



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Relações Internacionais

LIZANDRA DE ALMEIDA FERREIRA MENDES

**FACÇÕES CRIMINOSAS: Direito Penal do Inimigo como fator de crescimento do
Estado Paralelo**

**BRASÍLIA
2022**

LIZANDRA DE ALMEIDA FERREIRA MENDES

FACÇÕES CRIMINOSAS: Direito Penal do Inimigo como fator de crescimento do Estado Paralelo

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos

BRASÍLIA
2022

LIZANDRA DE ALMEIDA FERREIRA MENDES

FACÇÕES CRIMINOSAS: Direito Penal do Inimigo como fator de crescimento do Estado Paralelo

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos

Brasília, DIA MÊS 2022

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Você que ficou ao meu lado na árdua tarefa de conciliar os estudos com a maternidade. Você que sempre disse que sou capaz. Você que sempre apoiou meus planos e me permitiu concretizá-los. Você que jamais duvidou da minha capacidade. Obrigada por ter me ensinado tanto sobre amor. Você é meu exemplo de força. A você, mãe, que me acalmou e motivou nos dias difíceis.

Ao meu pai, exemplo de dedicação.

À minha irmã Yara, minha companheira de fé e de vida.

“Teu dever é lutar pelo direito, mas no dia que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça.”

Eduardo Couture

RESUMO

Analisa-se o Direito Penal do Inimigo, ideia desenvolvida pelo alemão Gunther Jakobs, com o intuito de verificar a influência da teoria no surgimento e manutenção das facções criminosas. Nesse sentido, por meio de pesquisa doutrinária, pretende-se abordar a definição da teoria, bem como confrontá-la com a Teoria do Garantismo Penal, essência do Estado Democrático de Direito. Ademais, busca-se tratar acerca das facções no sistema prisional brasileiro, o modo que surgiram e se desenvolveram. Tratando, ainda, do descompasso existente entre o marco legal aplicável à execução penal e a realidade observada no sistema prisional. Por fim, examina-se as soluções buscadas pelo Estado no combate às facções que revelam traços da aplicação do Direito Penal do Inimigo na execução penal. O tema foi escolhido porque, apesar de estarem presentes no país por quase meio século, o crime organizado tem se tornado mais evidente nos dias atuais. Diante da pandemia do COVID-19, as facções criminosas, aproveitando o sobrecarregamento do governo, têm expandido o estado paralelo em áreas abandonadas pelo Estado. A proposta fundamental do trabalho é apresentar a forma que a ausência de direitos fundamentais contribui para a subsistência das organizações criminosas.

Palavras-chaves: Direito Penal. Inimigo. Direitos Fundamentais. Sistema Prisional. Execução Penal. Facções. Organizações Criminosas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO PENAL DO INIMIGO	12
1.1 Direito Penal: Conceito e finalidade	12
1.2 Da pena	14
1.3 Teorias da Pena	15
1.3.1 Teoria Absoluta	15
1.3.2 Teoria Relativa	16
1.3.3 Teoria Unificadora	16
1.4 Teorias Extremadas da pena	17
1.4.1 Direito Penal Máximo	17
1.4.2 Abolicionismo	18
1.5 Direito Penal do Inimigo	18
1.5.1 Base filosófica	18
1.5.2 Origem	19
1.5.3 Conceito	20
1.5.4 Cidadão X Inimigo	21
1.5.5 Características	22
1.5.6 Críticas	23
1.5.7 Direito Penal do Inimigo X Garantismo	25
2 FACÇÕES CRIMINOSAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	27
2.1. Sistema Penitenciário Brasileiro	27
2.1.1 Lei de Execução Penal	28
2.1.2 Descompasso entre o marco legal aplicável à execução Penal e a Realidade observada no Sistema Prisional	30
2.1.3 O Estado de Coisas Inconstitucionais	31
2.2 Facções Criminosas	33
2.2.1 Surgimento e desenvolvimento das facções	34
2.3. O Estado no combate às facções	36
2.3.1 Colaboração Premiada	36
2.3.2 Ação Controlada	37
2.3.3 Regime Domiciliar Diferenciado	38
3. DIREITO PENAL DO INIMIGO NA EXECUÇÃO PENAL	38

3.1 Reflexos do Direito Penal do Inimigo na Execução Penal	38
3.2 Facções criminosas: Estado Paralelo ou ineficiência estatal	42
3.2.1 Violação dos direitos no âmbito do sistema penitenciário nacional	42
3.2.2 Ineficiência estatal e o surgimento das facções criminosas	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

Desde a origem da sociedade organizada há violação das normas de convivência, em razão disso tornou-se indispensável a aplicação de punições. O direito penal, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, “é uma proposta de paz. Seguindo-o, vive-se melhor. Não adotando suas regras, pune-se para obter o mesmo resultado.”¹ Sua principal missão é proteger os bens jurídicos e manter a pacificação social.

Pode-se observar que o Direito Penal está intrinsecamente ligado à organização e segurança social. Nesse contexto, diz DOTTI, citando TOLEDO:

Na atualidade, e especialmente em nosso país, assume particular relevo a advertência de que incorrem em grave e frequente equívoca a opinião pública, os administrados e o próprio legislador, “quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção radical do Direito Penal é falsa porque considera como uma espécie de panaceia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias” (TELO, *Princípios*, p. 5).²

Há uma parcela da população que defende o fim ou minimização de garantias penais e processuais para os perpetradores de crimes, sem, contudo, analisar se isso é de fato eficiente.

A pesquisa tem por objetivo analisar o crescimento das facções criminosas, tendo como tema o direito penal do inimigo e como esse pode influenciar na manutenção do crime organizado e na sua legitimação dentro das comunidades sob sua influência.

O objeto da pesquisa será a forma que a ausência de direitos fundamentais contribui para a subsistência das organizações criminosas. Quando se diz em subsistência das organizações criminosas em razão da ausência de direitos, quer se dizer que irei debruçar sobre esse fenômeno e analisar se a aplicação do Direito Penal do Inimigo de fato contribui no combate ao crime organizado, assim como é defendido por muitos.

Os especialistas afirmam que o surgimento das facções criminosas ocorreu durante a ditadura militar, isto é, há, mais ou menos, 50 (cinquenta) anos. As primeiras surgiram dentro dos presídios brasileiros em razão das péssimas condições carcerárias. O fundador do Comando Vermelho, uma das principais facções brasileiras, via a organização como a única

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal. 3º Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

² DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 6º Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

forma de sobreviver às humilhações e violências que os presos eram submetidos. Criou-se um código de conduta em que impôs como inimigo o Estado, não os outros detentos.

Não se pode pesquisar sobre o assunto desconsiderando que o crime organizado surgiu justamente pela carência de garantias e direitos fundamentais. O Direito Penal do Inimigo, também denominado funcionalismo sistêmico, desenvolvido por Gunther Jakobs, prega abolir todas as garantias fundamentais daquele considerado inimigo. É perceptível que esse sistema é incompatível com o Estado Democrático de Direito que tem como essência a Teoria do Garantismo Penal.

O tema do trabalho apresenta relevância, visto que, apesar de estarem presentes no país por quase meio século, o crime organizado tem se tornado mais evidente nos dias atuais. Diante da pandemia do COVID-19, as facções criminosas, aproveitando o sobrecarregamento do governo, têm se expandido em áreas abandonadas pelo Estado.

Num primeiro momento será exposto as premissas do surgimento da teoria de Gunther Jakobs, por meio de uma análise das teorias da pena. É necessário determinar o contexto da legitimação do Direito Penal do Inimigo dentro da sociedade. O mundo globalizado ocasionou uma transformação nas relações, resultando em um aumento das desigualdades sociais. Esse fator provocou a criação de uma sociedade marcada por medo e insegurança que fomentam sentimentos punitivistas nas pessoas. A partir disso, cresce o pensamento de que é possível resolver o problema da segurança através da aplicação do Direito Penal do Inimigo.

Além disso, é imprescindível fazer um embate entre a teoria de Jakobs e o Garantismo Penal. Conforme assevera FERRAJOLI:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade, e sob o plano jurídico, como sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.³

Como citado anteriormente, há uma parcela da população que defende o fim de garantias penais e processuais para os perpetradores do crime. A problemática gira em torno do Direito Penal do Inimigo como fator de crescimento das facções criminosas, considerando que estas surgiram em decorrência das humilhações e violências que os presos eram

³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1 ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 786.

submetidos. Ainda, há a legitimação das organizações dentro de comunidades em que o estado se mantém ausente, visto que a sociedade, abandonada à própria sorte, recebe apoio assistencial desses grupos.

Após, é importante trazer à baila como as facções tornaram-se legitimadas não apenas dentro dos presídios, mas também dentro das comunidades sob sua influência. Ou seja, é necessário primeiramente comprovar se o direito penal do inimigo é eficiente. E na segunda parte analisar como o direito penal do inimigo influencia no crescimento do estado paralelo.

Utilizou-se o método descritivo, isto é, baseada em livros e artigos, a partir do qual será buscado a motivação do surgimento e manutenção das facções, na intenção de levantar teorias, dados e consequências, questionando também a existência de nexos entre a ausência de direitos, o surgimento do crime organizado e o crescimento do estado paralelo. Será analisado ainda o comportamento do Estado na tentativa de sufocar as facções, buscando, entre alternativas, a atuação com maior eficácia para coibir o crime organizado. Ademais, se averigua a possibilidade do direito penal do inimigo ser eficiente no combate às facções criminosas, pois, sendo ineficiente, o Estado deve focar sua atuação na aplicação de políticas sociais adequadas para que se tenha uma efetiva aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

1 DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.1 Direito Penal: Conceito e finalidade

Na antiguidade as relações humanas eram reguladas pelo *jusnaturalismo*, em outras palavras, não havia lei civil regulando as relações entre os homens. Ao descobrir a importância da sociedade, que tornava o indivíduo mais forte e aumentava a sensação de segurança, foi necessário a criação de um contrato social.

Nesse contexto, as pessoas abriam mão de uma parcela da sua liberdade transferindo-a para um terceiro que tinha a responsabilidade de organizar a sociedade através da criação de regras para a convivência pacífica.

Na lição de René Ariel Dotti,

O direito comparado revela que o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todos os tempos, em todas as raças ainda as mais rudes ou regeneradas, encontramos a pena como *o malum passionais quod infligitur propter malum actionis*, como uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas de poder e da vontade de outrem.⁴

O Direito Penal evoluiu junto com a sociedade. Apesar de contribuírem para o Direito Penal atual, os castigos usados para punir aqueles que praticavam condutas incompatíveis com a vida em sociedades ainda não eram vistos como penas. Nesse sentido:

A maior parte das comunidades selvagens não tem um sistema permanente de tribunais, nem força policial, nem um governo com poderes coercivos. O costume toma o lugar da lei; a vingança é a única maneira de ministrar justiça e quase não existe o conceito de crime contra a comunidade. Os crimes do homem primitivo são, na sua maioria, agravos, ou delitos privados, cuja punição nenhuma autoridade pública toma parte.⁵

Inicialmente, aplicava-se o método da vingança privada, segundo o qual era permitido retribuir a alguém o mal que lhe foi causado. Nessa vingança era permitido a desproporcionalidade, isto é, uma reação superior à agressão sofrida. Em uma evolução, surgiu a autocomposição, ou ainda Lei de Talião, em que, embora possa se vingar, a vingança deve ser proporcional à agressão recebida.

⁴ 2 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 6ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁵ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. Direito Penal: volume 1 – parte geral. 7ª ed. Corrigida, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2019

Num segundo momento, surge a vingança divina. O direito continua sendo do homem, todavia era aplicado de acordo com a vontade dos Deuses.⁶ Acreditava-se em misticismos e forças sobrenaturais, por exemplo, eventos da natureza, como trovão, sinalizavam que os Deuses estavam em fúria e, se não houvesse sanções ou sacrifícios humanos, a ira atingiria toda a sociedade.

O Direito Romano inaugurou a vingança pública. Aqui o único legítimo para punir é o Estado, mediante penas cruéis e desumanas. É considerado de importante contribuição para o Direito Penal atual, pois se deu a criação da Lei das XII Tábuas que é um conjunto de normas que regulavam como deveriam ser as punições e julgamentos.

Durante a Idade Média predominou o Direito Canônico. Nesse período, o Estado e a religião estavam intimamente ligados, quem controlava a punição era a igreja. A pena tinha caráter de redenção, todavia eram aplicadas visando a cura do infrator. Dessa forma, confirme afirmado por Mayrink da Costa, “A pena capital era cominada de forma intensa, não apenas pelos crimes mais graves, mas também pelas infrações mais fúteis, que hoje receberiam uma multa de pequena significação.”⁷

Até então, nas palavras de GREGO, “as penas possuíam caráter aflitivo, ou seja, a infração penal era paga com o sofrimento físico e mental do criminoso”.⁸

Acerca do nascimento do Direito Penal moderno:

O princípio fundamental do *sistema teórico da lei penal* é que o delito, no sentido penal do termo, ou, mais tecnicamente, a infração, não deve ter mais nenhuma relação com a falta moral ou religiosa. A falta é uma infração à lei natural, à lei religiosa, à lei moral. O delito ou a infração penal é a ruptura com a lei, lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político. Para que haja infração é preciso haver um poder político, uma lei, e que essa lei tenha sido efetivamente formulada. Antes de a lei existir, não pode haver infração [...]

Se o delito é uma perturbação para a sociedade, se o delito não tem mais nada a ver com a falta, com a lei natural, divina e religiosa, é claro que a lei penal não pode prescrever uma vingança, a redenção de um pecado. A lei penal deve apenas permitir a reparação da perturbação causada à sociedade.⁹

⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1. 21. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

⁷ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. Direito Penal: volume 1 – parte geral. 7º ed. Corrigida, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2019

⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1. 21. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

⁹ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. Direito Penal: volume 1 – parte geral. 7º ed. Corrigida, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2019

Nessa seara, à época do iluminismo inicia-se o período humanitário do direito penal com o conseqüente surgimento das Escolas Penais. A Escola Clássica surgiu como reação ao totalitarismo do Estado Absoluto. Aqui nasceram vários princípios do Direito Penal moderno, por exemplo, o princípio da supremacia da lei e da proporcionalidade da pena ao dano que se ocasionou com o delito. Após várias Escolas, chegou-se ao Direito Penal como é conhecido atualmente.

Pode-se afirmar que a evolução histórica contribuiu para o sistema punitivo tornar-se mais humano, assim os delinquentes não podem mais ser submetidos a castigos ou penas que ferem sua dignidade ou extrapolem as finalidades da pena. O Direito Penal deve tão somente manter o equilíbrio social, através da retribuição à infração e prevenção de novos delitos.

Em harmonia com a lição doutrinária, o Direito Penal é um mecanismo de controle social que, visando proteger bens indispensáveis à vida em sociedade, qualifica determinadas condutas como infração penal, sob ameaça de sanções.

Os bens jurídicos podem ser conceituados como os valores éticos-sociais, determinados pela sociedade como essências a sua existência, que devem ser protegidos pelo direito mediante aplicação de sanções. Nesse sentido, a proteção dos bens jurídicos encontra respaldo nos princípios do Estado Democrático de Direito. Exige-se que o Estado proteja somente os bens jurídicos mais importantes e necessários, devendo interferir somente quando os outros ramos do direito não conseguirem tutelar devidamente esses bens.

No Brasil, as sanções devem ser aplicadas preservando sempre a dignidade da pessoa humana. Há princípios básicos que devem ser seguidos pelo direito penal, entre eles: (a) princípio da intervenção mínima; (b) princípio da individualização da pena; (c) princípio da humanidade das penas; (d) princípio da legalidade; (e) princípio da irretroatividade da lei penal mais severa; (f) princípio da anterioridade da lei penal. Vale ressaltar que esses princípios representam um limite ao *ius puniendi* do Estado.

1.2 Da pena

É possível conceituar pena como a consequência da prática de uma conduta considerada ilícita pelo Estado. Atualmente, há três modalidades de pena: (I) privativas de liberdade; (II) restritivas de direitos; e (III) de multa.¹⁰

Paulo César Busato assevera:

Portanto, não existe um direito de punir, posto que não é o Estado quem exige nada para si. São os demais indivíduos que exigem como direito seu que o Estado empregue o mecanismo de controle social do Direito Penal. Assim, para que o Estado remanesce somente um dever de punir e jamais um direito.

Essa é outra fórmula de limitação do Estado quanto ao exercício do mecanismo de controle social penal. Este somente estará legitimado quando represente, efetivamente, um interesse dos indivíduos em geral e não meramente por uma decisão de governo.¹¹

Nesse sentido, pode-se afirmar que o poder e dever de punir é do Estado, todavia deve-se observar os limites, implícitos ou explícitos, ao aplicar a punição. Na antiguidade, não havia limite na aplicação das penas, as punições dadas pelos soberanos eram inquestionáveis.

A pena, como é conhecida hoje, é fruto de uma longa evolução. A princípio, o corpo do infrator era quem pagava pela sua conduta ilícita.¹² O Iluminismo trouxe ao cidadão o reconhecimento do princípio da legalidade. Nesse período, Busato afirma que “perseguir-se um Direito justo e uma retribuição penal na mesma medida do dano causado”.

1.3 Teorias da Pena

1.3.1 Teoria Absoluta

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

¹¹ CÉSAR BUSATO, Paulo. Direito penal: parte geral. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017

¹² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1. 21. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

Segundo a Teoria Absoluta, ou retributiva, a função da pena é a retribuição do mal causado. A punição é, tão somente, um meio do criminoso ser penalizado por ter desrespeitado a ordem jurídica imposta pela sociedade. Considera-se que a pena é um fim em si mesma, portanto deve ser limitada pela culpabilidade.¹³

1.3.2 Teoria Relativa

Para a teoria relativa, ou preventiva, a pena é imposta visando impedir que os criminosos pratiquem novas condutas ilícitas. O objetivo principal, diferente da teoria absoluta, é a prevenção de novos delitos. Divide-se em:

a) Prevenção negativa

A ideia era de que a pena deveria servir como intimidação para a prevenção de novos crimes. Para esta teoria, o Estado ao aplicar a pena intimidava os delinquentes e a sociedade ao mostrar o que aconteceria caso eles cometessem um crime. Nesse contexto, BUSATO afirma que “essa teoria não tem em conta que a maioria dos autores de delitos atuam sob a esperança de não serem descobertos”.

b) Prevenção positiva

O foco é a ressocialização do autor do delito, visa evitar o cometimento de futuros delitos. Apesar de críticas, é a teoria que permanece vigente em inúmeros países.

1.3.3 Teoria Unificadora

Surgiu para conciliar a teoria absoluta e relativa através de um equilíbrio entre a dignidade da pessoa humana e a necessidade de satisfazer a sociedade com a punição da

¹³ CÉSAR BUSATO, Paulo. Direito penal: parte geral. 3º Edição. São Paulo: Atlas, 2017

pessoa que cometeu um delito.¹⁴ A pena é retributiva ao mesmo tempo em que busca prevenir novas infrações.

Estabelece o Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]¹⁵

Conforme se vê, a lei penal brasileira adota a teoria unificadora.

1.4 Teorias extremadas da pena

1.4.1 Direito Penal Máximo

Essa teoria sustenta que, para reduzir a criminalidade, o Direito Penal deve ser extremamente punitivo e com zero tolerância às condutas criminosas. Nas palavras de NUCCI, “é um método de aplicação do Direito Penal, cuja finalidade é punir a infração mínima a fim de não se tornar algo mais grave, sem que haja maiores freios ou limites para a aplicação de penas”.¹⁶ Nesse sentido, assevera:

Por outro lado, o direito penal máximo é um modelo de direito penal caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltado à garantia de que nenhum culpado fique impune, ainda que à custa do sacrifício de algum inocente (cf. Luigi Ferrajoli, *Direito e razão*, p. 84-85). Esse sistema vem sendo adotado, primordialmente, pelos Estados-Unidos, implicando no método vulgarmente denominado de “tolerância zero”. Dessa forma, qualquer tipo de infração penal deve ser punido severamente, com o objetivo de servir de exemplo à sociedade e buscando evitar que o agente possa cometer atos mais graves.

¹⁴ DA ROCHA COSTA, Danilo. Das penas e das teorias da pena. Jus, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43453/das-penas-e-das-teorias-da-pena>>. Acesso em: 07 de abril de 2022.

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito Penal. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Uma vadiagem, por exemplo, deve ser punida penalmente, para que não se transforme em furto e, futuramente, em roubo ou até mesmo em latrocínio.¹⁷

1.4.2 Abolicionismo

O abolicionismo penal consiste na ideia de extinção da punição através de penas. Seu pilar é a descriminalização e despenalização como soluções para a prevenção de crimes.

No dizer de Luigi Ferrajoli:

O abolicionismo penal - independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários - configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal - com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias - que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.¹⁸

1.5 Direito Penal do Inimigo

1.5.1 Base filosófica

Desde a origem da civilização há resquícios da figura inimigo. Conforme supramencionado, ao descobrir a importância da sociedade, que tornava o indivíduo mais forte e aumentava a sensação de segurança, foi necessário a criação de um contrato social.

Pode-se afirmar que o contrato social é a teoria que explica o momento em que o ser humano abdica de viver em seu estado de natureza para viver em uma sociedade regida por leis. Nas palavras de Leonel Itaussu Almeida Mello:

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito Penal. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Na sua concepção individualista, os homens viviam originalmente num estágio pré-social e pré-político, caracterizado pela mais perfeita liberdade e igualdade, denominado estado de natureza. [...]

O estado de natureza, relativamente pacífico, não está isento de inconvenientes, como a violação da propriedade (vida, liberdade e bens) que, na falta de lei estabelecida, de juiz imparcial e de força coercitiva para impor a execução das sentenças, coloca os indivíduos singulares em estado de guerra uns contra os outros.

É a necessidade de superar esses inconvenientes que, segundo Locke, leva os homens a se unirem e estabelecerem livremente entre si o *contrato social*, que realiza a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil.¹⁹

O Direito Penal do Inimigo está intimamente ligado à teoria do Contrato Social. A teoria de Günther Jakobs, apesar de afirmar não seguir a concepção abstrata proposta, possui como base filosófica os pensamentos contratualistas, principalmente, de Rousseau e Ficht. Em relação a isso, assevera:

Em correspondência com isso, diz ROUSSEAU que qualquer "malfeitor" que ataca o "Direito social" deixa de ser "membro" do Estado, pois está em guerra com ele, como prova a sentença proferida contra do malfeitor. A consequência é a seguinte: "o culpado é feito para morrer mais como inimigo do que como cidadão". Da mesma forma, argumenta FICHTE: quem abandona o contrato de cidadão em um ponto em que o contrato declarou com a sua prudência, quer voluntariamente quer por imprevidência, a rigor, perde toda a sua direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de completa ausência de direitos.²⁰

Conforme se vê, ao infringir as leis da sociedade, em outras palavras, ao infringir o Contrato Social, o infrator entra em guerra com o Estado e perde todos os seus direitos como cidadão, devendo ser caracterizado e tratado como inimigo.

Baseado nessas ideias, Jakobs divide o Direito Penal em duas vertentes: Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão.

1.5.2 Origem

¹⁹ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. "John Locke e o individualismo liberal" em WEFFORT, Francisco (org.). *Os clássicos da Política*, vol. 1. São Paulo: Ática, 1995, pp. 81-89.

²⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, p.28

Apesar da ideia inimigo já ter sido abordada anteriormente por filósofos renomados, o Direito Penal do Inimigo apareceu pela primeira vez em uma palestra realizada em 1985, na Alemanha. Todavia, a teoria não recebeu publicidade suficiente e, muito menos, aceitação das ideias.²¹

Anos depois, em 1999, Gunther Jakobs apresenta novamente o Direito Penal do Inimigo, dessa vez com uma tese diferente e fortalecida, conseguindo assim uma repercussão maior.

A teoria ganha força e, principalmente, uma radicalização, após o atentado terrorista que aconteceu nos Estados Unidos em 2001.²² Desse modo, em 2003, o jurista lança seu livro *Derecho Penal Del Inimigo* que traz os fundamentos de sua teoria.

1.5.3 Conceito

Jakobs criou um funcionalismo radical segundo o qual determina que a função do Direito Penal é a manutenção da norma. Nesse sentido, assevera Rogério Sanches Cunha:

Já de acordo com o funcionalismo sistêmico (ou radical), defendido por GÜNTHER JAKOBS, a função do Direito Penal é a de assegurar o império da norma, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado. Quando o Direito Penal é chamado a atuar, o bem jurídico protegido já foi violado, de modo que sua função primordial não pode ser a segurança de bens jurídicos, mas sim a garantia de validade do sistema.²³

E continua:

Surge assim o Direito Penal do Inimigo, cuidando de maneira própria o infiel ao sistema, aplicando-se lhe não o Direito, "vínculo entre pessoas que, por

²¹ TRENTO, Sarah Valentina. OLIVEIRA, Renan Izidoro. Surgimento do Direito Penal do Inimigo e sua aplicação na legislação estrangeira e brasileira. Jus, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82270/surgimento-do-direito-penal-do-inimigo-e-sua-aplicacao-na-legislacao-estrangeira-e-brasileira>. Acesso em: 15 de abril de 2022.

²² BARROS, Rafael. Entenda a Teoria do Direito Penal do Inimigo no Brasil. Aurum, 2020. Disponível em: < <https://www.aurum.com.br/blog/direito-penal-do-inimigo/#:~:text=Direito%20Penal%20do%20Inimigo%20%C3%A9,motivo%20de%20forte%20antagonismo%20doutrin%C3%A1rio.>>. Acesso em: 15 de abril de 2022.

²³ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 3º Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

sua vez, são titulares de direitos e deveres", mas sim a coação, repressão necessária àqueles que perderam o seu status de cidadão.²⁴

Pode-se afirmar que a base dessa teoria é a distinção entre cidadãos e inimigos, que, conforme expõe Guilherme de Souza Nucci, “estes não merecem do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais alheios.”²⁵

O Direito Penal do Inimigo, desenvolvido por Gunther Jakobs, prega abolir todas as garantias fundamentais daquele considerado inimigo. Para essa corrente, a pena não deve visar a ressocialização do indivíduo, mas sim buscar a eliminação do perigo que este representa para o Estado e reafirmar a vigência da norma:

O direito penal do inimigo não visa o caráter reeducativo ou retributivo da pena, se preocupa apenas em eliminar o perigo que tais indivíduos representam para o Estado. Para esta corrente, a ressocialização do inimigo não é algo possível, por isso em vã seria aplicar uma pena a eles como se aplica aos demais, além disso não interessa aqui a pena também a retribuição do mal causado à sociedade, mas sim a eliminação do perigo que esta gente representa para a mesma.²⁶

1.5.4 Cidadão X Inimigo

Para Jakobs, o Direito Penal deve ser dividido em duas vertentes. Em sua obra, aduz:

Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade e, por outro, o tratamento com inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.²⁷

Conforme supramencionado, o jurista defende que o Direito Penal tem como função resguardar o império normativo. Uma norma violada pode causar uma desestabilidade no

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 3º Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito Penal. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁶ Referência: ARAKAKI, Fernanda Franklin. MARQUES, Ronaldo Garcia. SOARES, Jesana Gomes. OLIVEIRA, Walysther Caio Lopes de. O Direito Penal do Inimigo no Estado Democrático de Direito. Seminário Científico do UNIFACIG, 9 e 10 set. de 2017. Disponível em: <<http://pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/semiariocientifico/article/view/467>> Acesso em: 07 out. 2021.

²⁷ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*,

sistema jurídico penal e, por isso, deve-se considerar inimigo aquele que vai de encontro à ordem social positivada na norma jurídica. O Direito Penal do Inimigo é aquele que incide sobre quem atenta contra a existência do próprio Estado. NUCCI afirma, que para a teoria, os inimigos são os terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados e outros delitos perigosos que representam guerra constante contra o Estado.²⁸

Nota-se que o conceito de inimigo é normativo, isto é, há um direito penal que deve ser aplicado contra aquele que se desvia do império normativo e, assim, representa um perigo ao convívio social. Pois bem:

Quem não se presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoa não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve trata-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.²⁹

Em relação ao Direito Penal do cidadão, a princípio vale ressaltar que a expressão cidadão significa o “Indivíduo que, por ser membro de um Estado, tem seus direitos civis e políticos garantidos, tendo de respeitar os deveres que lhe são conferidos”.³⁰

Diferente do inimigo, o cidadão oferece garantia à vida em sociedade. Nesse sentido, menciona Jakobs que “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”.³¹ Neste aspecto, aduz também que “quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo”.³²

1.5.5 Características

MELIÁ, acerca do Direito Penal do inimigo, assevera:

Segundo Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito Penal. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*,

³⁰ CIDADÃO. Dicio. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/cidadao/> > Acesso em: 16 de abril de 2022.

³¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*,

³² JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*,

jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.³³

No que diz respeito às características da teoria, Gomes tem o seguinte entendimento:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.³⁴

É notório que a sanção punitiva deve alcançar também a conduta planejada, isto é, deve-se punir a periculosidade que o inimigo representa perante a sociedade. Vale ressaltar que, associado a esse aspecto, o Estado teria o poder de aplicar penas caracterizadas pela inexistência de limites, ainda poderia suprimir ou relativizar garantias processuais.

1.5.6 Críticas

Desde a primeira exposição, na palestra realizada na Alemanha em 1985, o Direito Penal do Inimigo sofreu inúmeras críticas.

³³ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*,

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

Sobre isso:

[...] o Direito Penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV); (x) das TVs é preciso “sair sangue” [...] a população está aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; (bb) o Direito Penal surge como solução para aniquilar o inimigo; (cc) o político apresenta o Direito Penal como o primeiro remédio para isso; (dd) o Direito Penal tornou-se um produto de mercado;³⁹

GOMES leciona, em relação ao pensamento de Zaffanori:

[...] pode-se concluir: desde 1980, especialmente nos EUA, o sistema penal vem sendo utilizado para encher os presídios. Isso se coaduna com a política econômica neoliberal. [...] Considerando-se a dificuldade de se encarcerar gente das classes mais bem posicionadas, incrementou-se a incidência do sistema penal sobre os excluídos. O Direito Penal da era da globalização caracteriza-se (sobretudo) pela prisionização em massa dos marginalizados.⁴⁰

Nota-se que o sistema penal é seletivo, aplicar o Direito Penal do Inimigo seria reforçar a incidência das leis penais, principalmente, na massa dos excluídos e marginalizados.

Ainda, há o fato de que o Direito Penal do Inimigo vai de encontro aos principais fundamentos da teoria do garantismo penal, essência do Estado Democrático de Direito.

1.5.7 Direito Penal do Inimigo X Garantismo

Nas palavras de FERRAJOLI,

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

liberdade, e sob o plano jurídico, como sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.⁴¹

O garantismo penal é entendido como uma doutrina que visa proteger os direitos da pessoa humana através da preservação de direitos e garantias fundamentais. Essa teoria é a essência do Estado Democrático de Direito.

Para Joaquim José Gomes Canotilho um fiel entendimento do Estado Democrático de Direito requer que se conheça o conceito de Estado de Não Direito:

É aquele — repita-se — em que as leis valem apenas por serem leis do poder e têm à sua mão força para se fazerem obedecer. É aquele que identifica direito e força, fazendo crer que são direito mesmo as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais desumanas. É aquele em que o capricho dos déspotas, a vontade dos chefes, a ordem do partido e os interesses de classe se impõem com violência aos cidadãos. É aquele em que se negam a pessoas ou grupos de pessoas os direitos inalienáveis dos indivíduos e dos povos.⁴²

O chamada Estado Democrático de Direito pode ser definido como

tipo de Estado em cujo âmbito o poder deve ser exercido juridicamente, conforme valores democráticos, em busca da efetiva implantação das condições necessárias ao pleno exercício dos direitos fundados na dignidade da pessoa humana.⁴³

Esclarece CANOTILHO que “O Estado de direito é um Estado de direitos fundamentais”⁴⁴. No mesmo sentido, afirma Jose Afonso da Silva que “é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática”⁴⁵. Em outras palavras, o Estado de direito é inseparável dos direitos fundamentais e deve-se se respeitar o postulado Constituição para o pleno exercício dos direitos e garantias fundados na dignidade da pessoa humana.

Nota-se assim que, assim como no Estado de Direito, o respeito aos direitos fundamentais é a ideia central da teoria do Garantismo Penal.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1 ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 786.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1 ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 786.

⁴³ BERNADES, Juliano. FERREIRA, Olavo Augusto. Direito Constitucional: Tomo I – Teoria da Constituição. 7º Edição. Salvador: JusPODIVM, 2017.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Estado de Direito. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>. Acesso em: 28 de maio de 2022

⁴⁵ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

Dito isso, é notório que o Direito Penal do Inimigo é incompatível com um Estado de Direito, visto que para a teoria os direitos e garantias fundamentais dos inimigos são relativados ou abolidos.

A Constituição da República Federativa do Brasil é garantista, em outras palavras, funda-se na Teoria do Garantismo Penal. Os direitos fundamentais devem ser respeitados e a intervenção da lei penal deve ser mínima, minimizando o poder punitivo e garantindo ao máximo a liberdade dos cidadãos⁴⁶.

2 FACÇÕES CRIMINOSAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

2.1 Sistema Penitenciário Brasileiro

O sistema prisional surgiu durante a Idade Média. À época a punição era através do suplicio público, isto é, através de intensas punições corporais que eram assistidas pelo povo. A punição pública foi substituída pela privação de liberdade - os criminosos ficavam recolhidos para que se arrependessem do delito.⁴⁷

Os ingleses, inspirados, criaram uma prisão para correção dos delinquentes. Construiu-se o *House of Correction*, primeira penitenciária destinada ao encarceramento dos condenados.

No Brasil, a primeira penitenciária surgiu através da Carta Régia de 1796 que mandava “criar na cidade do Rio de Janeiro uma casa de correção destinada a receber homens e mulheres considerados ociosos e desordeiros pelas autoridades coloniais”⁴⁸. Todavia, a

⁴⁶ NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do Garantismo Penal e o Princípio da Legalidade. Disponível em: <https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2022

⁴⁷ Uma análise do sistema prisional brasileiro: problemas e soluções. Centro de Liderança Pública, 2022. Disponível em: <https://www.clp.org.br/uma-analise-do-sistema-prisional-brasileiro-problemas-e-solucoes/>. Acesso em: 08 de julho de 2022.

⁴⁸ Casa de Correção. O arquivo nacional e a História Luso-brasileira, 2018. Disponível em: http://historialuso.an.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4818:casa-de-correcao&catid=201&Itemid=215. Acesso em: 08 de julho de 2022.

prisão como é conhecida hoje, com celas individuais e arquitetura própria, surgiu apenas no século XIX, com a criação do Código Penal de 1890.⁴⁹

Segundo doutrinadores, quanto à execução das penas, neste momento existem três sistemas penitenciários: pensilvânico, alburniano e o progressivo.

No sistema pensilvânico, a principal característica é o isolamento absoluto - os reclusos não podem interagir entre si ou com o mundo exterior. Logo após, surgiu o sistema alburniano, em que, apesar da exigência de silêncio absoluto entre os presos, o indivíduo interagia com os outros reclusos através do sistema coletivo de trabalho que existia dentro das penitenciárias. Esses sistemas sofreram inúmeras críticas em razão da sua rigidez e dificuldade de readaptação social do condenado.⁵⁰

Por fim, criou-se o sistema progressivo, que é adotado hoje no Brasil. Divide-se a condenação em etapas para analisar se as condutas do preso estão progredindo ou regredindo, objetivando a sua readaptação social.⁵¹

O sistema penitenciário brasileiro, seguindo ao princípio da adequação social⁵², passou por inúmeras alterações. Destacando-se, entre essas alterações, a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Execução Penal, que introduziu questões de direitos humanos e direitos fundamentais.

2.1.1. Lei de Execução Penal

Execução penal é a fase em que, através do cumprimento da pena, a sentença é efetivada. A Lei de Execução Penal, instrumento normativo que estabelece as principais

⁴⁹ MACHADO, Ana. SOUZA, Ana. SOUZA, Mariani. Sistema Penitenciário Brasileiro – origem, atualidade e exemplos funcionais. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e direito, v. 10, n. 10, 2013. Disponível em: <http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-02-35/2013-02-07-03-03-11/283-rcd/v10n10/2279-v10n10a09.html>. Acesso em: 08 de julho de 2022.

⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do CP – volume 1 / Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini – 34. Ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

⁵¹ SANTOS, Carlos Eduardo. Sistemas penitenciários e o princípio da proporcionalidade. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326810/sistemas-penitenciarios-e-o-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 10 de julho de 2022

⁵² O princípio da adequação social estabelece que a legislação deve estar de acordo com a ordem social vigente.

regras da fase de execução penal, dispõe em seu art. 1º que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.⁵³

Nas lições de CUNHA, a pena possui finalidade retributiva, preventiva e reeducativa. É através da execução penal que se concretiza esses objetivos, ocorrendo a “restauração da norma jurídica violada pela ação criminosa, retribuindo o mal causado, prevenindo futuras ações delituosas, sem desconsiderar a ressocialização do delinquente”.⁵⁴

A Lei de Execução Penal estabelece que serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, ainda não haverá distinções de natureza racial, social, religiosa ou política.⁵⁵ Todas as normas devem subordinar-se à Constituição que possui como ideia central direitos e garantias fundados na dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, durante a execução penal deve-se observar todos os direitos e garantias fundamentais não atingidos pela restrição do direito de ir e vir, por exemplo deve-se respeitar a integridade física e moral dos presos.

Ressalta-se que as normas infraconstitucionais devem adaptar-se aos princípios constitucionais para que seja considerada válida. Desse modo, a Lei de Execução Penal, visando respeito ao imposto na Constituição, estabelece inúmeros direitos e princípios que devem ser aplicados durante o cumprimento da pena para assegurar a dignidade do condenado.

Constituem direitos do preso:

Art. 41 (...)

I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da

⁵³ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL.

⁵⁴ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 3º Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

⁵⁵ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL

pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Ademais, é dever do Estado oferecer ao preso assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.⁵⁶ A norma exige ainda que os condenados sejam alojados em celas individuais, com área mínima de 6m² e que tenha fatores adequados à existência humana.

Seguindo ao que dispõe a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal determina também que a pena seja individualizada.

Verifica-se que o maior objetivo da Lei é, além de promover a reintegração do condenado, estabelecer uma execução penal que respeite a dignidade dos apenados.

2.1.2 Descompasso entre o marco legal aplicável à execução Penal e a Realidade observada no Sistema Prisional

A execução penal para alcançar seu objetivo de retribuição da pena e ressocialização do infrator requer o estrito respeito à Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, entretanto o desrespeito dessas leis dentro da penitenciária torna o sistema prisional brasileiro ineficaz.

Nas penitenciárias observa-se que não há condições adequadas para uma existência digna dos presos. O Brasil enfrenta problemas, principalmente, relacionados à superlotação, violência e insalubridade. Segundo dados, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo.⁵⁷ Os levantamentos de 2021 apontam que o sistema penitenciário possui 440.530 vagas e há, ao todo, 682.182 presos, o que representa uma superlotação de 54,9%.⁵⁸

⁵⁶ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL

⁵⁷ NASCIMENTO, Stephany. Sistema carcerário brasileiro: a realidade das prisões no Brasil. Politize, 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistema-carcerario-brasileiro/>. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

⁵⁸ SILVA, Camila. GRANDIN, Felipe. CAESAR, Gabriela. REIS, Thiago. População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia. G1, 2021. Disponível em:

Em razão da superlotação, a estrutura das penitenciárias não é suficiente, o que ocasiona uma impossibilidade em manter condições físicas e humanas para se viver, além de dificultar o controle da violência. Nesse sentido, conforme relatório elaborado por comissão da ONU

as condições dos ambientes de detenções, que incluíam instituições psiquiátricas, postos policiais, centros socioeducacionais para crianças, presídios e penitenciárias, estavam em condições tidas como “cruéis, desumanas ou degradantes” para os internos. Essas condições, diz o documento, são desencadeadas por uma grave superlotação desses espaços, o que também causa impactos nas condições de vida, dificultando o acesso a itens básicos como comida, água e atendimento médico.⁵⁹

Os governantes são os principais responsáveis pela violação da dignidade dos presos, visto que não investem em políticas para assegurar os mínimos direitos aos apenados. A Constituição Federal e a Lei de Execução Penal elencam inúmeros direitos que devem ser respeitados, todavia verifica-se que dentro do sistema prisional os direitos mínimos e fundamentais são flagrantemente desrespeitados.

Vale destacar que 31,9% do total de presos são provisórios, isto é, indivíduo que está sendo mantido preso antes do julgamento. Essa quantidade está em desacordo com a presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), norma constitucional que impede a antecipação da pena.

Ainda, em relação às condições gerais de encarceramento no Brasil:

32% de presos provisórios, 13% presos que trabalham (geralmente em limpeza e outras atividades dentro da prisão) e 12% presos que estudam. Ela apontou que, apesar do aumento do encarceramento feminino, apenas 16% das unidades prisionais têm espaços para gestantes e lactantes.⁶⁰

Verifica-se que o sistema prisional está em crise, os direitos mínimos não são cumpridos dentro dos presídios e isso impede o presidiário de usufruir de condições de vida digna.

<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

⁵⁹ LEITÃO, Carolina Sá. Relatório da ONU faz duras críticas ao sistema penitenciário Brasileiro. Diário de Pernambuco, 2016. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/brasil/2016/02/relatorio-da-onu-faz-duras-criticas-ao-sistema-penitenciario-brasileir.html>. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

⁶⁰ OLIVEIRA, José Carlos. ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”. Câmara dos deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

2.1.3. O Estado de Coisas Inconstitucionais

O Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) é um instituto que surgiu na Colômbia visando combater a violação ampla e generalizada de direitos fundamentais ocasionada pela omissão estatal. Criou-se a possibilidade do Poder Judiciário interferir nos poderes Legislativo e Executivo ao exigir a elaboração de políticas públicas para efetivar direitos e garantias fundamentais. Segundo o jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos, são pressupostos para reconhecer o ECI:

- a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas;
- b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos;
- c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas;
- e
- d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.⁶¹

A constituição federal estabelece, em seu art. 5, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Desse modo, é dever do Poder Judiciário assegurar a efetivação dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, entende pela possibilidade do Judiciário interferir nos outros poderes mediante a exigência de políticas públicas para que os direitos do indivíduo sejam protegidos.

Diante das condições do sistema prisional, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais nas penitenciárias brasileiras. Requerido pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), objetivava-se resolver os problemas

⁶¹ Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional. Dizer o Direito, 2015. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>. Acesso em: 02 de agosto de 2022.

de superlotação e as condições degradantes do encarceramento atrás da interferência direta da Suprema Corte na elaboração e execução de políticas públicas.⁶²

A petição inicial, instruída com estudos da clínica da UERJ de Direito, constatou que

nos presídios e delegacias, por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, que convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, “dentro” das paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios, barracos ou contêineres. Muitas vezes, precisam se revezar para dormir.

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.

Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento.

[...]

O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro.⁶³

Assim, apontou como pressupostos presentes para reconhecer o ECI a

- a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;
- b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura;
- c) situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.⁶⁴

⁶² CABRAL, Thiago. Estado de Coisas Inconstitucional: análise do julgamento da DPF 347. Canal de ciências criminais, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/analise-do-julgamento-da-adpf-347/>. Acesso em: 02 de agosto de 2022.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 02 ago 2022.

⁶⁴ Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional. Dizer o Direito, 2015. Disponível em:

As normas brasileiras, em especial a Constituição Federal e Lei de Execução Penal, estabelecem inúmeros direitos visando garantir a dignidade dos indivíduos durante o cumprimento da pena, todavia o que se observa é um quadro calamitoso e de violação de direitos fundamentais básicos dentro dos presídios.

Por isso, em razão da comprovação dos pressupostos e da evidente violação ampla e generalizada de direitos fundamentais, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

2.2 Facções Criminosas

2.2.1 Surgimento e desenvolvimento das facções

Os principais grupos criminosos, por exemplo, as Máfias Italianas e as Tríades chinesas, apresentam em comum o surgimento como meio de defesa contra os abusos cometidos por aqueles que detinham o poder⁶⁵. No Brasil, não foi diferente.

Conforme supramencionado, os especialistas afirmam que o surgimento das facções criminosas ocorreu durante a ditadura militar em razão dos abusos e violências que os presos eram submetidos.

A primeira facção criminosa, Falange Vermelha, hoje conhecida como Comando Vermelho (CV), surgiu no interior do presídio da Ilha Grande, no Rio de Janeiro, durante o regime militar. À época, os presos eram mantidos juntos, assim os presos comuns aprenderam com os presos políticos formas de se organizar.

Foi nessa convivência opressiva e desumana que, em junho de 1979, germinou a semente do Comando sob o lema “Paz, Justiça e Liberdade”. A união parece óbvia em uma prisão na qual, como nas de hoje, os ladrões de carteira estão misturados com assassinos em série. Os criminosos comuns

<https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>. Acesso em: 02 ago 2022.

⁶⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. GONÇALEZ, Alline Gonçalves. BONAGURA, Anna Paola et al. Crime organizado. Jus, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5529/crime-organizado>. Acesso em: 02 de ago 2022.

que seriam os fundadores de uma das facções mais perigosas do Brasil compartilhavam espaço com presos enquadrados na Lei de Segurança Nacional da ditadura que, para neutralizar os adversários, incluía de conspiradores a ladrões de banco e sequestradores.

Os pais do Comando Vermelho logo se interessaram pelos valores, livros e métodos mais sofisticados dos colegas de cela, mas principalmente encontraram na união a fórmula para sobreviver em um ambiente onde outros grupos de presos espalhavam o terror com estupros, torturas e assassinatos. A primeira regra era “respeito ao companheiro” e seu primeiro nome conhecido foi Falange Vermelha.⁶⁶

Aprendeu-se táticas para, em grupo, sobreviver contra as humilhações sofridas – o inimigo passou a ser o Estado, e não os outros detentos. Segundo William da Silva, um dos líderes do grupo, a facção era fruto da repressão, do tratamento desumano, dos espancamentos, gerando então a resistência por parte dos detentos.⁶⁷

Com a organização, a vida dentro da penitenciária melhorou drasticamente, desse modo, as ideias do grupo passou a ser disseminada e adotadas pelos outros presídios do país.

Inspirados pela facção carioca, nasceu a facção Primeiro Comando Capital (PCC), na Casa de Custódia de Taubaté, em São Paulo. Segundo SOUZA, ao fundar a organização, a ideia “era criar um partido que defendesse os direitos dos presos”.⁶⁸ Sobre essa facção:

Conhecimento popularmente como PCC, a facção criminosa paulista teve início na tarde do dia 31 de agosto de 1993, durante um jogo de futebol na Casa de Custódia “Pinheirão”.

[...]

Entre uma conversa e outra, discutiu-se a criação de uma fraternidade de presos, com um único objetivo: evitar que se repetissem eventos como o ‘massacre do Carandiru’ – como ficou conhecida a rebelião no pavilhão 9 da extinta Casa de Detenção do Carandiru, no dia 2 de outubro de 1992, um dos episódios mais sangrentos da história penitenciária mundial. A lógica do grupo era de que, criando uma hierarquia entre os presos, seria possível evitar conflitos internos, como o que serviu de estopim para a rebelião no Carandiru, e ainda combater os maus tratos e exigir melhores condições aos presos do Estado.⁶⁹

⁶⁶ MARTIN, Maria. O comando vermelho, do presídio em uma ilha paradisíaca à guerra sangrenta por território. El país, 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/13/politica/1484319135_043725.html#:~:text=Os%20criminosos%20comuns%20que%20seriam,ladr%C3%B5es%20de%20banco%20e%20sequestradores.. Acesso em: 02 ago 2022.

⁶⁷ SENHORA liberdade. Direção: Caco Souza. Fotografia: Caco Souza,2004. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-lCHgA93XhQ&t=436s>.

⁶⁸ SOUZA, Fátima. PCC: a facção. Rio de Janeiro: Record, 2007.

⁶⁹ BERGAMIN, Beatriz. PCC e as facções criminosas. Politize, 2019. Disponível em <https://www.politize.com.br/pcc-e-faccoes-criminosas/>. Acesso em: 04 ago 2022.

O PCC e o Comando Vermelho são consideradas as maiores facções do país. Conforme se vê, ambas surgiram em razão das péssimas condições de vida oferecidas nas penitenciárias. Ademais, tem conseguido se expandir cada vez mais em razão da sua organização estruturada.

Em uma tentativa de coibir as facções criminosas, as autoridades separaram os integrantes do grupo mandando-os para unidades prisionais em diversos Estados, todavia obteve-se o efeito reverso. As ideias e objetivos do grupo passaram a ser compartilhadas em diversos presídios e os detentos, cansados das humilhações sofridas, aliavam-se ao crime organizado.

Em entrevista à Rede Globo, o representante do PCC diz: “não somos contra o governo, mas somos contra a injustiça, abuso de poder, maus tratos, espancamentos e violência há anos às classes pobres nesse País”.⁷⁰ Vale ressaltar que os integrantes da facção juravam fidelidade ao estatuto da organização e recebiam, em troca, meios dignos de se viver dentro da cadeia, por exemplo, passavam a receber vestimentas e alimentos adequados.

2.3 O Estado no combate às facções

Em uma tentativa de combater o crime organizado, o Poder Legislativo precisou elaborar normas para minimizar a atuação das organizações.

A primeira norma, lei nº 9.034/95, recebeu inúmeras críticas, visto que, apesar de dispor acerca de técnicas investigativas no combate ao crime, sequer trouxe o conceito do que seria uma organização criminosa.

Em 2013, surgiu uma nova lei que, além de conceituar crime organizado, revogou expressamente a lei nº 9.034/95 e trouxe novos mecanismos processuais para sufocar o crime organizado, por exemplo, regulamentou a Colaboração Premiada e a Ação Controlada.⁷¹

⁷⁰ BIGOLI, P. dos S.; BEZERRA, E. B. E. FACÇÕES CRIMINOSAS: O CASO DO PCC - PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL. *Colloquium Humanarum*. ISSN: 1809-8207, [S. l.], v. 11, n. 3, p. 71–84, 2015. Disponível em: <https://journal.unoeste.br/index.php/ch/article/view/1209>. Acesso em: 04 ago. 2022.

⁷¹ SANTOS JUNIOR, Nelson da Rocha. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E FACÇÃO CRIMINOSA. 2015. 41 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Metropolitana de Santos, Santos,

2.3.1 Colaboração Premiada

A colaboração Premiada é um instituto regulamentado pela lei nº 12.850/2013 que visa obter provas para punir os integrantes de organizações criminosas. Dispõe a lei:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.⁷²

Em síntese, o autor do delito pode obter perdão judicial, redução ou substituição da pena, caso permita que o Estado conquiste conhecimento eficaz para combater o crime organizado.

2.3.2 Ação Controlada

Em regra, ao tomar conhecimento de uma infração penal em curso, a autoridade policial deverá agir para que cesse o delito. Excepcionalmente, há casos em que aguardar o

2015. Disponível em: <https://periodicos.unimesvirtual.com.br/index.php/direito/article/view/795/678>. Acesso em: 04 ago 2022

⁷² BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.

momento certo de intervir é mais vantajoso, em outras palavras, é possível obter maiores vantagens para a persecução penal.⁷³

A ação controlada ganhou destaque internacionalmente como um dos mecanismos processuais para combater o crime organizado. De acordo com a lei 12.850/2012, consiste

em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.⁷⁴

Vale destacar que não se confunde o flagrante retardado com o flagrante preparado. No flagrante preparado a autoridade induz alguém à prática do crime. Já o flagrante preparado diz respeito a ação controlada – a autoridade espera o melhor momento para o flagrante visando reunir mais provas e informações contra os membros da organização criminosa.

2.3.3 Regime Disciplinar Diferenciado

O regime disciplinar diferenciado (RDD) é uma sanção disciplinar prevista no art. 53 da LEP. A princípio surgiu como mecanismo de combate às facções criminosas - foi uma resposta as rebeliões que ocorreram, coordenadas pelo PCC, simultaneamente em 19 penitenciárias do país.

Pode ser aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que (I) apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade e (II) sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.⁷⁵

Ainda, possui duração máxima de até 2 (dois) anos, durante esse período o preso fica recolhido em cela individual e tem direito a visitas quinzenais de duas pessoas com duração

⁷³ Em que consiste a ação controlada? Dizer o Direito, 2015. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/11/em-que-consiste-acao-controlada.html>>. Acesso em: 04 de ago. 2022

⁷⁴ BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.

⁷⁵ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL.

de 2 (duas) horas e sair da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupo de até 4 (quatro) presos, vedado o contato com presos do mesmo grupo criminoso.⁷⁶

Apesar das inúmeras críticas, alegando inconstitucionalidade do instituto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade de sua aplicação.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA EXECUÇÃO PENAL

3.1 Reflexos do Direito Penal do Inimigo na Execução Penal

Conforme supramencionado, há juristas que afirmam que o direito penal do inimigo alude ao Nazismo.⁷⁷ À época, os judeus e alguns outros grupos, tais como ciganos e homossexuais, eram considerados inimigos do Estado e, como punição, perdiam os direitos que as pessoas que eram consideradas cidadãs alemãs possuíam.⁷⁸

Outro fato histórico que deu repercussão ao conceito de inimigo foi o atentado terrorista ocorrido nos Estados Unidos em 2001. Após o ataque entrou em vigor em alguns países inúmeras normas que permitiam violação de direitos fundamentais básicos, admitia-se inclusive a tortura, se houvesse indícios que o sujeito era terrorista.⁷⁹

Com a minimização de garantias penais aos criminosos, transmitiu-se à população, aterrizada pelo medo, uma sensação de segurança. Nesse contexto, entra o direito penal de emergência que “nada mais é do que a elaboração de leis rápidas motivadas por casos que chocam profundamente a população, e que objetivam transmitir uma sensação de segurança e de um Estado atuante”.⁸⁰

⁷⁶ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL.

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

⁷⁸ CARDOSO, Vitória Marques. MIYAGAWA, Vivian Akemi. ALMEIDA, Roberto Ribeiro. *Direito Penal do Inimigo e suas raízes no Terceiro Reich*. JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/1114262823/direito-penal-do-inimigo-e-suas-raizes-no-terceiro-rei-ch>. Acesso em: 19 ago. 2022

⁷⁹ TOMÉ, Semiramys. NETO, José Afonso. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51860/reflexoes-sobre-a-aplicacao-do-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jackobs-na-guerra-contra-o-terror>. Acesso em: 19 ago. 2022

⁸⁰ MENDES, Eloisa. CAMPELO, Raissa. *Legislação Penal de Emergência: crise de intervenção mínima do Direito Penal*. Vertentes do Direito, vol. 5, n. 1, p. 82-109, 2018.

A cultura da emergência vem entrelaçada a uma ideia de risco, voltada para uma população amedrontada que convive diretamente com a criminalidade [...] o legislador quando cede ao clamor social, acaba por oferecer o direito penal como solução para todos os males sociais e conseqüentemente leva esse ramo do direito a um retrocesso.

[...]

A utilização de leis de emergência tornou-se corriqueira socialmente, o medo estabelecido pela criminalidade e difundido pela mídia bem como a ilusão de segurança trazida pela emergência, faz com que a vontade de solucionar a criminalidade se sobreponha aos conceitos básicos do direito. Nessa acepção, Hassamer (1993), considera lamentável que a sociedade, quando se sente ameaçada, priorize solucionar o problema, mesmo que, para isso, sejam violados os Direitos Fundamentais.⁸¹

Uma sociedade amedrontada é o terreno ideal para a instalação do Direito Penal do Inimigo. E, visando ceder ao clamor social, o Direito Penal de Emergência é utilizado para trazer uma sensação de segurança. Pode-se afirmar que o Direito de emergência é uma consequência direta do direito penal do inimigo, visto que, para os defensores da teoria, o excesso de punição é o melhor meio de combater a criminalidade.

Nas lições do magistrado Alberto Silva Franco, as normas emergenciais se afastam dos fundamentos básicos do Direito Penal, sendo ineficazes em proteger verdadeiramente os bens jurídicos, ressalta, ainda, que a intenção das tutelas de emergência é, tão somente, dar à sociedade a sensação de que o Estado possui controle frente à criminalidade.⁸²

Paralelo ao surgimento das facções criminosas, o número de crimes violentos aumentou drasticamente. Ante a necessidade de acalmar a população em pânico pela onda de violência, publicou-se a Lei de Crimes Hediondos – norma emergencial com efeitos imediatistas e ineficazes.

Nessa seara:

Estavam ainda causando impacto no povo os sequestros de pessoas bem situadas na vida econômica, social e política, e a mídia passou a sacudir a opinião pública, que encontrou ressonância no Poder Legislativo, que aprovou o projeto de lei do senado, através de votos de lideranças, sem qualquer discussão, logo sem legitimidade e representatividade.⁸³

Segundo definição do Conselho Nacional do Ministério Público, o termo hediondo qualifica o crime que causa repulsa. A lei deu aos crimes dessa natureza uma punição mais severa, inclusive, por exemplo, excluindo a concessão de anistia e fiança para os delitos tipificados na norma. O objetivo era diminuir os crimes dessa natureza, todavia, na prática,

⁸¹ MENDES, Eloisa. CAMPELO, Raissa. Legislação Penal de Emergência: crise de intervenção mínima do Direito Penal. Vertentes do Direito, vol. 5, n. 1, p. 82-109, 2018.

⁸² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 10 p.

⁸³ ONÇALVES, Victor. Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura. São Paulo: Saraiva, 2001.

houve somente uma imediata sensação de segurança, sem qualquer diminuição no índice de criminalidade.

A legislação estabeleceu tratamento diferenciado, com supressão de garantias penais básicas, aos perpetradores dos delitos mais graves, em outras palavras, aos que cometiam crimes hediondos. Esta lei, aprovada às pressas numa tentativa de acalmar a população amedrontada, foi de encontro a história da pena e aos princípios fundamentais básicos. Observa-se que foi ultrapassado os limites estabelecidos pela Constituição. Por exemplo, ao considerar os crimes tipificados como hediondos como inafiançáveis há afronta direito ao princípio da presunção de inocência.

Vale ressaltar que, diante de uma lei com tratamento mais duro aos criminosos, o Supremo Tribunal Federal já declarou artigos da norma como inconstitucionais:

No caso analisado, um homem foi condenado por tráfico de drogas. Em primeira instância, a pena foi substituída por duas restritivas de direito. Após recurso do Ministério Público estadual, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais considerou inadequada a aplicação da causa minorante ao entender ter sido comprovada a ligação do acusado com o comércio ilícito de drogas, e concretizou a pena em cinco anos de reclusão, em regime inicial fechado, com base no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Crimes Hediondos.

Segundo o dispositivo, nos crimes hediondos e equiparados (entre eles tráfico de drogas), a pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado. Esse item, no entanto, foi declarado inconstitucional, de forma incidental, pelo Plenário do STF no julgamento do Habeas Corpus 111.840.

[...]

O ministro lembrou, ainda, a necessidade de se observar o princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI) na definição do regime prisional.⁸⁴

A princípio, a norma estabelecia também proibição da progressão para os crimes hediondos. Outra clara inconstitucionalidade reconhecida pelo STF. Para o jurista Sepúlveda Pertence, “de nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto a sua efetiva execução”⁸⁵.

⁸⁴ STF impede estabelecer regime prisional com base em caráter hediondo do crime. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-17/stf-veda-regime-prisional-baseado- apenas-hediondez-crime#:~:text=Segundo%20o%20dispositivo%2C%20nos%20crimes,julgamento%20do%20Habeas%20Corpus%20111.840>. Acesso em: 19 de ago 2022

⁸⁵ MOREIRA, Rômulo. A proibição da progressão para hediondos é inconstitucional sim. Consultor jurídico, 2006. Disponível em:

Ademais, além da afronta ao princípio da individualização da pena, ofendia-se também o Código Penal ⁸⁶ e a Lei de Execução Penal ⁸⁷.

Há inúmeros reflexos do Direito Penal do Inimigo na Lei de Crimes Hediondos, percebe-se a tentativa de rotular como inimigos os que cometem crimes considerados hediondos, tratando-os de forma diferenciada dos outros criminosos, inclusive, suprimindo garantias e direitos fundamentais básicos.

Outro reflexo do Direito Penal do Inimigo é a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. Há a punição do autor tão somente pelas suspeitas de envolvimento ou participação em organização criminosa, sem levar em conta o delito cometido.

Apesar do Direito Penal do Inimigo, em tese, não ser aplicável no Brasil, existem inúmeras leis em âmbito penal que trazem resquícios da teoria.

3.2 Facções criminosas: Estado Paralelo ou ineficiência estatal

3.2.1 Violação dos direitos no âmbito do sistema penitenciário nacional

No sistema penitenciário nacional há violação de inúmeros direitos fundamentais e direitos humanos, previstos, respectivamente, na Constituição e em Tratados Internacionais.

O art. 5º da Constituição Federal determina:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...) ⁸⁸

Vale ressaltar que o direito à vida, inerente a pessoa humana, diz respeito não somente à sobrevivência física, mas também abrange o direito a uma existência digna. Nas lições de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino,

o direito fundamental a vida possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito à integridade física e psíquica (desdobrando-se no direito à

https://www.conjur.com.br/2006-mar-02/proibicao_progressao_regime_inconstitucional_sim. Acesso em: 19 de ago 2022

⁸⁶ **Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...) **III** - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

⁸⁷ **Art. 112**. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos (...)

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

saúde, na vedação à pena de morte, na proibição do aborto, etc.); em sentido mais amplo, significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana.⁸⁹

O que se observa nas penitenciárias brasileiras é que os presos sofrem violência sexual, torturas e agressões físicas. Ainda, assistência médica e estrutura física são extremamente limitados.⁹⁰ Pode-se afirmar que os requisitos mínimos para uma existência condigna à natureza humana não são assegurados, sequer o direito fundamental à vida é respeitado.

Além de ofender o direito básico à vida, ofende-se também inúmeros outros previstos na lei maior, por exemplo, ofende-se o repúdio ao tratamento desumano ou degradante.

Tem-se como maior problema das penitenciárias a superlotação – fator desencadeador dos outros problemas do sistema penitenciário. Acerca disso, Dráuzio Varrela, médico que trabalhou em presídios, assevera:

A restrição do espaço físico gera três consequências adaptativas em primatas como nós. A primeira é a perda do valor da força física. Nas ruas, o mais forte bate no outro e vai para casa. Na cadeia, agressor e agredido são obrigados a conviver sob o mesmo teto. Um dos homens mais musculosos que conheci no Carandiru foi assassinado na cela enquanto dormia, por Zé Pequeno, ladrão magrinho com um metro e meio de altura, se tanto. Assim como entre os chimpanzés, nos agrupamentos humanos a liderança não é exercida necessariamente pelo mais forte, mas por aquele com mais habilidades para formar coalisões. A segunda consequência da restrição do espaço físico é a contenção de atitudes e atos que afrontam os interesses do grupo. Em liberdade posso escolher se durmo na cama ou no sofá da sala com a TV ligada. Numa cela superlotada meu sono precisa se adaptar às exigências dos outros. Em Estação Carandiru, contei a história de um preso que passara noventa dias numa cela do Castigo, em que os homens dormiam em turnos de oito horas. Um terço deles se deitava no chão, enquanto os demais permaneciam de pé, em silêncio, quase encostados uns nos outros por falta de espaço. Nas trocas de turno podiam urinar no vaso sanitário da cela; esvaziar os intestinos, apenas às quartas e sábados, quando eram liberados para tomar banho nos chuveiros coletivos. Ai daquele que perdesse o controle no dia errado. A terceira consequência é a necessidade de criar um código penal próprio, a fim de manter a ordem e evitar a barbárie. No confinamento, as leis devem ser duras, as sentenças severas e sua execução rápida, para ter caráter exemplar. A depender das circunstâncias devem incluir condenações à morte.⁹¹

⁸⁹ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁹⁰ A violação dos Direitos Humanos no sistema penitenciário brasileiro. Faculdade Unyleya. Disponível em: https://blog.unyleya.edu.br/vox-juridica/insights-confiaveis4/a-violacao-dos-direitos-humanos-no-sistema-penitenciario-brasileiro/#Como_o_ocorre_a_violacao_dos_Direitos_Humanos_no_sistema_penitenciario_brasileiro. Acesso em: 19 de ago 2022

⁹¹ VARELLA, Drauzio. Prisioneiras. 1ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017

Ainda, em relação ao espaço físico das penitenciárias, as regras de Mandela, ou, regras mínimas das nações unidas para o tratamento dos presos, documento que estabelece diretrizes mínimas que devem orientar o tratamento ao preso, dispõe:

Alojamento

Regra 12

1. As celas ou locais destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um recluso. Se, por razões especiais, tais como excesso temporário de população prisional, for necessário que a administração prisional central adote exceções a esta regra deve evitar-se que dois reclusos sejam alojados numa mesma cela ou local.

2. Quando se recorra à utilização de dormitórios, estes devem ser ocupados por reclusos cuidadosamente escolhidos e reconhecidos como sendo capazes de serem alojados nestas condições. Durante a noite, deverão estar sujeitos a uma vigilância regular, adaptada ao tipo de estabelecimento prisional em causa.

Regra 13

Todos os ambientes de uso dos presos e, em particular, todos os quartos, celas e dormitórios, devem satisfazer as exigências de higiene e saúde, levando-se em conta as condições climáticas e, particularmente, o conteúdo volumétrico de ar, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação.

Regra 14

Em todos os locais onde os presos deverão viver ou trabalhar:

(a) As janelas devem ser grandes o suficiente para que os presos possam ler ou trabalhar com luz natural e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco mesmo quando haja ventilação artificial;

(b) Luz artificial deverá ser suficiente para os presos poderem ler ou trabalhar sem prejudicar a visão.

Regra 15

As instalações sanitárias devem ser adequadas para possibilitar que todos os presos façam suas necessidades fisiológicas quando necessário e com higiene e decência.

Regra 16

Devem ser fornecidas instalações adequadas para banho, a fim de que todo preso possa tomar banho, e assim possa ser exigido, na temperatura apropriada ao clima, com a frequência necessária para a higiene geral de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana em clima temperado.

Regra 17

Todas as zonas de um estabelecimento prisional utilizadas regularmente pelos reclusos devem ser sempre mantidas e conservadas escrupulosamente limpas.⁹²

Pois bem, nota-se que o estabelecido em lei não é cumprido. O sistema carcerário brasileiro fere não só a Constituição e Lei de Execução Penal, mas também ofende documentos internacionais que protegem a dignidade dos presidiários. Boa parte disso se dá pelo descaso do Estado e pela raiva da sociedade quando se trata de criminosos.

⁹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos.** Brasília: CNJ, 2016.

Apesar de ter como um dos objetivos da pena a ressocialização do delinquente, a desordem e precariedade das penitenciárias dificulta a recuperação do detento e não realiza a sua ressocialização.

3.2.2 Ineficiência estatal e o surgimento das facções criminosas

O surgimento das facções criminosas se deu em razão da desordem do Sistema Penitenciário Brasileiro. Os detentos precisaram buscar meios para sobreviver à precariedade das penitenciárias. Vale apresentar, novamente, o aduzido pelo Dráuzio Varela:

A restrição do espaço físico gera três consequências adaptativas em primatas como nós [...] A terceira consequência é a necessidade de criar um código penal próprio, a fim de manter a ordem e evitar a barbárie.⁹³

O que se observa, segundo especialista, é que a falta de direitos mínimos fez com que os detentos precisassem se organizar e fazer suas próprias leis para sobreviverem dentro dos presídios.

Como sobreviver? Essa era a pergunta que todos faziam. O único jeito era se organizar, unir forças e adotar um código moral que controlasse a violência. Como nos ensinaram os filósofos, as organizações coletivas são o resultado do medo e da insegurança.⁹⁴

A falta de amparo estatal fez com que o lema “Paz, Justiça e Liberdade – paz dentro da cadeia, justiça para os internos e liberdade que viria por meio da fuga” crescesse entre os detentos. O termo se tornou popular também fora dos presídios, como forma de apoio a quem foi preso. Nas palavras de William Da Silva Lima, um dos fundadores do Comando Vermelho:

Dentro do presídio, violência apenas para fugir. Havia também laços de solidariedade entre os presos. Sozinhos, todos estariam fragilizados, unidos, eles poderiam resistir e conquistar a tão sonhada liberdade (...) o Comando Vermelho foi, inicialmente, uma estratégia para sobreviver na adversidade extrema. É desse pensamento que surgiu o lema da facção, que até hoje aparece pichado nas paredes dos presídios: “paz”, “justiça” e “liberdade”. Paz dentro da cadeia, justiça para os internos e a liberdade que viria por meio da fuga.⁹⁵

⁹³ VARELLA, Drauzio. Prisioneiras. 1ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017

⁹⁴ As origens do Comando Vermelho explicam por que o Brasil é tão violento. O combate racismo ambiente, 2018. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2018/01/17/as-origens-do-comando-vermelho-explicam-por-que-o-brasil-e-tao-violento/>. Acesso em: 21 de ago de 2022

⁹⁵ As origens do Comando Vermelho explicam por que o Brasil é tão violento. O combate racismo ambiente, 2018. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2018/01/17/as-origens-do-comando-vermelho-explicam-por-que-o-brasil-e-tao-violento/>. Acesso em: 21 de ago de 2022

Na obra *Vigiar e Punir*, Foucault assevera que “a prisão o torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras.”⁹⁶

O tratamento desumano do cárcere em conjunto com a falta de condições mínimas para se viver tornou o ambiente ideal para a criação de uma organização que mantivesse a ordem. O surgimento da facção era uma tática de sobrevivência e, conforme José Carlos Gregório, ex-membro do Comando Vermelho, cresceu nos espaços deixados pelo Estado⁹⁷, o que permitiu que as organizações se espalhassem pelo país.

Vale ressaltar, ainda, que o encarceramento em massa é um dos principais fatores favoráveis à extensão do crime organizado. Em entrevista, o advogado criminalista Augusto de Arruda Botelho alega que

O perfil básico do preso hoje em dia é de um réu primário, jovem, sem instrução e está detido por um crime sem violência [...] Esse cara vai virar massa de manobra e mão de obra praticamente escrava do crime organizado. Aquela máxima de que você entra no presídio na escola e sai na graduação é uma verdade absoluta. Não é um ditado vazio. Se você tem um jovem com 18,19,20 anos primário que entra no sistema prisional e cumpre uma pena de dois ou três anos vai sair praticamente um PHD no crime.⁹⁸

O presidiário ganhava proteção e meios de sobreviver dentro das cadeias e, em troca, jurava lealdade à facção. Afirma Mara Carneiro, coordenadora do Centro de defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, que ser de um grupo é uma forma de estar mais seguro⁹⁹. Assim como as leis de um país, as regras estabelecidas pelas facções são dotadas de autoridade – fato que traz ordem dentro dos ambientes sob sua influência.

Assevera Bruno Shimizu:

Quando o réu entra, ele ganha o papel higiênico de um ‘faxina’ e entende que isso vem do ‘comando’. Ninguém vai forçá-lo a cometer um atentado, mas ele fica com uma dívida moral, no mínimo, e segue a disciplina.¹⁰⁰

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. São Paulo: Editora Vozes, 2001, p. 294

⁹⁷ As origens do Comando Vermelho explicam por que o Brasil é tão violento. O combate racismo ambiente, 2018. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2018/01/17/as-origens-do-comando-vermelho-explicam-por-que-o-brasil-e-tao-violento/>. Acesso em: 21 de ago de 2022

⁹⁸ SANTOS, Rafael. “Brasil Prende muito e prende mal”, diz especialista em direito penal. Yahoo notícias, 2019. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/entrevista-direito-penal-prisao-033227716.html>. Acesso em 21 de ago 2022

⁹⁹ FELIZARDO, Nayara. Como formar crianças-soldados para o crime. The Intercept Brasil, 2019. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/como-formar-criancas-soldados-para-o-crime/>. Acesso em: 21 de ago de 2022

¹⁰⁰ LACERDA, Ricardo. Como as cadeias viraram fabricas de facções criminosas. Super interessante, 2018. Disponível em:

Nesse sentido,

É fácil entender por que as benesses oferecidas pelos grupos criminosos seduzem tanto os presos recém-chegados: há ajuda para bancar advogados, doação de cestas básicas e pagamento de viagens a familiares que moram longe, por exemplo.¹⁰¹

William aponta:

O povo precisa de casa, comida, saúde, educação, ninguém faz opção por viver à margem social, ao contrário, a sociedade por meio da exclusão nos obriga a organizar nossas vidas baseados em valores diferentes¹⁰²

Pode-se afirmar que as facções se tornaram legitimadas não apenas dentro dos presídios, mas também dentro das comunidades sob sua influência. A ineficiência e omissão estatal é uma das principais causas dessa legitimidade, ocasionando o crescimento de organizações criminosas. Não é coincidência a parte mais pobre da população ser a mais propícia a ser dominada por esses grupos, as facções são legitimadas onde o Estado não chega, em outras palavras, onde há uma maior ausência e dificuldade para acessar seus direitos e garantias fundamentais.

<https://super.abril.com.br/comportamento/como-as-cadeias-viraram-fabricas-de-faccoes-criminosas/>. Acesso em: 21 de ago de 2022

¹⁰¹ LACERDA, Ricardo. Como as cadeias viraram fabricas de facções criminosas. Super interessante, 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/como-as-cadeias-viraram-fabricas-de-faccoes-criminosas/>. Acesso em: 21 de ago de 2022

¹⁰² As origens do Comando Vermelho explicam por que o Brasil é tão violento. O combate racismo ambiente, 2018. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2018/01/17/as-origens-do-comando-vermelho-explicam-por-que-o-brasil-e-tao-violento/>. Acesso em: 21 de ago de 2022

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme supramencionado, Jakobs defende que o Direito Penal visa mostrar que o direito não pode ser violado. Desta forma, os inimigos, aqueles que representam um perigo ao convívio social, devem ser tratados de forma diferente dos cidadãos, indivíduo que oferece garantia à vida em sociedade. Aos inimigos há supressão de todas as garantias fundamentais, busca-se eliminar o perigo que este representa para o Estado. É notório que o Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Garantismo Penal, sistema aplicável em um Estado Democrático de Direito.

Apesar de estarem presentes nos pais por quase meio século, o crime organizado tem se tornado mais evidente nos dias atuais. Com isso, há quem defenda uma aplicação do Direito Penal do Inimigo para coibir as ações criminosas desses grupos.

As facções criminosas surgiram dentro dos presídios brasileiros em razão das péssimas condições carcerárias. Os fundadores viam a organização como a única forma de sobreviver às humilhações e violências a que os presos eram constantemente submetidos. Criou-se um código de conduta em que impôs como inimigo o Estado, não os outros detentos.

Tornaram-se legitimadas não apenas dentro dos presídios, mas também dentro das comunidades sob sua influência. A ineficiência e omissão estatal é uma das principais causas dessa legitimidade, ocasionando o crescimento das organizações criminosas. A adesão às organizações criminosas é uma solução encontrada para tutelar os próprios interesses e direitos que são desassistidos pelo Estado. Filiar-se à facção é uma questão de sobrevivência.

Há uma parcela da população que defende a aplicação do Direito Penal do Inimigo para os perpetradores do crime, todavia, visto que as facções surgiram justamente em razão da ausência de direitos, é questionável afirmar que o fim das garantias fundamentais é a solução para o combate ao crime organizado.

A tentativa do Estado em sufocar as facções com leis mais pesadas está ocasionando um fortalecimento do crime organizado. O problema de crime e violência somente será resolvido através de políticas públicas adequadas, especialmente dentro dos presídios, evitando o retorno do preso ao sistema prisional.

REFERÊNCIAS

A violação dos Direitos Humanos no sistema penitenciário brasileiro. **Faculdade Unyleya**. Disponível em: https://blog.unyleya.edu.br/vox-juridica/insights-confiaveis4/a-violacao-dos-direitos-humanos-no-sistema-penitenciario-brasileiro/#Como_o_ocorre_a_violacao_dos_Direitos_Humanos_no_sistema_penitenciario_brasileiro . Acesso em: 19 ago 2022.

ARAKAKI, Fernanda Franklin. MARQUES, Ronaldo Garcia. SOARES, Jesana Gomes. OLIVEIRA, Walysther Caio Lopes de. O Direito Penal do Inimigo no Estado Democrático de Direito. **Seminário Científico do UNIFACIG**, 9 e 10 set. de 2017. Disponível em: <http://pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/semiariocientifico/article/view/467>. Acesso em: 07 out 2021.

As origens do Comando Vermelho explicam por que o Brasil é tão violento. **O combate racismo ambiente**, 2018. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2018/01/17/as-origens-do-comando-vermelho-explicam-por-que-o-brasil-e-tao-violento/>. Acesso em: 21 ago 2022.

BARROS, Rafael. Entenda a Teoria do Direito Penal do Inimigo no Brasil. **Aurum**, 2020. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/direito-penal-do-inimigo/#:~:text=Direito%20Penal%20do%20Inimigo%20%C3%A9,motivo%20de%20forte%20antagonismo%20doutrin%C3%A1rio>. Acesso em: 15 abril 2022.

BERGAMIN, Beatriz. PCC e as facções criminosas. **Politize**, 2019. Disponível em <https://www.politize.com.br/pcc-e-faccoes-criminosas/>. Acesso em: 04 ago 2022.

BERNADES, Juliano. FERREIRA, Olavo Augusto. **Direito Constitucional: Tomo I – Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BIGOLI, P. dos S.; BEZERRA, E. B. E. FACÇÕES CRIMINOSAS: O CASO DO PCC - PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL. **Colloquium Humanarum**. ISSN: 1809-8207, [S. l.], v. 11, n. 3, p. 71–84, 2015. Disponível em: <https://journal.unoeste.br/index.php/ch/article/view/1209> . Acesso em: 04 ago 2022.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 02 ago 2022.

CABRAL, Thiago. Estado de Coisas Inconstitucional: análise do julgamento da DPF 347. **Canal de ciências criminais**, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/analise-do-julgamento-da-adpf-347/>. Acesso em: 02 ago 2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>. Acesso em: 28 mai 2022.

CARDOSO, Vitória Marques. MIYAGAWA, Vivian Akemi. ALMEIDA, Roberto Ribeiro. Direito Penal do Inimigo e suas raízes no Terceiro Reich. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/1114262823/direito-penal-do-inimigo-e-suas-raizes-no-terceiro-reich> . Acesso em: 19 ago 2022.

Casa de Correição. O arquivo nacional e a História Luso-brasileira, 2018. Disponível em: http://historialuso.an.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4818:casa-de-correcao&catid=201&Itemid=215. Acesso em: 08 jul 2022.

CÉSAR BUSATO, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3º Edição. São Paulo: Atlas, 2017

CIDADÃO. **Dicio**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/cidadao/>. Acesso em: 16 abril 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília: CNJ, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3º Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DA ROCHA COSTA, Danilo. Das penas e das teorias da pena. **Jus**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43453/das-penas-e-das-teorias-da-pena>. Acesso em: 07 abril 2022.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 6º Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Em que consiste a ação controlada? **Dizer o Direito**, 2015. Disponível em: < <https://www.dizerodireito.com.br/2015/11/em-que-consiste-acao-controlada.html>>. Acesso em: 04 ago 2022

Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional. **Dizer o Direito**, 2015. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>. Acesso em: 02 ago 2022.

FELIZARDO, Nayara. Como formar crianças-soldados para o crime. **The Intercept Brasil**, 2019. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/como-formar-criancas-soldados-para-o-crime/> . Acesso em: 21 ago 2022

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1 ed. Italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 786.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. São Paulo: Editora Vozes, 2001, p. 294

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 10 p.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

GONÇALVES, Victor. **Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1**. 21. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**,

LACERDA, Ricardo. Como as cadeias viraram fabricas de facções criminosas. **Super interessante**, 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/como-as-cadeias-viraram-fabricas-de-faccoes-criminosas/>. Acesso em: 21 ago 2022.

LEITÃO, Carolina Sá. Relatório da ONU faz duras críticas ao sistema penitenciário Brasileiro. **Diário de Pernambuco**, 2016. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/brasil/2016/02/relatorio-da-onu-faz-duras-criticas-ao-sistema-penitenciario-brasileir.html>. Acesso em: 01 ago 2022.

MACHADO, Ana. SOUZA, Ana. SOUZA, Mariani. Sistema Penitenciário Brasileiro – origem, atualidade e exemplos funcionais. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e direito**, v. 10, n. 10, 2013. Disponível em: <http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-25/2013-02-07-03-11/283-r cd/v10n10/2279-v10n10a09.html>. Acesso em: 08 jul 2022.

MARTIN, Maria. O comando vermelho, do presídio em uma ilha paradisíaca à guerra sangrenta por território. **El país**, 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/13/politica/1484319135_043725.html#:~:text=Os%20criminosos%20comuns%20que%20seriam,ladr%C3%B5es%20de%20banco%20e%20seques tradores.. Acesso em: 02 ago 2022.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal: volume 1 – parte geral**. 7º ed. Corrigida, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2019

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. “John Locke e o individualismo liberal” em WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da Política**, vol. 1. São Paulo: Ática, 1995, pp. 81-89.

MENDES, Eloisa. CAMPELO, Raíssa. **Legislação Penal de Emergência: crise de intervenção mínima do Direito Penal**. Vertentes do Direito, vol. 5, n. 1, p. 82-109, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do CP – volume 1** / Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini – 34. Ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MOREIRA, Rômulo. A proibição da progressão para hediondos é inconstitucional sim. **Consultor jurídico**, 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mar-02/proibicao_progressao_regime_inconstitucional_sim. Acesso em: 19 ago 2022

NASCIMENTO, Stephany. Sistema carcerário brasileiro: a realidade das prisões no Brasil. **Politize**, 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistema-carcerario-brasileiro/>. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do Garantismo Penal e o Princípio da Legalidade. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf. Acesso em 28 mai 2022

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito Penal**. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, José Carlos. ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”. **Câmara dos deputados**, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>. Acesso em: 01 ago 2022.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS JUNIOR, Nelson da Rocha. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E FACÇÃO CRIMINOSA. 2015. 41 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Metropolitana de Santos, Santos, 2015. Disponível em: <https://periodicosunimes.unimesvirtual.com.br/index.php/direito/article/view/795/678>. Acesso em: 04 ago 2022

SANTOS, Carlos Eduardo. Sistemas penitenciários e o princípio da proporcionalidade. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326810/sistemas-penitenciarios-e-o-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 10 jul 2022.

SANTOS, Jhonathan. Os reflexos da teoria do *labelling approach* (etiquetamento social) na ressocialização de presos. **Esa Goiás**. Disponível em: [https://esa.oabgo.org.br/esa/artigos-esa/direito-penal/os-reflexos-da-teoria-do-labelling-approach-etiquetamento-social-na-ressocializacao-de-presos/#:~:text=93%2C%202012\)%2C%20a%20teoria.indiv%C3%ADduos%20se%20tornassem%20criminosos%20habituais](https://esa.oabgo.org.br/esa/artigos-esa/direito-penal/os-reflexos-da-teoria-do-labelling-approach-etiquetamento-social-na-ressocializacao-de-presos/#:~:text=93%2C%202012)%2C%20a%20teoria.indiv%C3%ADduos%20se%20tornassem%20criminosos%20habituais). Acesso em: 28 mai 2022.

SANTOS, Rafael. “Brasil Prende muito e prende mal”, diz especialista em direito penal. **Yahoo notícias**, 2019. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/entrevista-direito-penal-prisao-033227716.html>. Acesso em 21 ago 2022.

SENHORA liberdade. Direção: Caco Souza. Fotografia: **Caco Souza**, 2004. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-ICHgA93XhQ&t=436s>.

SILVA, Camila. GRANDIN, Felipe. CAESAR, Gabriela. REIS, Thiago. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia.** G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 01 ago 2022.

SILVA, Eduardo Araújo da. GONÇALEZ, Alline Gonçalves. BONAGURA, Anna Paola et al. **Crime organizado.** Jus, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5529/crime-organizado>. Acesso em: 02 ago 2022.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SILVA, Luciano. CURY, Nafez. **CRIMINOLOGIA CRÍTICA: teoria do etiquetamento criminal.** Biblioteca digital MJ. Disponível em: https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/4162/1/Criminologia%20Cr%C3%ADtica_theoria%20do%20etiquetamento%20criminal.pdf. Acesso em: 28 mai 2022.

SOUZA, Fátima. **PCC: a facção.** Rio de Janeiro: Record, 2007.

STF impede estabelecer regime prisional com base em caráter hediondo do crime. **Consultor Jurídico,** 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-17/stf-veda-regime-prisional-baseado-apenas-hediondez-crime#:~:text=Segundo%20o%20dispositivo%2C%20nos%20crimes,julgamento%20do%20Habeas%20Corpus%20111.840>. Acesso em: 19 de ago 2022.

TOMÉ, Semiramys. NETO, José Afonso. **JusBrasil,** 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51860/reflexoes-sobre-a-aplicacao-do-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jackobs-na-guerra-contra-o-terror>. Acesso em: 19 ago 2022.

TRENTO, Sarah Valentina. OLIVEIRA, Renan Izidoro. **Surgimento do Direito Penal do Inimigo e sua aplicação na legislação estrangeira e brasileira.** Jus, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82270/surgimento-do-direito-penal-do-inimigo-e-sua-aplicacao-na-legislacao-estrangeira-e-brasileira>. Acesso em: 15 de abril de 2022.

Uma análise do sistema prisional brasileiro: problemas e soluções. Centro de Liderança Pública, 2022. Disponível em: <https://www.clp.org.br/uma-analise-do-sistema-prisional-brasileiro-problemas-e-solucoes/>. Acesso em: 08 jul 2022.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras.** 1ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.