrar a sociedade que o Estado estava cumprindo o seu ato de “punir” a violação do bem jurídico, utilizando a violência contra a integridade física do réu como método de sanção (FOUCAULT, 1999, p. 15-16):

Só posso esperar que não esteja longe o tempo em que as forças, o pelourinho, o patíbulo, o chicote, a roda, serão considerados, na história dos suplícios, como marcas da barbárie dos séculos e dos países e como as provas da fraca influência da razão e da religião sobre o espírito humano.

Assim é interessante destacar que a punição teve situações de barbárie ao longo da história do direito penal, utilizando-se de penas cruéis e que não exerciam o real significado de prevenção do delito, o Estado utilizava-se de uma represália pública contra o condenado, exprimindo a sua soberania diante do povo, ao invés do senso de justiça e proteção.

De acordo com a visão de Nucci (2010), o sistema penal brasileiro ainda traz traços de barbárie e incoerência dos séculos passados “[...] o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização.” (NUCCI, 2010, p. 370).

Não é difícil compreender, que a função do sistema penal deveria punir o delito, objetivando a ressocialização do indivíduo, ou seja, dando novamente a oportunidade de recomeço no grupo social. Porém, o sistema penal tão somente vem interagindo no enfrentamento da atuação de condutas tidas como desviantes dentro da sociedade, impondo punições quando estas são descumpridas, sem ou com quase nenhuma reflexão acerca dos efeitos produzidos, especialmente, no que se refere a pena de privação de liberdade, ou seja, a prisão.

A Lei de Execuções Penais (artigo 1º) aponta que o crucial objetivo da pena de prisão é retirar do convívio social o indivíduo considerado nocivo ao meio social em que vive, ou seja, apregoa-se a teoria da prevenção especial positiva⁴ (BRASIL,

⁴ A finalidade da prevenção especial positiva é a reeducação do autor, vale dizer, possui caráter ressocializador, de modo que a finalidade da pena consiste unicamente em fazer com que o agente desista de cometer futuros



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

8

1984). Contudo, no Brasil este propósito está distante da realidade que o sistema prisional se encontra, em outras palavras, a prevenção especial torna-se um processo de exclusão dos que oferecem riscos ao sistema livrando-se dos que não se atingem o modelo considerado íntegro de cidadão.

Alessandro Baratta, ao abordar sobre a prisão afirma que essa está fadada ao fracasso no que refere-se ao seu caráter de prevenção especial positiva e de ressocialização:

O reconhecimento do fracasso da prisão como instituição de prevenção especial positiva conduz, no segundo caso, à afirmação voluntária de uma norma contrafactora, a qual, não obstante, deve ser considerada como lugar e caminho de ressocialização. Na realidade, o reconhecimento do aspecto contrafactor da idéia de ressocialização surge, às vezes, na mesma argumentação daqueles que sustentam a nova “ideologia de tratamento”. Num encontro de criminalistas alemães, ocorrido há alguns anos em Frankfurt, um dos mais renomados pesquisadores desse país reconhecia francamente o fracasso, constatado até então, das ações de ressocialização por meio da prisão e sustentava, ao mesmo tempo, que, apesar disso, era preciso manter a idéia da ressocialização para não dar cabimento àqueles que advogavam as teorias neoclássicas e neoliberais da retribuição e da neutralização (BARATTA, s.d., p. 2).

Teoricamente a pena de prisão foi uma forma de punir instituída pelo Estado, com a finalidade de retirar o criminoso do convívio social por determinado tempo previsto em lei e com isso prevenir a criminalidade. Tendo como objetivo principal, uma recuperação do indivíduo dentro do cárcere, ou seja, um processo de readaptação social para ser futuramente inserido na sociedade.

Entretanto, na prática, a legislação penal e o sistema prisional vigentes no Brasil têm se mostrado incompatíveis com estes objetivos, em razão das condições ambientais e subumanas a que são submetidos os sentenciados, adotando como parâmetro as prisões brasileiras.

Como cita Baratta “Nenhuma prisão é boa e útil o suficiente para essa finalidade, mas existem algumas piores do que outras.” Essa realidade vem de encontro a muitos sistemas carcerários mantidos ao redor mundo, que necessitam

delitos, “os discursos de prevenção especial positiva inauguram perspectiva punitiva centrada no indivíduo (homo criminalis)” (CARVALHO, 2013, p.75).



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

9

com urgência de reformas sérias que tragam benefícios eficazes e concretos para a vida do apenado:

[...]Estou me referindo a um trabalho de diferenciação valorativa que parece importante para individualizar políticas de reformas que tornem menos prejudiciais essas instituições à vida futura do sentenciado. Qualquer iniciativa que torne menos dolorosas e danosas à vida na prisão, ainda que ela seja para guardar o preso, deve ser encarada com seriedade quando for realmente inspirada no interesse pelos direitos e destino das pessoas detidas e provenha de uma mudança radical e humanista e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções são as de legitimar através de quaisquer melhoras o conjunto do sistema prisional (BARATTA, s.d., p.2).

São inúmeros os problemas encontrados nos estabelecimentos prisionais, desde a ausência de respeito aos presos; a superpopulação carcerária, que contribui para situação degradante das prisões; ausência de atividades laborativas, gerando o ócio improdutivo dos detentos; elevados índices de consumo de drogas, entre outras. Todos esses fatores reforçam a extrema dificuldade em se obter a reabilitação do condenado através da pena de prisão em face da situação ao qual é submetido.

Há de se observar ainda, a relação entre preso e sociedade. A exclusão social que esse último passa a sofrer após ser inserido no sistema carcerário. Pois a inquietação da sociedade está constantemente concentrada na busca e manutenção da segurança. E aqueles que alguma vez apresentaram estereótipos de condutas tidas como desviantes, tende a serem reprovados e extirpadas do meio social através de normas coercitivas (sanções penais) para que possa ser restabelecida e mantida a “normalidade” (BITENCOURT, 2010, p. 05).

Para Baratta (2011), a conexão entre o preso e a comunidade é conflituosa e antagônica, pois conforme afirma o autor “Antes de tudo, essa é uma relação de quem exclui (sociedade) e de quem é excluído (preso). Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão” (BARATTA, 2011, p.186).

A Comunidade em geral, não vislumbra a possibilidade de acolher e/ou dar um tratamento digno, respeitoso e com humanidade, possibilitando que o apenado tenham condições favoráveis de reinserção. Pelo contrário, é a principal a tecer



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

10

críticas e a querer o aprisionamento em massa com um período de grandes períodos de tempo.

Baratta (2011) pontua que a sociedade nada mais é que uma forma metamorfoseada do cárcere e todos os seus traços danosos, e que essa deveria primeiramente passar por uma reforma de valores, onde determinados padrões e comportamentos deveriam ser revistos, em um processo externo de ressocialização, para que a comunidade em geral (raiz do mecanismo de exclusão) convertesse sua estrutura egocêntrica, violenta e capitalista, para somente daí receber o ex-apanado (BARATTA, 2011, p. 186).

[...]As relações sociais e de poder da subcultura carcerária têm uma série de características que a distinguem da sociedade externa, e que dependem da particular função do universo carcerário, mas na sua estrutura mais elementar elas não são mais que ampliação, em forma menos mistificada e mais “pura”, das características típicas da sociedade capitalista: são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração. Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado. Antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão (BARATTA, 2011, p. 186).

Porém, em que pese a realidade do sistema penal na prática ser contraditório a tudo o que a CRFB/88 e a própria legislação penal preveem, é essencial aludir, que independente da punição estipulada ao réu, a proteção à dignidade da pessoa humana, deve ser aplicada de forma ampla e imprescindível, assegurando o cumprimento da pena de forma justa com a finalidade da reabilitação do apenado, visto que tal foco é um comprometimento do próprio Estado no processo de execução penal.

Realizados em síntese os apontamentos sobre a crise do sistema penal e o descumprimento constitucional do tratamento digno de apenados, passa-se a abordar sobre o a crise prisional do Brasil, trazendo dados gerais sobre a prisão brasileira.

3 A CRISE DO ATUAL SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

As mazelas e o descaso presentes, nos presídios superlotados e esquecidos pelo Poder Público e pela sociedade trazem à tona o descrédito da prevenção e da reabilitação do condenado. O cárcere brasileiro possui condições de vida sub-humanas, trazendo uma realidade diferente do que estabelece os Tratados Internacionais de direitos humanos e a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Visto que, “o sistema prisional brasileiro está próximo da falência total”, ou seja, o sistema penal, que tem como objetivo principal a ressocialização do apenado, não está atendendo sua finalidade (COELHO, 2003, p. 5).

A nossa realidade é arcaica, os estabelecimentos prisionais na sua grande maioria, representam para os reclusos um verdadeiro inferno em vida, onde o preso se amontoa a outros em celas (seria melhor dizer em jaulas) sujas, úmidas, anti-higiênicas e superlotadas, de tal forma que, em raros exemplos, o preso deve dormir sentado, enquanto outros revezam em pé (COELHO, 2003, p.1).

O levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN 2017, divulgado oficialmente na data de 08 de dezembro 2017, revela a realidade assustadora e ao mesmo tempo fracassada do cárcere no Brasil. De acordo com o novo relatório entre dezembro de 2014 e junho de 2016 entraram 100 mil pessoas no sistema carcerário brasileiro (INFOPEN, 2017).

Atualmente, a população carcerária no Brasil é de 666.568 apenados⁵, sendo que essa se divide em 301.212 presos no regime fechado, 244.707 no regime provisório e 104.381 no semiaberto. Somando-se ainda os presos no regime aberto (10.079), em prisão domiciliar (6.189) e internos em cumprimento de medida de segurança (3.532) (GEOPRESÍDIOS, 2017).

Deste modo, o número de brasileiros presos vem crescendo sucessivamente e, fez do país o terceiro país do mundo com maior número de encarcerados⁶ ultrapassando a Rússia, conforme dados do último Infográfico do World Prison

⁵ Dados atualizados até o dia 08 de dez. de 2017 - Fonte: Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP)

⁶ Últimos dados atualizados em junho/2016: EUA – 2.217,000 presos; China -1.657,812 presos; 726.712 presos; Rússia – 642,470 presos. Disponível em:<http://www.justica.gov.br/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>Acesso em 10 de dez. de 2017.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

12

Brief, Institute for Prison Studies e Infopen/Ministério da Justiça, atualizado até junho de 2016. Logo, o déficit de vagas no sistema prisional brasileiro ultrapassa 358 mil, o que corresponde a cerca de 50% da população carcerária atual (INFOPEN, 2017).

De acordo com o relatório da InfoPen (2017) o tráfico de drogas é o crime que mais encarcera, 28% dos presos, ou 203 mil pessoas, foram condenadas por envolvimento no tráfico. Além disso, dos 727 mil presos informados pelo InfoPen (2017), 64% são pretos e pardos. Esse número é superior à porcentagem de negros/pretos e pardos na população brasileira, que é de 53%, isto ratifica a seletividade das prisões no Brasil, sendo habitadas por negros, pobres e envolvidos em crimes que poderiam ser tratados com medidas alternativas à prisão, como o tráfico de drogas “Isso é reflexo de uma política de exclusão histórica, e que poderia ser mitigado com uma reforma na Lei de Drogas ou mesmo com a aplicação das audiências de custódia, que impactaria diretamente na diminuição dos presos provisórios” (CUSTÓDIO, 2017, s.p.).

Outro dado importante que o relatório trouxe é o aumento do número de mulheres presas entre os anos 2014 a 2016. A população prisional feminina total passou de 33 mil para 42 mil. Sendo que entre 2005 e 2014 o acréscimo já era considerável, e cresceu cerca de 10,7% ao ano. A incidência de crimes ligados ao tráfico de drogas entre as mulheres chega a 62% (INFOPEN, 2017).

A crise do sistema prisional brasileiro atinge inúmeras casas prisionais do Brasil. A título de exemplo um dos estados que comprova esse caos é o Rio Grande do Sul, o qual conta com uma população carcerária que chega a 37.971 mil pessoas⁷, destes 12.348 são presos provisórios, sendo que a quantidade de vagas que os estabelecimentos carcerários oferecem são 21.392 apresentando um déficit de 12.195 vagas no total (CNJ-GEOPRESÍDIO, 2017).

A massa carcerária que povoa as cadeias gaúchas é geralmente de homens e mulheres na faixa etária de 18 a 45 anos (88,81%); com o grau de instrução de ensino fundamental incompleto (61,42%); e de classe baixa (85%) (SUSEPE, 2017).

Os índices da superlotação pela população mais pobre é gritante aos olhos da sociedade e do Poder Judiciário “a postura do Ministério Público e do Judiciário é

⁷ Homens: 35.955; Mulheres:2.016 dados atualizados pela Superintendência dos Serviços Penitenciários(SUSEPE), até a data de 06 de dez. de 2017.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

13

preconceituosa do encarceramento da pobreza. Na maioria das vezes, o Judiciário se comporta como o absoluto senso comum de toga” (DOCUMENTÁRIO SEM PENA, 2014).

Os números demonstram que a situação é cada vez mais preocupante. O aumento da população carcerária gaúcha, assim como do restante do Brasil, não corresponde ao número de vagas oferecidas pelos estabelecimentos⁸ prisionais conforme o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen), colocando o país no ranking dos que mais aprisiona.

A maioria do sistema prisional do brasileiro, reflete a superlotação e a falta de dignidade humana na reincidência que alcança 70%⁹ (IPEA), e na violência através de rebeliões sangrentas que são executadas por facções de presos criadas dentro da cadeia, dando uma resposta negativa ao Estado em relação a função da pena de prisão, uma vez que esta não cumpre efetivamente o que dispõe a lei penal.

Enquanto isso, o ciclo vicioso do crime e da violência é disseminado sem controle neste ambiente de descaso, submetendo a todos os presos (provisórios e condenados) às mesmas condições desumanas e indignas, pois “o sistema penitenciário é algo que começou errado, e tem piorado ao longo da história, e hoje é o grande câncer da sociedade moderna” (DOCUMENTÁRIO SEM PENA, 2014).

Ratificando isso, a superlotação é talvez o mais grave problema envolvendo o sistema prisional. Assim, pode-se afirmar, que os maiores centros de detenções brasileiros conservam uma prática diferente do que prevê a Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (BRASIL, 2003).

A pretensão da norma era organizar e estabilizar os limites durante a execução penal de um indivíduo. Corroborando com isso, o artigo 3º, *caput*, prevê que ao condenado e ao internado será assegurado todos os direitos não atingidos

⁸ O Brasil possui 1.424 unidades prisionais, segundo levantamento mais recente sobre o sistema carcerário, divulgado no último dia 23 de jun. de 2015 pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen).

⁹ Relatório realizado sobre a Reincidência Criminal no Brasil, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) no ano de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>> Acesso em 08 de dez. de 2017.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

14

pela sentença ou pela lei e, ainda, o parágrafo único do mesmo dispositivo, não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política (BRASIL, 2003).

O Brasil vive uma das maiores, crise no sistema prisional, considerando as inúmeras situações que o sistema carcerário enfrentou e enfrenta ao longo dos anos, é notória a preocupação com as casas de detenções brasileiras, para que sejam garantidas as regras mínimas de condições de vida, asseguradas pelos dispositivos Constitucionais, Penais ou Tratados de Direitos Humanos Internacionais estabelecidos para pessoas que cumprem penas no Brasil (ASSIS, 2007).

No ano de 2009, uma ação parlamentar nomeada de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, instaurada pela Câmara dos Deputados na 3ª sessão legislativa de 2009, presidida pelo deputado Michel Temer, e tendo como relator o Deputado Federal Domingos Dutra, investigou as superlotações, os custos sociais, as violências desmedidas e as punições arbitrárias por parte dos agentes penitenciários e da polícia, assim como os crimes organizados e o exacerbado número de rebeliões que aconteciam nos maiores presídios e casas de detenções do Brasil (BIBLIOTECA DIGITAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Logo, o foco principal seria averiguar se a Lei de Execuções Penais – LEP era cumprida na íntegra com as garantias constitucionais estabelecidas aos apenados no Brasil. Sendo assim, a CPI do Sistema Penitenciário Brasileiro, visitou as casas prisionais, e verificou com precisão as condições do cárcere e das pessoas que lá cumpriam a pena, ou seja, desvendou que a função da prisão traçar um sistema de socialização e reeducação ao preso não estava sendo efetivo (BIBLIOTECA DIGITAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

A CPI do sistema Carcerário de 2009 verificou inúmeras violações e emitiu relatórios onde recomendou aos estados mudanças urgentes nas casas prisionais. Contudo, a maior parte dessas não foi executada, uma vez que, hodiernamente, os presos das cadeias no Brasil estão vivendo, ou sobrevivendo, uma “dor sem sentido”. Já que, os objetivos principais estabelecidos no tocante as penas de reclusão são deficientes, pois estão abandonando a racionalidade e seus propósitos, se tornando apenas uma máquina de privações esquecendo-se do foco central, a ressocialização e reabilitação do indivíduo (ZAFFARONI, 1991, p.12).



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

15

A pena de prisão não está exercendo, se é que algum dia o fez, o seu objetivo principal de reeducar e posteriormente reinserir o indivíduo na sociedade. Conforme cita Bittencourt (2010, p.471):

Atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

O contexto do sistema penal brasileiro é sintetizado por uma intensa crise, especialmente em relação aos fundamentos elementares da prisão. Embora essa tenha tido diversas mudanças ao longo dos anos, considerando-se que, em outrora, o sistema tinha em evidência o poder punitivo e a possível reabilitação do delinquente. Seguindo esta conformidade à de se analisar a ideia de que “a técnica penitenciária visa fazer da prisão um local onde o poder de punir do Estado fica organizado de forma objetiva e silenciosa, tendo como objetivo fazer da pena um remédio para o mal do indivíduo” (FOCAULT, 1999, p. 171).

Ainda assim, as notícias demonstram que a situação é crítica, ou seja, são inúmeras as situações que evidenciam o caos que vive as casas de detenção no Brasil, no entanto, cabe ao Estado, elaborar medidas para que sejam efetivadas e resguardadas as condições de vida asseguradas pela Constituição Federal aos presos no Brasil.

Ressalta-se, que o custo médio para manter um preso é compatível a de um curso superior e, no entanto, os resultados do encarceramento são ineficazes diante da ressocialização destas pessoas (COELHO, 2003), contudo, o que parece confortar o Estado diante da ineficácia e do abarrotamento prisional é que “prisão quando menor o número de preso, maior é o custo deste preso, ou seja, prisão superlotada o custo cai” (DOCUMENTÁRIO SEM PENA, 2014).

Atualmente, além das condições indignas de vida e do caos consolidado, os presídios e penitenciárias brasileiros estão sob o domínio das facções que comandam e recrutam indivíduos para o crime dentro e fora do cárcere. Assim, a



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

16

comercialização de entorpecentes e armas, fez com que essas quadrilhas tivessem um avanço desmedido, disseminando a criminalidade de forma organizada (DOCUMENTÁRIO SEM PENA, 2014).

O fracasso da prisão como agência terapêutica foi constatado, relativamente às penas de curta duração, logo depois de iniciada a prática do encarceramento como pena. É antiga, portanto, a ideia de que o ambiente do cárcere deve ser evitado, sempre que possível, nos casos em que a breve passagem do condenado pela prisão não enseje qualquer trabalho de ressocialização. Por outro lado, essas pequenas condenações não se prestam a servir como prevenção geral, acrescentando-se o inconveniente de afastar o sentenciado do convívio familiar e do trabalho, desorganizando, sem nenhuma vantagem (GRECO, 2011, p. 529).

Também, de acordo com a LEP, CRFB/88 e seus princípios fundamentais deve ser beneficiário de políticas públicas, as quais pretendem reverter a sua situação atual, buscando trazer o seu direitos de dignidade e reinserção a sociedade. Respeitando-o como cidadão e, oferecendo condições mínimas de higiene, alimentação, saúde, apoio psicológico e demais incentivos.

A ineficiência do Estado para com as devidas providências está fomentando a crise que contagia os presídios, e a qual os torna uma instituição de ensino que educa especialistas para atuar profissionalmente no crime. De modo, que todos que lá estão trocam variadas experiências do mundo do crime, contribuindo para que todos os apenados saiam do sistema com uma grande e vasta carga de conhecimento em novas infrações, pois “a cadeia é uma gaiola, um aparelho, uma máquina de ficção que só serve para agravar a situação daqueles que lá estão” (FALCONI, 1998, p. 121).

Em contrapartida, o preso, após cumprir a sua pena é posto liberdade e tem o direito de retornar ao convívio social, no entanto, muitos deles deixam o sistema prisional absolutamente abandonado, desempregado, devastado psicologicamente e financeiramente.

Se não bastasse isso, o ex-detento, carrega consigo uma rotulação de “inimigo” “indivíduo do mal” após sair da prisão, e fica muito difícil ser aceito de volta na sociedade, que não tem quaisquer interesse na sua (re)integração. Assim, se torna “cada vez maior o estigma sobre quem passa pelas prisões, como se a pessoa passasse por um lugar onde adquirisse manchas eternas” (SALLA, 2005, p. 2010).



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

17

Ante a impossibilidade de completude de apreciação do sistema prisional, mas já considerando como situada essa questão, passa-se a análise do seguinte tópico, A Teoria do Direito Penal do Inimigo conforme Günther Jakobs, bem como, um olhar a partir da aplicabilidade funcional desse na seletividade de seres humanos no sistema penal brasileiro.

4 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO CONFORME GÜNTHER JAKOBS

Para melhor entender a aplicabilidade funcional do direito penal do inimigo na seletividade de seres humanos no sistema penal brasileiro, são necessárias algumas considerações preliminares.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida pelo doutrinador Alemão Günther Jakobs, na segunda metade da década de 1990, intensificando prioritariamente a utilização do Direito Penal na proteção à norma. O autor seguiu como referencial teórico os pensamentos de grandes filósofos como Rousseau, Hobbes e Kant (GRECO, 2011).

As primeiras aparições do Direito Penal do Inimigo se deram na década de 80 em palestras realizadas por Jakobs, com sustentações baseadas acerca de políticas públicas de combate à criminalidade nacional e internacional. Contudo, na década de 90, em uma Conferência em Berlim é que a teoria causou poderosa motivação, tendo, a partir daí enorme avanço em seu estudo. De acordo com Ribeiro:

A partir do final do século XX, Günther Jakobs construiu um discurso legitimador das tendências de “endurecimento” do Direito Penal e Processual Penal que se estavam verificando em diversos países, em áreas específicas, como as relacionadas com a criminalidade organizada, o tráfico de drogas e o terrorismo (RIBEIRO, 2011, p. 55).

No início do século XXI, o Direito Penal do Inimigo adquiriu contornos mais precisos, atingindo o seu ápice, devido a onda de terrorismo que assolou o mundo. Alguns países iniciaram o emprego de formas punitivas mais radicais, onde a maioria dos direitos conquistados pela humanidade ao longo do tempo passou a ser



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

18

restringida de modo absoluto, tais como restrições de natureza constitucional, como direitos penais e processuais penais, direito à liberdade, inclusive o direito à vida (RIBEIRO, 2011, p. 58).

Atualmente, a Teoria de Jakobs fundamenta-se no discurso punitivo com base no pretexto da proteção à segurança nacional, dessa forma, o valor do ser humano, tão difundido durante a história da humanidade passou a ser posto em segundo plano em submissão a um novo valor, a segurança da sociedade. Com isso, as políticas criminais garantidoras da normalidade social, se utilizaram do Direito Penal do Inimigo e os seus princípios jurídicos para combater a criminalidade através da supressão de garantias constitucionais, penais e processuais penais, estando o Estado desobrigado a respeitar as garantias adquiridas através do contrato social¹⁰ (GOMES, s.d.1-2).

O Direito Penal do inimigo caracteriza-se por ser um Direito Penal de exceção, tratando-se de um mecanismo teórico pautado basicamente na diferença entre cidadãos e não-cidadãos, baseando-se na própria separação entre pessoas e não-pessoas. Assim, tal teoria dirige-se a uma diferenciação entre o indivíduo e o delinquente contumaz, coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, divididos em dois tipos de penalização, uma dirigida ao cidadão e outro ao inimigo (JAKOBS, 2010, p.88).

O Direito Penal do cidadão determina e aplica sanções aos delitos cometidos por pessoas de forma incidental, ou seja, delitos que representam apenas um exagero nas relações sociais de que participam as pessoas, transgredindo a norma sem efetivamente causar maiores transtornos. Assim, ao cidadão é oferecida a garantia de se submeter ao preceito normativo e, sendo chamados para restaurar a vigência por meio da imposição sancionatória mais branda, restituindo a constância normativa por meio de medidas restritivas, sem alocá-lo à margem da sociedade (JAKOBS, 2010, 89-90).

¹⁰ O inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant) (GOMES. S.d., 1-2).



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

19

Em contrapartida, o Direito Penal do inimigo é conduzido aos que manifestam um desejo permanente de interrupção ou desmantelamento do ordenamento jurídico vigente, tendo retirado o status de pessoa/cidadão, subordinando-se, dessa forma, a um autêntico Direito Penal de máxima repressão, onde as sanções têm principal objetivo garantir a devida existência da sociedade em detrimento dos atos praticados por esses indivíduos, e secundário a restauração da vigência da norma jurídica (JAKOBS, 2010, p.89-90).

O Direito Penal do Inimigo se pauta por três elementos: a) constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva; b) as penas previstas são desproporcionalmente altas; c) determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (JAKOBS, 2010, p.90).

Além disso, a Teoria do Direito Penal do Inimigo possui características próprias e bem definidas, conforme elenca Gomes:

Características do Direito Penal do inimigo: (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado(o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação;(f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade (GOMES, s.d., p.2).

Assim, somente o cidadão terá o direito de ser punido com pena, ao inimigo a sanção deverá ser através de medida de segurança, pois, o Direito Penal do Inimigo nada mais é do que um Direito Penal do Autor que considera, para estabelecer uma punição, a personalidade do autor, seus antecedentes, sua condição de vida e sua periculosidade (JAKOBS, 2010, p. 91-92).



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

20

A medida imputada ao inimigo não abrange prioritariamente os fatos pretéritos, mas eventuais acontecimentos futuros, ou seja, ele representa uma possibilidade de perigos porvir e incertos, preterindo a sanção de ações passadas. É um direito penal que protege o bem jurídico em vez de ser instrumento de otimização de esferas de liberdade. Dessa forma, é um direito penal prospectivo e não retrospectivo (RIBEIRO, 2011, p. 60).

Entende-se que “o inimigo deve ser interceptado prontamente, em estágio prévio, devido a sua periculosidade. Desse modo, o infrator é punido pelo “o que ele é”, pelo perigo que representa, ou já representou anteriormente à sua privação de liberdade, que foi efetivada para extirpa-lo do convívio social por não ser considerado um “cidadão de bem” (SILVA, 2013).

Percebe-se que a sociedade, na maior parte dos casos, idealiza o apenado como um “inimigo”, que oferece um risco a segurança pública a partir do momento que ele sai da prisão. Logo, isso se sustenta através de uma visão, que muitas vezes é estimulada por um movimento midiático de discurso de ódio, que incita o preconceito e a estigmatização em relação ao preso desde o momento da consumação do delito e se consolida no seu retorno ao convívio social. No entanto, sua persuasão é elaborada de tal forma, que objetiva “demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo” (JAKOBS, 2010, p.42-43).

Pode-se dizer que o inimigo não é sujeito de direitos, mas objeto de coação, assim, aquele que por sua conduta se desloque ao prévio estado de natureza será punido e tratado como nocivo, sendo excluídos do sistema normativo, posto que não é mais cidadão. Há, aqui apenas o interesse na sua retirada do convívio social e conseqüentemente sua rotulação negativa perante a comunidade, e, mesmo após ter cumprido sua pena continuará condenado e enjeitado pelos demais membros da sociedade.

Realizados em síntese os apontamentos sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo conforme Günther Jakobs, passa-se a abordar sobre a aplicabilidade funcional do Direito Penal do Inimigo na seletividade de seres humanos no sistema penal brasileiro.

4.1 A aplicabilidade funcional do Direito Penal do Inimigo na seletividade de seres humanos no sistema penal brasileiro

A Teoria do Direito Penal do Inimigo pode ser definida também como o ramo do Direito Penal Máximo uma política criminal que visa extirpar o “mal” da sociedade de forma definitiva, que se faz presente na sociedade desde o Direito Romano, e constitui um verdadeiro obstáculo para a modernidade (ZAFFARONI, 2007, p.23).

Como analisado no capítulo três, a situação atual dos presídios tem sido a grande aflição do sistema penal brasileiro. No presente ordenamento jurídico do Brasil consolida-se que a pena de prisão tem uma função social, que é a ressocialização do indivíduo. E também, uma contraprestação à sociedade, de que o delinquente responderá pelo crime cometido e retornará à ao seio da mesma como alguém que pode ser depósito de confiança, como para o próprio condenado que terá sua conduta sopesada e receberá uma justa medida reeducativa. No entanto, sobre o tema, afirma Zaffaroni:

É muito difícil afirma-se qual a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social.
[...] Em síntese, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante marginalizados ou próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é fundamentalmente simbólica (ZAFFARONI, 2004, p.76)

Além disso, ainda existe uma associação entre a condição social do indivíduo e sua tendência em continuar praticando delitos, o que promove a errônea relação entre criminalidade e marginalidade, sentimento este muito explorado pela mídia e eficaz para a manutenção da seletividade do sistema penal e para a construção dos estigmas- que levarão à definitiva exclusão do sujeito.

De acordo com a Teoria do Direito Penal do Inimigo, a maior causa para o fenômeno da expansão do Direito Penal e da rotulação do indivíduo “nocivo” refere-se à institucionalização da sensação de insegurança, perpetrada graças ao advento da globalização e ao conseqüente surgimento de novos bens jurídicos a serem



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

22

tutelados, ou seja, sempre relacionados às novas emergências que foram surgindo em função da nova ordem mundial. Neste sentido, o Direito Penal assume caráter simbólico, visando restaurar a sensação de segurança de garantias fundamentais (CARVALHO, 2014, p.84).

Importante perceber, pois, que o processo de naturalização da exceção, com a minimização de direitos e garantias a determinadas (não) pessoas, adquire feição eminentemente punitiva, atingindo diretamente a estrutura do direito e do processo penal, os quais passam a ser vistos como instrumentos e não como freio aos aparatos da segurança pública (CARVALHO, 2014, p.84).

Também, no Direito Penal do inimigo, o indivíduo corre o risco de ser condenado não pela conduta que praticou, e sim por características intrínsecas, culminando, assim, em um positivismo e na volta de um direito penal de autor, pois está propenso à construção do estereótipo criminal, na medida em que o juiz atentará além do ato delitivo, para as circunstâncias sociais e pessoais, bem como, para a conduta e os antecedentes criminais.

Por isso, é efetivo que a realidade decadente das condições do sistema penitenciário brasileiro afronta os direitos humanos estabelecidos pelo artigo 5º, inciso III da Constituição Federal. Pois, ao menos em tese, o indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade teria somente o direito de locomoção cerceado, mantendo ainda as garantias constitucionais fundamentais asseguradas, pelo menos em um Estado Democrático de Direito. Infelizmente, não é o que comprova a realidade das prisões no Brasil invalidando também a função social da pena “A superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico desapropriado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano” (BITENCOURT, 2010, p.85).

Se não bastasse os presos sobreviver em condições análogas a de animais, em cadeias superlotadas, ainda existe a grande probabilidade de sua exclusão definitiva do corpo social. De acordo Boschi (2014, p.106), o Direito Penal brasileiro adota como finalidade da pena a retribuição, a prevenção e a ressocialização do sujeito desviado, como vislumbra-se da leitura dos artigos 59 do Código Penal e artigo 1º da Lei de Execuções Penais. Toda via, na prática nota-se que o caráter



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

23

ressocializante da pena não passa de uma falácia, bem como a pretensa igualdade do sistema penal, que deveria distribuir suas respostas a todos igualmente, e com a preservação das garantias individuais fundamentais (ZAFFARONI, 2004, p. 78).

Nesse entendimento, a pena privativa de liberdade, assume uma função significativa pois identifica-se que não se integra ao Estado Democrático de Direito, e sim o oposto. Verifica-se que a sanção atua como meio meramente coercitivo, típico da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, o qual propõe a exclusão definitiva do sujeito, a partir da perda de seu status de pessoa e, em consequência, de todas as garantias previstas pelo ordenamento jurídico, por representar uma ameaça ou um incômodo ao poder vigente.

Embora, a pena de prisão seja pautada pela lógica da dignidade humana e pelos pressupostos constitucionais-penais, efetivamente, não atende seu objetivo maior: a ressocialização. Basta o sujeito ser inserido uma vez no sistema prisional que ele já ficará taxado como um “inimigo” que não tem condições de retornar ao convívio social e ser bem-sucedido. Conforme pontua Becker:

Para ser rotulado de criminoso só é necessário cometer um único crime, isso é tudo a que o termo formalmente se refere. No entanto a palavra traz consigo muitas conotações que especificam traços auxiliares característicos de qualquer pessoa que carregue o rótulo. [...] Assim, a detenção por ato desviante expõe uma pessoa à probabilidade de vir a ser encarcerada como desviante ou indesejável em muitos aspectos (BECKER, 2008, p.45).

A pena de prisão ao invés de ressocializar, assume um caráter de contenção, cuja função se resume a reestabelecer a configuração social e o sentimento que o direito penal cumpriu sua função de “aniquilar o inimigo” e afastá-lo definitivamente do “cidadão de bem”, deturpando seu propósito essencial de reintegração social.

CONCLUSÃO

Diante das considerações feitas no decorrer do estudo, conclui-se que a pena de prisão e o sistema penal brasileiro está à beira da falência, ou seja, sua incapacidade de alcançar quaisquer um dos seus propósitos, principalmente o que



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

24

se refere a ressocialização e reintegração do apenado na sociedade é utópico. Também, não é demais afirmar que o poder danoso da pena privativa de liberdade rompe os muros da prisão e se torna a característica mais marcante do detento, que mesmo após sair do cárcere, segue sendo rotulado um “inimigo” que precisa ser excluído da sociedade conforme sustenta a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

Confirmando isso, o descaso e a reprovação que impera sobre o apenado não ocorre apenas em sua volta ao seio social, mas também se mantém durante todo o período de encarceramento, onde fica à mercê de uma instituição penitenciária arruinada, que não promove as condições mínimas de sobrevivência, tampouco põe em prática os direitos fundamentais estabelecidos pela CRFB/88.

Diante do exposto, verifica-se que a pena de prisão, na prática, entra em choque com seu objetivo elementar de recuperar os seres humanos, pois identifica-se traços marcantes, da aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo na política criminal brasileira, o apenado, ao invés de ser tratado como sujeito de direito é submetido a condições degradantes, sendo considerado nocivo mediante uma rotulação prévia que se estende por sua vida futura.

Além disso, o Estado mantém um desinteresse em relação a investimentos em instituições prisionais, e mantém um discurso punitivista que socialmente flui muito melhor que os argumentos ressocializadores. Pois, a sociedade continuará com o sentimento de insegurança, ainda que nunca se tenha punido tanto, pois ainda o senso comum impera, o descaso com o outro cresce e a vingança virou sinônimo de justiça.

Utilizando-se do pressuposto que “bandido não tem direito a nada”, a sociedade se exime da situação perversa do cárcere, ou seja, para os cidadãos tidos como “dignos” de direitos fundamentais pouco importa a vida degenerativa que a cadeia oferece. Por isso, a pena de prisão ao invés de ressocializar um indivíduo, oportunizando-lhe uma nova vida em sociedade, acaba por formá-lo e qualificá-lo ainda mais para a “a vida do crime”, sendo visto como um “inimigo” arriscado para conviver em sociedade.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

25

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. Alemanha. Disponível em: <www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf> Acesso em: 07 de dez. de 2017.

_____. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BECKER, Howard. **Outsiders**: uma sociologia do desvio. São Paulo: Zahar, 2008.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v.1, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOSCHI, José Antonio P. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL, República Federativa. **Constituição Federal de 1988**, atualizada até a EC nº 91/2016. Brasília: Senado Federal, 2016.

_____. BIBLIOTECA DIGITAL, Câmara dos Deputados Federais. CPI do Sistema Carcerário. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br>> Acesso em: 08 de dez. 2017

_____. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 1940.

_____. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 1941.

_____. Lei nº 7.210, de 1º de dezembro de 2003. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 10 de dez. 2017.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

26

_____, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Geopresídios: dados das inspeções nos estabelecimentos penais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php> Acesso em: 08 de dez. de 2017.

COELHO, Frederico. **As Relações de Poder no Sistema prisional**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2003.

CUSTÓDIO, Rafael.. **Com 727 mil presos, Brasil é o terceiro país que mais encarcera pessoas no mundo**. Conectas Direitos Humanos Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/49555-infopen-2016>> Acesso em 09 de dez. de 2017.

FALCONI, Romeu. **Sistema Presidial: reinserção social**. São Paulo: Ícone, 1998.

FOUCALT, Michael. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Trad. Lígia M. Ponte Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 14 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>> Acesso em 10 de dez. de 2017.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas/ Gunther Jackobs, Manuel Cancio Meliá; Org. Nereu José Giacomolli**. 4 ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010.

INFOPEN, Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização junho-2016**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf> Acesso em 10 de dez. de 2017.

IPEA, Instituto de Pesquisa Economica Aplicada. **Relatório realizado sobre a Reincidência Criminal no Brasil ano de 2016** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>> Acesso em 08 de dez. de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos direitos humanos**. Disponível em: <



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

27

<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em: 08 de dez. de 2017.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa Social e Direito Penal do Inimigo**. 1 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALLA, Fernando. **Manual de execução penal: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEM PENA. **Documentário Sem Pena**. Disponível em:
<<http://www.sempena.com.br>> Acesso em: 10 de dez. 2017.

SILVA, Ivan Carlos da. **O direito Penal do Inimigo** – In. Núcleo de direitos humanos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Disponível em:<<http://unisinoblogs.com/ndh/o-direito-penal-do-inimigo>> Acesso em: 15 de mai. 2017.

SUSEPE. Superintendência dos serviços penitenciários. **Mapa prisional**. Disponível em:< http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=39> Acesso em 10 dez. de 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____, Eugênio Raúl; **O Inimigo no Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.