

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

AIANE OLIVEIRA RAMOS

**CONSTITUCIONALIDADE DO INDULTO NA LEI DOS CRIMES
HEDIONDOS**

**SÃO MATEUS
2016**

AIANE OLIVEIRA RAMOS

**CONSTITUCIONALIDADE DO INDULTO NA LEI DOS CRIMES
HEDIONDOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharelado em Direito, orientado pelo Profº
Rubens da Silva Cruz

SÃO MATEUS

2016

AIANE OLIVEIRA RAMOS

**CONSTITUCIONALIDADE DO INDULTO NA LEI DOS CRIMES
HEDIONDOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. RUBENS DA SILVA CRUZ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Dedico esse trabalho aos meus familiares, amigos, que sempre estiveram presentes e me apoiaram em cada etapa de minha vida.

Agradeço...

Primeiramente à Deus por ter me dado condições de finalizar este curso.

Aos meus Familiares pelo incentivo recebido para a conclusão deste.

Aos colegas e amigos pelo apoio na elaboração dos mesmos.

E a todos que diretamente e indiretamente contribuíram para a conclusão deste.

“Procure ser um homem de valor, em vez de ser um homem de sucesso”.

Albert Einstein

RESUMO

Diversos crimes acontecem diariamente, delitos que ao serem vivenciados pela sociedade causam um sentimento coletivo de revolta devido a crueldade empregada pelo agressor no momento da execução da ação delituosa, levando a população a buscar no setor público penalidades em formas de castigos que visam punir os infratores por atos mais severos. Desta feita, visando tal sentimento, de inconformidade provinda da população, a Lei nº 8.072 foi promulgada em 25 de julho de 1990, a fim de enumerar os delitos de ordem mais graves e intitulá-los como “hediondos”, trazendo em seu bojo formas mais severas de conduzir as punições impostas aos praticantes desses crimes. Baseado na Constituição Federal de 1988, sistemicamente o ordenamento jurídico federal torna-se fonte fundamental no atendimento e suporte do Direito Brasileiro aplicado diretamente pelo Código Penal Brasileiro em suas previsões e princípios estabelecidos. A discussão atual consiste na inconstitucionalidade, por motivos de inaplicabilidade da lei em alguns de seus artigos por estes serem diretamente confrontados pelos dogmas construídos a fim de garantir e preservar o efetivo cumprimento dos direitos individuais trazido pela Carta Magna. Esta pesquisa, visa buscar conhecer a aplicação do instituto do Indulto aos indivíduos sentenciados aos crimes hediondos e equiparados, estes elencados no artigo 1º da Lei nº 8.072. A metodologia aplicada será a pesquisa bibliográfica, baseado em livros, artigos, dentre outros que abordem temáticas relacionadas ao tema. Nos dias atuais é vedada a concessão do Indulto aos indivíduos sentenciados por meio da Lei nº 8.072/90 pela infração praticada, e por se tratar de vedação legal trazida por lei infraconstitucional, a mesma se configura como fragrante de origem da inconstitucionalidade, pois a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIII, ao vedar a concessão dos benefícios de graça e anistia aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nada disse sobre o Indulto, deixando uma lacuna a ser explorada e questionada pelos doutrinadores.

Palavras-chave: Indulto, Constituição Federal, lei infraconstitucional, hediondos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A HISTÓRIA PRISIONAL BRASILEIRA	12
2.1 A INCORPORAÇÃO DE DIREITOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	15
2.1.1 REFLEXÕES SOBRE A QUESTÃO CARCERÁRIA E A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA	17
2.2 O DESENVOLVIMENTO E OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO PRISIONAL	22
3. MISSÃO E PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO PENAL	28
3.1 VISÃO DE CLAUS ROXIN	30
3.2 VISÃO DE JAKOBS	32
4. FUNDAMENTOS E FINALIDADES DA PENA	35
4.1 TEORIA ABSOLUTA	35
4.2 TEORIA RELATIVA.....	38
4.3 TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL	38
5. O INDULTO NA LEI 8.072/90	44
5.1 HISTÓRIA E CARACTERÍSTICAS DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS	44
5.2 ANISTIA, GRAÇA E INDULTO.....	47
6. CONCLUSÃO	50
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1. INTRODUÇÃO

Na sociedade, o crime hediondo é conhecido por ser aquele cometido brutalmente, com requintes de crueldade, e que por consequência gera nas pessoas indignação e repugnação pela sordidez do fato. Sendo assim, toda vez que ocorresse um delito grave, se teria um crime hediondo, seja no ato da execução com a frieza do crime, seja em virtude do flagrante desprezo do agressor pela vítima em sofrimento moral ou físico submetido, ou pela natureza jurídica do bem ofendido referendado pela condição especial da vítima.

O termo “hediondo” somente foi empregado, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, no art. 5º XLIII, se estabelecendo no Direito Penal, com a utilização da expressão denominada crimes hediondos incumbidos a sua definição à Legislação Infraconstitucional. Sendo assim, o delito grave, se torna único e exclusivo dentro dos parâmetros da Lei dos Crimes Hediondos.

A edição da Lei nº 8.072/90, viveu seu momento histórico de constituição, quando, o Espaço da população brasileira se tornou pequena, tendo em vista o sofrimento com impactos de violências que cresciam a cada instante, sequestros passou a estabelecer climas de insegurança, influenciando a tomada de decisões presidenciais e dos legisladores, para a aplicação de punição aos delitos graves ocorridos na sociedade, o que criou muitas críticas e polêmicas quanto a sua aplicação.

Contudo, crime hediondo é aquele que estiver enumerado no art. 1º da Lei 8.072/90, independentemente da gravidade do comprometimento do ato cometido, do bem jurídico ofendido ou da brutalidade de quem acometeu o delito, basta apenas a sua aplicação se enquadrar na lei tornando-se simples a destinação da penalidade.

Esta pesquisa descreve os aspectos da possibilidade de se conceder o indulto para condenados em cumprimento de pena sob regime hediondo. Contudo, analisar-se por meios legais a permissão da liberdade do indivíduo acometido à penalidade sob crime hediondo na medida presidencial de fim de ano, nas características da Constituição expressando os aspectos da concessão e da proibição do referido benefício. Sendo assim, surge como questionamento a problemática: Quais as características principais do Indulto e visão social em relação a sua concessão?

Este tema tem sido debatido socialmente e na política quanto à concessão de indulto aos sujeitos condenados e presos por crimes hediondos, visto que vem sendo concedida a liberdade por meio do Decreto de Fim de Ano, aos prisioneiros que apresentam fragilidade de cunho grave na saúde, o tornando debilitado, isto é, aos que ao estão adequados ou aptos à liberdade, pois estariam a causar delitos à sociedade e ao sua atribuição política, profilático, com intenção de esvaziamento das unidades prisionais que encontram-se desestruturadas e abarrotadas.

A concessão do indulto, representa um entrave, visto a situação atual do país em meio o descontrole social frente a violência e o sensacionalismo existente pelos meios midiáticos em informação da recriminação social de indivíduos que realizaram crimes de natureza teratológica, o que gera o pânico social que muitas vezes torna-se desnecessário. Isto dificulta aos magistrados a conceder o benefício, pois se motivam pela lei e principalmente pelo clamor social.

Sendo assim, adota-se a pesquisa qualitativa e bibliográfica para elaboração deste, em comprovação das afirmações contidas neste documento. Quanto a bibliografia adotada, esta baseia-se em material disponibilizado em livros, artigos, internet, e outros que posam contribuir para o embasamento teórico do mesmo.

2. A HISTÓRIA PRISIONAL BRASILEIRA

A história das penas e prisões no Brasil se assemelha muito ao ocorrido no mundo, uma vez que, sendo colonizados por Portugal, os brasileiros receberam influências europeias à política penitenciária.

A aplicação das penas não tinha um regramento, já que o Brasil, na condição de colônia, estava subordinado politicamente a Portugal e por isso não tinha competência para regular as penalidades aplicadas em seu território, principalmente porque os portugueses, a princípio, viam no território brasileiro uma prisão adequada aos condenados ao exílio em Portugal, que após a sentença eram deportados para o Brasil, a fim de cumprir a punição imposta. Somente a partir de 1530 começou efetivamente a colonização, que teve início com o plantio da cana-de-açúcar, utilizando-se grandes propriedades e o trabalho escravo.

Em 1603 surgiu o primeiro Código Penal, denominado Livro V das Ordenações do então Rei de Portugal, Felipe II. Tal código se baseava em preceitos religiosos, confundindo crime com pecado e ofensas morais (HOLLANDA, et al, 2004, p.37). O período Imperial marcou uma mudança desse cenário. A vinda da família real portuguesa para o Brasil influenciou inclusive a forma de punir e tratar o preso não somente naquele período.

O inciso 21 do artigo 179, a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, outorgada por Dom Pedro I após a dissolução da Assembleia Constituinte, assevera que as prisões serão seguras, limpas e arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes. (NEDER, 1995, p. 60).

Sobre esse período Arantes (2005), afirma que:

A partir do período imperial tem início uma preocupação com a salubridade das prisões brasileiras, que são consideradas lugares sujos, insalubres, úmidos e fétidos. O Ministro da Justiça, em seu Relatório datado de 19 de novembro de 1825, considera as prisões até então existentes como sendo 'lugares imundos e impróprios para homens' e os presos 'vítimas que sofriam durante longos anos a nudez, a fome e a desesperança nos horrendos cárceres em que jaziam sepultados'.

Mas foi no segundo reinado que teve início o pensamento de reforma, a partir da constatação de que as prisões em nada melhoravam. O Relatório de 1830, por

exemplo, afirma que o problema das prisões era o mesmo, em quase todas as Províncias do Império.

Segundo Neder (1995, p. 57) “o discurso jurídico no Brasil no início do Século XIX realiza um movimento que vai da apologia da disciplina e do Trabalho às práticas repressivas que deveriam ser mais modernas e eficientes”. Nesse momento histórico, tanto o crime quanto a punição encontraram-se relacionados à constituição e movimentação do mercado de trabalho.

Por isso, a instituição jurídica efetivou sua prática ideológica, enfatizando e enaltecendo o trabalho e a disciplina muito mais do que propriamente através de ação judicial que visasse à recuperação ou a regeneração.

Aos criminosos, transgressores, mendigos e vadios, ou seja, a todos os desclassificados e miseráveis, nenhum crédito era de fato emprestado. Esta observação explica a notória ineficácia do sistema penitenciário brasileiro. O matiz desse modelo, objeto do estudo de Neder (1995), foi o Distrito Federal (Rio de Janeiro) no início do século XIX onde se observou a formulação de normas, estabelecimentos de crimes e contravenções, onde o regional ganha caráter de articulismo nacional dando forma ao ordenamento jurídico e ao pensamento social brasileiro.

A definição dos crimes e sua codificação no Brasil são conceitualmente expressadas pela classe dominante que “privilegiava” o instituto da propriedade e da produção. Ou seja, o código penal é altamente seletivo. É por isso que nos relatórios policiais, os esforços punitivos advindos dessa conjugação de leis e da forma de agir e pensar da sociedade é atribuído valor extremamente diferenciado e privilegiado aos crimes contra a propriedade e a produção.

Os alvos principais dessa maneira de lidar compreendiam num primeiro momento os capoeiras, os desempregados, os desocupados e preguiçosos seguido dos imigrantes acusados de desordeiros por exigirem alguns direitos relacionados ao trabalho.

Sendo assim, para proteger a sociedade brasileira da presença “nociva” dos imigrantes recomendava-se a lei de expulsão e também a adoção de duas medidas preventivas: a lei de seleção e a lei de residência. A de seleção não permitia a entrada de imigrantes considerados “perniciosos” e a de residência impedia que imigrantes “problemáticos” se fixassem no Brasil impedindo-lhes a garantia dos direitos de cidadania.

A forte repressão contra o estrangeiro foi orientada por uma tática que visa não à prevenção ou repressão criminal, mas a fragmentação do movimento operário através do ressentimento dos trabalhadores brasileiros em relação aos trabalhadores estrangeiros.

Longe de atestar a criminalidade dos imigrantes os dados policiais da época reforçavam o reflexo de um conjunto de medidas adotado no sentido de preservação do meio social brasileiro daqueles efeitos “nocivos” da imigração. Suspeitas e rejeições pactuavam-se à criminalização, julgando e condenando, sem tribunal e sem direito à defesa, os estrangeiros e os negros.

Esse raciocínio reflete de forma inequívoca na produção do Direito Penal de forma racista e conservadora. Esta forma de praticar justiça criminal leva por assim dizer ao enrijecimento no combate à criminalidade identificada na prostituição, nos desocupados e gente à toa que se difere dos trabalhadores.

O interessante é que embora houvesse uma tímida tentativa de desarticular a ideologia da classe dominante, a criminalização das práticas acima descritas é acolhida pelos próprios anarquistas e socialistas que encontram nessa mesma ideologia os fundamentos para enfatizar a importância da honra, do trabalho e do respeito.

Além do importante papel de formulação e inculcação (políticas, justiça e outras) foi expressiva, sobretudo em relação à vadiagem. Somente para embasar tal raciocínio: no ano 1907 as estatísticas do chefe de Política do Distrito Federal apontavam que dos 4.048 detidos, 3183 cometeram o crime de vadiagem.

Sobre a história das prisões no Brasil, revela ainda que:

Com a proclamação da República em 1889, veio a elaboração de um novo Código Penal. Uma das inovações desse código foi a extinção da pena de morte, bem como das penas perpétuas. Adotavam-se as penas cumpridas em celas, porém, não havia considerações acerca da execução das penas nem da estrutura que pudesse atender a esse novo cumprimento das penalidades. (HOLLANDA et AL, 2004. p. 39)

No início do Brasil republicano, a grande maioria dos estabelecimentos prisionais seguia uma lógica administrativa simples: aproveitar as estruturas físicas deixadas do período imperial e transformá-las em presídios.

Não havia regras ou normas para o tratamento penal. Os estabelecimentos penais eram administrados por pessoas sem nenhum conhecimento do assunto,

geralmente funcionários do governo comissionados aquela função, muitas vezes como forma de punição.

Atualmente, o advento da Constituição Federal de 1988, exprime a necessidade de repensar o sistema prisional e para o que se destina estabelecendo direitos, proibindo penas como a de morte e perpétua e impondo limites à ação do aparelho criminal policial.

A Constituição, portanto, se aproxima das Normas Internacionais de Direitos Humanos e da própria Lei de Execuções Penais. Na Constituição, a intenção era fazer com que as penas e prisões deixassem de ter o caráter de proteção do Estado para ter uma conotação mais social, de ressocialização do encarcerado, de estímulo ao trabalho, ao aprendizado e à reinserção gradativa do apenado no meio social (HOLLANDA et al, 2004).

2.1 A INCORPORAÇÃO DE DIREITOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A necessidade de se criar uma normatização para a questão do direito no sistema penitenciário no Brasil, data da época do Brasil Império, onde vigorou o primeiro código penal nacional, o então chamado Código Criminal do Império, que era inspirado nos ideais liberais predominantes da época, prevalecendo às ideias de justiça e equidade.

Desde então ocorreram diversas reformulações e mudanças sempre com intuito de estabelecer normas que viessem a regulamentar a questão penitenciária. Conforme Assis (2016), o primeiro projeto de um código de execuções penais sólido no Brasil se deu no ano de 1933. O mesmo foi presidido por uma comissão que tinha como principal representante o jurista, Cândido Mendes de Almeida.

O projeto era inovador e já tinha como princípio a individualização e distinção do tratamento penal, como no caso dos toxicômanos e dos psicopatas. Previa também a figura das Colônias Penais Agrícolas, da suspensão condicional da execução da pena e do livramento condicional (ASSIS 2016, p. [...]).

Com a instalação do Estado Novo, onde as atividades parlamentares foram extintas devido ao novo regime implantado no país, a ideia de tal projeto fora desmoronada, não chegando a ser implantada plenamente. Ainda na década de 50,

diante da já precária situação carcerária existente, se tem a necessidade de uma atualização e reformulação da lei de execuções criminais brasileira.

Desta forma, em 1957 foi aprovada a Lei nº 3.274 que tratava das normas gerais do regime penitenciário. Porém, a mesma era insuficiente para dar conta de todas as problemáticas apresentadas. Diante disto, a pedido do ministro da justiça foi elaborado o projeto de um novo código penitenciário que vinha tratar de forma distinta a execução penal do código penal (ASSIS, 2016).

Nas décadas de 1960 e 1970 foram elaborados diversos anteprojetos de um código de execuções penais que traziam uma essência inovadora no que se refere aos direitos dos apenados, como por exemplo, nas questões de previdência social e no seguro em caso de acidentes de trabalho sofrido pelo preso (ASSIS, 2016). Porém, nenhum desses projetos conseguiu alcançar êxito suficiente para se tornar lei, e o país continuou carente de uma legislação específica para a questão da execução penal (ASSIS, 2016).

Após inúmeras lutas em torno de alterações no código de execuções penais, em 1983 foi elaborado um projeto que se transformou na Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, que conhecemos como a Lei de Execução Penal (LEP), e que se encontra em vigor no país.

A Lei de Execução Penal é caracterizada por muitos como sendo de [...] vanguarda, e seu espírito filosófico se baseia na efetivação da execução penal como sendo forma de preservação dos bens jurídicos e de reincorporação do homem que praticou um delito à comunidade [...] o princípio da legalidade domina o espírito do projeto como forma de impedir que o excesso ou o desvio da execução penal venha a comprometer a dignidade ou a humanidade na aplicação da pena (ASSIS 2016, p. [...]).

Ou seja, ao menos na sua essência os princípios da Lei de Execução Penal visam dar àqueles privados de liberdade condições dignas e humanas de se reintegrar à sociedade como cidadãos livres que pagaram por aquilo que deviam. A Lei de Execução Penal ainda assegura que não haja excessos durante a aplicação da pena.

Segundo Frinhani (2004), as opiniões sobre a Lei de Execução Penal são divididas entre privilégios aos presos e direitos humanos básicos garantidos a todos os homens. Tal fato, implica na aversão de parte da sociedade civil a defesa de direitos humanos destinados a população carcerária, o que acaba por inviabilizar também o cumprimento da lei.

A Lei de Execução Penal vem estabelecer as regras fundamentais no que tange aos direitos e deveres dos sentenciados, constituindo-se como arma principal de defesa dos direitos dos mesmos, uma vez que nela estão contidos os principais meios de conduzir o aprisionado para o retorno ao convívio social. Isso pode ser verificado já no seu primeiro artigo: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentenças ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL 1984, p. [...]).

No entanto, se analisa a situação carcerária brasileira, chegaremos à conclusão de que esses princípios, bem como grande parte do que está contido nesta lei, não é algo que se concretiza na prática, se caracterizando no que já dizia Foucault “ letra morta da lei”.

Da mesma forma como se lutou para a criação e implantação da Lei de Execução Penal, hoje se faz necessária luta ainda maior para que a mesma seja efetivada na prática e assim venha sair do plano do ideal para o real. Cada vez que o Estado falha na aplicação da lei, os indivíduos pagam por seus crimes da pior forma possível, com aplicação arbitrária e desumana de punições, que muitas vezes remetem a períodos de barbárie, quando aqueles que cometiam crimes tinham seus corpos supliciados como forma de pagar pelos delitos cometidos, ficando clara tal questão nas constantes denúncias e comprovações de torturas fora e também dentro dos presídios brasileiros e no Espírito Santo em particular.

Se o que está disposto na Lei de Execução Penal fosse colocado em prática, certamente se obteriam maiores êxitos nas propostas de ressocialização daqueles que cometem crimes e por isso são alvos de penas. Dentre outras deficiências, inexistem na maioria das unidades prisionais infraestrutura adequada para aprimoramento educacional dos apenados.

2.1.1 REFLEXÕES SOBRE A QUESTÃO CARCERÁRIA E A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

O Brasil, assim como os demais países da América do Sul, encontra-se em posição subordinada na estrutura econômica mundial que, aliada a seu passado histórico de dominação e exploração, faz com que o país permaneça caracterizado por discrepâncias sociais e por um pauperismo exacerbado. Ambos, combinados,

nutrem o crescimento da violência criminal em níveis astronômicos (WACQUANT, 2001).

Na ineficácia de uma rede articulada de proteção social, a juventude dos bairros atingidos pelo pauperismo e pelo desemprego e subemprego vai buscar no 'capitalismo de pilhagem' (WEBER apud WACQUANT, 2001, p.8) formas de sobrevivência e também de manutenção, no caso dos homens, do seu papel social de provedor da família (WACQUANT, 2001).

Entretanto, o que se tem visto nos últimos anos, ao invés de uma tentativa por parte do Estado em dar repostas concretas ao problema da criminalidade, é o aumento da repressão policial e a assunção do "Estado Penal" o que, segundo Wacquant (2001, p.9), "permanece sem efeito, pois a repressão não tem influência alguma sobre os motores dessa criminalidade que visa criar uma economia de predação ali onde a economia oficial não existe ou não existe mais". Os problemas sociais acabam sendo redefinidos em termos de segurança (WACQUANT, 2001), e o sensacionalismo midiático reforça a ação do Estado punitivo sobre a criminalidade, sem a preocupação em atingir o cerne dos processos violentos gerados nas cidades e no campo.

Desse modo, o que se verifica é o aumento da violência policial e do terror sobre as classes subalternas, do controle sobre os mais pobres, tradição essa oriunda dos tempos em que a escravidão vigorava no Brasil, mais tarde reforçada pela ditadura militar que reprimia os desgostosos com o regime sob uma capa de luta contra a subversão interna (WACQUANT, 2001). Ainda segundo esse autor, tal situação faz com que a manutenção da ordem de classe, nesse caso a classe burguesa, se confunda com a manutenção da ordem pública, reprimindo trabalhadores e demais segmentos das classes populares.

O referido autor também ressalta que os Estados Unidos passam por um processo de criminalização da pobreza e também pela criminalização da negritude, realidade observada também no Brasil. Sabe-se que a população negra recebe "atenção especial" do efetivo policial o qual a criminaliza baseado em critérios de cor que, aliados a discriminação histórica sofrida por esse contingente, resulta em cadeias ocupadas majoritariamente por negros, o que também alimenta a segregação e o preconceito raciais por parte do restante da população (WACQUANT, 2001).

Além disso o fato de que os tribunais e juízes brasileiros são incapazes de fazer cumprir as determinações da lei, faz aumentar o clima de impunidade, de descrença

nos aparelhos públicos e de tolerância à criminalidade, reforçados pelo discurso midiático (WACQUANT, 2001).

Quanto à situação das penitenciárias brasileiras que, como já dito anteriormente, estão em total contradição com os princípios da Lei de Execução Penal, buscamos a contribuição de Wacquant (2001, p.11), que afirma que as prisões no Brasil se assemelham a “campos de concentração para pobres” ou mesmo a “empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais”, distanciando-se de quaisquer “funções pena lógicas – reinserção, neutralização ou dissuasão”.

Fatores como a superlotação, a falta de ar, luz insuficiente, alimentação, negação de acesso à assistência jurídica, maus-tratos, torturas, ausência de separação entre as categorias de criminosos estão entre as mais recorrentes violações dos Direitos Humanos nos presídios brasileiros, relevado o fato de que a prisão, por si só, constitui uma violação do Direito Humano, já que encerra o sujeito impedindo-o de ir e vir.

A superlotação das penitenciárias, segundo Wacquant (2001, p.115), “tende a relegar a prisão à sua função bruta de ‘depósito’ dos indesejáveis”, submetendo-os, assim como corrobora o relatório do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2009), a condições insalubres exemplificadas por meio da má qualidade da alimentação, da falta de produtos de higiene, da grande quantidade de lixo e entulhos acumulados no pátio das prisões, o que faz proliferarem doenças, do acesso deficitário à saúde, da existência de presos portadores de doenças infectocontagiosas em meio aos demais.

Alia-se aos argumentos enunciados a ação dos agentes penitenciários, carentes de formação, capacitação, informações sobre o preso e mesmo de contato com ele, o que faz com que seu trabalho se resuma a repressão e não auxilie a reinserção e ressocialização do apenado (SILVA 2016).

Segundo Goffman (2001) nas instituições totais há uma divisão entre o grupo controlado, nesse caso os apenados, e o grupo dos vigilantes, aqui representados pelos agentes penitenciários. O grupo dos vigilantes mantém uma série de restrições quanto ao repasse de informações, decisões quanto ao destino dos internados, planos dos dirigentes. O autor assevera que esse regime de exclusão assegura o distanciamento e o controle com relação aos internados (GOFFMAN, 2001).

Desse modo, o que se verifica é o seguinte resultado: “à ‘terrível miséria’ dos bairros deserdados, o Estado responderá não com um fortalecimento de seu compromisso social, mas com um endurecimento de sua intervenção penal. À

violência da exclusão econômica, ele oporá a violência da exclusão carcerária” (WACQUANT, 2001, p.74).

Tal afirmativa confirma a real preocupação do Estado brasileiro, que opta por conter gastos públicos na área social, privatizar os serviços públicos, flexibilizar as relações de trabalho e, em contrapartida, despender milhões de reais construindo presídios e investindo em efetivo policial para tratar da insegurança e da marginalidade social.

Essas, segundo Wacquant, são consequências lógicas da referida opção do Estado, o que resulta numa “gestão policial e carcerária da miséria”. O que significa dizer que é solicitado à polícia o desenvolvimento de um trabalho social para o qual não foi instruída e nem instituída, fator que colabora ainda mais para a violência desmedida sobre as parcelas pauperizadas da população, vistas como ameaças a ordem pública. Sobre isso escreve Wacquant:

a polícia foi instituída para combater a delinquência, flagelo do banditismo ou da criminalidade. Pede-se bem mais a ela agora: combater o mal da exclusão social e seus efeitos tão destrutivos, responder aos sofrimentos provocados pela inatividade, a precariedade social e o sentimento de abandono, colocar um freio na vontade de destruir para mostrar que existimos (WACQUANT, 2001, p.129).

Ainda segundo Wacquant (2001), a falta de investimentos na área social acarreta e necessita de um investimento excessivo no efetivo carcerário, esse sendo o único capaz, de acordo com o autor, de suprimir as mudanças decorridas do fim do Estado Providência e da insegurança material, encerrando e punindo as maiores vítimas desse processo.

Ademais das observações já traçadas em relação ao sistema penitenciário, pode-se asseverar também que ele acaba por produzir um aumento do desemprego e do emprego informal, decorridos de todo o estigma que pesa sobre o ex-detento. Esses são incapazes, pelo imaginário da população, de deixar para trás os atos que os levaram ao presídio, permanecendo sempre associados ao crime e, por conseguinte, rechaçados pelo mercado de trabalho.

De acordo com a LEP, os condenados a pena privativa de liberdade são obrigados ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade (BRASIL, 1984). No entanto, Foucault (1987) nos alerta para a finalidade do trabalho penal que, segundo ele, teria um efeito econômico produzindo indivíduos mecanizados em acordo as normas de uma sociedade industrial.

O trabalho penal deve ser concebido como sendo por si mesmo uma maquinaria que transforma o prisioneiro violento, agitado, irrefletido em uma peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade. A prisão não é uma oficina; ela é, ela tem que ser em si mesmo uma máquina de que os detentos operários são ao mesmo tempo as engrenagens e os produtos, ela os "ocupa" (FOUCAULT, 1987, p. 203-204).

Dito isso, verifica-se que o trabalho penal produz indivíduos dóceis e submissos, ajustados a um modo de produção que necessita de indivíduos consumistas e que, para isso, necessitam trabalhar, por isso devem desenvolver o gosto pelo trabalho. No entanto, esse mesmo modo de produção não pode absorver todo esse contingente de trabalhadores: o desemprego necessita existir para que o exército industrial de reserva pressione os trabalhadores empregados e esses se submetam aos requisitos das grandes empresas capitalistas.

Além disso, Goffman alerta para o fato de o indivíduo que fora das grades dos presídios estava orientado para o trabalho, tende a tornar-se desmoralizado pelo sistema de trabalho imposto pela instituição (GOFFMAN, 2001).

Deve-se tomar cuidado com o discurso do trabalho penal enquanto ressocializador, pois ele pode resultar numa concepção do fenômeno da violência/criminalização apenas sob a ótica da ausência de trabalho ou de disciplina, sendo solucionado a partir da profissionalização. Cabendo à prisão e seus agentes penitenciários o papel fundamental de mascarar e afastar da sociedade aqueles que na sociedade consumista são o foco do processo de exclusão social.

O discurso dominante que se encontra por traz de todo esse cenário é o discurso neoliberal da responsabilização individual que desvia a atenção das obrigações do Estado para com seus cidadãos no que diz respeito ao provimento de necessidades básicas de sobrevivência e culpabilidade os sujeitos por sua condição de pobreza e de miséria.

Assim, podemos afirmar que a expansão desmedida das prisões e o encarceramento quase que exclusivo dos pobres são resultados de opções políticas e culturais de uma sociedade que devem ser debatidas e analisadas de maneira crítica e propositiva, a fim de que se possa modificar esse quadro de desigualdade e cerceamento econômico.

2.2 O DESENVOLVIMENTO E OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO PRISIONAL

A teoria crítica dos direitos humanos compreende os seus fundamentos históricos e filosóficos. A ideia em torno dos direitos humanos surge da confluência de várias fontes filosóficas, jurídicas e teológica num imbricado jogo de várias concepções em torno de leis universais, que se impõem acima de qualquer lei criada pelo próprio homem não o bastante para entender as diferenças entre os homens como algo plenamente aceitável, por ser uma consequência da própria natureza e os direitos naturais relativos com a consequência do pecado, deveriam estabelecer-se sobre a orientação da igreja, esta como guardiã da lei eterna de Deus.

A ideia de um direito natural, povoou todo o pensamento de um povo que se desenvolveu com as várias mudanças que ocorreram a partir do século XVI daí o fato de seus princípios serem dados, e não postos em conversão. Nota-se que o direito natural, em relação ao direito positivado, apresenta-se como um sistema de valores, universais e imutáveis.

Em 1948, a orientação das nações Unidas adota a Declaração Universal dos direitos Humanos, livres por que podem dispor da autoria da vontade e dispor essa vontade nos contratos.

O pensamento cristão primitivo também desenvolveu sua noção de direito natural. O direito natural era compreendido pelos padres da Igreja Católica em perspectiva absoluta e relativa, sendo a primeira a melhor vertente, por se referir àquele direito ideal que imperativa, sendo que a natureza do homem fosse viciada pelo pecado original.

Os direitos ligados aos exercícios das liberdades públicas (religião, expressão, locomoção etc), aliado aos direitos políticos, quando declarados em um documento denominado Constituição passam a ser chamados de direitos fundamentais. Desse modo os direitos fundamentais podem ser considerados direitos dos cidadãos de um determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto-perspectivo nacional-constitucional.

Na concepção de direitos fundamentais surge do poder estatal. A autoridade deve ser controlada por um conjunto de direitos que visem mediar as relações entre governantes e governados, estabelecendo-se o respeito à liberdade individual e a igualdade de todos perante a lei. Além das teorias e práticas classificadas que nortearam

os direitos humanos. Fazem-se necessário aliar uma nova teoria para novas práticas, tendo por finalidade a promoção de todos e todas aos bens (educação, vida, saúde, propriedade, meio ambiente ecologicamente equilibrado, segurança, assistência etc.).

A satisfação do interesse refere-se à satisfação de toda sociedade. São direitos de feição promocional e educativo. Baseiam-se em fatos genéricos, acidentais e mutáveis. São titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas ligadas por vínculos fáticos. De titularidade aberta, referem-se a bens indivisíveis.

O século em curso inicia sob o estandarte da “guerra contra o terror”; sob o assombro do dia 11 de setembro e sob os impactos das crises capitalistas. Um mundo submetido aos postulados do neoliberalismo e do processo de globalização financeira. O direito à saúde, por exemplo, pode ser exercido por indivíduos, em particular; por grupos de pessoas (saúde da criança; do idoso; das mulheres etc.) para exercer o meu direito de livre expressão, para que eu possa cuidar da minha saúde, preciso de esclarecimento e informação que podem ser fornecidos por processos educativos (direito à educação) ou direitos ligados à comunicação social, por exemplo, outra questão importante que vem sendo colocada no âmbito dos direitos humanos é a necessária compreensão desses num plano transdisciplinar.

No campo dos direitos humanos, tal fragmentação também se verifica na medida em que eu passei a separar esses direitos em geração ou dimensões. Nesse sentido, o contexto atual exige uma teoria que dê atenção especial aos contextos concretos em que vivemos e uma prática-educativa e social ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida. Para Herrera Flores, os direitos humanos não podem ser confundidos com os direitos positivados no âmbito nacional ou internacional. Em dignidade humana não implica em fazê-lo a partir de um conceito abstrato, posto que a mesma constitui-se em um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja ‘digna’ e vivida.

Ao se analisar a relação desenvolvimento e direitos humanos algumas indagações devem ser consideradas: não estaria na gênese do desenvolvimento (hegemônico) a violação de direitos humanos. É possível conceber uma forma digna de desenvolvimento dentro da sociedade moderno industrial. Seria possível identificar dentre os projetos de desenvolvimento implantados nos países do Terceiro Mundo aqueles que respeitam os direitos humanos das populações locais e, por conseguinte,

o seu modo de vida. Estas questões se fizeram presentes no decorrer desta investigação.

Tomando como parâmetros os documentos da Organização das Nações Unidas (ONU), pode-se observar que este organismo abraçou fortemente a discussão acerca do desenvolvimento, tanto na implementação de políticas que pudessem promover a “inclusão” dos países ‘pobres’ no projeto hegemônico de desenvolvimento quanto na implementação de ações que pudessem lidar com os seus impactos negativos. Ao mesmo tempo, populações impactadas negativamente pelas ações desenvolvimentistas viram-se excluídas do desenvolvimento. Não obstante, a sua inclusão já estava dada, mas de forma desigual e subordinada.

Na Resolução n. 41/128, de 4 de dezembro de 1986, publicada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que trata da relação desenvolvimento e direitos humanos, definiu-se o desenvolvimento como um processo econômico, social, cultural e político abrangente, “que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes” (ONU, 1986).

A Resolução confirma o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável e que a igualdade de oportunidade para o desenvolvimento é uma prerrogativa também das nações/povos que compõem os Estados nação, ou seja, das diversas e diferentes nações que integram o conjunto do Estado nação.

E mais, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no seu art. 7, item 1 estabelece que:

Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

O art. 7 estabelece ainda, nos seus itens 2 e 3, que:

A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para

essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria que os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

A Resolução 41/126 diz ainda, no seu art. 2º, que “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”. Para tanto, estabelece como obrigação para os estados nacionais, signatários de tais instrumentos (Estados partes), a de promover o respeito e a observância universais aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, “sem distinção de qualquer natureza, tal como de raça, cor, sexo, língua, religião, política ou outra opinião nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status”.

A Resolução 41/128 toma os direitos humanos e as liberdades fundamentais como indivisíveis e interdependentes. Por conseguinte, considera imprescindível a eliminação das violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e indivíduos afetados por situações resultantes do colonialismo, neocolonialismo, apartheid, de todas as formas de racismo e discriminação racial, dominação estrangeira e ocupação, agressão e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial. Tais eventos, segundo ela, impedem o estabelecimento de circunstâncias propícias ao desenvolvimento de grande parte da humanidade e à sua completa realização, implicando na negação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

A Resolução incorpora ainda, no seu art. 1º, inciso II, o direito à autodeterminação:

O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

E no seu art. 2º, inciso II:

Os Estados [nacionais] têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em

sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

Art. 3º, inciso I: “Os Estados têm a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento” no seu art. 4º, inciso I: “É necessária ação permanente para promover um desenvolvimento mais rápido dos países em desenvolvimento”. Como complemento dos esforços dos países em desenvolvimento, uma cooperação internacional efetiva é essencial para prover esses países de meios e facilidades apropriados para incrementar seu amplo desenvolvimento.

Art. 6º, Inciso III: “Os Estados devem tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Art. 8º diz que:

- a) Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar igualdade de oportunidade para todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.
- b) Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

E, no seu art. 10) estabelece que “Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional”.

O conteúdo da Convenção 169 da OIT e da Resolução 41/128 possibilitam uma série de reflexões acerca da relação desenvolvimento e direitos humanos, mais ainda, problematiza a própria questão do desenvolvimento como possibilidade ou ameaça à realização dos direitos humanos.

Coloca com força a “[...] diferença entre os compromissos feitos pelo Estado (os direitos humanos em princípio) e a possibilidade de desfrutar dos ditos direitos na realidade do país (os direitos humanos na prática)” (PRADO 2007).

Esta diferença entre os direitos humanos como princípio e a sua realização se explicita no fato de já terem se passado 23 anos desde a publicação da Resolução 41 e o que se pode observar é que, apesar da existência de importantes instrumentos jurídico políticos e dos esforços coletivos de diferentes sujeitos em diversas partes do Planeta, estes não conseguiram humanizar o processo de desenvolvimento, particularmente, nos países do Sul. Observa-se constantemente a violação dos direitos humanos de grupos e populações locais e/ou tradicionais em nome do desenvolvimento.

Refletir acerca dos direitos humanos no contexto do desenvolvimento pode constituir, para a maioria da população mundial, que não desfruta das benesses resultantes da lógica desenvolvimentista, mas têm que lidar cotidianamente com os seus impactos negativos, uma forma de explicitar as contradições sociais existentes no capitalismo.

3. MISSÃO E PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO PENAL

Sob a ótica penal, foi formalizado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXIX quatro princípios fundamentais, são eles: o da legalidade, da igualdade, o da humanidade da pena e o da culpabilidade.

O princípio da legalidade, no art. 5º, XXXIX da CF/88, sob ótica formal, estabelece a afirmação de que sem lei anterior que defina o delito, não existe crime, e sem a combinação prévia legal não há pena.

Esta é considerada a reserva da lei absoluta, que se encarrega em excluir todo e qualquer tipo de possibilidade de criação de crime por outras formas ou fontes de Direito, como a doutrina, a jurisprudência, os costumes e até mesmo os princípios gerais do Direito. Mas somente quanto o crime e prévia se cominam da pena se estabelece a lei anterior. Assim como especifica Franco (2000, p. 51): “antes de seu surgimento, não existe ocorrência que possa ser classificado como delituosa, e muito menos punição prevista que seja possível”. Sendo assim, o princípio da legalidade não se aplica na sua característica de dimensão formal, onde a lei e a pena se define mediante o crime.

Pode-se dizer que o princípio da legalidade interfere nas fontes e na interpretação da pena sob lei e na definição de cada espécie de delito. O princípio da legalidade também se fundamenta em garantias do direito do cidadão como garantia penal, garantia criminal, garantia da execução penal e garantia processual.

Franco (2000) descreve os aspectos da garantia da execução penal como sendo implicada pelo princípio da legalidade, reconhecendo que o indivíduo detido não deve receber nenhum tipo de manipulação pelo sistema prisional sendo privado de seus direitos, a administração do sistema prisional acompanha em auxílio da execução dos direitos junto às relações que emergem os deveres e os direitos do indivíduo, estabelecendo a jurisdição na execução da pena e nos conflitos resultantes da relação administração – preso.

O princípio da igualdade está fundamentada na CF/88 em seu art. 5º e se conecta com o princípio da legalidade, pois declara perante a lei igualdade de todos ao ser aplicado a penalidade sob lei. Sendo assim, as leis neste princípio, devem receber seu cumprimento sem haver diferenciação de pessoas que vier a receber a penalidade.

Segundo Franco (2000), o princípio da igualdade ocorre quando momentos fáticos são arbitrários ao legislador sendo desiguais em seu tratamento quanto à penalidade, não havendo racionalidade quanto ao motivo do delito ou de regulação de fatos desiguais considerados como violação do princípio da constitucionalidade da igualdade na lei.

O princípio da humanidade da pena, concede permissão, para se detectar o aspecto humanizado por meio da dimensão gradativa e histórica da penalidade, tornando-se menos rígidas através do tempo no aspecto de carga aflitiva e duração de tempo. Sendo assim, visa compatibilizar as penas de acordo com a condição humana, encontrando o ordenamento penal através de normas proibitivas assegurando os direitos dos condenados ou presos.

A CF/88, em seu art. 5º, inciso III, declara a proibição do tratamento cruel ou tortura, assim como no inciso XLVII, que declara ser proibida a pena de morte, bem como, penalidades de caráter cruel, de banimento, de trabalhos forçados ou perpétuos. Ainda no art. 5º, inciso XLVI, fica expresso à refletir a pena no processo individualizador, assegurando o cumprimento da pena pelo preso em instituições diferenciadas, segundo a característica do delito cometido, assim como características relacionadas à sexo e idade do apenado. No inciso XLVIII, estabelece à garantia das detentas a permanência com os filhos durante a amamentação.

O art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal de 1988, em material penal, consagrou o princípio pessoal da responsabilidade penal, estabelecido pelo princípio da culpabilidade.

Tal embasamento constitucional extrai diversos significados a partir do caráter pessoal e subjetivo estabelecido na responsabilidade penal atribuindo a função da garantia e limite ao indivíduo e/ou cidadão.

Em outras palavras, é excluído da pena, indivíduos que cometeram delitos sob a influência de situações ou condições que impossibilitem o seu acesso normal a tal ato, como condições pessoais ou psíquicas.

Para Franco (2000), o princípio da culpabilidade é atuante não somente na determinação estabelecida nos pressupostos da aplicação da pena, mas como limite *jus puniendi* e na sua individualização. Ou seja, a pena não deverá ser excedida acima do limite adequado à gravidade do delito do autor, mesmo que seja preciso, por formas de prevenção especial ou geral.

3.1 VISÃO DE CLAUS ROXIN

Segundo a teoria do direito penal estabelecida por Claus Roxin, a política criminal estabelece o papel de filtrar e aferir, legitimando a intervenção do estado a punição aos indivíduos que praticam delitos, trazendo a si consequências na teoria dos fins da pena e no princípio da culpabilidade. Esta representa a ampliação do funcionalismo adequado aos valores em finalidade de suas vantagens.

Para Ferrajoli (2002), a teoria de Roxin baseia-se na política criminal, na qual sua visão estabelece que a penalidade aplicada deva ser analisada no ponto de vista político e no ponto de vista jurídico. Na qual o direito penal deve analisar a situação tutelar do delinquente e também da vítima. Neste sentido, a penalidade funciona como prevenção das punições injustas e adequação da punição correta dos delitos acometidos.

A política criminal neste conceito traz um aprimoramento em aproveitamento do Estado de Direito, estabelecendo o direito penal aos preceitos existentes na constituição vigente, neste caso, a política criminal se transforma no direito penal tendo mais efeito social, trazendo sobre si a preservação dos preceitos constitucionais e a liberdade social (ROXIN, 2000).

Caso a Política Criminal estabelece a função de somente conceder a permissão da atuação da punição ao Estado, quando esta se encontrar legitimada, existe a necessidade de propor esclarecimentos na maneira de como se opera esta busca de estabelecimento da Política Criminal tornando-a apta para o exercício de sua funcionalidade. No entanto, começa-se a buscar um equilíbrio entre poder estatal x liberdade do indivíduo, estabelecendo o limite entre ambos, no que se refere à proteção da liberdade aplicada ao sujeito que se encontra ilimitado perante o poder estabelecido pelo Estado.

A resposta para essa dicotomia, no que diz respeito ao Direito Penal, foi a abertura da Dogmática Jurídica para a Política Criminal, que vai permitir conciliar o Estado de Direito com o Estado Social. O resultado é um sistema punitivo valorado pela Política Criminal, e, portanto, legítimo perante o cidadão (BITENCOURT 2007, p. 123).

Sendo assim, é possível afirmar que a Política Criminal torna o direito penal mais operativo perante a sociedade, amparando também os delinquentes, que são dignos

como seres humanos, fato que deve ser levado em conta pelo sistema punitivo do Estado. Portanto, cumpri dizer que a pena amparada por valorações político-criminais se mostra mais válida para a solução dos problemas da sociedade.

Essa noção, na qual as valorações Político Criminais ganham um papel de destaque, é traço do chamado “Sistema Teleológico-Racional do Direito Penal”, uma das ramificações do funcionalismo.

Sintetizando, dentro da evolução da teoria do delito, primeiro tivemos o sistema clássico, seguido pelo sistema neoclássico. Além destes, tivemos ainda o sistema finalista, ao qual, por fim, o “funcionalismo” irá se opor. Para melhor compreensão, calham as palavras de Claus Roxin (2002, p. 205):

Os adeptos desta concepção [funcionalismo] estão de acordo – apesar de várias divergências quanto ao resto – na recusa às premissas sistemáticas do finalismo e em partir da ideia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico reais etc.), mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico penais.

Por se tratar de um sistema penal relativamente jovem, o funcionalismo é caracterizado por um tripé: clareza conceitual, proximidade à realidade e valorações político criminais.

As “várias interpretações possíveis da realidade”, como afirma Greco, mostram o caráter dinâmico desse sistema. Algo semelhante é a teoria da textura aberta do direito de Herbert Hart, a qual podemos utilizar como objeto de reflexão quanto ao funcionalismo e seus objetivos. Hart, buscando um meio termo – a “meia-encosta” – entre o formalismo e o antiformalismo da hermenêutica jurídica, afirma que há uma textura aberta no direito, na qual áreas de conduta devem ser deixadas para um futuro desenvolvimento, determinando assim um equilíbrio dos interesses conflitantes, que vão variar de caso para caso. De forma semelhante é o funcionalismo, que irá adequar o direito penal para melhor eficácia com as valorações político criminais. Esse fato permite uma maior proximidade às realidades sociais, possibilitando um maior dinamismo para o direito penal. Essa pode ser considerada uma das maiores contribuições do funcionalismo roxiniano (BITENCOURT 2007, p. 102).

Sendo assim, cumpre destacar que temas como função da pena, conceito material de delito e teoria do bem jurídico, embora básicos, seguem como problemas ainda não esclarecidos ou resolvidos com exatidão. Roxin propõe sua própria teoria denominada de unificadora dialética e rebatizada como unificadora preventiva, numa modificação que mais enfatiza o caráter preventivo, em especial, o positivo, do que

afasta o caráter dialético. Na primeira versão da teoria apresentada em 1966¹, unificavam-se a prevenção geral positiva, para a cominação de delitos e penas; a retribuição, para a determinação da sentença; e a prevenção especial positiva ou função de ressocialização, no momento da execução da pena. Tal união, posto que operada dialeticamente ou diacronicamente, realizaria uma síntese distinta das teses resolvendo as antinomias da teoria da função da pena².

3.2 VISÃO DE JAKOBS

Derivando dos conceitos da teoria de Luhmann, Jakobs infundi um caráter funcionalista ao sistema jurídico penal, criando seu funcionalismo-sistêmico, estabelecendo que a pena imposta tem por função, manter a norma como modelo de orientação para a relação social.

A estabilidade das normas é o principal objetivo da aplicação do sistema jurídico, pois as normas jurídicas têm a função de orientar, estabilizar e institucionalizar as expectativas sociais, a fim de que sejam evitadas decepções (JAKOBS 2000, p. 76)

Quando a decepção ocorre, porém, ou seja, quando há uma infração à norma, é necessário que se expresse que, embora tenha havido uma infração, a norma continua válida. O autor sustenta então que a pena se justifica pela necessidade de reafirmação da validade da norma, devido ao fato de sua violação abalar o sistema. Dito de outra forma, a pena não tem a função de prevenir delitos (prevenção negativa), antes o seu objetivo é garantir a vigência da norma (prevenção positiva), demonstrando que ela continua determinante, não o comportamento infrator.

Ou ainda, nas palavras de Bitencourt (2003, p. 86): “enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.”

Do mesmo modo, como aponta Baratta (2005, p. 3),

¹ ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. 2. ED. Lisboa: Veja, 1993, p. 44. 14

² PIACESI, Débora da Cunha. Funcionalismo Roxiniano e Fins da Pena. No prelo. Analisando a função da pena em Roxin: HIRECHE, Gamil Föppel el. A Função da Pena na Visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[...] a reação punitiva terá como função principal a de restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e a integração social. Quando esses efeitos, em atenção à estabilidade do sistema, deixam de ser tolerada.

A presente citação foi traduzida da língua espanhola para a portuguesa pela autora do artigo³. A pena, segundo Jakobs, não tem caráter de prevenção negativa, ou seja, não visa retribuir o mal praticado com o mal, mas tem por função primária, a prevenção positiva, sendo, portanto, sua responsabilidade ser fiel ao Direito e a norma penal.

Cumprir destacar que a concepção de Jakobs se assemelha ao pensamento de Hegel, que dispõe ser “a pena a negação da negação do Direito” (apud Bitencourt, 2003, p. 72).

Segundo Jakobs (apud BITENCOURT 2007, p. 89):

A sociedade torna toda pessoa portadora de um papel, o que se refere à ideia luhmanniana de expectativa, competindo, então, a todas pessoas o dever de não produzir decepções, isto é, de não violar as normas penais. É somente assim, portanto, cada pessoa portando um papel, que a vida em sociedade é possível, ainda mais hoje, com a frequência de contatos anônimos, pois se para cada contato social todos tivessem de analisar as múltiplas consequências a sociedade ficaria paralisada.

Partindo desta ideia de expectativa de Luhmann, bem como daquela onde cada pessoa tem um papel determinado na sociedade é que Jakobs constrói o seu conceito de culpabilidade, afirmando que somente há a imputação quando o desvio praticado viola uma expectativa de um portador de papel, independente da capacidade da pessoa que atua. Trata-se, portanto, de um sistema de competências em que o sujeito era competente, mas violou a norma, e, por isso, a ordem jurídica deve ser reestabelecida a sua custa.

Nas palavras de Baratta (2005, p. 03):

O que importa na valorização negativa do comportamento delitivo e na atribuição de responsabilidade penal a um indivíduo não é tanto a produção

³ NIKITENKO, Viviani Gianine, **FUNCIONALISMO-SISTÊMICO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS**: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj85PXQ-s7QAhVMD5AKHSBYAn4QFggbMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.revistas.unijui.edu.br%2Findex.php%2Frevistadireitoemdebate%2Farticle%2Fdownload%2F688%2F414&usg=AFQjCNFtc6NTOAaOHfnBavYrCpaXzRy-Vg&sig2=o-ggcYZCADbXV80-fL6Y7Q&bvm=bv.139782543,d.Y2I>> Acesso em: 30 nov. 2016

consciente e voluntária de um fato lesivo de bens ou interesses dignos da tutela, senão o grau de tolerabilidade funcional para a expressão simbólica de infidelidade em relação com os valores consagrados pelo ordenamento positivo.

Nesse sentido, surgem institutos jurídicos penais que complementam a ideia de culpabilidade de Jakobs (apud BITENCOURT 2007, p. 91):

1) Risco permitido: são riscos que se encontram vinculados à configuração da sociedade, pois qualquer contato social é um risco, mas como seria impossível a configuração de uma sociedade sem riscos, alguns deles devem ser permitidos. Por isso, comportamentos que geram riscos permitidos são encarados de forma natural.

2) Princípio da confiança: resume-se na ideia de que todas as pessoas são responsáveis e vivem de acordo com as normas da sociedade, a fim de se evitarem danos a terceiros. Ou seja, o cidadão portador de um papel não necessita vigiar constantemente se os outros estão desempenhando o seu papel, uma vez que, se cada pessoa tivesse de analisar se as outras estão realizando de forma adequada suas atividades, a vida social tornar-se-ia impossível, pois a complexidade de nosso mundo desenvolve-se principalmente em complexas cadeias de responsabilidade. Hoje não há mais só dois sujeitos, mas, por exemplo, problemas decorrentes da decisão de um conselho de uma sociedade anônima, ou a organização de uma equipe cirúrgica.

3) Proibição de regresso: segundo este instituto, quem estabelece com outro um contato inofensivo, ou seja, não viola o seu papel, não pode ser responsabilizado por um comportamento futuro realizado por este, mesmo que seja uma atividade não permitida.

4) Competência (capacidade) da vítima: trata-se de um instituto que visa a abandonar a visão simplista do crime, em que de um lado temos a vítima, como uma pessoa totalmente inocente, e do outro o criminoso, como uma pessoa totalmente culpada. Logo, no contato social o comportamento da vítima pode levar a consequências lesivas, ou ainda, a vítima pode ser acometida por obra do destino, por infortúnio.

O conceito da legalidade estrita revela como uma característica do Estado constitucional de direito: a sujeição do Direito ao Direito, que, segundo Ferrajoli (2001, p. 19), é uma das conquistas mais importantes do Direito contemporâneo, ou seja, a regulação do Direito não somente quanto as suas formas, mas também aos seus conteúdos. Deste modo, o princípio da legalidade estrita está sendo desrespeitado pela proposta funcionalista sistêmica.

4. FUNDAMENTOS E FINALIDADES DA PENA

Assim como a história do Direito Penal, a discussão sobre a finalidade da pena é bem antiga. Têm sido levantadas constantemente discussões sobre as teorias que regem o Direito penal e a aplicação da jurisdição sobre os crimes cometidos à sociedade. As teorias surgem como forma de explicação do contexto jurídico em referência ao controle social e a garantia dos direitos e deveres de todo cidadão.

As teorias foram divididas em: Teoria Absoluta, Teoria Relativa, Teoria da Prevenção Geral e Teoria da Prevenção Especial ou Individual.

4.1 TEORIA ABSOLUTA

Neste caso a pena representa como um fim em si mesma, devendo o autor do crime pagar pelo mal cometido, para que assim seja realizada a justiça. Sendo a pena uma retribuição ao mal causado. Esta finalidade em si mesma nada tem a ver com a sua *ratio essendi*. Em suma, a pena em si mesma faz a justiça e esta é legitimada por “Deus”. Sendo, portanto, o poder Estatal um legitimado divino ao aplicar a pena. É o que afirma Nery (2007, p. 04):

Esta teoria somente pretende que o ato injusto cometido pelo sujeito culpável deste, seja retribuído através do mal que constitui a pena. Existe uma variante subjetiva da Teoria retributiva que considera que a pena deve ser também para o autor do delito uma forma de “expiación”, ou seja, uma espécie de penitência que o condenado deve cumprir para purgar (expiar) seu ato injusto e sua culpabilidade pelo mesmo.

Em síntese, esta ideia de justiça em si mesma não é a finalidade direta da pena. Sua finalidade principal é a retribuição do mal com o mal, baseada na lei de talião – olho por olho, dente por dente. Zaffaroni, Nilo Batista, Alagia e Slokar resumem os propósitos das teorias absolutas: “As teorias absolutas (cujo modelo é Kant) tendem a **a)** retribuir **b)** para garantir externamente a eticidade **c)** quando uma ação objetivamente a contradiga **d)** infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião)”. (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 115).

Föppel (2004, p. 13), também sintetiza que: “Finalmente, é de se observar que, para as Teorias absolutas, é absolutamente indispensável que seja aplicada a sanção penal. Deixar de executar uma sentença representaria, para os adeptos da corrente, uma renúncia ao Direito e à Justiça.” Desta feita, cumpre afirmar que as teorias absolutas possuem caráter idealista, ou seja, não se trata da função da pena e do direito penal como eles são em sua realidade, mas como deveria ser em um mundo ideal. Paulo Queiroz fundamenta que:

Convém dizer que, tanto em KANT quanto em HEGEL, a justificação da pena é uma justificação ‘idealista’. Significa dizer que o direito penal de que aí se trata não é o direito como ele é, histórica e praticamente, mas como deve ou deveria ser, idealmente falando. Daí porque, ainda que tal fundamentação do direito de punir não tenha correspondência na realidade jurídica, nem por isso tal teorização perde o seu significado e o seu valor. (QUEIROZ, 2005, p.19)

Kant é um dos defensores mais entusiastas da lei do talião. Para ele a aplicação da pena é a realização da justiça, devendo aquele que delinque ser devidamente castigado. A pena seria então uma forma de retribuição moral.

A função preventiva da pena é uma ideia abominável para Kant, para ele o indivíduo ao ser punido não deve servir como um modelo para a sociedade, devendo este ser penalizado por aquilo que cometeu, sendo sua obrigação pagar o mal praticado, mas jamais ser usado para aterrorizar uma sociedade. Insta antecipar de imediato que o pensamento de Kant é contrário a teoria da prevenção geral negativa que será explicada mais tarde. Föppel cita de forma exata Kant:

A pena jurídica, poena forensis, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve ser sempre contra o culpado pela simples razão de haver delinquido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real. (FOPPEL, 2004, p. 16)

Segundo Hegel, a pena não é usada para fazer justiça, e sim para reafirmar o direito, sendo o crime uma negação do direito, ou seja, o delito fere o ordenamento jurídico. Sendo assim, a pena seria a negação do crime, esta seria a negação da negação, e, como a negação da negação resulta na afirmação, conclui-se que a pena é a reafirmação do direito.

Para ele não importa as funções da pena, esta é um direito imposto; o que é relevante é que a pena serve como ferramenta de manifestação do direito e supressão do mal causado pelo crime. O indivíduo vive em função do Estado, e a este é devido a obediência. Por isso ao praticar um delito, o sujeito estará desobedecendo ao Estado e necessita ser retirado da sociedade como forma de prevenção, para que o direito prevaleça. Queiroz conclui que:

A pena para Hegel apresenta-se, em conclusão, como condição lógica inerente à existência mesma do direito, que não pode permanecer sendo direito senão pela negação da vontade particular do delinquente, representada pelo delito, pela vontade geral (da sociedade) representada pela lei. (QUEIROZ, 2005, p. 23)

Obviamente, esta não é a teoria mais adequada para determinar as funções manifestas, latentes e legítimas da pena. Primeiramente a teoria absoluta defende a proteção da sociedade por meio da pena, argumento este que é falso, pois se sabe que a pena jamais, em hipótese alguma garantiu a segurança da sociedade. Os crimes não deixaram de existir ou tiveram diminuições significativas nas ocorrências registradas, apesar da existência da pena. O aumento no número de presídios ou a redução da maioria penal, por exemplo, não garante a segurança da população.

Outra crítica mordaz é que a pena em nenhum momento possui como objetivo a realização da justiça. O direito penal utilizado pelo Estado tem como fim a harmonização da sociedade, e isto são obtidas através da aplicação da pena. A justificativa da aplicação da pena se justifica pelos seus fins e fundamentos segundo Paulo Queiroz (QUEIROZ, 2005, pp. 26-27).

As teorias absolutas se baseiam na aplicação proporcional da pena a infração cometida, contudo estas não explicam ou determinam a forma como a punição deve proceder e o sentido desta. Não obstante, essas teorias afirmam que somente com a retribuição de um mal a justiça poderá ser feita. O que não é verdade, visto que a pena é um dos vários meios para a obtenção da justiça, não o único e absoluto. Queiroz (2005, p. 27) fundamenta:

Também a ideia de retribuição pressupõe a necessidade mesma da pena, pois fundamenta algo que já é dado, previamente, como existente e válido. Não responde à indagação sobre quais os pressupostos que devem orientar a punição de certa conduta, nada diz sobre qual deva ser seu conteúdo, e nada refere sobre quais ações passíveis de repressão, ou, ainda, sobre a melhor forma de enfrentá-las, supondo-a simplesmente como imperiosa e

inevitável. Logo, tal teoria de modo algum explica porque se deva impor a pena a alguém, ao invés de, por exemplo, perdoá-lo ou simplesmente censurá-lo ou porque não se optar por um outro instrumento de controle social que não a pena, bem como sobre qual a pena aplicável em cada caso.

Outra reprimenda a ser destacada é que a pena é um instrumento a serviço do Estado, ou seja, esta pode ser utilizada a depender da vontade deste. Não é uma imposição absoluta, que deve ser aplicada toda vez que ocorrer um crime. O Estado aplica a pena quando for oportuno e conveniente.

4.2 TEORIA RELATIVA

Em contrapartida as teorias relativas não possuem uma finalidade em si mesma, dando a pena o propósito de prevenção e ressocialização. Estas teorias são divididas em prevenção geral e especial, sendo a primeira baseada no conceito de que a pena tem como fim punir o sujeito para que este sirva de exemplo aos demais. Já a seguinte afirma que a pena tem função ressocializadora. As supracitadas teorias ainda são subdivididas em prevenção geral positiva e negativa; prevenção especial positiva e negativa. A priori será tratado a respeito das teorias da prevenção geral.

4.3 TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL

As teorias da prevenção geral, têm como objeto a sociedade como um todo, isto é, a pena é aplicada em função de toda a coletividade para que esta presencie o sofrimento e dor daquele indivíduo, e conseqüentemente, seja inserido em cada um dos presentes o medo de infringir a lei. Em outras palavras, significa dizer que aquele cidadão que cometeu um crime, servirá de exemplo a todos para que estes não incorram no mesmo erro, caso contrário sofrerá a mesma dor que o infrator. As teorias da prevenção geral como já foi dito, subdivide-se em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

A prevenção geral negativa tem por objetivo aterrorizar a população para que esta não cometa delitos. Chama-se prevenção geral porque se destina não ao delinquente, mas à sociedade em geral. Um dos principais defensores é Von Feurbach. Esta teoria faz com que a pena seja um instrumento de confiança e segurança da população e conseqüentemente um fortalecedor do ordenamento jurídico com a certeza de que este não será violado, e caso

isso ocorra às punições serão extremamente severas (BITENCOURT 2007, p. 279).

Para Feurbach a função da pena seria uma coação psicológica que combateria esta a tentação que é o crime. Queiroz (2005, p. 34) sintetiza de forma clara as ideias de Feuerbach:

Por conseguinte, fim da pena não pode ser, segundo Feuerbach:

- a) a prevenção contra futuros delitos de alguém em particular;
- b) nem retribuição moral, porque esta pertence à ética e não ao direito, e porque tal pretensão seria fisicamente impossível;
- c) nem melhoramento moral, porque este seria o objetivo da expiação, porém não o objetivo da pena.

Tal teoria assim como a absoluta é falha, pois ao contemplar a realidade social é perceptível que a pena somente intimida as classes menos favorecidas, os considerados vulneráveis, havendo, portanto, uma separação entre os puníveis e os não puníveis. Sendo assim, devido a esta seletividade do sistema penal e consequentemente da função preventiva da pena é que a mesma recairia somente perante os marginalizados, os parias. Assim explana Zaffaroni; Batista; Alagia; Slokar, 2003, p. 117):

A partir da realidade social, pode-se observar que a criminalização pretensamente exemplarizante que esse discurso persegue, pelo menos quanto ao grosso da delinquência criminalizada, isto é, quanto aos delitos com finalidade lucrativa, seguiria a regra seletiva da estrutura punitiva: recairia sempre sobre os vulneráveis. Portanto, o argumento dissuasório estaria destinado a cumprir-se sempre sobre algumas pessoas vulneráveis e estar sempre referido aos delitos que elas costumam cometer. Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo o delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinque. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa.

Insta destacar, que a teoria da prevenção geral negativa é incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois ao intimidar o seu povo, punindo o criminoso como exemplo, o Estado deixa de agir de maneira democrática passando a se tornar um Estado de Polícia, onde não há um limite para a punição imposta.

Atualmente, até as pessoas que não são juristas, percebem que a pena não intimida criminosos em potencial. Delitos, desde o surgimento da humanidade sempre existiram e sempre existirão, mesmo que as penas sejam mais severas como a pena de morte, por exemplo. Esta espécie de sanção não

desestimulou o ser humano para o cometimento de delitos. Além do mais há a precariedade do sistema penal, em que certos crimes só são punidos abstratamente, nunca concretamente, como o porte ilegal de armas (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 156).

Não obstante, a prevenção geral negativa é inconstitucional, pois gera uma imposição da lei ao expor aquele indivíduo como “testa de ferro”, servindo como exemplo para os demais. Ferrajoli (2005) fundamenta o que foi dito e ainda compara a prevenção geral negativa com ideias de Nicolau Maquiavel:

Acrescento que uma prática penal orientada pela função dissuasiva da imposição e não da ameaça da pena pode efetivar-se em punição discricionária e desigual, segundo as conveniências políticas ou o alarme social, em relação aos quais o condenado é destinado a servir como “bode expiatório”. Com efeito, o seu inspirador é aquele de que “os fins justificam os meios”, oposto àquele da visão kantiana e característico da ação política de Maquiavel em diante, constituindo o seu êxito prático na submissão das razões jurídicas às razões políticas ou de Estado que, como adverte Gustav Radbruch, resolvem-se sempre no “terrorismo penal”. (FERRAJOLI, 2005, p. 258)

O conceito de que a pena é um instrumento de estabilização, ou seja, tem por função restabelecer a ordem social abalada pelo sujeito criminoso, é apresentado pela teoria geral da prevenção positiva, que dispõe ser o objetivo da pena, a integração social.

Para Welzel, o direito penal tem como função a proteção de bens jurídicos e a garantia e reafirmação dos valores éticos e sociais. Quando um crime ocorre, o bem jurídico particular é atingido, não podendo o Estado voltar ao tempo e retornar ao *status quo ante*. O que resta agora é defender os interesses sociais para que estes não sejam contaminados. O direito penal conscientiza a sociedade, reafirmando o direito, fazendo com que esta seja fiel às leis. O próprio Welzel conclui que “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de ação ético-social.” (QUEIROZ, 2005, p. 40).

Para Welzel, a proteção aos bens jurídicos é secundária, devendo ser resguardados quando há uma incompreensão por parte do cidadão dos valores ético-sociais, e por isso, este pratica o crime. Por ter finalidade coercitiva, antes de se proteger os bens jurídicos através do poder punitivo, é correto que se garanta a difusão de valores de cidadania, respeito à vida, à integridade física e à dignidade.

Welzel (apud Föppel 2004, p. 40) dispõe:

[...] Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores de ato da consciência jurídica; isso constitui o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade. A mera proteção de bens jurídicos tem um fim policial e negativo. Contrariamente, a missão mais profunda do direito penal é de natureza ético-social de caráter positivo.

Para Jakobs, a pena nada mais é que uma necessidade e através da pena os valores são respeitados. Em síntese, a pena é a reafirmação do direito. Paulo Queiroz retrata a posição de Jakobs (apud Queiroz 2005, p. 43):

A pena ou, mais precisamente, a norma penal, aparece aí, como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante as frustrações que decorrem da violação das normas. Este novo enfoque utiliza, enfim, a concepção luhmanniana do direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização de expectativas.

Sendo assim, pensa Jakobs que o delito destrói as expectativas de uma ordem social, que se baseia no princípio da confiança, onde o cidadão não cometerá o crime por ser temente a lei.

A sociedade confia nele, espera que ele possua uma boa conduta, amparada pelo direito. No entanto, quando um crime é praticado, conseqüentemente o princípio da confiança é violado e se destroem todas essas expectativas. É neste contexto que entra a função da pena, uma forma de proteção e prevenção dessas expectativas. A pena ao ser aplicada assegura e reafirma o direito a restabelece a confiança no sistema. Além disso, a pena previne a negatividade produzida pelo delito garantindo a estabilidade social (QUEIROZ 2005, p. 123).

Face ao exposto conclui-se que a posição de Jakobs nada mais é que uma referência à concepção Hegeliana, das teorias absolutas, pois sua preocupação, basicamente, consiste em retribuir um mal causado pelo agente, por meio da reafirmação do direito.

4.4 TEORIAS DA PREVENÇÃO ESPECIAL

Diferente das teorias da prevenção geral que tem como objeto a sociedade, as teorias da prevenção especial têm por objeto o indivíduo. Neste caso a pena atua sobre este para prevenir que não se cometa mais delitos, visando, assim a

ressocialização do delinquente. Tais teorias não possuem caráter retribucionista nem visam dissuadir a sociedade a não praticar delitos, somente se preocupa com a ressocialização do sujeito em isolado.

Von Liszt (2005, p. 176) principal defensor desta teoria, argumenta que a pena tem como objetivo a ressocialização.

Esta é feita através de três medidas: assecuramento, ressocialização, e intimidação (em relação ao delinquente). A intimidação ocorre nas hipóteses do réu primário, sem antecedentes criminais e de boa conduta, cometer um crime. A pena seria uma espécie de advertência para este criminoso eventual. A ressocialização se aplica aos casos do delinquente reincidente, que vem reiterando a prática de crimes.

Caso a ressocialização falhe e o agressor continue cometendo novos delitos, utiliza-se o assecuramento, que é uma medida extrema, pois prega o isolamento definitivo do indivíduo da sociedade em que vive. Foppel (2004, p. 27) citando Von Liszt afirma:

A função da pena e do direito penal era a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena sobre a personalidade do delinquente, com a finalidade de evitar futuros delitos (FÖPPEL, 2004, p 27).

Renato Marcão e Bruno Marcon em seu artigo Rediscutindo os fins da pena expõem a posição de Claus Roxin em relação às teorias da prevenção especial:

Para Claus Roxin, a teoria da prevenção especial tende, mais que um Direito Penal da culpa retributivo, a deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal. Outra objeção consiste no fato de que, nos crimes mais graves, não teria de impor-se uma pena caso não existisse perigo de repetição [...] (MARCÃO; MARCON, 2007, p. 17)

Os referidos autores ainda citam Roxin:

O exemplo mais contundente é constituído, neste momento, pelos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes. Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portanto de *ressocialização* alguma; nem tampouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados e protegidos. Deverão eles, então permanecer impunes.

[...] A teoria da prevenção especial não é capaz de fornecer a necessária fundamentação da necessidade da pena para tais situações.

[...] O que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde vem o direito de poder

educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Porque não hão de poder viver conforme desejam os que fazem à margem da sociedade. Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos dos seus concidadãos causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias? Tais perguntas parecem levemente provocadoras (MARCÃO; MARCON, 2007, p. 17).

Conforme exposto anteriormente as teorias da prevenção especial se subdividem em prevenção especial positiva, que consiste na ressocialização do delinquente, por meio de uma medicina social, devendo o agressor ser “higienizado” para retornar ao convívio social; e prevenção especial negativa, que tem por foco a proteção da coletividade através da neutralização definitiva do indivíduo, através da segregação e exclusão deste, que ao ser enviado para uma penitenciária não poderá mais cometer nenhum delito.

5. O INDULTO NA LEI 8.072/90

5.1 HISTÓRIA E CARACTERÍSTICAS DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

O Estado tem como um de seus fins a tutela das relações jurídico-sociais, inibindo dessa forma conflitos que podem se estabelecer em decorrência das atividades sociais. Tal controle ocorre através da criação de leis e por consequência do estabelecimento de um arcabouço jurídico conciso com fins de realizar a manutenção do equilíbrio social.

Assim, como único legitimado social, substitutivo da vontade dos indivíduos apresenta-se esse como único que possui direito de punir, ou seja, como Estado de Direito atuante e que se encontra alicerçado nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que conjuntos realizam a manutenção da estrutura social.

Em esclarecimento ao significado do conceito de legitimidade estatal, esclarece Zaffaroni et. al. (2005, p. 20.) que:

O sistema penal é uma completa manifestação do poder social. Por legitimidade do mesmo, entendemos a característica que outorga sua racionalidade. O poder social não é algo estatístico que tem sido exercido – um exercício – de um sistema que queira mostrar-se como um exercício de poder planejado racionalmente. A construção teórica e a discursiva que pretende explicar essa planificação é do discurso jurídico penal (que também pode chamar-se saber penal e outros discursos jurídico-penal como ciência penal o adereço penal). Se este discurso jurídico-penal fosse racional e o sistema penal operasse conforme o mesmo sistema, este seria legítimo.

Em especial no que tange ao judiciário e de modo mais direcionado ao direito penal, percebe-se que detém o Estado o direito de punir aqueles indivíduos que concretizam atos contrários ao arcabouço jurídico, vedado, no entanto o excesso punitivo.

No Brasil, a evolução do direito penal remete aos tempos da colonização, e em especial às Ordenações Afonsinas em vigor até 1512. Posteriormente vigoraram as Ordenações Manuelinas, até o ano de 1569 e foram essas substituídas finalmente pelo Código de D. Sebastião que permaneceu surtindo efeitos até 1603.

Em seguida, foram aplicadas as Ordenações Filipinas, Afonsinas e Manoelinas, consideradas o primeiro Código Penal pátrio, intrinsecamente ligadas a conceitos

religiosos e entendimento de que o crime era um pecado, devendo, portanto, ser extirpado, mesmo que para isso, fossem utilizadas penas cruéis.

Tais medidas extremadas e a inexistência concreta de resultados, além de modificações históricas significativas levaram a criação do Código francês de 1810 e do chamado Código Napolitano de 1819, que influenciaram a Constituição brasileira de 1824 e a elaboração do Código Criminal do Império no ano de 1830, sancionado por D. Pedro I., que possuía tendências claras à individualização da pena, além de prever agravantes e atenuantes e estabelecer formas diferenciada para o julgamento de menores (FRANCO 2000, p. 86).

Apesar das grandes modificações introduzidas, as deficiências ainda eram perceptíveis, em especial no que diz respeito a ausência da figura da culpa e a manutenção da pena de morte como forma de punição.

No ano de 1890 foi promulgado o Código Criminal da República que pôs fim definitivo a pena de morte, e deu azo ao sistema prisional de caráter correccional, e sofreu grandes alterações legais em 1932 com a introdução daquilo positivado na Consolidação das Leis Penais de Piragibe.

Finalmente, foi criado no ano de 1940 o Código Penal Brasileiro atualmente em vigor e que passou a ter aplicação efetiva no ano de 1942. No ano de 1984, a Lei nº 7.209/84 revogou a parte geral do Código Penal de 1940, onde restou positivada a possibilidade de punição através de pena ou medida de segurança, e foram estabelecidos critérios para a caracterização dos elementos subjetivos do tipo (dolo e culpa), além de restarem delineados critérios para aferimento da capacidade do agente e a imputabilidade da punição, dando-se privilégio ao princípio da individualização das penas. De forma suplementar foram elaboradas também as leis de Execução Penal (nº 7.210 de 11/07/1984) que delineia a execução das penas e medidas de segurança, bem como a lei 9.099 de 26/09/1995 que estabelece a competência dos Juizados Especiais Criminais, direcionada a ilícitos de menor potencial lesivo (FRANCO 2000, p. 87).

Tais institutos são característicos de uma adaptabilidade do Direito Penal que se presta a criar mecanismos de equilíbrio, de modo a evitar, penas desproporcionais e manter a finalidade do instituto, qual seja, a manutenção das relações sociais evitando a autotutela e os possíveis excessos que dela decorram, ou seja, de modo a garantir que o encarceramento seja a “última ratio” e a prisão mantenha-se como exceção e não uma regra. Nessa esteira, apresenta-se a concessão de indulto como forma positiva de impedir encarceramentos excessivos e promover a inclusão social do apenado.

O indulto, assim como a graça e a anistia, segundo relatos teriam origem na Grécia, durante o governo de Sólon que acabou por implementar um regime de natureza democrática de modo a conceder o perdão a todos perseguidos, resguardadas pequenas exceções e paralelamente, em Roma, vigorava a chamada “generalis abolitio”.

Na época medieval havia concessão de benefícios de acordo com a liberalidade do senhor feudal, porém, na Revolução Francesa (1791), os institutos da anistia, graça e indulto foram positivados no texto da constituição, sendo certo que sua concessão era privativa do Presidente da República.

Conforme Greco apud Maggiore (2009, p. 713):

[...] uma das mais antigas formas de extinção da pretensão punitiva é a indulgência do príncipe, que se expressa em três instituições: a anistia, o indulto e a graça. A indulgentia principis se justifica como uma medida equitativa endereçada a suavizar a aspereza da justiça (supplementum iustitiae), quando particulares circunstâncias políticas, econômicas e sociais, fariam esse rigor aberrante e iníquo. Desse modo, atua como um ótimo meio de pacificação social, depois de períodos turbulentos que transtornam a vida nacional e são ocasião inevitável de delitos.

No Brasil, o indulto, assim como a anistia e a graça, possui extensa história, tendo origem na época colonial, durante as capitanias hereditária, onde o critério para sua aplicação cabia exclusivamente aos donatários bem como as maneiras para sua obtenção.

Em 1824 o indulto e a anistia passam a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro, por estarem inclusos na Constituição da época, sendo estes de responsabilidade do Imperador.

Nos dias atuais, conforme já delineado, o indulto, que pode ser total ou parcial, é causa de exclusão da punibilidade (artigo 107 II do CP) que busca conceder benefício coletivo a apenados em análise que se pauta em critérios objetivos e subjetivos, sendo de competência exclusiva do Presidente da República na forma do artigo 84 inciso XII da CRFB. Importante ressaltar que não raro, é estabelecida relação entre saídas temporárias e o indulto o que acaba gerando grande contrariedade da sociedade em aceitar tal instituto, já que não raro há notícias de apenados que foram beneficiados pelas saídas temporárias e não retornaram ou até mesmo cometeram novos delitos (FRANCO 2000, p. 76).

Todavia, tal entendimento encontra-se equivocado, posto que, conforme demonstrado a concessão de indulto é decorrência lógica da evolução do direito

penal, tendo por condão a busca pela ressocialização do preso, reforçando a ideia da dignidade da pessoa humana.

As modificações observadas, portanto, são fruto de um amadurecimento racional, que levou a sociedade a abandonar penas pautadas em violência e se dirigiu a atuar na origem do problema de forma a conferir punição consciente e eficaz ao indivíduo delituoso. Os institutos da anistia, graça, e em especial o indulto, discutido no presente trabalho, embora elencados na parte geral, possuem relação indiscutível com a execução penal, já que sua aplicação ocorre quando da aplicação da pena (GRECO apud MAGGIORE 2009, p. 197).

Por conseguinte, a sentença transitada em julgado que poderia ser um entrave total para a reintegração do apenado a sociedade, pode representar, todavia, uma oportunidade para que este durante o cumprimento de sua pena reconquiste a sua condição de cidadão.

São ações como o benefício ora discutido que permitem a manutenção do equilíbrio social buscando efetivamente a satisfação de um ideal maior sem a utilização de meios meramente protelatórios que não trazem resultados práticos.

No ano de 2011, mostra-se desnecessário dizer que a violência, de forma indelével, gera violência e que esse não é o caminho para a solução de nossos problemas sociais, de modo que medidas menos gravosas podem ser mais efetivas no combate ao crime, quando eivadas de meios de incentivo ao desenvolvimento dos indivíduos criminosos (GRECO apud MAGGIORE 2009, p. 198).

Em virtude de tais mudanças sociais, o judiciário vem ponderando acerca da possibilidade de concessão de indulto àqueles que se encontram em situações especiais, pessoas que efetivamente, não oferecem perigo a sociedade e que, portanto, estão recolhidas por mera formalidade legal.

5.2 ANISTIA, GRAÇA E INDULTO

Dentre as implicações geradas pela Lei nº 8.072/90, no âmbito do direito material há que se ressaltar as relativas as causas extintivas de punibilidade, livramento condicional, penas restritivas de direitos, suspensão condicional da pena, e principalmente, um dos pontos mais discutidos, a proibição do regime progressivo.

Dispõe o no artigo art. 5º, inciso XLIII, da CRFB/88:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

A vedação de concessão de indulto, por sua vez, foi marcada pelo legislador infraconstitucional no artigo 2º, inciso I, da Lei n.º 8.072/90:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; Desse modo, os sentenciados pela prática de crimes inseridos no rol de hediondos ou equiparados a estes não podem receber indulto (seja individual ou coletivo, pleno ou parcial, ou ainda de natureza humanitária). Isto porque, a norma encontra-se positivada em nosso ordenamento jurídico e conseqüentemente amparada pelo princípio constitucional da legalidade.

São consideradas causas extintivas de punibilidade, dentre outras, a anistia, a graça e o indulto. Anistia é o ato pelo qual o poder soberano, cobre com o véu do olvido certas infrações criminais, e, em consequência, impede ou extingue os processos respectivos e torna de nenhum efeito penal as condenações. Destarte, somente através de lei que tramitou, regularmente pelo Congresso Nacional e foi sancionada pelo Presidente da República, é que se viabiliza a anistia.

Por sua vez, Franco (2000, p. 40), possui dois significados, que segue:

Num sentido mais amplo, engloba a anistia, a graça em sentido estrito, o indulto e a comutação. Todos esses atos refletem formas de expressão da indulgência soberana, isto é, do poder do Estado de conceder clemência, de perdoar determinados criminosos ou se extinguir, da memória político-jurídico, certos crimes. Em sentido estrito, graça é a manifestação da indulgência soberana, da competência do Presidente da República e que se traduz na extinção total ou parcial da pena imposta na decisão condenatória transitada em julgado, pelo menos, pelo Ministério Público.

Validamente, o instituto do indulto, em relação a seus efeitos, é idêntico ao instituto da graça. Embora reine na legislação penal brasileira uma certa imprecisão na fixação dos limites entre os conceitos de graça e indulto, força é convir que a área de significado desses conceitos pode ser devidamente demarcada.

Graça é o benefício que deve ser solicitado pelo interessado, embora o Chefe do Executivo possa concedê-la espontaneamente; já o indulto é ato de vontade discricionária do Presidente da República. Além disso, é a graça a favor individual e pessoal (determinado), que se destina a um ou mais condenados, desde que

devidamente individualizados. Já o indulto é coletivo e impessoal (indeterminado), comutando penas de condenados que se encontrem na situação político-jurídico estabelecida no ato normativo.

A Constituição Federal dispõe expressamente (CF, art. 5º, XLIII) que os crimes hediondos e equiparados serão insuscetíveis de anistia e graça, tendo a legislação infraconstitucional, através do diploma legal em comento (art. 2º), efetuado o acréscimo do indulto (JESUS 2002, p. 124).

Dessa forma, o legislador ordinário foi além das causas extintivas de punibilidades mencionadas na Constituição Federal, o que vem gerando acirrados entraves doutrinários acerca da inconstitucionalidade do referido acréscimo.

Damásio Evangelista de Jesus entendeu ter o art. 2º, I, da Lei nº 8.072/92 “proibido a graça, em sentido amplo, compreendendo, na área desse conceito, a graça, em sentido estrito, e o indulto”³⁵.

Em sentido contrário posicionam-se Toron e Franco, para quem é inaceitável a proibição do indulto por Lei ordinária, pois, no art. 84, XII, a Constituição prevê expressamente o indulto e o atribui à competência discricionária do Chefe do Executivo.

Assegura Franco (2000, p. 345):

(...) dessa forma, esse poder discricionário somente encontra seus efeitos no próprio texto constitucional, não podendo ser restringido pelo legislador ordinário. O dispositivo do inc. I do art. 2º, da Lei 8.072/90 está, portanto, eivado de flagrante inconstitucionalidade no tópico que estende aos delitos especificados na referida lei à proibição do indulto³⁶.

Ressalta-se, por fim, que, em relação ao crime de tortura, definido na Lei nº 9.455, de 7.4.1997, o § 6º, do art. 1º, expressamente, afirmou: O crime de tortura é insuscetível de graça ou anistia. Dessa forma, acabou por revogar a proibição à concessão do indulto ao crime de tortura, prevista anteriormente pela Lei dos Crimes Hediondos de 1990, uma vez que, de acordo com o art. 2º, § 1º da LICC37, a lei posterior também revoga a lei anterior quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

6. CONCLUSÃO

Os crimes hediondos ou equiparados são aqueles inseridos no rol taxativo da Lei nº. 8.072/1990, sendo estes assim denominados por se tratarem de infrações mais graves que causam na sociedade um sentimento de repulsa direcionado àqueles que os cometem.

Por se tratar de uma clemência concedida pelo Presidente da República aos sentenciados, a lei infraconstitucional não pode delimitar a sua aplicação, visto que tal prerrogativa é concedida pela Constituição Federal em seu artigo 84, inciso XII, que afirma ser de competência do chefe do Executivo (Presidente da República) a concessão do Indulto, não podendo o texto infraconstitucional desrespeitar o Princípio da Separação do Poderes, atacando prerrogativa privativa do Poder Executivo.

Desta feita, cumpro ressaltar que ao redigir a Lei dos Crimes Hediondos, especificamente o artigo 2º do referido texto legal, que veda a concessão do benefício do Indulto aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, o legislador extrapolou a competência que lhe é atribuída, gerando no mundo jurídico uma inconsistência, visto que, o texto constitucional não corrobora com a supracitada vedação, pois no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, há somente a vedação expressa da concessão da graça e da anistia.

Apesar de haver doutrinadores que afirmam ser o indulto uma ramificação da graça, visto que, este trata da concessão do perdão individual ao sentenciado e àquele dispõe sobre o perdão coletivo, não há o que se falar em sinonímia dos termos, pois a própria lei ordinária traz em sua redação os três vocábulos dispostos distintamente, ou seja, anistia, graça e indulto, sendo, portanto, ilógico a repetição de termos equivalentes.

Sendo, é oportuno afirmar que a legislação supracitada fere os princípios da isonomia e da individualização da pena, pois nivela os delinquentes a um mesmo tratamento, não levando em consideração as características de cada um, bem como, do caso concreto que os envolve.

Não obstante, por se tratar de um benefício humanitário, que visa a ressocialização do indivíduo, bem como, a sua reinserção na sociedade, já é permitido a concessão do Indulto aos condenados por crimes hediondos ou equiparados que estejam acometidos por moléstia em estado avançado, sem qualquer comprovação

de cumprimento de requisitos objetivos ou subjetivos, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

Com certeza o indulto não é uma unanimidade entre os operadores do direito, muitos o consideram paternalista demais ao proporcionar extinção ou redução da pena aplicada. Contudo, no caso em comento não é a aplicação do paternalismo, mas sim da aplicação do princípio da solidariedade estatal. Que pelo menos no fim de sua vida, tenha o indivíduo um gesto de proteção do Estado e não somente o seu conhecido jus puniendi.

Diante desse nítido desencontro entre a norma constitucional que vedou somente a graça e a lei infraconstitucional que proibiu também o indulto individual e coletivo aos crimes hediondos, o magistrado que analisar o pedido de indulto humanitário, possui fundamento para declarar a inconstitucionalidade do inc. I do art. 2º. da Lei 8.072/90 diante da restrição que fez ao art. 5º., XLIII da CRFB/88. Além disso, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana sustentam o deferimento do pedido de indulto humanitário vedado pela lei dos crimes hediondos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Esther Maria de M. **Do governo dos livres e dos cativos**. Considerações sobre a história das prisões no Brasil. 2005. Disponível em: <HTTP://www.pol.org.br/debate/mateiral.cfm?id=148&mateira=769>. Acesso em: out. de 2016.

ASSIS, R.D. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/13099/public/13099131001PBpdf>> Acesso em: out. de 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Ciência do Direito Penal**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos Editora, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BITTENCOURT, Cezar Roberto, **Manual de Direito Penal – Volume 1, 6ª Ed.**, São Paulo: Saraiva, 2007,

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Emenda Constitucional nº 41 de dezembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. Acesso em: out. de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria de garantias penais**. Tradução Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2005.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direitos e garantias: a lei do mais fraco**. Tradução Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2005.

FÖPPEL, Gamil. **A função da pena na visão de Klaus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo:2000

FRINHANI, F.M.D. **Mulheres aprisionadas: representando o universo prisional**. Dissertação de (Mestrado em Psicologia) Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2004.

GRECO, Luis. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Revista Jurídica. Porto Alegre, julho 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HOLLANDA, M. V. et al. **Administração terceirizada dos estabelecimentos prisionais do Estado do Espírito Santo**. 2004. 116f. Monografia (curso de formação de Oficiais), Centro de Formação e Aperfeiçoamento, Polícia Militar do Espírito Santo, Cariacica.

JAKOBS, Günther. **Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Imputação Objetiva**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Anotações à lei 8.072 (crimes hediondos)**. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, v. 4, 2002.

LISZT, Franz Von, **A Idéia do Fim no Direito Penal**, 1º edição, São Paulo: Rideel, 2005.

LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. de Clarissa Eckert, Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução Gustavo Beyer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. Vol. I.

MAGGIORE, Giuseppe,lomão. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. **Rediscutindo os fins da pena**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/textos/x/20/00/200/>>. Acesso em: out. de 2016

MÚLTIPLA, Portal. **Direito penal do inimigo: expansão e reflexos na realidade brasileira**. 2007 Disponível em: <http://www.portalmultipla.com.br/i/f/%7B14D7BE93-DE07-43A7-B8BB-1CF5717ED34F%7D%7D_DireitoPenaldo.pdf> Acesso em: out. de 2016.

NEDER, Gizlene. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil**. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1995.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da pena e sua finalidade no Direito Penal brasileiro**. 2007. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/textos/x/12/87/1287/>> Acesso em: out. de 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. Resolução 41/128, 4. dez. 1986.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**, 7 jun. 1989.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação Versus Deslegitimação Do Sistema Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

RICARDO, Carolina de Mattos. **A prevenção do crime e da violência como dimensão necessária de uma política de segurança pública**. 2007. Disponível em:<http://www.spcv.org.br/documentos/texto_carol_out04.pdf> Acesso em: out. de 2016

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1993, p. 44.14 e 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.
Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.