

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Renata Fernanda de Carvalho

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Renata Fernanda de Carvalho

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.Dr. Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2012

## **DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como  
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito

---

MÁRIO COIMBRA  
Orientador

---

MARIVALDO GOUVEIA  
Examinador

---

KARINE PIRES CREMASCO  
Examinador

Presidente Prudente/SP, 31 de outubro de 2012

*O homem, na verdade está muito longe da santidade;  
Mas a humanidade na sua pessoa deve ser sagrada*  
*Kant*

Dedico este trabalho à minha família

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me dado forças para seguir adiante e não ter desistido na primeira dificuldade em tropecei.

Agradeço a minha mãe, pela sua dedicação, apoio e persistência imensurável que depositou em mim impedindo que parasse ao longo da jornada e ao meu pai que do seu jeito inconstante me apoio e procura me dar o melhor que pode.

Agradeço aos meus irmãos por estarem ao meu lado embora toda desavenças e conflitos, não me deixando só naqueles momentos mais importunos e ingratos do dia.

Agradeço as amizades conquistadas ao longo da graduação e aquelas vindas de antes que não se desfizeram com o tempo por mais duro que fosse.

Agradeço as minhas tias e prima por toda paciência e benevolência durante toda a vida que passaram ao meu lado.

Agradeço ao meu orientador Mestre Mário Coimbra, por ter me guiado nesse caminho que muitas vezes se mostrou obscuro e incompreensível, sendo ele um exemplo a ser seguido.

Agradeço aos meus professores das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, que despejaram em mim todo conhecimento que possuíam.

Agradeço ao Wilton Boigues, advogado do EAAJ, por me ajudar na formatação deste trabalho e pela paciência desprendida em meio ao caos da advocacia.

Agradeço ao professor Marivaldo Gouveia e Karine Cremasco por terem aceitado compor minha banca e a amizade conquistada ao longo do tempo de convivência.

## RESUMO

O presente trabalho da enfoque ao Direito Penal do Inimigo essa grande tese que gera uma polêmica enorme em sua volta. Começando a tratar desde o principio da evolução da pena, as escolas penais como eram seus pensamentos e os resquícios disso nos dias de hoje. Os princípios constitucionais o qual nos apontam um estado ideal a ser seguidos por todos, embora ainda haja muita deficiência no comportamento humano. Analisando ainda os movimentos de política criminal, tratando a forma como o criminoso é visto a evolução desde os tempos primórdios até os dias atuais, os estudos da ciência, medicina, avaliando a pessoa como criminoso apenas por suas características inatas, recaindo em seu gene. Posteriormente a segurança no âmbito objetivo e subjetivo, destacando que a mídia tem grande influencia sobre o pensamento da sociedade, pois o que propaga a mídia é o que a maioria das pessoas passará a pensar, às vezes por uma falta maior de conhecimento, outras por acreditar que a mídia reproduz apenas a verdade de todas as coisas. Passando adiante para a tese polemica do Direito Penal do Inimigo, abordando quem o inimigo que vive em nosso meio, como se dá essa transgressão do inimigo para a sociedade uma vez que todos nascem como cidadãos pessoas e que ao infringir a lei será submetido a um direito penal comum e em sendo inimigo terá um tratamento de guerra, uma vez que o inimigo tem de ser derrotado, e qual a legislação que se aplica a esse inimigo que amedronta a sociedade constantemente, existem leis que acatam esse direito do inimigo como sendo a única forma de solução do problema. E por fim como reeducar esse ser humano inimigo, como voltar a ter o status de pessoas aonde terá novamente o privilegio das garantias constitucionais e materiais, analisando se será realmente seu isolamento que deixara a humanidade em si mais pura ou ressocializando-o para voltar a compor o meio aonde já foi uma vez considerado como cidadão.

**Palavras-chave:** Direito. Inimigo. Guerra. Estado Selvagem. Garantias Processuais. Cidadão. Medida de Segurança. Estado natural. Periculosidade. Culpabilidade. Criminologia. Velocidades.

## ABSTRACT

This study's approach to the Criminal Law of the Enemy that great thesis that generates a huge controversy around it. Starting from the beginning to address the evolution of the feather, the schools were criminal as his thoughts and the remnants of it today. The constitutional principles which we suggest an ideal state to be followed by all, although there is still much disability in human behavior. Analyzing further the movements of criminal policy, addressing how the criminal is seen the evolution from the earliest times to the present, studies of science, medicine, evaluating the person as a criminal only by their innate characteristics, falling in its gene. Later security under objective and subjective, noting that the media has a great influence on the thinking of society, because what the media propagates is what most people will think, sometimes for a greater lack of knowledge, by other believe that the media plays only the truth of all things. Moving ahead to the thesis controversy of Criminal Law of the Enemy, addressing who the enemy that lives among us, how is this transgression of the enemy to society since all are born as citizens and people who break the law to be submitted to a criminal law and common enemy and will be treated war, since the enemy must be defeated, and what legislation applies to this enemy that constantly frightens society, there are laws that heed this right as the enemy only way to solve the problem. And finally as reeducate this human enemy, like having the status of where people will again have the privilege of constitutional guarantees and materials, it will be really analyzing their isolation had left humanity itself purer or resocialize him to return to compose the setting that was once regarded as a citizen.

**Key-Words:** Right. Enemy. War. State Wild. Procedural guarantees. Citizen. Security measure. Natural state. Periculosidade.Culpabilidade. Criminology. Speeds.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO .....</b>	<b>12</b>
2.1 <i>Sistema Filadélfico ou pensilvânico (denominado também celular).....</i>	23
2.1.1 <i>Sistema Auburniano .....</i>	23
2.1.2 <i>Sistema progressivo (ingles ou irlandês) .....</i>	24
2.2 <i>Escolas Penais Clássicas .....</i>	26
2.3 <i>Escolas Penais Positivas .....</i>	28
<b>3 MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL .....</b>	<b>31</b>
<b>4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>43</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSEGURANÇA NO CENÁRIO POLÍTICO CRIMINAL - CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>46</b>
5.1 <i>Segurança Pública .....</i>	49
<b>6 DESVENDANDO O CONTEÚDO JURÍDICO-NORMATIVO DO SIGNO INIMIGO.....</b>	<b>54</b>
<b>7 O CRIMINOSO A SER REEDUCADO .....</b>	<b>59</b>
7.1 <i>Aplicação da Pena e suas Teorias .....</i>	61
7.2 <i>Teorias que justificam a Pena.....</i>	62
7.3 <i>Características da Pena .....</i>	64
7.4 <i>Finalidade da Pena .....</i>	64

<b>8 LEGISLAÇÕES QUE ADOTAM COMO POLÍTICA CRIMINAL A TESE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>68</b>
8.1 Lega Nord - Itália .....	70
8.2 Legislação nos Estados Unidos – prisão de Guantánamo .....	71
8.3 Tribunal de Exceção .....	73
8.4 Legislações frente ao Brasil .....	74
8.5 Lei de Execução Penal .....	76
8.6 Legislação Punitiva dos Crimes Hediondos .....	77
8.7 Velocidades no Direito Penal.....	79
<b>9 CONCLUSÃO .....</b>	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>85</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema Direito Penal do Inimigo teve um reflexo e uma repercussão, com o ocasionado evento que se deu no dia 11 de setembro de 2001, quando ocorre o atentado ao terrorismo às torres gêmeas. Neste período Gunther Jakobs, autor alemão, faz com que o direito penal tome corpo, pois na época de 80 e 90, já se encontrava os primeiros rabinhos deste Direito Penal do Inimigo.

Essa teoria do Direito Penal do Inimigo respalda nas políticas públicas de combate à criminalidade nacional e/ou internacional. Referida teoria faz duas grandes divisões muito claras, necessariamente dois direitos penais, sendo eles o Direito Penal do Cidadão de um lado e o Direito Penal do Inimigo de outro.

A tese dessa teoria, fundada sobre três pilares, a antecipação da punição do inimigo, desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais e por fim a criação de leis severas direcionadas à clientela (terrorista, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros) dessa específica engenharia de controle social.

O Direito Penal do Inimigo, para o autor Jakobs, indica o inimigo como uma não pessoa, alguém que não admite ingressar no Estado e assim não pode ter o tratamento destinado ao cidadão, não podendo beneficiar-se das garantias do cidadão. Considera o autor uma nova acepção, onde suprime garantias processuais que até então eram consideradas intangíveis e inabaláveis.

A distinção, portanto, entre o cidadão (o qual, quando infringe a Lei Penal, torna-se alvo do Direito Penal) e o inimigo (nessa acepção como inimigo do Estado, da sociedade) é fundamental para entender determinado posicionamento.

Destarte a ideia central é que o inimigo é punido não pelo que ele fez ou deixou de fazer necessariamente, o inimigo é punido por aquilo que ele pode vir a praticar, que cause temor à sociedade, ele afronta constantemente a estrutura do Estado com o intuito de desestabilizar a ordem operante, para o inimigo se tem um juízo de valor prospectivo uma visão que remete ao futuro, fala-se em um estado de periculosidade.

Possível fazer a afirmativa que há uma mitigação do princípio da reserva legal ou estrita legalidade, uma vez que o habitat do inimigo paira sobre o estado de periculosidade, não é possível prever todas as infrações que por ele possam ser cometidas. E naqueles crimes que já são tipificados a pena deve ter uma carga de elevação sendo mais rigorosa com a finalidade de causar temor e intimidar o inimigo. A execução penal deve ser mais severa, na busca de impedir a multiplicação de outros, que devem necessariamente sentir a autoridade e poder do Estado legalizado.

Portanto este polêmico tema visa descobrir e buscar quais as consequências que reflete a aplicação do direito penal do inimigo ao número restritos de pessoas em relação ao direito penal do cidadão que envolve uma maior população, em vista de que todo cidadão quando nasce está na esfera maior, qual seja, no direito do cidadão, o direito garantista, o que não se confunde com “proteger criminosos” e sim aqueles que respeitam o contrato social e são submetido a todos direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 88.

Tão somente, vale destacar que observaremos os posicionamentos de filósofos como Rosseau, Kant e perceber que em tempos remoto já se tratava de um direito penal do inimigo, a mudança se dá apenas na nomenclatura acerca do tema.

Com a tese do direito penal do inimigo, o individuo não pode ser tratado como pessoa, da mesma forma, não pode ser considerado como sujeito de direito, mas apenas como objeto de direito, assim passa a ser uma não-pessoa, logo não precisa respeitar as garantias processuais e materiais o devido processo legal, pois seu tratamento é de guerra, de incomplacência e rejeição.

O objeto do trabalho são os pontos controvertidos entre posicionamento diversos que se encontra, entre doutrinas, em relação à teoria e sua aplicação no estado democrático de direito.

O estudo utilizará do método dedutivo, ou seja, aquele que analisa as informações obtidas através de pesquisas, como também o método estatístico, a fim de comparar e estudar casos concretos, pois será fundamental para cotejar as posições doutrinárias divergentes quanto ao Estado democrático de direito e sua compatibilidade e incompatibilidade da aplicação dessa teoria.

Não tem este estudo à pretensão de esgotar o assunto, e sim fomentar aquilo que existe torno da questão.

Antigamente a pena constituía uma vingança coletiva e isso ocasionava aplicação de punições cujas consequências eram muito mais severas que os males produzidos, tinham se a prática de prisões desumanas, banimentos, etc.

O Estado foi um grande repressor daquele que violava qualquer norma, a soberania por muitas vezes se desvinculava do ordenamento jurídico legítimo, que trazia a ideia de justiça, sendo totalmente arbitrário e impunha a pena conforme fosse sua vontade, havendo uma total desigualdade entre os povos, nobre e plebe.

Com o desenvolver da sociedade, novos comportamentos foram surgindo, e adquirindo o entendimento que a pena de morte já não era mais viável, se fazia necessário uma pena ponderada, que levasse em conta a proporcionalidade do delito e do mal causado.

A repressão criminal surgiu no período humanitário, muito embora ainda existisse a retribuição em face do mal cometido, houve a influência de pensadores iluministas, direcionando para o lado dos direitos fundamentais, abandonando a ideia de pena de morte, tortura, mutilações.

## **2 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO**

Temos a prisão como um mal necessário, aplicada em favor daqueles que infligem de certo modo à lei de seu país.

O principio da pena veio dos mais longínquos tempos, sendo ela tão antiga quanto à história da humanidade. Existindo uma série de divergências, diversidade e de fatos e princípios há ser analisados e saber qual deles deve prevalecer.

Na antiguidade não tinha a hipótese de pena privativa de liberdade, aquela considerada como sanção penal. Embora já houvesse nesta época o encarceramento daqueles indivíduos que delinqüiam, no entanto o objetivo não era o de pena e sim por outras razões, ou seja, a guarda dos acusados para conserva-lo fisicamente até o momento em que ocorreria o julgamento. Entrementes no período histórico acontecia a pena de morte, ás pena corporal (mutilações e açoites) e ás infamante, utilizava-se de um regime cruel em sua execução. Consolidando uma extrema desigualdade e privilégios, fora arbitrário e excessivamente rigoroso.

Neste período, ainda, se usava a pena de tortura para descobrir a verdade, a cela em que o indivíduo ficava era chamado de antessala; nos dias atuais ainda é possível encontrar essas posições desumanas. A prisão era considerada uma situação de perigo, em verdade um adiantamento da extinção física do indivíduo. E mais, não havia uma segurança para instituir a pena, podendo o juiz por livre vontade aumentar ou diminuir a pena, se assim o fosse seu desejo.

Ademais, já eram visíveis pequenas partículas, resquícios da pena privativa de liberdade nos tempos mais remotos da história até o século XVIII, em razão dos princípios humanísticos e a natureza da sociedade que já visava à correção e a moral do ser humano, através de uma sanção, qual seja a pena. Ainda com referência na teoria do livre arbítrio com o surgimento do humanismo, o homem mesmo agindo de acordo com sua própria vontade, pensando, decidindo sem coação externa, ainda assim, no profundo do seu íntimo, não deixava de ser influenciado, por uma vontade maior e superior, sendo esta caracterizada pela vontade de Deus.

Com a pretensão de coibir os excessos que muitas das vezes eram cometidos pelos juízes, surgiu uma visão reformadora ou humanitária que decorreu do Iluminismo, que visava apelar para a razão e a para outras áreas do conhecimento humano. Buscando o fim de deixar a segurança jurídica mais resistente e acabar com sua vulnerabilidade, tendo como perspectiva a inviabilidade do magistrado na interpretação das leis penais.

Assim, o que preponderava era a autonomia no seu extremo, tornando diversas vezes uma pena injusta e cruel.

Neste patamar acentua Cesare Beccaria que,

... os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores (...). O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei; a *consequência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro. Não há nada mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. (Dos delitos e das penas, p.16-17).

O código penal francês de 1791, dominado pelo movimento humanitário, adotava um sistema de legalidade extremada, em que uma de suas fases constituía que aquele que julga, não tinha o poder de alterar aquela pena já imposta. Tendo desta forma a impossibilidade da alteração da pena cominada pelo juiz formava uma relação mais

igualitária, entretanto isso não ocorre, em razão que se fere a almejada igualdade não só quando casos iguais são desigualmente tratados, mas também como casos desiguais são tratados da mesma forma, em prejuízo das peculiaridades que os caracterizam.

Posteriormente, com o Código Penal francês de 1810, mudou essa situação e foi abrangido o poder do juiz na determinação da pena e de sua natureza, entretanto o juiz tinha de observar os limites impostos a pena, ele já não figurava mais como executor automático da lei, era necessário observar a individualidade do agente e as peculiaridades do fato delituoso.

Neste sentido leciona Beccaria:

Apenas as leis podem indicar as penas de cada delito, de modo que o direito de estabelecer leis penais não pode ser se não da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social. Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro participe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e, a partir do momento em que o juiz se faz mais severo que a lei, ele se torna injusto, pois aumento um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, ainda sob o pretexto do bem público, acrescer a pena pronunciada contra o crime de um cidadão (op. Cit., p. 15-16).

A ideia de individualidade partia do ponto de estudo da personalidade do delinquente, ela foi solidificada por Saleilles e constitui uma das penas angulares do Direito Penal. Saleilles trazia o raciocínio de que:

[a] Individualização é uma missão a ser cumprida de modo que supra o legislador, juiz e administração penitenciária, tendo em vista um sistema que traga uma verdadeira responsabilidade, que seja concreta, apreciada em cada um dos indivíduos, em cada caso concreto, ao invés de uma responsabilidade fictícia, abstrata, invocada contra cada um e contra todos em virtude de uma mesma fórmula jurídica.(Cf. SALLEILLES, R. et alii. Derecho Penal, II, p. 693)

Partindo do princípio da que toda ação humana tem respaldo na liberdade individual, mais uma vez Cesar Beccaria, entende que o direito de castigar muito abrangente, representaria um abuso, e mais, afirma que o ato praticado pelo delinquente, não se deve avaliar pela intenção do mesmo e nem levar em consideração a medida, gravidade da culpa. *Não pela intenção porque alguma vez os homens com a melhor intenção, fazem o maior mal à sociedade, e outra vez, com a mais perversa vontade, fazem o maior bem.* (BADARÓ, 1973)

Assim a única forma de se medir a pena se daria pelo dano, que deriva do delito. Desta forma, percebia dois fins para a pena, impedir a prática reiterada do delito pelo réu, e servir de exemplo para que outros não cometam o delito, assim a pena, embora seja uma crueldade, dependendo do caso in concreto, não seria esta inútil.

No entanto, durante muitos séculos, a prisão servia como depósito (contenção e custódia) da pessoa física que ficava aguardando em condições subumanas o momento de sua execução, também poderiam ser contra seus descendentes, assim os filhos poderiam responder pelos pais, vice e versa, ou seja, sendo submetidas às penas feroz e degradante, sendo estas aplicadas contra pessoas muitas vezes, mas não descartava as hipóteses de ser sofridos danos em objetos e cadáveres. Para este que violou as normas de convivência estabelecida da época, as penalidades eram muito severas, como a morte, mutilação, tortura e trabalhos forçados, este era um sentimento e um entendimento comum à antiguidade.

O poeta Lucrécio, em sua obra *De Rerum Natura* (Livro V), canta a instituição penal, explicando que a sociedade é o resultado de um pacto utilitário e contratual, entre os homens. Assim como o réu era quase autor da própria pena. Nos tempos remotos, traçava-se a ideia de que o homem tinha de viver de acordo com aquelas leis estabelecidas e com a natureza, assim acrescentava o poeta a *vida racional e natural é um dever que se cumpre mediante a subordinação à lei*. Desta forma, surgiu o que era defendido por alguns, em um aspecto entre o delito cometido e a pena, era o contratual. Grocio, se posicionava no entendimento que a pena era justa para aquele que comete uma infração, pois ao cometer o ilícito *contrai uma espécie de obrigação voluntária, cujo objeto é a pena mesmo*. (BADARÓ, 1973).

Observa-se então que a pena nada mais era do que uma obrigação, aquele que venha a delinquir, causando mal posterior a sociedade no modo coletivo ou individual para a família devia arcar com as consequências, ou seja, uma obrigação em decorrência do mal praticado, não colocando em um comparativo à vingança, mas uma simples obrigação como elucidação colocou o entendimento de Hobbes que afirmava que a pena não é uma vingança, *se não um ato de hostilidade, ato que deve ser contido dentro de certos limites*. Desse modo a lei penal não tinha como objetivo o delinquente e sim a sociedade, o ambiente em que vive, a intenção era resguardar a sociedade das condutas de má índole praticada por esses indivíduos.

A civilização da Grécia – (Helênia) desconhecia a privação de liberdade como pena. Neste, período, começa a se pensar e tratar da ética, desencadeando a harmonia do ser humano com o estado, lembra a ciência médica, que só através do equilíbrio e da moderação é

que nos podemos torna pessoas harmônicas, assim harmonizava o indivíduo como um todo. Surgem às escolas Jônicas, que coloca a justiça como uma necessidade física, escola Pitagórica, como a reta razão simbolizada no quadrado, em razão dos surgimentos de tais escolas, começa a considerar o homem como a medida de todas as coisas, (dita essa frase pelo filósofo Protágoras.)

Platão um filósofo da antiguidade, adotando o modelo da ciência médica grega, mostrava como um indivíduo saudável e harmônico demonstra equilíbrio e moderação, assim, entendia-se que um Estado justo se caracteriza pelo fato de cada um conhecer o seu lugar no todo. Contudo, Platão já expressava no livro nono de *As leis*, três tipos de prisões: uma na praça do mercado, que servia de *custódia*; outra *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de *correção*, e uma terceira destinada ao suplício que, com o fim de amedrontar, deveria ter como fim lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade. (BITENCOURT, 2009).

Platão já apontava as duas idéias históricas da privação da liberdade: a prisão como pena e como custódia, sendo apenas a custódia a única forma empregada na antiguidade. Para Platão a sanção penal não era vista como um mal, mas sim como mero ato de justiça, uma medicina da alma, fazendo com que o delinquente aprenda a verdade e justiça, através da dor, sendo um processo psicológico, pelo qual o delinquente tinha de passar. A filosofia de Platão diz que um estado bom é aquele dirigido pela razão, hoje em dia podemos chamar tal estado de totalitário.

Outro filósofo, Aristóteles, representa melhor que Platão sobre a responsabilidade penal, quando ele admite que não existe a responsabilidade, sem a concorrência nas ações humanas, da vontade e da possibilidade. Para Aristóteles a pena se apresenta como um meio necessário para conseguir o fim moral social. (BADARÓ, 1973). Referido filósofo, adota o princípio da lei de TALIÃO, que advém da doutrina dos pitagóricos, entretanto em um sentido menos severo, a obediência aos princípios à lei era uma necessidade e um dever. A pena consistia na derivação do delito, a realização do delito, em um comparativo de ser um mal, a pena devia ser igualmente um mal para aquele que transigiu as leis. Em face de bem e mal, Kant, se posiciona que tais adjetivos podem significar coisas diversas; *o prazer subjetivo e o bem em si; e o prazer subjetivo e mal em si. Em face de tal axioma, a PENA, quando é merecida, constitui uma dor para quem sofre, ainda que em sua essência seja um bem.* (in *Crítica da Razão Prática*, parte 1ª, livro I, cap II).

Para o filósofo Esttagirita, a pena era no sentido de um meio necessário para conseguir o fim moral, que se propõe à convivência civil, Daí o axioma desta época, de aquele que causou dor a outrem, deve o mesmo ser castigado.

Vale lembrar que na Grécia, a pena também recaía contra os descendentes do delinquente, também havia a prisão como forma de reter seu devedor a fim de que seu trabalho pagasse tal dívida, sendo o devedor um escravo do credor até que extinguisse sua dívida, essa prática inicialmente fora privada e depois adotada como pública, esta ainda era considerada uma medida coercitiva.

Assim como na Grécia, em Roma havia essa prisão por dívida Civil, ela era permanente até que o devedor cessasse seu saldo, o que poderia ser feito por si mesmo ou outra pessoa. Cuello Calón nos diz sobre *ergastulum*, que era quando se fazia o aprisionamento e sua reclusão do escravo na propriedade do dono. No caso dos escravos o juiz concedia por equidade o *pater familiae*, isso ocasionava, para então poder aplicar ao escravo uma punição, que poderia ocasionar sua prisão temporária ou perpétua no referido *ergastulum*.

No dizeres de Carrara os próprios Romanos, foram gigantes no Direito Civil e pigmeu no Direito Penal, só conheciam o encarceramento do indivíduo, uma consequência da concepção da pena como uma vingança, a concepção romana não distinguia a culpa do fato concreto. No mais, foram os Romanos que atingiram um progresso potencial, qual seja eliminando toda pena transitória e de responsabilidade coletiva. Vale salientar-se que o intuito dos Romanos era a emenda, a correção do infrator das leis.

Na antiguidade havia diversos lugares aonde se mantinham os réus, os piores eram chamados de prisões, podiam ser calabouços, aposentos em ruínas ou insalubres castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios. Essas prisões de arquiteturas nada convencionais, adequadas em razão de sua finalidade que não raras vezes era outra.

A finalidade que Roma e Grécia empregavam da prisão era com eminente custódia, isso para evitar que o acusado pudesse se livrar do castigo. Assim nesse período da história é improvável cogitar se quer que a prisão fosse o lugar de cumprimento de pena, pois quase sempre os casos terminavam com a morte do indivíduo, penas corporais e infamantes. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade, garantir apenas que eles executassem suas obrigações.

O império romano foi o pior na aplicação da pena, elas eram absolutamente cruéis, degradantes e injustas. A tortura era o que predominava como meio cruel. Pessoas pregadas em cruz, assim como Jesus, eram torturadas até que morresse de dor, a morte não era aplicada de forma direta, eram realizados meios lentos que trazia como consequência a morte. Eram postos soldados o lado das cruzes, para evitar que a família viesse a matar o acusado, para assim aliviar o sofrimento, sendo, esta a morte por crucificação.

Uma passagem da bíblia, nos mostra Paulo e Sillas sendo presos, por serem acusados de estarem ensinando costumes contrario as leis romanas, assim os oficiais rasgaram as roupas e os surram de vara, em seguida jogaram os dois na cadeia, dando ordem ao carcereiro para guarda-los com toda segurança. Depois de receber essa ordem, o carcereiro os levou para o fundo da cadeia e prendeu os pés deles entre dois pedaços de madeira muito pesados. Mais ou menos a meia noite Paulo e Sillas oravam e cantavam hino em louvor a Deus. De repente o chão tremeu tanto, que abalou os alicerces da cadeia. Naquele instante todas as portas se abriram, caíram às grades e as correntes que prendiam os presos se arrebentaram. O carcereiro acordou. Quando viu que as portas da cadeia estavam abertas, pensou que os prisioneiros tinham fugido. Então puxou a espada para se matar, mas Paulo gritou bem alto: - Não faça isso! Todos nós estamos aqui! Essa passagem se encontra no livro de Atos Capitulo 16, a partir do versículo 16 aos 28.

O carcereiro romano, iria se matar porque no império romano era assim, se ele soldado não cumprisse a ordem dada pelo império, no soldado recaia a pena do réu.

BITENCOURT (2009) afirma que na idade Média, Henri Sanson, o verdugo de Paris, em suas recordações, faz a seguinte afirmação: Até 1791 a lei criminal é o código de crueldade legal, em verdade a lei penal na antiguidade, tinha por finalidade provocar o medo coletivo, não importa qual a pessoa do acusado podendo ser loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças, poderiam esperar ser confinados em torres, fortalezas etc. Como se verifica havia total desproporcionalidade na época medieval, aquele que cometesse qualquer infração violando as normas da coletividade sofria sanções, independente de sua condição.

Neste período todo, da Idade Média a pena privativa de liberdade não aparece. Há um claro predomínio do direito germânico, sendo caracterizado pelo direito consuetudinário. O direito evidenciava uma ordem de paz, aquele que transgredia, praticando delitos, que eram uma ofensa para a sociedade, tinham se então a chamada perda da paz. A ruptura da paz se dava por crimes privados, desta forma o transgressor poderia ser entregue a

vitima ou a seus familiares, para assim exerce a vingança, e por crimes públicos, ficavam a mercê da sociedade, podendo qualquer individuo agredir o ofensor, ficando equiparados aos animais do campo. Com o fortalecimento do poder estatal, a vingança como caracterizada a pena, foi sendo substituída pela composição, que inicialmente era voluntária, logo depois passou a ser obrigatória. A composição consistia em um dever de reestabelecer o mal causado em prestações pecuniárias, tendo como objetivo a extinção da vingança privada. Dependendo do caso in concreto esse direito era evoluído para um dever.

Os pagamentos, tarifas e locais, eram estabelecidos pelas leis barbaras, os parâmetros usados era a idade, condições, sexo e ainda em razão da gravidade da lesão. Tal efeito pecuniário deu origem à multa, que passou a integrar adiante o sistema de penas. As leis barbaras, resultam em: Lex Salica; Lex Romana Wisigotorum; Lex Romana Burgundiorum; Lex Rupira; Pactus; Lex Alamannorum e Lex Baiuvariorum. (PRADO, 2006).

São os germânicos os primeiros, a aderir uma politica criminal ciente, com método de repressão ao crime, isso porque perceberam que o direito não se destinava apenas aos deuses, mas por outro lado a vontade estatal. Outra característica deste direito é que analisa a vontade dirigida ao resultado efetivamente produzido, consagrando-se a máxima *o fato julga o homem*, sequer analisando, culpa, dolo, causo fortuito, força maior.

No entanto a prisão ainda continua a ser a de custódia, utilizando-se dos métodos mais sangrentos possíveis, levando a amputação de braços, pernas, olhos, língua e em outras vezes provocava a morte do individuo. Um fato bárbaro era que a população da antiguidade assistia a todas estas atrocidades, era o espetáculo favorito.

Surgem nessa época a prisão de Estado e a prisão Eclesiástica. Na prisão de estado apenas poderiam ser submetidos os inimigos do poder real ou senhorial, que tivessem cometido alguma infração referente à traição, ou os adversários políticos dos governantes. Essa prisão de estado mostra duas modalidades: a prisão custódia, aquela em que o réu espera o momento da execução como a morte ou mutilações. E a segunda modalidade a prisão como detenção temporal ou perpétua, ou ainda até percebe o perdão real.

A prisão eclesiástica era aquela que destinava aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, aplicando ao acusado uma ideia de penitência e meditação. Os infratores eram recolhidos em uma ala do mosteiro, para que, em meio à penitência e oração se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção. Por

volta dos anos 1000, descrevem como seria esta ala do mosteiro, sendo um aposento subterrâneo, sem portas e janelas, ao qual se descia por uma escada. Havia apenas luz, isso para que os acusados pudessem ler o breviário e os livros sagrados, encontrava-se ainda a fustigação corporal, o jejum e o isolamento era uma maneira de proteger os demais do contágio moral.

No mundo da Idade Média, aplicada pela Igreja, as penas era apenas modo de fazer com que o delinquente meditasse o ilícito e se arrependesse, apesar de que a igreja nos delito visava apenas o pecado, e não a infração a sociedade, suas consequências, o fato antissocial, sociologicamente considerando. Embora existisse a união da Igreja ao Estado, esta continuava independente e superior ao estado. Entretanto este período medieval foi marcado pela crueldade absoluta e superstição, sendo a religião usada como meio para acoberta toda forma desumana e ferocidades na aplicação da pena.

Foi pela prisão eclesiástica que originou a prisão subterrânea, que fez celebre expressão *vade in pace* (vá em paz), descrita por BITENCOURT, (2009), se usava esta expressão porque aqueles que eram submetidos a esse tipo de prisão não saíam mais com vida.

A Idade Média, também se caracterizou por um Direito ordálico, que foi também utilizado pelo Direito Espanhol.

A melhor prova de maldade do individuo é o abandono que dele faz Deus ao retirar-lhe a sua ajuda para superar as provas a que é submetido – da água, do fogo, do ferro candente etc. – com que se faz merecedor automático do castigo, julgamento de Deus cujo resultado se aceita mais ou menos resignadamente (...). O culpado, isto é, quem não supera a prova, convence a si mesmo de sua própria maldade e abandono de Deus; se não estivesse em pecado – se não tivesse cometido um delito - sairia feliz da mesma, não há a menor dúvida. (BITENCOURT, 2009, pg.473).

O delito era considerado uma vitória do mal sobre o espírito do bem.

Em razão de obter a prova do crime, o judiciário, assim como nos dias de hoje, cometia uma serie de falhas, o que não nos surpreende.

Segundo Santo Tomás de Aquino, a:

Lei se apresenta sobre três aspectos dispares e distintos, a vontade de Deus (LEX DIVINA), como manifestação da vontade divina (LEX NATURALIS) e como lei positiva (LEX HUMANA). Desta forma, violando direitos de tais categorias, havia uma sanção correspondente, assim se houvesse violação, cujo direito era de cunho

religioso correspondia à sanção divina, violando preceitos de ordem natural era submetido a sanções naturais e por fim, violando princípios de caráter humano, tinha a condenação representada pelos direitos humanos, equivalendo ao espiritual e temporal.(BADARÓ, 1973).

Em quanto em Roma o individuo ficava sobre custódia, aguardando o ato punitivo, que na maioria das vezes resultava em morte, açoites, violências degradantes, a igreja tinha o objeto de fazer o acusado meditar e arrepender-se do mal causado. Na história do direito penal, surge à teoria do livre Arbítrio, Santo Tomaz de Aquino, delimita bem sobre tal teoria, exteriorizando que a pena nada mais é que um resultado de justiça, uma justa retribuição, que trás a finalidade moral, definindo a vontade como *a força que aplicada à inteligência dá ao Homem um livre arbítrio de decisão*.

Derivado do pensamento calvinista cristão, para Hilde Kaufmann, a pena privativa de liberdade foi originaria do desenvolvimento de uma sociedade que segue a felicidade. O pensamento cristão, ainda que com diferenças entre o protestantismo e o catolicismo, ofereceu em um aspecto material como ideológico, boa fundamentação para a pena privativa de liberdade. A igreja já visava indícios para inspirar uma prisão mais moderna.

Destarte, o direito canônico teve a sua parcela de contribuição para o aparecimento da prisão moderna, no que tange sobre a mudança do individuo que viola a norma de convivência. Ademais cumpre destacar que a palavra penitencia teve influência do Direito Canônico que ocasionou a palavra penitenciário e penitenciária, essa origem das palavras influenciaram os conceitos teológicos já que nesta época considerava o crime um pecado contras as leis humanas e divinas.

O direito canônico era constituído de caráter disciplinar, com a diminuição da força estatal, o direito canônico se estendeu não só aos religiosos como aos leigos, observando se os fatos eram revestidos de conotação religiosa. Com essa evolução, a jurisdição religiosa se dividia em *ratione personae* e *ratione materiae*. Pela primeira que levava em conta a pessoa, o religioso era submetido ao julgamento pelo tribunal da igreja, já na segunda, que leva em conta a matéria, a competência era eclesiástica, sendo o ilícito cometido por qualquer leigo.

Os delitos tinham a seguinte classificação: *delicta eclesiástica*, a ofensa era contra o direito divino, a competência era estabelecida pelos tribunais eclesiásticos, e a punição se dava através do *poenitentiae*; *delicta mere secularia*, a lesão eram somente contra a

ordem jurídica laica, o julgamento era pelos tribunais do Estado, as sanções era penas comuns, normalmente sofrendo punição eclesiástica com as *poenae medicinales; delicta mixta*, havia a violação das duas anteriores, ou seja religiosa e laica, e o julgamento se dava pelo tribunal que primeiro recebesse o conhecimento do delito. Pela igreja eram punidos com as *poene vindicativae*. (REGIS PRADO, 2006).

Nos períodos da Idade Moderna, mas precisamente entre os séculos XVI e XVII a pobreza se alastra por toda a Europa, e aqueles que não tinham uma condição favoravelmente digna para a época começam a delinquir para manter sua subsistência, e então é aplicado todo o tipo de medida, mas todas sem êxito, todas falham. Tal fenômeno foi de tamanha repercussão e por razões políticas criminal, ficava evidente que a aplicação da pena de morte ficaria inviável.

Sobre tal aspecto nos fala a autoridade Hans von Hentig, os distúrbios religiosos, as longas guerras, as destruidoras expedições militares do século XVII, a devastação do país, a extensão dos núcleos urbanos e a crise das formas feudais de vida e da economia agrícola haviam ocasionado um enorme aumento da criminalidade em fins do século XVII e início do XVIII (VON HENTIG, 1967). Assim esta população transitava de um local para o outro, havia muitos para que se praticasse o enforcamento conseqüentemente a morte, a miséria deles era muito maior do que a sua má vontade, e essa massa crescia cada vez mais e com isso ameaçava dominar o poder do Estado.

Na segunda parte do século XVI, inicia um grande movimento no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, aonde são criadas as prisões para a correção dos indivíduos que sofrem a sanção, isso para fazer frente ao fenômeno sociocriminal que se preocupava com as minorias com as pequenas cidades, decidiram criar prisões com medidas de correção para a o apenado.

A finalidade principalmente dessas instituições que eram dirigidas a mão de ferro, era para modificar o delinquente, através de meios mais sociáveis, qual seja, trabalho e disciplina. A orientação que regia este sistema era a de que o trabalho e a dura disciplina eram meios indiscutíveis para a modificação do indivíduo, isso também tinha o caráter de prevenção geral, ou seja, intimidar os demais cidadãos para que não viesse a delinquir, acabando também com a vadiagem e a ociosidade. Tal medida obteve êxito, pois se estendeu da Inglaterra *houses of correction* ou *bridwells*, qual como eram denominadas. O fundamento mais antigo da *houses of correction* era definido a sanção para os vagabundos e alívios para os pobres.

Com a devida repercussão foram se criando várias dessas instituições em 1596 em Amsterdã casas de correção para homens, depois se criou para mulheres e em 1600 uma especial para jovens. Estas constituíram um fato excepcional, foi preciso praticamente mais dois séculos para ser consideradas meio de correção e não de custódia à espera de julgamento.

Tais instituições foram criadas pra as pequenas delinquências, As mais graves, utilizava ainda a aplicação de outras penas como o exílio, açoites, etc.

Apenas nas capitais em uma visão global se aplicava o código penal as penas pecuniárias e corporais, isso para o controle do crime.

Contudo as casas de correção, ainda que para crimes de pequenas delinquências, já vislumbrava a pena privativa de liberdade moderna. Passou a existir três sistemas de penitenciárias.

## *2.1 Sistema Filadélfico ou pensilvânico (denominado também celular)*

O sistema filadélfico, criado pelos Quakers, impunha ao condenado o isolamento celular individual (solitary confinement) durante dia e noite, sem contato com o mundo exterior, sem trabalho. Os presos só podiam de vez em quando passear por um pátio interno e orar e ler a bíblia. Era proibida a conversa entre os presos (silent system).

### *2.1.1 Sistema Auburniano*

Em razão das críticas ao sistema filadélfico, surgiu o sistema criado em Auburn, NY, entre 1816 e 1818. Passou a dividir os presos em três categorias, conforme seus antecedentes e periculosidade. O isolamento contínuo ficou restrito aos mais perigosos; uma segunda categoria, intermediária, tinha direito a trabalho coletivo por algumas horas, de alguns dias da semana, e, por fim, uma terceira classe de condenados, de menor periculosidade e bons antecedentes, eram isolados só no período noturno, e podiam trabalhar

coletivamente, fora das celas, durante o dia; sempre, porém, sem conversar (mantido, pois, o silent system)

### 2.1.2 *Sistema progressivo (ingles ou irlandês)*

Com a preocupação de atribuir uma utilidade social à pena, foi-se abandonando o sistema de isolamento celular e a proibição de contato interno e externo. Passou-se a admitir o lazer. A pena, por influencia de Escola Positiva, passou a ganhar foros de prevenção especial. Por isso o sistema progressivo, surgido na Irlanda e na Inglaterra no século XIX, representou um grande avanço no tema da execução das penas de prisão. De início, na Inglaterra criou-se o Mark system. Depois, na Irlanda instituiu-se a prisão intermediária, com níveis de rigor progressivamente mais brandos. O condenado ia progredindo, até o livramento sob condições. O livramento condicional não é etapa de regime progressivo. Ele pode ser obtido em qualquer dos regimes que o condenado esteja.

O Código Penal brasileiro adotou uma forma de sistema progressivo. E adotou, também, os institutos do livramento condicional e da remissão. Nosso sistema progressivo estabelece três regimes de cumprimento de pena: fechado, semiaberto e aberto.

Com o Iluminismo e as grandes ideias revolucionária de Beccaria, Howard e Bentham, com as crises do sistema penal aplicado começou a ter uma grande repercussão. A pena imposta já não trazia mais consigo o caráter intimatório para a sociedade, a sanção imposta às vezes não era aplicada ao sujeito devido a sua fuga, logo ela não era cumprida, o efeito apenas era o de reincidência, a pena tornou se falha. O entendimento que prevalece na sociedade é que a pena é necessária. Muñoz Conde, (1975), acredita que sem a pena, a vida em sociedade ficaria inviável. A pena nada mais é do que um recurso do estado para se torna pacífica a convivência entre seres humanos, o Projeto Alternativo Alemão, já trazia a concepção de que a pena não se trata de uma questão religiosa nem filosofia, e sim uma amarga necessidade de seres imperfeitos.

Durante muito tempo predominou o ambiente otimista sobre a pena, pois esta poderia reforma o delinquente, podendo reabilitá-lo para retorna a sociedade, no entanto não perdurou muito e passou a existir uma atitude pessimista, que não se pode ter certeza dos

resultados que se adquire com a prisão. Assim é possível afirma que havia uma crise no sistema prisional, tal crise refere-se também ao objetivo reformador, pois a prisão continha a impossibilidade absoluta ou relativa de se ter algum efeito positivo no réu.

Surge então o movimento criminal a fim de diminuir o mal que era causado com as penas de curta duração, no XIX Bonevielle de Marsangy consagra a formula de que: A pena privativa de liberdade jamais deverá ser aplicada quando a pena pecuniária for suficiente à repressão. Destarte os Congressos Penitenciários Internacionais, passou a aderir o novo método de tratamento, somente para criminosos não perigosos e primários.

Fez-se assim, uma nova ideologia, era necessária abster se de outros modos para substituir a pena privativa de liberdade, pelo menos naqueles casos em que era de pequena duração. Pois se fazia o entendimento de que o condenado é um delinquente habitual e a condenação se faz ineficaz, ou é um delinquente ocasional e a condenação se faz excessiva, assim, se faz o entendimento de que a prisão não cumpre o fim social a que se destina para aqueles infligem a lei frequentemente. Sendo aquelas penas de curta duração e também não cumpre o seu fim, apenas corrompe o individuo em sua moral fugindo mais uma vez de sua readaptação social. Assim, analisando que não obtêm êxito a pena de curta duração, faz a substituição desta por outros meios, levando em conta a politica criminal.

Fazia-se necessário que a pena também evoluísse de acordo com a evolução da sociedade, aonde culturas e moral vão se modificando, mas que sejam tão eficiente como aquelas medidas drásticas tomadas antigamente, aquela que impeça o cidadão de vir a delinquir e que sirva de exemplos para todos os outros como meio de apelar para a consciência que para aquela conduta praticada há uma sanção.

A pena privativa de liberdade atingiu seu auge na segunda metade do século XIX e antes que terminasse já entrava em decadência, em razão da critica que havia sobre a pena de curta duração que não atingia os meios há que se propunha e tirava o réu de seu âmbito familiar, quando saia da prisão existiam as marcas de um dia ter passado por ela, estes foram um dos argumentos usados no sei da União Internacional de Direito Penal – Congresso de Bruxelas de 1889.

Em 1984 com a reforma penal do Ministro Francisco de Assis Toledo, tentou seguir a inovação das substituições da pena, buscando alternativas, como as restritivas de direito, multas e transforma o velho *sursi* em algo serio.

## 2.2 Escolas Penais Clássicas:

Preocupava-se com o direito de punir e com os problemas que surgiam em decorrência dos direitos fundamentais e da sanção penal.

O século XVIII foi extremamente marcante para a humanização das Ciências Penais, existe um direito penal até o século XVIII, que a função das penas era corporal, o corpo do sujeito que pagava pelo mal praticado, a partir do desse século, temos as posições de juristas e filósofos que tentam trazer uma elucidação sobre a liberdade do indivíduo, preservando a dignidade da pessoa em consequência exterminando a legislação penal vigente.

Dois correntes distintas surgiam esfera da filosofia à primeira de Grócio, trazia a ideia de um Direito Natural, o direito ficava amparado na eterna razão e a segunda de Rousseau, leva-se em conta o Estado que considerava que a ordem jurídica era um acordo de homens, pautava a sua vontade, que tinha como objetivo a segurança comum. Mesmo distintas, tinham um ponto em comum, qual seja, estabelecer normas jurídicas que colocasse fim a tirania estatal.

Cesar Beccaria, *Dos delitos das Penas*, (1764) em sua obra institucionava a igualdade absoluta perante todos os homens, o que era imposto pela teoria do Contrato Social que estabelecia normas, as quais os indivíduos tinham de estar à mercê, cumprindo-a, era entendido que a pessoa tinha aceitado o Contrato Social, mesmo que implicitamente, pois eram normas que regiam a sociedade, assim quando era violada, entendia-se que esse que transgrediu as leis deveria suportar o castigo que lhe seria atribuído. O contrato social fora criticado posteriormente, pois se averiguou que este estava apenas legitimando as formas modernas de tirania.

Com o desenvolvimento da escola clássica na Itália, tiveram dois períodos, um de cunho utilitarista, sob a expressão *Quid non sub me, contra me*, entendemos assim que o fundamento de direito se encontra na utilidade da pena. Outro período, jus naturalista, sendo qualquer direito conferido ao homem, em razão das forças naturais que advém de Deus.

No primeiro período a necessidade social, vem bem representada por Filangieri que se associou a teoria de Locke, que o direito de punir é herdado pela coletividade, em decorrência do contrato social. Assim a natureza impõe ao homem duas vias de direito, o de

castigar em decorrência como o de exercê-lo. Acentua Filangieri mais um elemento sendo a vontade do indivíduo de violar a lei, conclui-se desta forma que o ato que seja involuntário não se deve punir. Assim, toda violação a lei conseqüentemente é uma violação ao pacto social que vai em direção aos direitos fundamentais, o qual existe um acordo que tem como parte o cidadão, muito embora esse acordo resulte pelo simples fato de viver em sociedade.

Temos posicionamentos como o de Fichte que entendia que a violação do estado só reclama a pena, quando tal violação do contrato social atingir o Estado em si mesmo e na vida de seus elementos.

Romagnosi chegou a definir o direito penal como um direito de defesa atual contra uma ameaça permanente, nascida da intemperança injusta. Romagnosi começa a tratar de dois conceitos um de fato e outro de direito, sendo o primeiro referente à imputabilidade e o segundo a responsabilidade penal. Passa a distinguir a responsabilidade penal da moral. A moral não pode ser aceita pelo legislador, pois trás perigo a segurança comum, uma vez que se tem uma alta valoração de motivos íntimos, e a responsabilidade penal deve se revestir na verdade objetiva ou extrínseca.

Já no segundo período jus naturalista nos trás Carrara com fundamento no direito natural, aonde se tinha direitos e deveres e cabia ao estado garantir o equilíbrio. Assim para Carrara a pena não é mais do que a sanção do preceito ditado pela lei eterna: a qual sempre visa à conservação da humanidade e à tutela dos seus direitos, sempre procede da norma do justo: sempre corresponde aos sentimentos da consciência universal. Enunciou alguns princípios de sua escola, o primeiro que o crime é um ente jurídico, deve haver uma violação ao direito natural, direito este congênito aquele que nos foi concedido por meio de Deus e não considerado um ente de fato, pois também não se trata de uma ação de sim de uma infração. Segundo princípio é o livre arbítrio como fundamento na punibilidade, assim só se pune quando a ação do homem é dirigida aquela finalidade a que se propõe, ou seja, sua ação é livre, sem qualquer tipo de coação ou pressão que o force a cometer um delito.

Terceiro Princípio, a pena como meio de tutela jurídica e retribuição da culpa moral, assim destina a reestruturar a sociedade na qual um direito foi violado, sendo a violação consciente e um querer, e a tutela jurídica do direito já que a essência do crime é a violação do direito. E por fim o princípio da reserva legal, aquele que infringe uma tutela, aqueles bens que por bem foram indicados a serem resguardados, assim infringira também a lei.

Posteriormente surge o posicionamento alemão que é dogmático, é aquele que tem preocupação em interpretar e sistematizar a sua lei, a corrente alemã, se distingue pelo rigor. Hegel aponta uma direção da corrente alemã, concretizando o conceito de direito dentro do idealismo, adota um caráter ético o que é racional é real e o que é real é racional, destarte Hegel constrói um direito natural concreto. Também começa a estabelecer o conceito concreto de delito, qual seja, o delito é a violência com que o ser livre lesa a existência da liberdade, em seu significado concreto, isto é, causa lesão ao direito enquanto direito, assim com a aplicação da pena tem se uma forma de ressarcimento do delito. Portando temos o conceito de pena sendo este a lesão da vontade do delinquente, a lesão da lesão do direito, a anulação do direito e a reintegração do direito. Como tal, não deixa de ser justa, e é também justa em relação ao delinquente. (in filosofia do Direito, paragrafo 95, 100).

A orientação mais relevante desse dogmatismo foi o entendimento de que a pena é direito e dever do estado, a análise deve recair sobre o fato o ilícito cometido e não sobre a pessoa o delinquente, ressaltando que a pena deve ser proporcional à culpabilidade.

Por fim, foram os clássicos que começaram uma apuração analítica do crime. A pena para os clássicos era atribuída àquele que tinha caráter de entender e a vontade de praticar a infração. Preocupava-se com a arbitrariedade, fazendo com que permanecesse a soberania da lei. Conclui-se que o delinquente para a escola clássica é um ser humano ideal racional, calcula quando viola ou não a regra.

### **2.3 Escolas Penais Positivas**

Escola Positiva seguiu uma tese diferente da escola clássica. A escola positiva coloca a pena do individuo para um segundo plano, a ressocialização do delinquente perdia sua importância, a pena era mera consequência da reação do organismo coletivo, contra a transgressão da lei praticada pelo individuo.

A pena passa a ser revestida de um caráter utilitarista, que não se mede pela gravidade do delito, e sim em razão da índole do réu, sua aptidão e readaptação para reingressar no corpo da sociedade.

Cesar Lombroso, (fase antropológica) com forte influência do Darwin, faz um estudo da personalidade do delinquente, analisando que os presos tinham características distintas, constatou diferenças entre bons e maus como o criminoso, delinquente nato, tirava suas conclusões de elementos fisiológicos, raças, cor, aqueles indivíduos que tinham tatuagens no corpo deduzia que era mais resistente à dor em razão de suas tatuagens sendo estes os maus. Lombroso chegou acreditar que os delinquentes natos era uma subespécie do homem. O criminoso nato era aquele que foi interrompido em sua evolução, justamente por estar encarcerado, pois praticou um delito, estando agora privado de sua liberdade. Existe uma série de crítica a este posicionamento, mas em uma análise melhor nos dias atuais, ela não se torna ridícula como se apresenta, em pesquisas recentes realizadas nos E.U.A estudos científicos estão tentando buscar nos genes das pessoas a criminologia, pesquisam a fundo a genética do ser humano, se o indivíduo que praticou o crime tem algum gene criminológico que possa explicar tal fato. Pode assim, observar que nos remete a escola inicial positivista. Houve uma contestação interessante, embora lógica esta tese, pois, havia um aumento significativo de que as características dos criminosos natos eram adquiridas mais no meio em que viviam do que congênitos.

Lombroso, fazendo o estudo da antropologia criminal, começa estabelecer os diferentes tipos de delinquente: natos, por paixões, louco, de ocasião, epilético, estabelece ainda sobre a necessidade e naturalidade do delito, concluiu que o direito de castigar não é mais que a necessidade natural da defesa. A mesma exercida pelo homem quando é assaltado pelas feras. (in *L'uomo delinquente in rapporto all antropologia, ala giurisprudenza ed ala psichiatria*, vol. III, parte III).

Rafael Garofalo: (fase criminológica) tenta preencher as lacunas deixadas sobre as indagações em face do ser humano delinquente, com predomínio das ideias de Darwin, trás o entendimento que para os delinquentes natos que não possuíam a capacidade de voltar a viver em sociedade, de forma absoluta ou relativa em consequência do direito natural devia então ser aplicada a pena de morte, conforme se adequa total ou parcial ao meio social, não se preocupava com fim ressocializador, pois sempre enfatizou a eliminação do criminoso. Garofalo expressa que ações puníveis são aquelas individuais e antissociais que perturbam as condições de existência e atacam a moralidade média de um povo em um momento determinado, (in N. Colajanni, *La Sociologia Criminale*; Catania, 1889).

R. Garofalo, trás a divisão dos criminosos e de acordo com o perfil que se encaixar, deve assim servir como parâmetro para a aplicação da sanção penal. Três categorias

de delinquentes: natos (os privados de sentimentos altruístas); violentos e enérgicos (os que não têm sentimento de piedade); e os ladrões ou neurastênicos (possuidores do sentido de improbidade).

A tese de Garofalo é criticada, pois, se preocupa apenas com os povos civilizados, não se interessando com a anterioridade da evolução humana.

Enrico Ferri sustentava que a teoria do livre arbítrio é puramente uma ilusão subjetiva, negava a liberdade, argumentando sobre o prisma de que a pena não era estabelecida sobre autodeterminação do indivíduo, mas sim em razão de fazer parte da sociedade em que vive.

A pessoa é sempre responsável por suas ações no meio em que vive, devendo sempre prestar contas à sociedade quando infringe determinada norma a qual já foi estabelecida, isso pelo simples fato de pertencer à comunidade. Toda ação provoca uma reação, sendo a pena uma reação natural àquele que venha delinquir.

Ferri analisava que as sanções nem sempre são as mesmas, pode ocorrer à variação de acordo com cada caso, priorizando a Defesa Social, desta forma Ferri admite que a intensidade e a índole da responsabilidade podem variar em função das diversas circunstâncias do agente, do ato realizado e da sociedade que reage. Em sendo assim, Ferri também estabelece um parâmetro para aplicação da sanção de acordo com a classificação do delinquente, sendo estes meios preventivos; meios reparadores; meios repressivos e meios eliminatórios e quanto à proporção da pena deve sempre se levar em conta dois tipos de qualidade, uma referente ao ato antissocial, analisando o que motivou tal pessoa a agir de tal maneira, o que a motivou a tal atitude. E a outra qualidade antissocial referente ao delinquente, analisa-se a periculosidade do agente, o temor que este causa a população.

Ferri tinha o entendimento de que era possível fazer à readaptação do delinquente a sociedade, admite que somente aqueles criminosos habituais não fossem passíveis da readaptação, entretanto ainda assim, admitia uma pequena possibilidade de correção desse pequeno grupo.

Para a Escola clássica o delinquente é um ser humano ideal, racional, calcula quando viola ou não a regra. Este critério reconheceu a necessidade de se ter uma doutrina, um conceito sobre delito tanto em sua esfera objetiva como subjetiva.

### 3 MOVIMENTOS DE POLITICA CRMINAL

A palavra política tem embutida em si nos dias de hoje uma conotação pejorativa já que o pensamento mais corriqueiro que vem é a ligação aos agentes públicos e sua má atuação. Entretanto a origem da palavra política é derivada de *pólis*, designação dada á Cidade-Estado grega, e trás o significado sobre tudo que se relaciona a perspectiva civil, social ou urbana, aspectos estes relacionados á cidade.

Tem por finalidade a ciência do direito o conhecimento obtido a partir do estudo do direito, o que não se confunde com Direito que disciplina a vida em sociedade, ainda que precário, é qualquer regramento da vida em sociedade. Segundo Dante Alighieri - poeta italiano – *“direito é a proporção real e pessoal de homem para homem que, preservada, preserva a sociedade e, corrompida, a corrompe”* (in Lições Preliminares de Direito, Saraiva. Ed. 1991, pg.60).

No entanto, há uma relação entre ambas, uma vez que o direito fornece as premissas para a ciência do direito.

O ordenamento é composto por normas jurídicas que disciplina a vida em sociedade (que é o direito). Norma penal é toda aquela que delimita o poder de punir do estado em abstrato, reduzindo ou ampliando esse poder.

Norma é gênero, do qual gera as espécies de princípios e regras. Norma processual é aquele que se preocupa com a persecução penal. Já os princípios é uma espécie normativa e, por isso, tem conteúdo normativo, ou seja, vinculam. É primariamente finalístico. Antigamente, os princípios eram vistos como uma mera carta de boas intenções, sem o poder de vincular, jamais podendo ser utilizado sozinho para fundamentar uma decisão. Era apenas uma complementação

De outra banda as regras é uma norma descritiva que indica uma conduta a ser observada pelo destinatário ela é retrospectiva.

Denota-se que o jurídico é político. Assim a resposta que o sujeito obterá diante de um fato social é aquela dada pelo judiciário, logo tem o dever a resposta para os problemas. A política como atuação de atividade humana por sua vez está atrelada ao poder.

A norma jurídica possui natureza peculiar, uma vez que estabelece padrões de condutas a serem observados. Assim, toda situação que se opõe de forma concreta a norma jurídica penal desprende uma sanção, uma resposta do judiciário. A norma jurídica descreve um comportamento a ser seguido de modo que a sua não observância implica no exercício legitimado da força, fazendo com que seja instrumento hábil para assegurar sua eficácia.

O poder cria deveres, tem se essa percepção quando há imposição dos fortes sobre os fracos, havendo uma obediência dos fracos há regras, deveres criados pelos detentores da força. Dentre inúmeras formas de poder sobre seu semelhante, pode-se intitular o poder político como uma dessas variações de poder. Percebe-se que o poder político não é pura necessidade congênita do homem e sim algo ligado à vida social.

A coerção e subordinação apresentada pelo poder político, nem sempre podem ser consideradas como essência do poder político, de modo que a coerção está presente em determinadas culturas não sendo necessariamente a única. Desta forma é possível o poder político sem coerção, ou seja, sem violência, o que já foi comprovado por pesquisas antropológicas.

O exercício do poder quando realizado por classes dominantes, o que é na maioria das vezes, tem se o fim podendo ser este variável, de acordo com o interesse daqueles que detém do domínio ou de acordo com cada época, cultura, dogmas, considerando que a sociedade está em constante evolução e formas mais distintas de pensamentos. Nesse sentido Norberto Bobbio esclarece que *“os fins da Política são tantos quantas são as metas que um grupo organizado se propõe, de acordo com o tempo e as circunstâncias”* (A era dos Direitos, 1992).

Marques de Beccaria em sua obra “dos Delitos e da Penas” também havia percebido que a Justiça dos Homens a qual chamara de Justiça Política *“não passa de uma relação estabelecida entre uma ação e o estado variável da sociedade”*. Desta forma, Beccaria percebeu a mutação no ambiente social e também que a justiça muda de acordo com a ação, quando esta se apresenta vantajosa ou necessária ao grupo social.

Hodiernamente, o monopólio da repressão física se encontra nas mãos do Estado, que tenta legitimá-lo na forma como se apresenta aos interesses da cidadania. As variações sociais, evolução histórica que determina o modo como o exercício do poder se apresenta a parti de então podendo ser considerado profícuo ou prejudicial.

A legislação confere determinados valores a certos bens jurídicos e havendo a violação a estes valores impostos, conseqüentemente, implicara direta ou indiretamente na sanção para o individuo, nascendo assim as condutas criminosas. Esse valor atribuído a certos bens jurídicos faz com que determinada atitude ou comportamento seja intitulado como criminoso, contudo não se deve por de lado a comunidade humana, pois é a parti do comportamento da sociedade que se tem o que seja crime ou não, o que deve ou não ser punido. Destarte uma conduta criminosa necessariamente deve observar o valor e a finalidade que se quis dar a determinado bem jurídico.

Frisa-se que não são todos os comportamentos humano que recebem uma tutela especifica especial, são somente aqueles que recebem garantias jurídicas em aspecto extra penais, e ainda assim prevalece o entendimento de que são insuficientes, leva se em consideração o princípio da intervenção mínima do estado, ou seja, são questões tão ínfimas que fogem do poder de apreciação do estado.

Observa-se que a criminalidade e o delito não partem de uma realidade natural, mas sim através de mecanismos criados pelo sistema jurídico- social, que trazem valores embutidos que gera condutas taxadas como criminosa.

A Política criminal juntamente com a moral são capazes de revelar diferentes modos da análise da conduta humana. Sendo assim, o que se percebe é a distinção que é feita entre elas, assim moral e política são orientadas por princípios diferentes, no entanto ambas estão voltadas para o comportamento do ser humano. Observa-se uma ação moral quando há um preceito elencado como categórico, seja qual for o efeito produzido pela conduta. Para a política é ao contrario, uma vez que o efeito produzido pela ação tem uma grande importância, pois é a parti do reconhecimento dessa conduta que pode valora- lá como positiva ou não.

A noção do juízo de reprovabilidade que se tem no âmbito do direito é a partir daqueles critérios criados por lei, desta forma não influem em nada as considerações de ordem moral, assim embora a conduta seja citada como algo imoral, ou seja, aquelas consideradas moralmente reprováveis não recebem uma sanção, sendo irrelevantes para o espaço jurídico.

A ordem jurídica, ou seja, o poder exercido perante o homem deve-se sempre ser aplicado de modo com que não venha ferir sua dignidade. Destaca-se que a dignidade é um principio constitucional fundamental, com a mesma eficiência que o Estado impõe uma

pena como resposta a determinado comportamento, este deve ter a mesma precisão e eficiência para ser justo, não violando direitos do agente.

Destarte a política criminal e a moral devem estar entrelaçadas, de modo que a sanção imposta ao comportamento humano deve ser uma atitude de justiça. A distinção ou conceito de justiça ou injustiça é aquele estipulado por cada tribo e ainda se pautando na evolução da sociedade, na medida em que os conceitos mudam se misturam e se unem com o passar do tempo.

A expressão *Política Criminal* é de origem italiana e não possui teor sólido, na medida em que o comportamento humano está em constante mudança. Von Liszt foi quem precedeu tratamento sistemático ao tema, entendendo que política criminal é a ciência que dá fundamento jurídico e orienta os fins do poder de punir do estado. (Tratado de direito penal alemão. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, p.3.)

Diversas são as maneiras de se entender a Política criminal como “o conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as resposta ao fenômeno criminal” ou “a determinação e o estudo dos meios ou remédios adotáveis pelo Estado para prevenir eficazmente o maior numero possível de crimes” ou ainda “ a atividade que tem por fim a pesquisa dos meios mais adequados para o controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a criminologia, inclusive através da análise crítica do sistema punitivo vigente”. (GALVÃO, 2000)

A política criminal trás aspectos tanto na esfera prática como na esfera teórica, havendo trocas de influências recíprocas, ou seja, ela solidifica determinado comportamento que se tem como ideal e busca efetivar esse conceito na pratica. Desta maneira, a política criminal acaba por se tornar ambígua. A preocupação da política criminal esta em saber o que fazer com aqueles indivíduos que violam regras da convivência social e também o modo como praticar aqueles preceitos elencados como os melhores. Bem expressa Roque de Brito:

[...] Situa-se, assim, em tal política, como uma prevenção social da criminalidade antes que sua formulação em termos científicos ou jurídicos, em termos de prevenção geral e especial da delinquência ou, ainda nos seus aspectos práticos de legislação positiva e de ciência penitenciária, de execução da pena. ALVES, Roque de Brito. Ciência criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.301-302.

Na medida em que a sociedade vai crescendo conseqüentemente vai surgindo novos delitos ou comportamentos que venham a corromper aquilo estabelecido como o

padrão ideal de conduta. A política criminal, neste cenário, passa a exercer também um papel de investigação constante, inacabado. Percebe-se que a política criminal tem sempre que buscar se aperfeiçoar e a trazer medidas cada vez mais eficazes, não devendo repousar e se sentir confortável por estabelecer medidas teóricas apenas sem executar na prática ou ainda mesmo que executando na prática não podendo haver acomodação uma vez que sempre existem formas de burla a lei ou determinado padrão de comportamento.

A natureza científica da Política criminal tem sido objeto de estudos por vários doutrinadores e conseqüentemente se encontram vários posicionamentos. Alguns autores afirmam que a política criminal é apenas mera técnica, como Cuellon Callon que sustenta não ser uma ciência, mas apenas critério diretivo das reformas penais, que se baseia no exame crítico do direito vigente, sob o aspecto de sua adaptação no momento histórico, assim como Sebátian Soler que afirma ser apenas um critério orientador da produção legislativa, no mesmo sentido Heleno Fragoso e José Cirilo de Vargas.

Em sentido contrário temos os doutrinadores que entendem ser a política criminal não uma técnica mais sim uma verdadeira ciência, são eles Maggiore, Maurach, Jescheck, Eduardo Correia, Nelson Hungria, dentre outros, Aníbal Bruno ilustra que a política criminal:

Pode classificar e organizar os seus princípios, ordenando-os unitariamente em sistema, e assumir, assim, a dignidade de ciência. Não é simples método de trabalho, mas um conjunto de principio de orientação do Estado na sua luta contra a criminalidade, através de medidas aplicáveis aos criminosos. Na realidade, ela se situa entre a criminologia e o direito penal, entre os estudos do crime como fenômeno social e humano, cujos dados utiliza, e a prescrição de normas para sua disciplina jurídica, que ela se destina orientar. (BRUNO Anibal. Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, tomo 1, 1967, p.33)

Destarte, o melhor entendimento da inquisição aponta para a política como ciência que se preocupa com valores que tenham importância para o desenvolver da sociedade, mas que será a política em sentido prático, que devesse concretizar tais valores em formas de governo. Nas palavras de Basileu Garcia, *como ciência, a Política Criminal firma princípios e como, arte, aplica-os.*

A política criminal e a criminologia têm seus estudos voltados para as causas que levam o indivíduo a praticar um crime. Os estudos criminológicos passam a entender política criminal como ciência aplicada da criminologia. A criminologia passou em primeiro plano a estudar as personalidades dos agentes, surgindo assim, uma harmonia entre a

criminologia e a política criminal. Posteriormente, estudos realizados verificaram que as causas estariam na marginalidade na parte periférica e pobreza.

A escola positiva foi a primeira que começou a explicar a criminogênese, passando a explicar a criminalidade. Na Itália com Cesare Lombroso, essa escola dizia que o crime é um fator endógeno, assim passa a indagar se o homem nasce mal ou a sociedade que o torna mal? Ou até mesmo um fato exógeno, o sujeito é bom e a sociedade passa a corrompê-lo com diversos fatores aquela pessoa boa? A escola positiva italiana esclarece que o ser humano já nasce delinquente.

Lombroso analisa mais de 25mil presos e observa suas características, como mãos longas e finas, rostos alongados, com tatuagens e esses são os taxados como os criminosos/delinquentes das sociedades, esses são os maus. São características genéticas que herdamos de nossos antepassados que leva o sujeito inevitavelmente à criminalidade, ou seja, o crime esta no gene.

O crime vira uma doença social que deve ser tratada, tem-se a escola francesa que foi além, dizendo que são os fatores endógeno e exógeno que contribuem para a criminalidade. Essa escola passa a enxergar o crime como micróbio o criminoso como vírus, esperando o meio ambiente adequado para eclodir, pode ser que o sujeito não obstante tenha a tendência para a criminalidade, e então nunca venha a cometê-la, isso por que não encontra o meio ambiente para cometê-lo.

A segunda fase macrossociológica, começa então na década de XX, na escola de Chicago dentre outras. Referida escola passou a vincular o crime em seu aspecto natural, trata-se da teoria ecológica da criminalidade, com o pensamento de que a cidade grande que produz a delinquência. Verifica que este é o momento das grandes imigrações, o momento das formações dos grandes centros das grandes megalópoles e claro dos guetos. Portanto, são identificados lugares dentro das cidades que produzem a criminalidade no mais das vezes vinculados nas proximidades dos centros industriais.

Essa escola passa a dar lugar para a associação diferencial. Aqui começa a ruptura de paradigma, porque ela ilustra que o crime também pode estar vinculado a classes mais abastadas, o crime pode ser praticado por pessoas que desenvolvia especialidades específicas inclusive a macrocriminalidade econômica, nessa época surgia à expressão crime de colarinho branco, pois até então o crime era considerado como algo exclusivo de classes menos favorecidas.

Logo, a teoria da associação diferencial passa a dar lugar para a Teoria da Anomia, ou seja, os espaços nos contextos sociais aonde faltam plena coesão e ordem, sobretudo no que se refere a valores e normas. Surgindo esses espaços anômicos, vagos dentro do contexto social, o sujeito passa a se ver fora de qualquer vínculo social no que se refere ao contexto da norma que vige. Nesta teoria Émile Durkheim explica o suicídio dizendo que isso acontece quando o sujeito se percebe dentro de um espaço vago, sem regras ou normas. A pessoa passa a desenvolver inúmeras condutas autodestrutivas, pois tem como regra, que o vazio que sente da anomia tem de ser preenchido com algo.

Essa teoria da Anomia, passa também há dar lugar para outra Teoria chamada Sub Cultura do delinquente que esclarece uma subcultura dentro de um contexto cultural maior. Nesta teoria se explica a questão da gangue. Um exemplo prático seria o sujeito que é convidado a ingressar em uma gangue e precisa praticar uma tarefa, ou seja, alguns atos para ser aceito e, muitas vezes, ligados à criminalidade. Esses valores da gangue para o sujeito são sempre maiores e mais valiosos que o próprio valor do contexto social aonde ele esta inserido. O mesmo raciocínio vale não só para as gangues, mas também para associações criminosas, policias, que são grupos aonde há uma subcultura dentro de uma cultura maior. Acaba por ser a Teoria do etiquetamento ou da rotulação, o sujeito acaba assumindo um papel que os outros enxergam nele.

Assim, com a criminologia passa a existir três movimentos de política criminal, sendo elas abolicionista neorealismo e o minimalismo.

O movimento abolicionista teve como um de seus principais defensores Look Busulfan. Esse movimento pregava a extinção do direito penal, propondo a substituição do direito penal por um direito administrativo sancionador, decorrente do pensamento predominante de que a pena perdeu sua utilidade não sendo mais eficaz, pois não possui mais o teor intimidatório e também porque não tem o condão da reeducação do infrator da lei, entendendo que o ordenamento jurídico é capaz de deixar inviável a vida em sociedade.

Por óbvio que sempre houve e haverá controle social dentro do contexto social e o direito penal é apenas mais uma ferramenta, mais um órgão desse controle. Podendo o controle social ser informal, ou seja, aquele que se inicia dentro de casa nas escolas ou ate mesmo nas igrejas. Hoje, um grande exemplo de controle social é a mídia, chegamos tão somente para um controle social mais formalizado como agências de execução penal, policias, ministério público, órgãos judiciais, essa distribuição do poder sempre existirá no contexto social.

Se a tese de Look Busulfan vingasse, se realmente fosse instituído o abolicionismo penal, a principal consequência é que estaria em vigor, seria revigorada a lei do talião, estaria de volta o olho por olho dente por dente, as pessoas estariam fazendo justiça com as próprias mãos. Fala-se no pensamento retributivo, portanto é impensável. Esta tese é dogmática científica, mas sem nenhum interesse pratico.

Assim a tendência abolicionista prisma pela não intervenção Estatal, na versão mais radical os abolicionistas pugna pela eliminação do Estado e do Direito, entretanto não elencaram algo construtivo como alternativa para ter o controle do poder punitivo.

Na hipótese moderadora ou reformadora, o abolicionismo briga por um direito de pouca intervenção na liberdade individual e visando uma maior garantia, o que é moldado por um Estado Democrático de direito social.

A segunda politica criminal é o maximalismo penal, neorealismo de esquerda com suas teses rigoristas e maximalistas. Na década de 70 com as questões fiscais provocando a falência do estado de bem estar social, passou a dar ensejo para que teses politicas ultrarradicais de direita aflorassem e por isso encontra melhor explicação no movimento “tolerância zero” neste momento histórico. Houve ainda a criação da teoria das janelas quebradas ou (Broken Windows) e a teoria das três faltas e você esta fora.

O prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, instituiu essa teoria que "defende a luta contra a grande violência criminal através de uma repressão severa e da perseguição à pequena delinquência e aos comportamentos incivis que seriam seus sinais anunciadores" (WACQUANTE, 2000:111).

Destarte essa tese radical da “tolerância zero”, dizia que todas as infrações deveriam ser tratadas com o mesmo rigor, ou seja, as mais severas e as menos severas todas teriam o mesmo tratamento.

A teoria da janela quebrada ou - Broken Windows, é a mesma tese da tolerância zero. Um exemplo seria o de uma fábrica que é o motor daquele bairro e em virtude da falência acaba sendo desativada. Os jovens que trabalhavam na fabrica e hoje estão desempregados passam todos os dias por ali e veem que esta desativada, assim lançam uma pedra e quebram o vidro e ninguém faz nada, isso porque houve uma omissão do Estado, no dia seguinte o mesmo grupo de jovens voltam ali e não se contentam em quebrar a janela passam a pichar as paredes e mais uma vez ninguém faz nada, houve novamente uma omissão do Estado, já no terceiro dia eles depredam a fabrica inteira.

Esse tipo de violência que começou com uma coisa pequena acaba se espalhando pelo bairro, ou seja, é preciso coibir lá atrás aquela ínfima violência, para impedir que ela contamine e se transforme em um contexto social violento muito maior.

Essas políticas criminais radicais maximalista querem dizer basicamente a mesma coisa. Há uma política no EUA que vigora até nos dias de hoje chamada “tree stick e nul wars” é uma tese que vem do jogo de beisebol, que dita “três regras e você esta fora”, assim o batedor, ou seja, o sujeito que erra três vezes esta fora de toda aquela rodada, assim aquele individuo que pratica uma infração leve é feita, mais ou menos uma vista grossa, praticando já a segunda infração tem se um cuidado maior, um alerta porque se vier a ocorrer a pratica da terceira infração o individuo será responsabilizado como se tivesse praticado uma infração grave, assim 3 três faltas e você esta fora.

O terceiro movimento da política criminal versa sobre o minimalismo penal, aonde o poder punitivo do Estado precisa ser limitado ao máximo não podendo adentrar sempre e por qualquer motivo na esfera do individuo, e por outro lado à liberdade do individuo que precisa ser ampliado ao máximo, trata-se do garantismo penal que afasta um estado antiliberal com teses maximalista, em contra ponto se evita uma liberdade selvagem do sujeito com as teses abolicionistas. O garantismo é um dos reflexos do minimalismo surgindo na década de 80 que surge com a política criminal minimalista, está no meio termo, *Aristóteles já dizia a virtude está no meio termo.*

O Professor Ferrajoli, em sua obra (Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2002 pg7) elucida bem sobre o tempo e utiliza técnicas de minimização do poder de punir do Estado que se encontra ligado aos delitos, penas e processos, totalizando dez axiomas.

Os axiomas ligados a penas são 3 (três), *Nulla Poena Sine Crimine* – se liga basicamente ao principio da retributividade, menciona a respeito das teorias e finalidade das penas. Em regra permanecem duas teorias, cada uma possuindo desígnio relativo à pena, sendo a teoria absoluta possuindo a finalidade retributiva e a segunda teoria relativa possuindo a finalidade preventiva. No entanto já existem posicionamentos no Brasil que trazem uma terceira teoria que seria unificadora, mista ou eclética que abrange as duas finalidades, ou seja, tanto preventiva como retributiva da pena.

A teoria absoluta com sua finalidade retributiva expõe que o crime é uma mal e deve ser pago com outro mal que terá como consequência a pena de prisão, diz sobre reciprocidade, portanto a pena nada mais é do que uma vingança do próprio Estado em face

do mal praticado pelo individuo, se pagará um mal com outro mal que é a reclusão. Os defensores desta teoria da retribuição e da teoria absoluta da pena são Hegel e Kant.

A teoria relativa com sua finalidade preventiva informa o contrário, dizendo que o caminho não é o da retribuição, mas sim o da prevenção. E mais, com a pena há uma prevenção negativa e outra positiva. A negativa pode ser geral, ou seja, se aplica para toda a sociedade, mas é necessário se manter atento, valer para aqueles potenciais criminosos. Aqui o sujeito não deve delinquir, pois se vier a cometer um crime receberá determinada pena. Fala-se também da finalidade negativa especial, que repousa na figura do condenado estar relacionada com a reincidência. Assim, ela tenta evitar a reincidência daquele cidadão.

A finalidade como já dito pode também ser positiva geral que busca conquistar a confiança das pessoas dentro do direito penal. Assim o direito penal tem a intenção de ser bom e necessário, ele tem sido útil nos dias atuais, evitando o caos social, além da finalidade geral tem a especial positiva que também incide sobre a figura do condenado, buscando sua ressocialização para poder ser inserido novamente no corpo da sociedade.

Outro axioma é o *Nullum crimen sine lege*, e vem elencado como o princípio da legalidade. Temos aqui dois preceitos básicos: a) o primeiro se encontra no artigo 1º do código penal que trás a seguinte redação: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”; e b) o segundo preceito básico é aquele descrito na constituição federal no artigo 5º inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, como se percebe trazem a mesma redação legal, houve apenas uma repetição no código penal. Assim ninguém será punido se não houver regulamentação expressa em lei.

*Nulla lex poenalis sine necessitate* - o princípio é da necessidade ou da intervenção mínima do estado, o que acaba por ser uma expressão mais genérica para dois postulados específicos. Um deles é o da fragmentariedade do direito penal e o outro é o da subsidiariedade. Desta forma, a fragmentariedade nos relata que somente bens jurídicos relevantes é que merecem a tutela penal e somente ataques intoleráveis é que podem sofrer a reprimenda legal. Por sua vez, a subsidiariedade trás tratamento diverso, o entendimento é que significa a ultima *ratio*, assim o direito penal só intervirá quando outros ramos do direito principalmente o direito civil e administrativo não resolverem de forma satisfatória o conflito. Portanto o direito penal é subsidiário e isso significa intervenção mínima.

São garantias essas que se relacionam ao fato, crime e ao delito, *Nulla necessitas sine injuria* - o principio aqui é o da ofensividade, ou seja, não há crime sem lesão ou exposição a perigo concreto do bem jurídico ou também principio da ofensividade. Nesse ponto surge uma discussão dos crimes de perigo abstratos, havendo uma classificação importante dentro do direito penal, sendo entre crimes de dano e crimes de perigo, os crimes de dano pressupõe a perda do bem jurídico para sua consumação, é necessário que o bem jurídico seja afetado, é preciso que realmente seja ofendido é preciso ser perdido, como é o caso do homicídio quando a vítima vem a falecer, não havendo a morte não se trataria então de crime consumado. Por outro lado, os crimes de perigo se consumam com a probabilidade de lesão, ou seja, não há necessidade de efetiva lesão ao bem jurídico. Nesse sentido, a mera probabilidade de lesão já é suficiente para a consumação.

O crime de perigo pode ser tanto concreto ou abstrato. No concreto é preciso ser inequivocamente demonstrado no processo para que se consume, de modo que não havendo a demonstração da situação de perigo não haverá consumação do crime de perigo. O crime de perigo concreto tem como exemplo o artigo 250 do Código Penal. O perigo abstrato trás uma presunção absoluta no sentido de que uma determinada conduta advém do perigo. A crítica se estabelece na ofensa a ampla defesa e por haver um desrespeito ao principio da ofensividade já que a situação de perigo não precisa ser demonstrada, pois existe uma presunção, assim inevitável é se questionar aonde esta agressão ao bem jurídico? Aonde esta a mera exposição há perigo do bem jurídico? Não esta, e nesse ponto vem a crítica, pois alguns autores dizem ser inconstitucional o crime de perigo abstrato, pois ofende a taxatividade da lei penal. Outros autores entendem não ser inconstitucional, como por exemplo, o trafico de drogas, pois aqui a periculosidade se presume, ela não é absoluta.

*Nulla injuria sine actione* – da materialização da exteriorização do fato, o direito penal não se presta para punir o pensamento, o modo como a pessoa vive, seu estilo, se é branco ou negro, não se pune a mera cogitação é preciso que tenha a materialização da conduta. O direito penal pune apenas a conduta que concretamente se materialize, se exteriorize no mundo real.

*Nulla actio sine culpa* - o principio é da culpabilidade, assim a culpabilidade é o limite para imposição de toda e qualquer pena. A pena tanto mais será severa como quanto maior for o grau de censura do agente, não colocamos em pauta a culpabilidade como elemento do crime para a teoria finalista tripartida ou como pressuposto para aplicação da pena para teoria bipartida. Consideramos a culpabilidade como censura, meio de reprovação a

do artigo 29 do Código Penal, quanto maior for a censura maior será a pena, quanto menor a reprovação menor a pena.

*Nulla culpa sine iudicio* principio da jurisdição ou não há culpa sem a intervenção judicial. Nesse ponto trata-se do juiz no caso concreto, ou seja, é um terceiro imparcial que detém o ônus constitucional de decidir pela culpabilidade, este é o primeiro axioma relativo ao processo.

Segundo axioma *Nullum iudicium sine accusatione*– principio acusatório, nesse ponto é questionável qual sistema vige no Brasil? O sistema acusatório ou inquisitorial? A resposta será “depende”, pois se partimos da ceara judicial é claro que vige o sistema ou principio inquisitório, ou seja, os poderes da persecução penal se concentram nas mãos da mesma autoridade judicial. Ao contrário do sistema acusatório que na fase judicial concentra seu poder persecutório não apenas na mão de uma única autoridade. Na fase judicial esse poder é distribuído nas mãos de diferentes autoridades, nesse caso haverá um julgador um acusado e um terceiro que será a pessoa do defensor.

Em nosso país o sistema é acusatório puro, ou seja, é puramente acusatório quando o juiz passa a se comporta como juiz e não como parte. No Brasil o juiz pode quebrar sigilo de ofício sem ter perdido permissão ao Ministério Público, também é possível efetuar prisão de ofício, quando permanece dúvida poderá produzir prova de ofício em busca da chamada verdade real, no sistema puramente acusatório o juiz se vale da aplicação do principio do *in dubio pro reo*, observa-se que em caso de dúvida ele então não produz prova para se convencer.

Observa que no Brasil vige sistema acusatório, mas com resquícios do sistema inquisitorial.

*Nulla acusation sine probatione* – principio do ônus da prova, vem elencado no artigo 156 do Código de Processo Penal, descreve que o ônus da prova incube a quem o alega, portanto é dever institucional do Ministério Público, logo, o ministério público tem que comprar tudo aquilo que foi descrito na denúncia. No entanto, haverá inversão do ônus da prova quando o réu trás fato novo parar o processo.

Ultimo axioma, *nulla probatio sine defensione*, ou princípio da ampla defesa, existe uma questão aonde alguns autores querem trazer esse principio, para o âmbito da esfera inquisitorial.

Por fim, lembrando que existem três movimentos de política criminal o abolicionismo penal o maximalismo penal e o minimalismo penal.

Garantismo trás a ideia de diminuir o poder punitivo do estado e aumentar a liberdade do cidadão. O garantismo esta no meio termo nem um estado antiliberal e nem uma liberdade selvagem.

Assim ilustra o professor Ferrajoli a técnica da minimização do poder institucionalizado do estado que são representadas nestes 10 axiomas que foram demonstrados, garantias relativas as pena, fato e processo.

#### **4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Princípio do Devido Processo Legal abarca o devido processo substancial e o devido processo legal formal. No primeiro aspecto, define que o estado toda vez que exerce um ato de poder, interferindo na vida do indivíduo deve agir de forma equilibrada, proporcional e razoável. Tem-se a limitação da atividade do estado. Assim se o crime é de pouca importância a pena não pode ser muito alta, é necessário que prevaleça o equilíbrio do estado.

Devido processo legal formal por sua vez é aquele que estabelece uma sucessão de atos processuais, são os procedimentos para legitimar a criação de um ato de poder, se faz necessário que antes de punir tenha a realização de certos atos.

Princípio do Juiz Natural estabelece a garantia para o indivíduo, que antes de ser processado, poder saber qual será o juiz que irá julgar, ou seja, qual o juiz é competente para julgar aquela causa, nos termos do artigo 5 inciso LVII da Constituição Federal.

Princípio do Promotor Natural, informa que todo sujeito tem o direito de saber quem será seu acusador, elencado no artigo 5 inciso LVII da Constituição Federal

Princípio da vedação aos tribunais de exceção, não se pode criar um tribunal após o fato para que possa ser julgado. Trás a ideia de que não se podem escolher juízes para julgar tal fato, como os tribunais de guerra que são criados depois da guerra.

Princípio da publicidade dos atos processuais, o processo é um instrumento público de jurisdição, toda sociedade em regra tem acesso aos atos processuais, existe exceção sobre aqueles que correm em segredo de justiça, em duas hipóteses, a primeira para preservar a intimidade das partes, como adoção, separação. E a segunda hipótese para atender o interesse social, como preservar o resultado prático do processo, interceptação de linha telefônica, assim ocorre o sigilo.

Existem dois tipos de sigilos um recaindo sobre a investigação e o outro sobre os autos, o da investigação é aquele quando o indivíduo é pego de surpresa, como ser surpreendido durante a madrugada em que a pessoa está dormindo. O outro relativo aos autos é quando o sujeito tem a consciência de que é processado, mas não consegue ter acesso ao processo, o delegado restringe que se pegue o processo.

Princípio da motivação dos autos judiciais informa que toda decisão do juiz tem suas razões, é indispensável à motivação de suas decisões, de modo que não havendo a fundamentação a decisão é anulada. É preciso que o juiz motive suas decisões, pois é um direito da sociedade, as partes tem que saber o porquê daquela decisão, o nosso estado é republicano assim tem que prestar conta para a sociedade, este direito vem expresso no artigo 93 inciso IX da Constituição Federal.

Princípio do Contraditório, o processo é um fenômeno bilateral, dialético, e a verdade judicial é amadurecida pelo debate processual, pois é a partir do debate que se chegamos a verdade. O contraditório que legitima a decisão, ele tem a capacidade de alimentar a motivação do juiz, ou seja, quanto mais contraditório mais certeza o juiz terá há respeito do caso.

Neste ponto, importante frisar que o juiz não pode decidir fora do contraditório, pois em sendo assim configuraria abuso de poder, decisão extra-petita, aquela fora do peido. O juiz decide dentro dos limites objetivos da lide. Portanto, esta é a relação existem entre o contraditório com a motivação do juiz.

Princípio da Ampla Defesa, diz-se ampla porque integra duas modalidades de defesa, a primeira é a autodefesa, uma garantia fundamental do indivíduo de apresentar sua versão perante autoridade pública. Esclarece que ninguém é obrigado produzir prova contra si mesmo, possui caráter personalíssimo, individual. O advogado não pode exercer este direito, somente a pessoa do acusado. Aqui o indivíduo não tem compromisso com a verdade logo ele tem o direito de mentir.

A segunda modalidade é a defesa técnica, que é praticado exclusivamente pelo advogado inscrito no quadro da OAB. Existe a exceção do habeas corpus na defesa técnica, que não é preciso ser formal.

Frise-se que somente existira a ampla defesa quando houver juntas, a autodefesa e a técnica, se faltar uma delas, não é possível se falar em ampla defesa.

Princípio da Vedação das Provas Ilícitas elucidada que o estado não pode construir processos com base na ilegalidade, o processo somente caminha de acordo com a lei. Podendo ser provas originariamente ilícitas, a própria prova aqui é um crime, um ilícito, como confissão mediante tortura podendo até mesmo ser a moral. Como também pode ser por derivação, ou seja, se uma prova é ilícita e gerada uma lícita, essa outra acaba por ser torna ilícita.

Princípio da Igualdade Processual, o juiz tem de dar um tratamento paritário as partes, artigo 5 da Constituição Federal, ou também chamado de princípio da paridade das armas, este princípio também determina o contraditório fazendo com que prevaleça o equilíbrio.

Princípio da Legalidade das Prisões, o individuo somente pode ser preso por ordem judicial ou então em flagrante delito que permite que qualquer pessoa venha a fazer. Esta é uma modalidade de autotutela que não é preciso ir até a autoridade, é apenas a sociedade se manifestado, pois é uma ruptura social.

Princípio da Presunção de Inocência, chamado no supremo de princípio da não culpabilidade, é um escudo de proteção do réu contra o poder de punir do estado.

O estado é detentor do ônus de provar a culpa, é preciso que ele produza as provas. Assim pode haver a absolvição, ela pode ser de duas formas a categórica que é a certeza da inocência e a dubitativa que é baseada na dúvida da culpa, é a insuficiência das provas. O instrumento dado ao promotor para pode derrubar a presunção é a ação penal, para mostrar ao juiz a culpabilidade do réu. A sentença que condena é chamada de condenatória e a que absolve de absolutória, isso porque a presunção de inocência é relativa, se provada que determinada acusação é falsa, nesse caso tem a inocência absoluta do réu.

## 5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSEGURANÇA NO CENÁRIO POLÍTICO CRIMINAL-CONSTITUCIONAL

A visão aliada à intuição presente no homem diante da violência, não corresponde a violência estrutural, ou seja, aquela que os resultados negativos são percebidos facilmente pela sociedade, quando recaídos no estado de desenvolvimento e na qualidade de vida social. Sucede que a criminalidade tradicional é aquela aonde os impactos são de fato mais visíveis e sentidos pela opinião pública aonde a mídia anuncia as condições precárias de segurança e que devida sua proporção se tem a atenção de todos.

Segundo orienta Alessandro Baratta, a opinião pública que aparecem nas sondagens estatísticas *“não é mais que a média das opiniões privada dos cidadãos, Para ele somente na comunicação política de base o cidadão cria uma opinião que pode ser classificada verdadeiramente como pública”*. (Filósofo de uma criminologia crítica. In RAMOS, Sílvia. *Mídia e Violência Urbana*, Rio de Janeiro: FAPERJ, 1994, p. 18). Logo a mídia tem grande influência pela dissociação da imagem do crime, vinculando-a com a figura do criminoso em comum, fomenta uma percepção diferente e gritante da criminalidade.

A mídia une o papel da criminalidade com a pobreza dando ênfase a bairros humildes apenas em situações repugnantes, como catástrofes, mortes daqueles em que eram parte do ceio de uma família com boa reputação. Em contra ponto, quando uma pessoa de estereótipo não correspondente a certas criminalidades, o sangue não parece ser despejado pela mídia, como fraudes previdenciárias, por exemplo, que tem um grande impacto na vida social.

Destarte, estabelecendo o afastamento entre as pessoas, seja por raça, condição econômica, crédulos etc., fica difícil a melhor compreensão para o medo, quando a visão do próprio objeto passa a ser distorcida, há uma verdadeira complicação em achar o seu antídoto para a cura, já que se confunde quanto à origem e proporção.

Medo e insegurança são sentimentos desenvolvidos pelo afastamento dos cidadãos, pela desistência das relações sociais e também pela falta de confiança nas instituições que não correspondem às expectativas de seu povo para adquirem um bem estar exercido através da segurança.

Verifica-se que o perigo real da criminalidade pode ter um significado considerável, mas não único para a insegurança. Como diz Massimo Pavarini:

[...] medo nasce de outras coisas ou diversamente nasce se é construído; pode terminar por simplificar-se por medo da diversidade, do inimigo interno, de relações sociais que se tornam mais hostis, de uma percepção de estranheza das relações sociais, de uma redução da comunicação social, de uma não frutificação do fluxo comunicativo entre os sujeitos, sociedade civil, instituições...Tudo isso é verdade, mas não parece ser diretamente imputável ao fenômeno criminal ou à periculosidade objetiva da criminalidade. (Dissertação de Mestrado apresentada pela Universidade Federal de Santa Catarina com o título - Políticas Integradas de Segurança Urbana: Modelos de Resposta Alternativas à Criminalidade de Rua).

Os ambientes aonde mais causam a insegurança, são aqueles aonde se estabelecem climas propícios a tais afirmativas, a convivência aglomerada de indivíduos, costumes, aonde impera uma extensão de diversidade sem a menor intenção de associar se aos demais, Frederich Engels afirmava, ao observar os londrinos nas ruas, já falava da “*pulverização dos seres humanos, postos uns ao lado dos outros sem qualquer sentimento de terem algo em comum*” (Manifesto do Partido Comunista. 2. 1958.)

O mal estar social liga-se ao fenômeno da criminalidade pela via simbólica, os seja, as diferenças, mudanças sociais, política, religião, costumes, os mais diversos jeitos em que a sociedade está sujeita, são as transformações extensas, a criminalidade é só mais um objeto ou fator do Estado Social, do qual é composto por outros diversos fenômenos classificados também como perigosos.

Tão logo, passa a fazer distinção entre o medo abstrato e o concreto, sob a ótica objetiva e subjetiva, a divisão elencada por Luiz Eduardo Soares, tendo como a dimensão objetiva “*aquelas em que os crimes ocorrem e como subjetiva aquela em que as fantasias, o imaginário coletivo, as sensibilidades, a afetividade humana, as paixões são mobilizadas, são estimuladas concorrendo para que o fenômeno da violência, na sua unidade, apareça dessa forma multifacetada e integrada*”. (Elite da Tropa – 2006)

Percebe-se que a violência objetiva é a que gera mais medo, acaba por se tornar um círculo vicioso, são os traumas psicossociais, fabricando por todo o tempo violência, medo, ódio, vingança, uma gama de sentimentos repugnantes. Quando se viola direitos fundamentais por vias indiretas atinge frontalmente a coletividade e não apenas o indivíduo como ser único. Por assim dizer, esta desagradável experiência superdimensiona o medo abstrato, comprometendo a linha do presente e futuro.

A insegurança subjetiva não se pauta no crescimento do perigo social efetivo e a constante preocupação quanto à maneira de reação das pessoas está ligada na insegurança subjetiva que superestima o perigo objetivo. Não é preciso que necessariamente haja correspondência entre a insegurança objetiva e subjetiva, desta forma os indivíduos que são mais expostos ao perigo criminal e, conseqüentemente mais inseguros objetivamente, não necessariamente são aqueles que se sentem mais inseguros e vice e versa.

Benjamin Mendelsohn criou a vitimologia começando a ser estudado de outra forma, assim o estado assumia a defesa e é como se a vítima tivesse sido colocada de lado. Em 1945 com esses estudos se começou a falar da vitimologia, existem vítimas que provocam a ação e a reação, e tem vítima que faz tudo pra ser vítima, agora tem aquelas que estavam na hora errada dia errado lugar errado, então por falta de sorte, acabam por se tornar vítima.

Desde então começou a se pensar no processo de privatização do direito penal, e a vítima começou a ganhar espaço para se manifestar, através da propositura da ação penal. Existe a vitimização primária, como sendo aquilo que é sofrido no momento da infração penal, aquele que sofre o roubo, furto, lesão corporal, estupro. A mulher vítima do estupro, realça o estigma, ou seja, as pessoas a olham de forma diferente, assim é torna-se muito comum que ela não leve ao conhecimento da justiça, pois ocorreria na justiça começa outro processo, o de vitimização secundária que pode ser muito mais doloroso que o próprio crime, pois se inicia a investigação criminal e o processo crime. Passa a ser necessário ouvir novamente a vítima para se apurar fatos, e conseqüentemente a história irá ser escutada por todos, filhos, esposo, começa a lembrar tudo o que já foi passado, parece que a justiça muda diante desses crimes. Antigamente antes da nova redação da lei não era permitido assistir a esses processos.

Mendelsohn indicou que “o objetivo fundamental da disciplina é a existência de menos vítimas em todos os meios da sociedade, sempre que a sociedade estiver honestamente interessada na solução do problema”.

Este é um dos fatores que leva as pessoas a se sentir inseguros, destarte, importante frisarem que estar inseguro não equivale a estar em perigo, diferença está que pode ser superada quando a sociedade voltar a manter vínculos uns com os outros, não se excluindo da roda de convivência por acreditar tão somente que a privacidade é a melhor opção de segurança.

## 5.1 Segurança Pública

A segurança é uma das necessidades fundamentais dos cidadãos, havendo sua ausência teremos o caos social, perderemos a paz no trabalho, família e todos aqueles ambientes aonde convivemos em grupo. Diferente do que muitos pensam a segurança não se volta contra a liberdade, pelo contrario esta é quesito para seu exercício. Sendo o governo democrático, a preocupação repousa nos órgãos que fornecem a segurança para a sociedade, solucionando problemas, e mais se tem a pretensão de evita-los. A policia tem atuado de forma indispensável no meio cultural. Há países atuando sem a intervenção de forças armadas, mas observa-se que nunca é sem a atuação da polícia, assim a policia deixa de ser apenas mais um órgão do estado.

Assim, o que vem a ser segurança se não aquilo que lhe garante que lhe pauta confiança e retira seu medo, desta forma percebe-se que a segurança pública nada mais é do que o conjunto de atos realizados pelo Estado, eficazes e capaz de lhe proporcionar maior tranquilidade, prevalecendo o equilíbrio social.

É dever do Estado à segurança pública, vale ressaltar que o estado moderno democrático é constituído por três poderes, sendo eles, executivo, legislativo e judiciário, os três poderes estão vinculados de forma que um sempre que necessário ajude o outro com a pretensão de evitar a criminalidade, violência.

Na ideia de Aristóteles, um cria, outro administra e organiza os poderes, com o passar do tempo à teoria foi evoluindo e agora com John Locke que cria também três situações que na pratica uma está subordinada a outra, na primeira situação está o legislativo que é a criação, na segunda é o judiciário e a terceira trás a ideia do rei, aquele que dará a última palavra, o rei é o administrador, ele quem nomeia o judiciário para que assim a lei não seja aplicada contrario a ele e sim de acordo com a sua vontade, o sistema de John Locke é considerado fraco, o executivo superando as ideia do judiciário, o que se tem é um pode muito forte e outro extremamente fraco.

Montesquieu durante a revolução francesa verifica que era necessário um ente dentro do governo para criar as regras, leis, este ente denomina-se legislativo que se encontra no parlamento, a função do outro órgão tem a função de fiscalizadora que faz com que a lei seja cumprida podendo se valer da força coercitiva para que seja cumprida, era uma medida

punitiva. O outro órgão administra que é o governo, que tira o poder todo da mão de uma só pessoa.

Montesquieu também cria o sistema de freios e contra pesos para que se assim se evite o abuso de poderes, podendo cada poder exercer apenas sua função típica, ou seja, aquela que somente aquele poder faz, fala-se também da função atípica quando um poder pode realizar a função de outro quando a lei autorizar. Desta forma tem-se um poder vigiando o outro.

O que diferencia um poder do outro são as garantias e direitos dados aos seus membros e não o exercício das funções. Essas garantias são para um poder não interferir na função do outro, para assim poder trabalhar com tranquilidade.

A segurança pública é também uma garantia, um direito fundamental, pois sua pretensão é a proteção da coletividade, garantir o mínimo de dignidade. Os direitos fundamentais existem como forma de impor limite ao estado, pois o estado é o violador dos direitos das pessoas.

Os direitos fundamentais foram juridicizados no instrumento da Magna Carta João sem Terra de 1215, sendo o primeiro instrumento jurídico que trouxe positivado os direitos fundamentais. Com o passar do tempo os direitos fundamentais foram evoluindo e a doutrina os denominou como “direito de gerações”, porém a doutrina mais moderna também entende que o termo geração ficou ultrapassado, e optaram por chamar de dimensões, essas dimensões variam em primeira, segunda, quarta e quinta, estes vão evoluindo com a sociedade.

Os direitos de primeira dimensão vêm elencados aqueles de liberdade, o marco histórico surgiu com a proclamação da independência dos Estados Unidos, pois nesse período fica demonstrada a luta contra o absolutismo e vêm reforçados com a revolução francesa, estes é marcos da conquista da liberdade.

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, de igualdade, a constituição mexicana de 1917 que trouxe positivado esses direitos de segunda dimensão, o marco para a doutrina foi à constituição alemã Weimar de 1919.

Os direitos de terceira dimensão são os coletivos, fraternais, surgiram pós guerra, trata-se daqueles direitos de quando o indivíduo luta não só para si próprio o benefício é para interesses de todos.

Direitos de quarta dimensão, os de comunicação, são aqueles de levar informação e receber, existem varias vertigens dessa dimensão.

Para alguns doutrinadores se fala também no direito de quinta dimensão, que refere a era do bio-direito, no entanto é um problema porque o direito não acompanha a ciência e a tecnologia.

Direito é tudo aquilo que o individuo tem, tudo o que lei oferece, são medidas declaratórias. As garantias por sua vez são os meios, mecanismos para que o indivíduo possa se valer de seu direito.

A doutrina diz que para um direito ou garantia ser fundamental tem que ter cinco características. Historicidade, pois todo direito ou garantia é histórico, surge através de uma evolução. Relatividade, pois nenhum direito é absoluto, sempre haverá exceção, entretanto a doutrina entende que a tortura seria absoluta, embora essa característica esteja sendo relativizada. Irrenunciabilidade, ninguém poderá renunciar um direito fundamental, o que poderá fazer é abrir mão temporariamente, e podem ser pleiteado a qualquer momento. Imprescritível, eles nunca se prescrevem, o que eventualmente prescreverá será o tempo, mas não o direito e por fim a universalidade é um direito de todos, independentemente de raça, crédulo, cor.

A constituição do Brasil de 1988, conhecida como uma Constituição Cidadã, que trouxe elencado em seus direitos e garantias fundamentais a segurança pública. O artigo 144 da Constituição Federal descreve a segurança pública que deve ser fornecida pelo Estado, fazendo uma associação da segurança pública a ordem pública, no entanto várias grosserias já foram acometidas em razão da ordem pública, como a violação dos direitos humanos, assim o preceito ordem pública deve ser entendido como, *“uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”* – José Afonso da Silva. (Curso de Direito Constitucional Positivo 22ed. 2003)

Desta forma, é preservado o interesse da coletividade para que se possa viver em sociedade aonde todos possam usufruir de seus direitos sem interferência na ceara do outro, buscando o equilíbrio, para se evitar crimes ao invés de ter de soluçona-los.

Buscando a efetivação da segurança pública os principais órgãos responsáveis são as policias militares e civis, não elencando as policias federais uma vez que estás possui atribuições especificas que vem elencado no §1º do artigo 144 da constituição federal.

Observa-se que ao mesmo tempo em que a constituição estabelece aos estados segurança pública, ela também exige a efetivação dessas medidas pelas policias militares e civis.

O artigo 144 da constituição federal descreve:

A segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos. É exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio dos seguintes órgãos:

I Polícia Federal,

II Polícia Rodoviária Federal,

III Polícia Ferroviária Federal,

IV Polícias Civis,

V Polícias Militares e Corpos de Bombeiros. (BRASIL, 2005, p.109)

Assim o artigo 144, trás o poder policial e delimita a atividade policial no Brasil, a segurança pública e a policia, estão no ponto central da questão.

Winfried Hassemer elucida o seguinte “a polícia não pode ser a única voz no coral da segurança pública”. Assim a segurança pública não se restringe apenas ao combate da criminalidade, tão pouco a ação policial. Alguns autores quando trazem o significado de segurança e segurança pública, não faz ligação direta à instituição policial. Assim temos:

Segurança: derivado de segurar, exprime, gramaticalmente, a ação e efeito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa. Assim, segurança indica o sentido de tornar a coisa livre de perigos, de incertezas. Tem o mesmo sentido de seguridade que é a qualidade, a condição de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado de danos ou prejuízos eventuais. (p. 1256)

Segurança Pública: É o afastamento, por meio de organizações próprias, de todo perigo ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade de cada cidadão. (p.1258) SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 4v.

Observa-se que a o poder da policia é aquele então descrito no artigo 144 da Constituição Federal, trabalhando para manter a segurança pública, preservando a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Dentro do referido artigo tem se duas funções policial, a administrativa ou judiciaria. Diógenes Gasparini, explica que o poder de polícia se exerce, em sentido estrito, nas “atribuições de policia administrativa, impedindo ou paralisando atividades antissociais; por isso, pode-se diferenciar policia judiciária (que se rege por normas processuais) da policia administrativa, que exercita o poder de policia e regem-se por normas administrativas, estas

podendo ser federais, estaduais ou municipais, de acordo com a área de atribuição e a competência legal”. (Direito administrativo, 8. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.123-124)

Observa que a polícia é um órgão público que presta seus serviços a comunidade que tem por finalidade evitar a criminalidade, todo ato ilícito, que pode ser federal, municipal ou estadual. Como ensina Pontes de Miranda que “*policar é ato estatal, é ato de autoridade pública*”. Desta forma o poder de polícia busca o equilíbrio social, evitando o caos na comunidade.

A polícia administrativa ou preventiva são os policiais militares do estado e rodoviárias, elas tem uma relação negativa com o crime, porque visa negar o crime, proibir. Esta é uma polícia ostensiva, ela necessariamente tem que aparecer, pois pelo simples fato de aparecer já coíbi o crime. Ela tem o efeito dissuasório (intimidador). Esta polícia se utiliza da força. O seu papel é manter a ordem pública, no entanto ela não investiga crime, não tem autoridade legal. Quem manda é o Comandante da Polícia Militar. Esta polícia é uma criação da sociedade inglesa nas primeiras décadas do século XIX. Já no Brasil, o policiamento ostensivo é uma ação recente, com início na década de 1980.

A polícia judiciária, por sua vez, tem uma relação positiva com o crime, ela pressupõe a ocorrência do crime para poder agir, ela é repressiva, reprime o crime, não é um órgão do poder judiciário ela pertence ao executivo, seu papel é investigar a ocorrência do delito e o seu regime jurídico esta no código de processo penal, são as polícias cíveis do estado e a federal da união. Quem manda nesta polícia judiciária é o delegado geral do estado.

Tanto os delegados como o comandante estão subordinados a secretária da segurança pública e essa por sua vez está subordinada ao governo de estado.

A lei 10.446/02 prevê a atuação conjunta da polícia federal e dos estados, essa junção vai acontecer quando o crime for interestadual, ou seja, que transpõe barreiras entre estados. Esta lei está fundamentada no federalismo cooperativo que são autoridades estaduais cooperando com autoridades federais e vice – versa.

Em uma sociedade onde habita a democracia plena, a segurança pública tem a função de prestar a proteção dos direitos individuais. A segurança não quer dizer que o sujeito estará privado de sua liberdade, pelo contrario a segurança em prol dele quer dizer que terá mais este direito assegurado.

Percebe-se que o conceito de segurança pública é abrangente não apontando apenas para a política de combate a criminalidade e nem limitado às forças policiais. A segurança pública como operação realizada pelo Estado tem o dever de elaborar ações de

combate e oferecer ânsias ativas, proporcionando assim a tranquilidade no trabalho, lazer, tutelando dos perigos existentes.

Segundo Tácito, (2010) norteiam o conceito de segurança pública os princípios da Dignidade Humana, da Interdisciplinaridade, da Imparcialidade, da Participação comunitária, da Legalidade, da Moralidade, do Profissionalismo, do Pluralismo Organizacional, da Descentralização Estrutural e Separação de Poderes, da Flexibilidade Estratégica, do Uso limitado da força, da Transparência e da Responsabilidade.

O artigo 144 da Constituição de 1988 informa que a segurança pública é também um dever do Estado, mas também declara ser um direito e uma obrigação de todos. Destarte, todo indivíduo, tem o dever de exercer suas atividades paralelamente com o Estado, com a pretensão da garantia de sua própria segurança e dos demais integrantes da população de forma singela, exigindo seus direitos e cumprindo com seus deveres.

## **6 DESVENDANDO O CONTEÚDO JURÍDICO-NORMATIVO DO SIGNO INIMIGO**

Buscando uma definição através do dicionário Aurélio, tem-se o seguinte significado: Inimigo, hostil, adverso, contrário. Aquele que odeia eu detesta alguém ou algo. Grupo, facção ou partido hostil. Coisa nociva.

Verifica-se pelos significados extraídos que o inimigo é aquele, o qual deve ser combatido a todo o tempo em situações de confronto com o fim de vencê-lo.

O inimigo é aquele que rompe com o contrato social, ataca a estrutura do estado, com o intuito de destruí-lo, é aquela pessoa que não aceita o ordenamento jurídico vigente, está em colisão o tempo inteiro com normas de Direito com o intuito de desestabilizar a conservação da sociedade. Com este determinado comportamento, que vai contra as regras já estabelecidas o indivíduo adere à característica de não ser um cidadão e por consequência àquelas garantias estabelecidas para as pessoas que possuem boa índole não se aplicam a eles.

Genericamente, refere-se a um indivíduo que haja de maneira não apenas incidental em seu comportamento ou no exercício profissional, importa expor, que deva ser constante, ininterrupto o renunciar do direito e através desse abandono do direito é possível

verificar que qualquer de suas atitudes é suspeita, não existe mais o condão de oferecer segurança em seu comportamento.

Por fim cumpre mencionar quem é o chefe, ou o estado quer que seja, é quem está por sorte ou azar praticando algo no qual a sociedade já taxou como algo ilícito e repugnante. Jesus Cristo já recebeu essa característica de inimigo, assim como as mulheres quando consideradas bruxas e levadas a fogueira os comunistas, o inimigo vem sendo o escolhido pelo comando, assim tem se punido o sujeito pelo que ele “é” e não pelo que verdadeiramente “fez”.

O estado não deve tratar alguém como pessoa, quando este oferece risco a segurança em razão da oscilação de seu comportamento, e mais ainda quando não existe oscilação, verificando há efetivação do comportamento inadequado, ofendendo a ordem pública e a segurança dos demais.

Kant já revelava a condição de separação dos indivíduos, pois é necessário que haja amparo perante os inimigos. Kant elucidava que se no mesmo ambiente houvesse outro ser humano que o privasse de qualquer segurança que seja necessária, já estaria ocorrendo à lesão pelo simples fato de estarem juntos no mesmo estado, desta forma “se um vizinho não dá segurança ao outro (o que só pode acontecer em um estado legal), cada um pode considerar como inimigo quem tenha retirado essa segurança” (Kant, Sobre la paz perpetua, p. 14).

Afirma Kant ainda que, pois, podem ser considerados inimigos aqueles que, ou não tenham entrado no estado civil-legal (cidadão) ou o tenham abandonado, e, desse modo, permanecem no estado de natureza ou regressam a ele.

Esse estado de natureza revela a ameaça persistente em todo período, trata-se do estado de periculosidade do agente que está ali por não proporcionar aos demais conviventes a segurança convicta. O individuo apenas por estar no estado de natureza já o torna em inimigo, pois o estado de natureza aquele aonde não há regras, destaca-se a liberdade selvagem, e isso já é capaz de reconhecer a hostilidade contra ele, mesmo sem ter realizado qualquer violação ao direito, pois acentua bem Kant que “a omissão de hostilidade ainda não é garantia de paz” (Kant, Sobre la paz perpetua, p.14)

Hobbes, já expressava muito bem sobre o direito penal do inimigo, fazendo uma separação entre o direito penal – civil e um direito penal de guerra – natural para os inimigo. No estado natural, sendo este um estado livre aonde o homem pode dispor do seu próprio corpo e do corpo do outro, pois nesse estado não existe uma lei que imponha limite,

nesse estado todos tem direito a tudo, solucionam seus problemas por maneiras próprias e que julgam ser justas e eficazes, ou seja, o estado natural é um estado de guerra e todos os indivíduos são inimigos um dos outros.

Observa-se que nesse estado não há hipóteses de injustiças, pois não existem leis, falta um ser superior, supremo para reger a vida em sociedade e estabelecer o bem comum para todos, oferecendo as garantias e preservando a subsistência de cada um.

Nos dizeres de Hobbes, “dessa guerra de cada homem contra cada homem se deduz também que: nada pode ser injusto, pois não há um poder comum, não há lei, não há injustiça” (Leviatã, cap. 13,pg 110).

No estado natural ha uma invasão do agente com todo o direito e como consequência o outro se julga com o mesmo direito a resistir. Com isso fica cristalino o estado de guerra, a qualidade do individuo nesse estado é débil não tendo como garantir sua existência e não podendo exigir isso do outro, pois o próprio individuo não é capaz de se garantir.

Hobbes pondera que o inimigo é aquele ser humano que recusa ao pacto geral de obediência, e não mostra a intenção de seguir as leis, passam assim a praticar frequentemente atos de hostilidades contra o estado, desta forma não observa as leis impostas para uma boa convivência com os demais, evitando assim o caos na sociedade, em contrário, buscam a guerra quando deveriam preservar e buscar a paz fazendo com que haja a destruição da vida social.

Desta forma o inimigo é aquele que revela o não interesse em praticar as normas estabelecidas pelo Estado, ou seja, como bem dispões Hobbes, no livro Leviatã, cap. 15, pg 142 - “não está disposto a observá-las para com os outros, estará em verdade buscando a guerra, e não a paz, e, conseqüentemente, estará buscando a destruição da natureza pela violência”.

Extrai-se que ao inimigo que se recusa ao cumprimento daquelas leis já estabelecidas pelo Estado, não deve a ele ser aplicadas tais leis quando este venha cometer uma infração, por isso se faz necessário um tratamento de guerra contra ele, uma vez que vive em um estado de natureza selvagem, aonde existe o predomino agressivo de sua vontade, assim sofrerá as consequências destinadas a ele, justamente por ser um inimigo, aonde carece de segurança cognitiva seu comportamento.

Pérez del Valle, explica a visão de Hobbes, acentuando que aquele que vive no estado natural, ou seja, o de guerra, reside o medo recíproco dos agente que nele habitam e no estado aonde se encontram os cidadãos ou seja o estado civil respeitando as leis do Estado reside a predominância ao temor, uma vez que a intenção do inimigo é liquefazer a estrutura política. Por isso, ao inimigo só resta o ordenamento de guerra.

Mencionando novamente o livro *Leviatã* de Hobbes, cap. 28, pg. 270, “mas, contra os inimigos considerados potencialmente lesivos pelo Estado, é legal, segundo os princípios básicos da lei da natureza, guerrear”.

Em Hobbes, não é possível verificar expressamente há diminuição de garantias, no entanto essa é uma consequência lógica para o inimigo, como bem destaca Pérez del Valle – “essa parece ser uma consequência necessária, pois o processo contra os inimigos não tem como fim a imposição de uma pena, mas a vingança, e seria contraditório que para uma vingança em estado de guerra fossem exigidas garantias. (CPC nº75, 2001, p.607).

Jean Jacques Rousseau dizia que o inimigo, ao desrespeitar o contrato social, guerreando com o Estado, deixa de ser um de seus membros, como Johann Gottlieb Ficht, quando mencionam a teoria do contrato cidadão, ou seja, já se existia o direito penal do inimigo com outra nomenclatura, pois havia também um contrato social que não poderia ser violado, a partir do momento que há essa violação, não acolhendo o imposto pelo Estado, o sujeito passa a ser tratado como inimigo, renunciando ainda que por via implícita seus direitos e garantias.

Fitch assimila o Direito Natural com os seguintes fundamentos;

“Quem infringe o contrato cidadão em um ponto onde no contrato se exigis prudência, seja voluntariamente ou por imprudência, perde, em rigor, desse modo, todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e fica completamente privado de direitos”.

O individuo possui direitos e garantias positivados pelo Estado, e esses direitos referentes aos cidadãos estão seguros e resguardados, e para o inimigo por sua vontade ser contrária ao direito ou agindo por falta de prudência diretamente ao direito, passará o contrato imposto pelo Estado o qual todos devem respeitos as normas de convivência ser anulado e já não subsiste mais nenhuma ligação jurídica entre as partes, ou seja, estado e inimigo.

Infero Fitch que “todo delito, exclui do Estado, e por isso o delinquente fica fora da lei, isto é, segurança está tão garantida quanto a de um pássaro, *exlex hors de la loi*, e, está exclusão deveria ser feita pelo estado”.

Por outro lado, não é todo delinquente que é contrário ao ordenamento jurídico, o direito penal ele é seletivo, escolhe efetivamente quem quer punir, indaga-se “quem nunca praticou um crime?”. Praticamos crimes diariamente, mas o direito penal não se preocupa com nossos crimes, não se interessa, existe uma parcela específica da população que vai cair nas garras do direito penal. Alguns de nós não fazemos parte desse ponto alvo, quando se vai a uma penitenciária se enxerga a quem esse direito penal é dirigido.

Silva Sánchez esclarece como se dá a transição do cidadão ao inimigo e está seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. P. 149.)

O exemplo mais famoso do direito penal do inimigo seria o terrorismo de 11 de setembro de 2001, o ataque às torres gêmeas de Nova York, como conduta cristalina de tal qualidade. Informado por Jakobs também o são aqueles que se associam a organizações criminosas, terroristas, autores de crimes contra a liberdade sexual, delinquentes econômicos e, residualmente, os responsáveis pela prática de infrações penais graves e perigosas.

Diferentemente do pensamento de Fitch e Rousseau, Jakobs com o pensamento mais recente entende que o ordenamento jurídico não deve excluir o inimigo, pelo contrário deve manter o criminoso e isso em razão de duas razões, a primeira porque o sujeito inimigo pode ter o animus de querer a voltar a integrar o corpo social, de se entender novamente com a sociedade, assim querendo voltar a manter o status de pessoa, e em segundo porque o delinquente tem o dever de reparar o dano causado, ele não pode sair arbitrariamente da sociedade por meio de seu delito.

Uma pendência que existe sobre o inimigo, é quando este se torna o inimigo da sociedade e passa a ser excluído do pacto social, seria quando da realização de um fato, cujo delito é do Direito Penal do Inimigo, aonde proferirá uma sentença com valor declaratório de uma situação anterior, ou diversamente, será algo posterior, quando já existir a sentença no processo que conterà um caráter constitutivo. Essa é uma indagação que não foi claramente resolvida, havendo predomínio dos dois entendimentos.

Entretanto o que interessa ressaltar é que o sujeito será uma não pessoa um inimigo da sociedade e será excluído do pacto social aonde terá suprimido ou serão ínfimas suas garantias, quando seu comportamento começa a por em risco a estrutura do Estado, seja antes ou depois da sentença contra ele.

As reações que o Estado terá frente ao inimigo, jamais poderão ser entendidas como vingança, devolução ao ilícito cometido e muito menos tem o condão de fim para prevenção geral ou reeducação. A finalidade é puramente a segurança é anestesiar o risco e a insegurança que provoca o inimigo, utilizando para isso a força deixando-o inofensivo.

## **7 O CRIMINOSO A SER REEDUCADO**

A conduta como mero comportamento humano e voluntário é capaz de modificar o mundo exterior, podendo ser a conduta resultante de dolo e culpa elementos estes que estão dentro da culpabilidade.

Teoria pós-finalista ou funcionalismo é um quebra de paradigma, não se preocupando com a definição de direito, a preocupação é para o que serve o direito afinal e qual a sua função, esta é a preocupação do finalismo.

Claus Roxin esclarece que o direito penal serve para administrar a vida social e para reger a vida em sociedade por assim dizer o direito é um controlador social formalizado.

Pode se dizer que também existe um controle informal socializado consistente naquele que se aprende em casa, mídia, clubes, escola, igrejas, formalizando o sistema como um todo.

Parte-se da premissa que o direito penal não serve para punir ninguém e muito menos para criar crimes, está é uma decorrência dos valores estabelecidos pela sociedade, ela diz o que será crime.

Claus Roxin está ligado à política criminal, liga se também ao princípio da insignificância, teoria da imputação objetiva e vem para controlar a teoria que adotamos no

artigo 13 do Código Penal, conduta e resultado. Roque sim dita que a função última do direito penal é administrar a vida social.

O direito penal do inimigo está alojado no sistêmico normativista, no funcionalismo sistêmico o radicalismo. O maximalismo penal está totalmente ligado à tese do Direito Penal do Inimigo, o maximalismo é uma política criminal de ultra direita, ele surge no momento próprio de uma criminologia crítica.

Para o inimigo da sociedade ficam suprimidas as garantias processuais, como o contraditório, ampla defesa, constituição de defensor, tendo em vista que ele representa uma ameaça para os demais e para a segurança e ordem pública, possível ainda ser restringida sua comunicabilidade, pois em uma guerra o importante é vencer mesmo que haja deslealdade com o oponente.

Como há um grande perigo imposto à sociedade pela existência do inimigo, tão logo não se faz o juízo de culpabilidade e sim de periculosidade, de modo que as penas aplicáveis são as medidas de segurança, pois estas podem ser aplicadas por tempo indeterminado, podendo haver a exclusão do indivíduo do âmbito de relações da sociedade em quanto perdurar a situação de perigo em que possa voltar a praticar infrações.

Destarte é um Direito Penal prospectivo, ou seja, para frente, para o futuro, repousando no positivismo criminológico de Cesare Lombroso, Rafael Garofalo e Enrico Ferri, que reclamavam por um sistema correspondente com a verdadeira necessidade da defesa social.

Por se tratar de um sujeito que causa temor na sociedade, ameaçando constantemente, deve assim haver antecipação da pena, norma jurídica, para assim prevenir inclusive quanto aos atos preparatórios, sem a redução significativa da punição.

Ora se destacamos que referido indivíduo é o inimigo da sociedade e está apto para praticar atos com o intuito de corromper a ordem pública, a estrutura do estado, por óbvio não se pode deixar que tal indivíduo pratique o delito para então haver sua reprimenda, é necessário que se previna antes o mal e não após como é no caso dos cidadãos – pessoa.

Destaca que a importância na antecipação da pena, visto que o estado que reside é o de periculosidade é a de manter a garantia da sociedade, desta maneira não importa sua quantidade. Cita-se como exemplo o atentado de 11 de setembro de 2001, se tivesse a antecipação da atuação inimiga, muitas vidas seriam salvas.

Kant esclarece que não se trata na compensação mas sim de anular a existência de um perigo a vigência da norma aplicando a pena á segurança antes de futuros danos.

A eliminação de seus direitos e garantias é porque o tratamento para o inimigo da sociedade é de guerra, assim não existe um devido processo legal a ser obedecido, pois á um repudio ao inimigo.

Cristalino é a ideia de Jakobs sobre a existência e permanência de dois direitos penais no mesmo ordenamento jurídico, sendo um direito penal relativo ao cidadão e outro direito referente ao inimigo, o direito penal do cidadão possui todas as garantias possíveis é algo correspondente ao Estado Democrático de Direito, de outra banda o direito penal do inimigo é restringindo ha uma parcela da sociedade que fornece perigo a segurança dos demais e em ultima hipótese haverá seu fim.

## **7.1 Aplicação da Pena e Suas Teorias**

Aplicação da pena importa nas respostas que o Estado vai atribuir para aquele que praticou um delito descrito no tipo penal, ou seja, a pena.

Vale ressaltar qual o conceito de pena, trata-se de uma modalidade de sanção penal atribuída pelo Estado, após todo o devido processo legal, com o fim de retribuir o mal realizado e para prevenir a ocorrência de novos delitos.

Existem outras modalidades de sanções penais, além da pena que é a respostada dada pelo Estado a quem comete transgressões graves, como a medida de segurança, medida socioeducativas, cumpre destacar que sanção é gênero da qual pena é uma de suas espécies.

A pena se baseia em juízo de reprovabilidade, isso que há difere das demais sanções, aplicando somente para aquele que tem sua conduta criminosa censurada. Por outro lado a medida de segurança se respalda em um juízo de periculosidade que o sujeito apresenta para a sociedade.

Luis Regis Prado conceitua pena como:

Pena, portanto, é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novas infrações penais.” (PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120. v. 1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 512)

Verifica que há três funções da pena, uma como sendo a função retributiva, função ressocializadora e outra como função preventiva. O bem jurídico do qual o apenado sofre restrições será sua liberdade quando lhe atribuída pena privativa de liberdade, quando a pena for de multa as consequências recaem sobre seu patrimônio e a vida somente em casos de guerra declarado, como estabelecido pela Constituição Federal artigo 5 inciso XLVII.

## **7.2 Teorias que justificam a Pena**

A primeira teoria é a retributiva, é a originária de todas as teorias, nesta teoria o próprio nome já trás seu significado, desta forma a pena nada mais é do uma retribuição ao agente do fato praticado, o mal se pagará com outro mal, o delito que gera temor, sofrimento a finalidade da pena consiste na reciprocidade causando também esses sentimentos no apenado. Se o ilícito suprimiu um direito, o individuo que o cometeu também terá seu direito suprimido por força do Estado. Destarte a pena caracteriza um instrumento de vingança por parte do Estado que a aplica, sendo sua única finalidade o castigo.

Inegavelmente que esta teoria não é mais eficiente do ponto de vista social, pois lhe falta à finalidade prática, sua preocupação recai na punição do agente criminoso, não visualiza sua reeducação no mundo social, sua visão é apenas reprimir por algo praticado no passado.

A segunda teoria relativa ou preventiva ou chamada de ressocializadora da pena se preocupa com o desenvolver do crime, ela fixa a função social da pena, ou seja, demonstra para a sociedade que o crime não compensa, pois terá um valor ser reprimido, que

consiste em sua liberdade, sua finalidade é preventiva, ou seja, previne para que a sociedade se abstenha da criminalidade preservando a ordem pública.

Esta prevenção do cometimento ilícito abrange o aspecto geral e especial. No âmbito geral, busca prevenir o crime da sociedade, buscando o controle para diminuir ou prevenir a violência, que por sua vez se subdivide em aspecto geral positivo, que demonstra qual o padrão ideal de conduta a ser seguido, incentivo ao comportamento lícito.

No aspecto geral negativo, pretende reprimir o crime e causar medo ao criminoso. É intimidatória, isto é, tem como finalidade tirar o incentivo ao crime, liga-se ao poder do Estado de punir, de aplicar o Direito Penal preservando a justiça, neste caso o que gera temor não é a quantidade da pena, mas a potencialidade do estado em impor a sanção.

A prevenção especial fica demonstrada quando visa desestimular a reincidência e a ressocialização e reeducação do condenado no meio social.

Terceira teoria mista ou conciliatória, aqui se encontra a juntas as duas ultimas, ou seja, da absoluta e relativa, dá se a pena um tratamento plurifuncional em razões de suas três funções, retributiva, preventiva e ressocializadora, e também busca reafirma a autoridade do Estado, que teve seu tipo penal transgredido.

A pena tão somente deverá condenar aquele que a transgrediu como também prevenir que outros venham a delinquir, tanto com relação ao criminoso como na sociedade.

Esta teoria foi adotada pelo artigo. 59, “caput”, do Código Penal, no tocante ao dispor que sanção será dada pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.” Em consonância com referido dispositivo, estabelece o artigo. 10 da Lei de Execução Penal que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

Ressalta que o poder de punir do Estado não é absoluto ele sofre limitações em decorrências de alguns princípios, são eles principio da humanidade, consiste na humanização da pena, não podendo o individuo ser torturado física ou moralmente, trata-se de cláusula pétrea estabelecida como garantia pela Constituição Federal artigo 5 inciso XLIX e XLVII. Principio da estrita legalidade, assim somente a lei poderá estabelecer pena. Principio da Proporcionalidade, individualização da pena, intranscendência da pena.

### 7.3 Características da Pena

São características da pena a legalidade - só existirá pena quando houver lei penal -, característica essa que impera em um Estado de Direito.

Anterioridade se faz necessário a existência da lei antes do cometimento do delito, sendo criada posteriormente uma lei com penas mais severas, deve ter aplicação a pena vigente ao tempo do delito.

Personalidade, pois a pena se aplica seres humanos.

Individualidade, a pena passará do abstrato e ira se individualizando, ou seja, aplicada ao particular.

Concretude, a sanção é destinada a uma violação de direitos, deve se dirigir a reprimir certas violações. Ela é concreta, pois se aplica a determinado caso.

Inderrogabilidade ou imperatividade, o sujeito apenado tem o dever de cumprir a pena lhe imposta, esta não depende de sua vontade, trata-se de imperatividade absoluta, referente a força do Estado.

Humanidade, pois desvia a pena de morte e toda pena atroz.

Proporcionalidade, entre a gravidade do ilícito e a intensidade, não deve haver desproporcionalidade.

A pena poderá ser fixada por prazo superior o de 30 anos, porém o cumprimento da mesma não deve ultrapassar essa faixa de 30 anos. Não deve a pena ter caráter perpetuo artigo 5 inciso XLVII alínea “d”.

### 7.4 Finalidade da Pena

A doutrina Alemã como forma de buscar uma nova legitimidade para a pena tenta resgatar a função geral no aspecto positivo. O professor Jakobs buscou apoio em sua teoria nos suportes já oferecido pelo filosofo Welzel que certificava *é missão do Direito Penal*

*amparar os valores da vida da comunidade.* Refere aos bens jurídicos, vida, patrimônio, propriedade, liberdade, integridade física. Quando há o ataque a eles se tem consequências jurídicas uma vez que são protegidos juridicamente.

Segundo Jakobs a pena tem a função preventiva de manter a norma como esquema de orientação, é uma prevenção confirmatória e que o Direito Penal deve ser em si sua própria confirmação.

Assim a formulação de Jakobs, com parâmetro nos sistemas de Luhmann, para o funcionalismo do Direito Penal em relação ao sistema social, ilustra Queiroz:

a pena, ou, mais precisamente, a norma penal, apresenta-se como necessidade funcional, ou, ainda, como necessidade sistemática de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante as frustrações que decorrem da violação das normas. Esse novo enfoque utiliza, enfim, a concepção luhmanniana do direito como instrumento de estabilidade social de orientação das ações e de institucionalização das expectativas ( QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal pg 50-51)

A pena é capaz de reintegrar aqueles valores fundamentais da vida em sociedade, mas isso acontece somente quando considerada em sua função retributiva, ou seja, quando se equivalem ao mal já praticado pelo agente.

Portanto a pena afirma as normas que foram transgredidas e salienta a confiança nelas mesma, essa confiança não recai em nunca mais se praticar delitos semelhantes, a confiança da norma se dá com a aplicação da pena, afirmando sua validade. Assim a pena já não serviria mais pra intimidar o criminoso, ou seja, no aspecto geral negativo ou ainda no aspecto especial buscando a ressocialização e reeducação do apenado, assim esclarece Jakobs *“destinatários da norma não são primariamente algumas pessoas enquanto autoras potenciais, senão todas, dado que ninguém pode passar sem interações sociais e dado que por isso todos devem saber o que delas podem esperar”*.

Para Jakobs a vigência da norma é assegurada antes das consequências de sua violação, e mais, trata do Direito Penal a partir da sociedade, pois a sociedade tendo o conhecimento do perigo passa a se reger de modo que a pena passa a ser preventiva. Destaca que um fato típico penal não se considera uma violação a bens jurídicos e sim uma violação a juridicidade, porque é a transgressão da norma o elemento decisivo do fato penal.

Assim a pena não repara os bens jurídicos como também não os assegura, sendo apenas a vigência da norma, assim conclui que a proteção dos bens jurídicos é consequência do resultado mediato.

A teoria sistêmica de Jakobs nada difere à teoria da deviança de Émile Durkheim que visa a pena como um elemento para estabilidade social, direcionada para indivíduos honestos, reafirmando o sentimento da coletividade em relação à segurança e os solidificando.

Todo crime pressupõe a violação da norma, recaindo sobre sua vigência a dúvida, assim o comportamento do inimigo quebra as atitudes sociais necessárias. A resposta advinda do rompimento dessa norma é a coação, significa que a norma segue sua vigência e a atuação do autor é irrelevante, pois não modifica a norma jurídica, apenas reafirma.

Embasando no fundamento filosófico Hegel revelava que “crime como negação do Direito e pena como negação da negação”, sendo assim a própria reafirmação do direito, se efetivamente o crime recusa o Direito, a pena, ao recusar o crime, reafirma o Direito.

Verifica-se que a pena não é apenas para aqueles infratores de infrações futuras, tem por destinatário toda a sociedade como sendo potenciais vítimas, desta maneira a norma que foi violada ainda permanecerá sendo o padrão de comportamento a que se pode confiar, libertando o direito dos bens jurídicos, conforme a distinção, feita bens jurídicos igualmente objeto de proteção e bem jurídico penal assegura a promessa normativas essenciais frente aos defraudadores, este é o pensamento e posicionamento de Jakobs.

A crítica recai exaustivamente sobre a prevenção geral e especial, ou seja, a luta entre sociedade e sujeito, a disputa quase sempre se resolve em favor da sociedade, assim a prevenção geral acaba por ser mais forte que o sujeito, e também por ser o Direito Penal um mecanismo que defende os interesses da sociedade.

Existe entendimento que ao buscar a prevenção geral, por uma via indireta chega-se também a intimidação e por seqüência na vingança, é o pensar de Zaffaroni e Pierangeli esclarecendo que ao elencar a trajetória da prevenção geral, o limite entre a repressão ideal e a vingança é tênue sendo difícil de encontrar, a prevenção geral realiza suas bases nas funções inconsciente da multidão anônima que são as mesmas funções da “Lei de Lynch” ou linchamento que por sua vez é a morte da pessoa, normalmente executada pela multidão, suprimindo o procedimento judiciário legal.

Zaffaroni e Pierangeli advertem que:

Erro de todos os autoritarismos é precisamente querer valer-se deste fenômeno, tomando a prevenção geral como efeito principal da pena, o que leva a um aumento desmesurado da mesma. A prevenção geral em um Estado que não seja de terror, não pode ser mais que um efeito tangencial da prevenção penal, que nunca pode ser buscado em tomado em consideração por um legislador racional. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 105-106).

A teoria da prevenção geral também tem sido alvo de crítica por negar a ressocialização do indivíduo, não devendo ser otimista ao pensar que a pena privativa de liberdade libertará o indivíduo de praticar novamente outro delito, seja semelhante ou diverso.

Utilizando o Direito Penal como expectativas normativas, como preservação dessas expectativas o torna retributivo e iníquo, e a maior crítica como trás Winfried Hassemer o ponto mais questionável vem ligado ao intuito de reafirmar a norma jurídica. A teoria da prevenção geral acaba por violar direito humano, pois a prevenção vai contra o princípio da dignidade da pessoa humana, na proporção em que um indivíduo serve para a intimidação do outro, além do mais os efeitos advindo são altamente duvidosos e indeterminado.

Não obtendo o direito o fim em si de proteger bens jurídicos ou a resolver conflitos, causa uma perda no sistema jurídico penal de todas suas garantias liberais, nascendo assim à capacidade de reprimir de forma imoral, assim no entender de Francisco Muñoz Conde é uma descrição “*meramente asséptica e tecnocrata do modo de funcionamento do sistema, mas não uma valoração e muito menos uma crítica ao sistema*”. (BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Direito, pg.70)

Finalizando, cumpre mencionar que a prevenção especial pode recuperar o indivíduo reeducando e até ressocializa-lo, por outro lado a prevenção positiva consiste na reafirmação do direito. A coação para o indivíduo inimigo pretende ser efetiva e não significar nada ao ser aplicada, assim ela se dirige contra o indivíduo perigoso.

Destarte será sempre o Estado e a evolução da sociedade a maneira como vive, que ditará sempre as regras.

## **8 LEGISLAÇÕES QUE ADOTAM COMO POLÍTICA CRIMINAL A TESE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

No Brasil começa a se punir o indivíduo a partir de todos os atos que estão estabelecidos no artigo 14 do Código Penal. Existe a punição no nosso ordenamento a partir de atos meramente preparatórios como o crime de falsificação de moedas artigo 291 do Código Penal, na hipótese de apetrecho para a falsificação, contudo estamos lidando com a exceção, pois a regra é que a punição comece a partir de iniciada a execução do crime, quando o agente começa a praticar os atos visando determinado fim. Destaca-se que o crime tentado também é punido quando o agente já começou a realizar a conduta criminosa, já adentrou no núcleo do tipo, entretanto não chega ao fim que seria a consumação efetiva do tipo descrito em lei.

O que difere o direito penal do inimigo do direito penal do cidadão é a intenção, a finalidade. O cidadão pratica crimes, no entanto não tem o animus de romper com o pacto social, o cidadão delinquente não tem objetivo de fulminar o pacto social que é o que acontece com o inimigo aonde direciona exclusivamente sua conduta para chegar a este fim, suas condutas são destinadas a fulminar o pacto social, ele visa unicamente romper com a estrutura do estado, as mortes advinda de sua atitude é apenas uma consequência.

Dada razão, é por isso que sobre o cidadão delinquente recaem garantias penais e processuais e frente ao inimigo recaem um Direito Penal do Inimigo, um direito penal sem garantia com uma preponderância redutiva máxima de defesas é um direito que conta com a ausência do advogado em todas as suas fases.

O inimigo é um terrorista, é a mesma ideia do Terceiro Reich, este é o nome do período de governo que se estabeleceu na Alemanha, procede-se o que seria crime para Adolf Hitler? O nazismo não acaba violando a legalidade, o nazismo pelo contrário cumpre a legalidade, por obvio que foi alterada antes da intuição do Terceiro Reich.

Crime é o que está na lei e o que assim entende o sentimento da população, ou seja, estamos punindo o sujeito porque ele é inimigo e não pelo que ele fez se pune assim porque ele é negro, homossexual, cigano, judeu, deficiente, enfim por inúmeras características. Percebe, que pune a partir de uma perspectiva de autor, assim acaba por

rotular o indivíduo em oposição há um Direito Penal do Fato, pune o sujeito pelo que ele “é” e não igualmente pelo que ele “fez”.

É certo que o terrorista é também o inimigo, mas não pura e exclusivamente pelos ataques contra as Torres Gêmeas do World Trade Center em Nova Iorque em 11 de setembro de 2001. Posteriormente se inicia os ataques em 2004 causando mais de trinta mortes nas estações Lubyanka e Park Kultury do metrô, no centro de Moscou, capital da Rússia, as informações que se tem são de que tais ataques foram realizados por grupos terroristas, vinculados a grupos separatistas da Chechênia, localizada no Caucáso, região muçumana que possui violenta insurgência nos últimos anos.

Em seguida começam os ataques na Espanha em 2005, fica evidente que o inimigo é o terrorista, mas hoje não só na Europa como nos Estados Unidos temos uma nova perspectiva de inimigo, assim o inimigo de hoje passa a ser o imigrante clandestino, observe, no que está ocorrendo nos Estados Unidos com os imigrantes ilegais e principalmente com os mexicanos. Nicolas Sarkozy em seu mandato como presidente da França ordenou que desfizessem os acampamentos ciganos e ordenou a deportação de milhares de ciganos romenos e búlgaros.

Ocorre a falência do *Welfare State* conhecido também como Estado de bem estar social ou Estado-providência, este modelo de organização coloca o Estado como defensor dos direitos sociais para organizar a economia, saúde, política, o Estado passa a cuidar e oferecer a segurança aos interesses da população.

O surgimento de políticas radicais de controle social vem com o falecimento desse estado *Welfare State*. Na época com a instituição do prefeito de Nova Iorque que era o Rudolph Giuliani implantou a política da “tolerância zero” havendo a diminuição das taxas de criminalidade. O prefeito Rudolph tentou resolver o problema, porém o que faz na verdade é limpar os grandes centros, as partes aonde se tem uma maior movimentação pelos turistas, por óbvio que essa criminalidade pequena retirada dos centros que incomodava a parte visível da cidade não foi resolvida por completo.

A política criminal maximalista ou rigorista da tolerância zero, não é como mágica, aonde se detecta o problema e por um instante ele fica totalmente neutralizado e acabado, essas teses radicais ou maximalistas também representam o Direito Penal do Inimigo.

Isto é uma realidade que não é dos dias de hoje, se analisar de forma crítica o Direito Penal analisa que será uma eterna luta entre os maximalistas e os minimalistas, de maneira que será uma eterna batalha e isso reflete em políticas de segurança pública.

### **8.1 Lega Nord - Itália**

Em nada se compara ao que faz a Itália, à direita fascista que tem acendido seu poder com a Liga Norte (Lega Nord) que acaba criando no final de 2008 uma agravante da clandestinidade, então podemos dizer que se um réu de origem Italiana pratica um crime de furto recebe a pena “X”, se tivermos um clandestino que pratica o mesmo fato, ou seja, crime de furto ele recebe a pena “X” agravada de “Y”, isso se justifica pelo fato de ser o indivíduo clandestino, podemos afirmar que isto é direito do autor, o agente recebe uma reprimenda maior.

O tema do Direito Penal do Inimigo alcança seu ápice na Itália quando no final de 2009 é aprovado o crime de clandestinidade e impõe pena aos imigrantes que estão ali de forma ilegal, consiste em um crime permanente e por ser assim admite o flagrante a qualquer tempo. É necessário pensar em quem está na Itália à cerca de 10 ou 15 anos, e nos últimos seis meses se torna clandestino por perde o trabalho em decorrência da situação de crise, como coloca o responsável pelo fórum de imigração Marcos Pacciotti.

Outra hipótese seria do sujeito que está vendendo suas bugigangas e por azar chega até ele a autoridade e lhe solicita um documento e que por ser clandestino o sujeito não o fornece desta forma o indivíduo será preso apenas por estar trabalhando, pois sobre ele recai a clandestinidade.

A Corte de Luxemburgo ao decidir um caso no qual o indivíduo não tenha cumprido a ordem de expulsão, expressou que uma sanção penal como está pode por em risco o cumprimento de uma política eficaz de afastamento de repatriação realizada com respeito aos direitos fundamentais.

Isto é típico do direito penal do autor, se pune tão logo o sujeito pelo que ele “é” pelo que pensa, acredita, porque está filiado ao partido A ou B, até mesmo por crenças

religiosas diferente da minha, por um comportamento sexual diferente do meu se pune pelo modo de vida e não pelo que ele fez, alguns pensam ser um absurdo.

Atuar hoje com o direito penal do inimigo é uma maneira de voltar ao Terceiro Reich, na Itália um país o qual se reconhece a realidade, não existe apenas a preocupação na esfera penal com relação ao inimigo, pois se fala que a lei do terrorismo seria o imigrante clandestino, mas também na esfera administrativa.

Desta feita a punição também é dirigida aquele que, por exemplo, aluga imóveis para clandestinos ou até mesmo médicos que os atende em razão de alguma enfermidade e não comunicam ao estado, tais medidas podem ser adotadas de séria gravidade, pois chegando ao conselho de classe pode ter a cassação do registro, medidas estas todas radicais por se tratar de um inimigo para a sociedade.

Ao imigrante clandestino, salienta que não se trata de defesa a clandestinidade, o que se revela mais justo é que se aperte o direito administrativo, ou seja, que reforce a expulsão ou se for o caso a deportação, mas que não seja aplicado o Direito Penal como faz a Itália, usando diretamente o direito penal.

Indica o princípio da intervenção mínima que se fara uso do direito penal em ultima *ratio*, se faz uso desse direito penal depois de esgotados todos os demais meios nas esferas civis e administrativas. A partir do momento em que se trata o clandestino, porque ele é clandestino, começa a trabalhar com o direito penal como *prima ratio*.

## **8.2 Legislação no Estados Unidos – Prisão de Guantánamo**

Começamos a tratar da Baía de Guantánamo ou Guantánamo, a base americana localizada no sul da ilha de cuba, nesta base se encontram os prisioneiros do Iraque e Afeganistão desde o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 as Torres Gêmeas, são os suspeitos de associação ao Al- Qaeda e Taliban, nesta base não há o controle internacional, está excluído o amparo a qualquer convenção internacional, por consequência fica impossível de saber o que se passa lá dentro, impossibilita a investigação em seu interior. Informa a Cruz Vermelhas que esses prisioneiros são vitima de tortura, a ONU (Organizações das Nações

Unidas) apresenta um relatório solicitando que seja trancada referida base, pois se utiliza em seu interior técnicas de interrogatório semelhante à tortura.

Trata de situações degradantes para o ser humano, e com violação extrema e agressiva a exposição do indivíduo ao interrogatório, nesta prisão de Guantánamo um sujeito tenta o suicídio, semanas depois um grupo de sujeito tenta o suicídio, vários deles fazem greve de fome, mas são obrigados a comer. O FBI consegue documentos onde mostram o abuso por parte de guardas, desrespeitando o Alcorão, a exposição a temperaturas extremas, atos de humilhação.

Foi exibido um documentário intitulado *Inside Guantanamo* referente à base cubana, e um ex. guarda do Guantánamo que dá detalhes impressionantes de como são tratados os prisioneiros, há transporte em jaulas, espancamentos que lavam o chão de sangue, ofensas religiosas, cometer profanações ao Alcorão, abuso sexuais cometidos por médicos.

Essa prisão tem sido motivo de indignação das organizações humanitárias internacionais, nesta base há cerca de 235 detentos e muitos deles provisórios a mais de sete anos. O presidente Barack Hussein Obama assume o poder uma das primeiras medidas que ele disse que tomaria em um ano seria de acabar com o Guantánamo, afirmando que os Estados Unidos não iriam torturar. É de questionar-se a base em Cuba foi fechada? Para onde serão enviados os detentos que lá estão? Qual o país que irá querer recebê-los? Por óbvio que não acabou.

Nesta base existem apenas presos suspeitos da prática de atos terroristas, e frise-se “suspeitos”, muitos sem uma acusação formal quiçá uma condenação definitiva, ou seja, por apenas recair sobre o sujeito um juízo de suspeita deve então ela uma reprimenda maior, sem esperança de um julgamento justo, sem direito a consulta de advogados e visitas. Nos dizeres da Anistia Internacional “*Guantánamo é o símbolo da injustiça e do abuso, e deve ser fechada*”.

Por outro lado, há quem defenda tal abuso dizendo que a Prisão de Guantánamo é uma “prisão modelo” podendo afirmar ainda que o fechamento desta base não é real, rebatendo o argumento proferido pela Anistia Internacional.

Todavia, apenas por recair sobre o indivíduo a suspeita de estar vinculado a Al-Qaeda ou Taliban, significa dizer que o indivíduo é o autor.

### 8.3 Tribunal de Exceção

Passamos tão somente há todo um julgamento de exceção o que vem a ser proibido pela nossa constituição em seu artigo 5 inciso XXXVII, os tribunais de exceção vem sendo proibidos, como é o caso que aconteceu em Nuremberg criado com o objetivo de julgar crimes praticados pelos nazista durante a Segunda Guerra, como é o caso de Tóquio, esses tribunais são algo típico de Estados ditatoriais, e não se pode repetir.

Destaca-se que não se defende as atrocidades nazistas, a avaliação consiste em um ponto técnico. Analisando a instituição de Nuremberg não havia crime contra a humanidade, contra os direitos humanos. Com tal afirmativa não quer dizer que se defendem as atrocidades e muito menos que não houve, porque igualmente ao contrário, houve!

Os crimes foram criados pela carta de Nuremberg, ou seja, são crimes criados depois do fato, assim tem-se a violação ao principio da anterioridade, esse tribunal de exceção é construído oposto aos princípios básicos como igualdade, ampla defesa, dignidade da pessoa humana, juiz natural. Passa a ser também uma violação a instituição de tribunais de exceção como acontece nos Estados Unidos com a base de Guantánamo aonde tem as famosas técnicas absurdas de interrogatório, aonde se utiliza as técnicas de coerção pessoal de réus suspeitos da pratica de atos terroristas, isso constitui o direito penal do inimigo.

Partindo desse entendimento, verifica-se claramente que os americanos legalizaram e positivaram a tortura, sendo uma das técnicas para obter a confissão o afogamento simulado, de modo que o individuo é deitada de costas e fica imobilizado com a cabeça inclinada para trás (posição de Trendelenburg), a agua é jogada no rosto do sujeito adentrando as vias respiratórias, devido ao processo de afogamento leva o sujeito a acreditar que sua morte é iminente, esse tipo de afogamento provoca reflexo faríngeo, embora a morte não seja um resultado imediato à dor é intensa, provoca dano cerebral pela falta de oxigênio, danos aos pulmões, importante mencionar é os danos psicológicos que podem perdurar por toda a vida quando há sobrevivência.

A técnica de afogamento já foi registada como método de interrogatório, autorizada pelo Departamento de Justiça, conhecida como *waterboarding*, referente aos suspeitos da AI-Qaeda.

Os americanos com pura ironia, expressam que respeitam os direitos humanos, trás elencado que a técnica de afogamento é permitida “desde que a agua seja potável”, aqui representa o direito penal do inimigo, um direito como já vimos sem garantia, com ausência de procedimento constitucional, refere-se a um direito penal aonde o advogado quando atua, ele o faz de forma não efetiva.

#### **8.4 Legislações frente ao Brasil**

No Brasil podemos falar também em Direito Penal do Inimigo ou Contra o Inimigo, primeiro cumpre mencionar que em virtude da “lei do abate”, que nada mais é do que uma alteração do Código Brasileiro da Aeronáutica lei 7.565/86, essa alteração veio regulamentada por um decreto presidencial 5.144/2004.

Na época o presidente Lula em 2004, dizendo que se a aeronave está em espaço brasileiro e recai sobre ela qualquer suspeita de estar transportando drogas ela pode ser derrubada em pleno voou, assim permite que a aeronave seja abatida, após ignorar uma série de procedimentos, como tiros de advertência e etc.

Então existindo esse juízo de valor hostil sobre ela porque não a derrubar? Entretanto é preciso pensar no piloto, pois não pode eliminar o pensamento de que essa linha aérea possa ser convencional e ao derruba-la está atingindo também todos seus tripulantes e passageiros. Vale ressaltar que o piloto da aeronave tem família.

Este pensamento nos remete a seguinte indagação, cabe pena de morte no Brasil? É possível falar em pena de morte em nosso país? Passemos a analise da regra prevista no artigo 5 inciso XLVII que é uma garantia fundamental, nos informa que são vedadas as seguintes penas dentre elas a pena de morte, portanto cristalino está que não cabe a pena de morte no Brasil.

Como bem sabe que toda regra tem uma exceção, neste caso a exceção é no caso de guerra declarada pelo Presidente da Republica, é algo excepcional, pois, aonde há guerra significa a falência do direito, aonde há guerra é o sinal que o direito não deu certo, com exceção da guerra declarada pelo Presidente com base no artigo 84 inciso XIX da Constituição Federal.

Portanto julga alguns juristas ser a lei inconstitucional, pois é vedada a pena de morte, salvo em situações de guerra declarada. Ademias o tipo de execução seria direta, sumária, suprimindo de forma efetiva todas as garantias do individuo como o devido processo legal, ampla defesa, artigo 5 inciso, XLVII, LV, tudo porque paira a presunção de culpa artigo 5, inciso LVII, ambos da Constituição Federal.

As aeronaves considerada hostis são consideradas inimigas por conseqüências toda sua tripulação também, esta aeronave é vista como um risco para o Estado, pois parte da premissa que foi realizados inúmeros atos, procedimentos, tiros de advertência e a aeronave não os respeitou, pelo contrario houve a desobediência de ordens da autoridade.

Em sendo assim, o comportamento a conduta leva a crê a falta de cognição de segurança para os demais cidadãos, por não respeitar determinada norma quando mandado o sinal. A partir de então legitima a relativização de suas garantias fundamentais aquelas as quais são todas oferecidas aos cidadãos-pessoas e excluídas ou reduzidas ao máximo para o delinquente-inimigo, uma vez que aquele que não se comporta como cidadão não pode exigir ser tratado como tal.

Cumprе mencionar que em primeiro lugar há um descumprimento perante a constituição porque a pena é a de morte durante o período de paz, no momento em que o Presidente autoriza a lei do abate, autoriza que aquela aeronave possa ser derrubada, ele esta automaticamente decretando a morte do piloto e as das demais pessoas que estão naquela aeronave.

Notório está que é uma pena de morte em tempo de paz, é uma pena estabelecida contra o artigo 5 da constituição federal que veda a pena de morte, salvo no caso de guerra declarada. Logo, seria uma pena de morte a revelia do Judiciário, pois no caso concreto quem decreta a morte nada mais é do que o próprio Presidente da República, isso constitui o Direito Penal do Inimigo.

Esclarecendo que quando mencionamos o Direito Penal do Inimigo temos que pensar em uma lei penal *stricto sensu*, uma lei penal incriminadora e o código penal Brasileiro de Aeronáutica não é uma lei penal *stricto sensu*, e sim um tipo penal administrativo, assim ela que reflete o espirito do Direito Penal do Inimigo.

## 8.5 Lei de Execução Penal

Hoje muito se fala em Direito Penal do Inimigo e Processo Penal do Inimigo e também em uma execução penal do inimigo, para o inimigo, vem estabelecido quando no ano de 2003 é alterada a LEP (lei de execução penal) lei 7210/84, aonde é criado e instituído o famoso RDD (regime disciplinar diferenciado).

Desta forma é possível verificar que os regimes de cumprimento da pena no Brasil não são três como a maioria pensa ser, consistente no regime fechado, aberto e o semiaberto, conforme dispõe o artigo 32 e principalmente o artigo 33 do Código Penal, muitas vezes se esquecem do regime, digamos, fechadíssimo, pois ele é mais que fechado, trata-se do regime disciplinar diferenciado.

O regime disciplinar diferenciado foi criado com o intuito de dificultar as ações organizadas dos detentos dentro da prisão, que supostamente lideram todo o esquema atuante do lado de fora, como o Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Vermelho (CV).

A lei prevê esta forma de regime para aquele reeducando que sofre de condenação e cumpre pena em regime fechado, ou seja, o de reclusão. O artigo 52 da lei de execução penal restringe o direito de visita, podendo ser de duas pessoas por semana, o direito de lazer podendo tomar um banho de sol por dia de duas horas no máximo, este regime reinstitui uma espécie de solitária como diz os críticos Brasileiros, a possibilidade de isolamento.

O estudado regime diferenciado disciplinar pode ser instituído no caso de perigo a segurança, realça o caráter subjetivo, seja este risco para os próprios detentos ou se houver suspeito que aquele preso faça parte de organizações criminosas, pois as fundadas suspeitas de pertencer à determinada organização, deve tão logo ser evitadas.

Alias o conceito de organizações criminosas é indefinida, ou seja, a própria lei que regulamenta o assunto 9.034/95 não o define, assim pode-se instruir o RDD como um Direito Penal do Inimigo, uma execução penal do inimigo e para o inimigo na fase de execução pen penal.

Registre-se que a constitucionalidade do RDD vem sendo reiteradamente testada pelo STJ, pois o Superior Tribunal de Justiça diz que reiteradamente é possível e

válido e que muitas vezes é justa a instituição desse regime fechadíssimo, como é posicionamento de alguns defensores que arguem que é necessário que se faça presente o elencado regime para manter a necessidade social, inibindo assim a prática delituosa e a punindo, pois vem acontecendo frequentemente a substituição de penas, fornecendo um regime mais brando aos infratores da lei concedendo-lhes ao invés da pena privativa de liberdade as restritivas de direitos.

Em contra partida, alguns estudiosos dizem ser inconstitucional o RDD, e que seria a manifestação clara do direito penal do inimigo dentro do Brasil, um deles seria o penalista Roberto Delmanto que em um artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, publicou que o RDD fere a constituição Federal, pois ela trás em seu corpo cláusulas pétreas que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradando – artigo 5 inciso III.

Luiz Flávio Gomes expõe que “ninguém contesta que o Estado deve intervir, com firmeza, para evitar danos para o patrimônio e vida das pessoas. Mas dentro do Estado de Direito até mesmo o Direito tem limites”.

Conforme se verifica seria inaplicável normas que vão contra aquelas já conquistadas historicamente junto aos direitos fundamentais, por outro lado por razões já expostas ela é plenamente aplicável visando à segurança.

## **8.6 Legislação punitiva dos Crimes Hediondos**

Em 90 surge à lei dos crimes considerados hediondos, aonde há um apertamento da lei, e está lei produz o efeito do Direito Penal do Inimigo, ela acaba determinando de hediondo porque o critério é objetivo, isto significa que a lei 8.072/90 em seu artigo primeiro arrola quais são os crimes hediondos e, além disso, ela elenca mais três crimes que se assemelham a hediondos, crimes equiparados, afinados ou afins a hediondos, podemos dizer de uma forma simples que são os três “T”, tortura, tráfico e terrorismo.

São crimes que recebem esta qualidade negativa, em desfavor do acusado, desta maneira tais crimes não são suscetíveis de graça, indulto ou anistia, analisa que em 88 entra em vigor a Constituição Cidadã, aonde há um afrouxo, pois constitui nela teses

garantistas que muitas vezes direcionam a um pensamento que foi pensado para presos políticos, para aqueles que atuavam como legisladores constituintes, que legislavam em causa própria e hoje são usadas nas mãos das organizações criminosas como escudos protetivos, assim há gritos de que tudo ficou ruim.

Destarte acabou afrouxando demais na Constituição Federal de 88 e a crítica paira sobre a repressão posteriormente em 90 na lei dos crimes hediondos. Foi proibida a liberdade provisória para tais crimes, vedando o indulto e firmando que a pena dos crimes cometidos deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, toda via, foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 82.959-7, e passa a admitir que se recorra em liberdade no caso de proferida sentença condenatória.

O Estado se equivoca quando pensa que ao estabelecer leis mais rigorosas a criminalidade estará solucionada, pois o que muito acontece é acalmar o clamor da sociedade e dar uma falsa impressão de que com leis mais severas a criminalidade terá fim.

Ao estabelecer a Lei de Crimes Hediondos, trazendo uma reprimenda maior, não houve intimidação por parte daqueles que infringem constantemente a lei, pois as raízes da violência pairam sobre a desigualdade social e não em aplicação de penas mais severas.

Errôneo é o pensamento que ao aplicar penas privativa de liberdade irá manter a segurança, uma vez que embora excessiva as penas e aparentemente possa resolver o problema, não tem surtido efeito, apenas conforta a sociedade nos momentos de ingratidão do dia e de desespero.

Explica o professor Ivan Luís Marques da Silva,

“(…) Só que, por razões ‘inexplicáveis’, as leis penais exclusivamente repressivas não surtem efeito. Esse Direito Penal que deveria ser efetivo no combate à criminalidade tornou-se simbólico. As leis passaram a ser feitas para apaziguar a sociedade em momentos de revolta, mas sem consequências práticas e sem redução da criminalidade. Esse Direito Penal mostrou ser incompetente e ineficiente para os fins desejados pelo Legislativo e por boa parcela da sociedade (2007. Pg. 6-7)

Ressalta ainda Alberto Silva Franco,

“ A conclusão subsequente é a de que a Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos seguimentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de

dar a população a falsa ideia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança” (2007- pg. 508)

Cumprir destacar que embora pudesse a severidade da lei intimidar seus destinatários, não o acontece por outra razão, pois as leis no Brasil não são cumpridas a regra por haver uma série de benefícios ao indivíduo, como em 95 surge a lei do rito sumaríssimo, a lei das penas alternativas, o juizado especial criminal que possui a transação penal com a composição dos danos.

Evidente que houve novamente o afrouxamento da lei trata-se de um círculo entre os maximalistas e os minimalistas, é a guerra dos rigoristas e dos laxistas, esta é a realidade e o Direito Penal do Inimigo é a tese dentro do maximalismos.

## **8.7 Velocidades do Direito Penal**

Falamos em velocidades, mas poderiam ser facilmente substituídas por etapas, momentos históricos, mas é certo que o termo que se consagra é velocidade. Fala-se em três velocidades e até uma quarta velocidade começa a ser trabalhada, é algo novo no nosso Direito Penal. E a terceira velocidade é aonde recai o Direito Penal do Inimigo e devemos lembrar aqui do professor espanhol Jesús María Silva Sánchez ele escreve a obra expansão do direito penal, direito penal este do risco do inimigo e trás o direito penal do inimigo como terceira velocidade.

A primeira velocidade do direito penal possui duas características, a primeira consiste na pena de prisão por excelência o que seria nada mais que a pena privativa de liberdade que atua em nosso sistema, é a pena de prisão ou corporal, cumpre titular que essa expressão pena corporal remonta a época em que marcava com brasa e ferro o corpo do ser humano, então o mais correto a se dizer é a tradicional pena prisional. Segunda característica da primeira velocidade diz respeito às garantias constitucionais, venera o preceito iluminista como bem diz Luigi Ferrajoli o pai do garantismo penal.

Desta forma, teremos a pena de prisão somada as garantias constitucionais. Assim o agente ao praticar um delito e sobre seu comportamento vai incidir o direito penal clássico, que trás sua solução clássica que é a pena, observa que nesta velocidade haverá todo

um devido processo legal e lhe será garantido ampla defesa, contraditório, consulta com advogado, este é o nosso direito penal tal como conhecemos.

A segunda velocidade do direito penal, sua primeira característica é a substituição da pena de prisão por penas alternativas de direitos, e essa substituição da pena prisional por uma alternativa a de prisão, consiste naquelas arroladas expressamente no artigo 43 do Código Penal, teremos elencadas ali a interdição temporária de direitos, prestação de serviços comunitários, prestação pecuniária.

É possível ainda se falar no recolhimento domiciliar como pena alternativa no Brasil, não obstante o veto que recaia no inciso terceiro do artigo 43 do Código Penal passa a ser alterado com a lei 9.714/98 e se altera todo o capítulo das penas alternativas em nossos país. Em 98 vem vetado este inciso terceiro que tratava justamente da pena de recolhimento domiciliar, por conta disso há quem diga que não cabe, e não caberia tão somente porque foi vetado pelo Presidente da Republica.

De outra banda muitos desconhece esta lei dos crimes ambientais a lei 9.605/1998 que prevê tanto em seu artigo 8 inciso V, quanto no artigo 13 a pena de recolhimento domiciliar. Não obstante veio o veto em 98 com a lei 9714/98, e a lei dos crimes ambientais que já previa tal medida continuou prevendo-a.

A segunda característica a segunda velocidade do direito penal é a relativização das garantias penais e processuais penais, tem-se uma flexibilização dessas garantias penais, mas tem uma efetiva defesa com contraditório, entrevista com advogado. Então temos algo próprio deste segundo momento uma pensa prisional que é substituída por uma alternativa mais uma relativização das garantias constitucionais.

O terceiro momento, a terceira velocidade do direito penal e sua primeira característica é o resgate da pena prisional por excelência que foi suprimida na segunda velocidade, pois lá se trabalha com a pena alternativa da prisão, e a segunda característica da terceira velocidade é que são relativizadas as garantias penais e processuais. Diante a terceira velocidade acaba sendo agregada uma parte da primeira velocidade com uma parte da segunda velocidade, em sendo assim, a terceira velocidade significa pegar a pena de prisão da primeira velocidade e a relativização das garantias penais e processuais da segunda velocidade.

A terceira velocidade esta ligada ao direito penal do inimigo, muito se usa a expressão “panpenalismo” nas academias, o direito penal total, que intervém em todo e

qualquer seguimento social um direito penal que trata da questão financeira, ambiental, do consumidor, e questiona se realmente há interesse da sociedade em ter um direito penal interventor como é o de hoje? Esta é a questão que se impõe, isso é próprio de um direito penal intervencionista de uma expansão do direito penal.

A terceira velocidade esta relacionada ao direito penal do inimigo o direito penal de emergência ou urgência porque ele vige em situações excepcionais. Necessário lembrar que a guerra é a falência do direito aonde há guerra não há direito, significa dizer que o direito não deu certo aonde foi instituído a guerra. Portanto, em situações excepcionais um direito excepcional, o direito penal do inimigo é um direito de exceção de emergência de urgência ligado à terceira velocidade do direito penal.

Existem dois posicionamentos um majoritário e outro minoritário a respeito do Direito Penal do Inimigo, a corrente majoritária entende que esse direito do inimigo é inaceitável porque ocorre a punição antes do devido processo legal, uma vez que são suprimidas todas suas garantias constitucionais, como no caso da transação penal da lei 9.099/95, por esse motivo rejeita a tese de Jakobs, pois creem que sem lide, sem o devido processo legal não se pode falar em processo, e sem o efetivo processo o sujeito não poderá ser punido.

Uma segunda corrente minoritária admite a teoria de Jakobs por acreditar que o Direito Penal do Inimigo ou também a terceira velocidade sobre o qual recaí, não caracteriza apenas a volta de uma política criminal autoritária, mas sim uma transformação do sistema penal, uma evolução, algo novo, um Direito Penal que se quer existia, um dos defensores é Manuel Cancio Meliá.

Todavia a corrente minoritária que aceita a tese do Direito Penal do Inimigo, passa sim por cima das garantias processuais e penais, entretanto coloca uma ordem em todo o caos, ou seja, não passa de um mal necessário para organizar a sociedade. Desta forma, tal tese deve ser acatada em algumas legislações brasileiras como a Lei de Crimes Hediondos para manter a ordem aonde existe guerra.

A frase marcada em nossa bandeira ORDEM E PROGRESSO, se já não mais condizente com a realidade atual, refletindo somente o passado como o positivismo, deve tão já ser modificada, se seus efeitos não podem ser correspondentes nas leis brasileiras, torna-se impróprio.

## 9 CONCLUSÃO

Desde a década de 85 quando houve o congresso mundial de Direito Penal na Alemanha se mencionava essa nomenclatura do Direito Penal do Inimigo. O professor Jakobs começa a tratar desse pensamento que estamos elegendo o inimigo, portanto há um terrorismo de estado ao lado do terrorismo do delinquente.

O Professor Gunther Jakobs escreve um livro trazendo um discurso legitimador, começa sustentando que há dois tipos de Direito Penal um como sendo o do cidadão e outro o direito penal do inimigo.

O Direito Penal do cidadão tem regras com garantias, com acompanhamento de advogado em toda fase, respeita a legalidade estrita e o delinquente traça o cidadão, pois comete seu delito e será processado e responsabilizado pelo órgão do ministério publico, entretanto com observância de todas suas garantias constitucionais, possuirá ampla defesa e o contraditório, para nós seria uma redundância porque esse é o nosso direito penal.

O Outro direito penal (contra o inimigo ou do inimigo) o radical, pode se punir a partir de atos preparatórios, usam normas penais, tipos em brancos e tipos em aberto, são diminuídas as garantias penais e constitucionais o principio é o da periculosidade e não o da culpabilidade.

Temos o agente imputável e o inimputável, sobre o comportamento do imputável que é mentalmente sã, recai um juízo de culpabilidade o juízo do passado, ou seja, se culpa pelo que o individuo praticou. O inimputável não é sã mentalmente, o juízo é de periculosidade não é para trás e sim um juízo para frente para o futuro, porque ele pode tornar a praticar novamente a infração, por isso elenca a medida de segurança, aonde tem apenas o prazo mínimo de 1 a 3 anos.

Juntando-se os dois conceitos, dizendo que o inimigo é um imputável perigoso, dá-se um nó na logica brasileira, porque o conceito de imputabilidade esta ligado à culpabilidade e o de inimputabilidade ao de periculosidade. Conceitua como imputável perigoso para que o inimigo não receba pena ao contrario que receba medida de segurança, encontra resquícios do pensamento Lombrosiano, aonde se vê o crime como doença, não obstante o criminoso deverá ser tratado e não caberá espaço para incidência da pena.

A medida de segurança não possui os mesmo desígnios que a pena, sua finalidade é puramente a prevenção geral, ela não se baseia na culpabilidade como faz as penas, mas sim na periculosidade do agente. O estado acaba por isolar o sujeito para que não

atente contra a coletividade. A determinação quantitativa da medida de segurança é indeterminada espera se findar a periculosidade, enquanto a pena não pode ser superior a 30 anos já existindo uma discussão prevendo a aplicação da medida de segurança por mais de 30 anos.

Apesar de ser mentalmente sã, só há prazo mínimo para medida de segurança, isso significa que o nosso inimigo poderá em tese ficar desmembrado de forma indefinida da sociedade, uma espécie de segregação perpétua. Trata-se de tese radial, alias o procedimento para o inimigo da sociedade é de guerra.

O inimigo não é uma pessoa, então não é um detentor de garantias penais e processuais, conclui-se que é um não direito processual. Desta forma o estado pode julgar a seu bel prazer; o inimigo na guerra tem que ser abatido e não preso esse é o pensamento radical que recai sobre o inimigo, não se fala em defesa, pois não há ou estão significativamente diminuídas as garantias conquistadas ao longo do século.

Quando o cidadão comete um delito acaba cometendo um deslize com o ordenamento jurídico assim recai a vigência da norma para ele, isso porque ele ainda é capaz de oferecer garantias de seu comportamento de que voltará a se porta conforme o ordenamento jurídico, assim é necessário que haja um Direito Penal comum, ou seja, do cidadão para aqueles que têm o animus de voltar a se entender com a sociedade e reparar os danos advindos de sua conduta.

O que não deve acontecer com aquele cujo comportamento não se mostra fiel ao ordenamento jurídico, cuja conduta é de afetar a estrutura do estado, aqueles individuo que criam para si um direito próprio, leis terrorista e mandamentos hostis que devem ser seguidos por sua facção e ou organização criminosa. Frise-se aqui que seu afastamento das leis de cidadão do pacto social não é incidental é duradoura é o afastamento e a vontade de destruir significativamente o estado, o inimigo por sua vez não garante o mínimo de segurança cognitiva em seu comportamento paira a dúvida ou uma grande certeza.

O inimigo opera a margem do Direito, se dedica a atividades profissionais e continuas não licitas as organizações criminosas, narcotráfico, trafico de pessoas, veja bem como cria se um direito próprio do inimigo, um direito de guerra, logo incompatível seu tratamento com o Direito Penal do Cidadão, cada um tem seu livre arbítrio para escolher o que seguir, uma vez que pretende destruir o estado está feito sua escolha, um comportamento de guerra logo um direito de guerra, desproporcional seria que para o inimigo houvesse um tratamento que é destinado ao cidadão que não tem a intenção de fulminar o pacto social.

Tem-se a negação frontal dos princípios emanados para convivência em sociedade, representam ameaça assim torna-se necessário o combate antes da prática do ato, logo o juízo e de periculosidade, a razão de ser é evitar o ataque por isso um direito mais firme, mais severo, se tem a espera da prática do ato ilícito como acontece para o cidadão para então ser punido viveremos em um caos e a ideia é por ordem ao caos, é a proteção a ameaça, antes da ocorrência do evento danoso, uma vez que se sabe que seu comportamento é hostil e inadequado.

Posto que o inimigo é real e que existe a falta de segurança que deveria ser proporcionada por ele, ou seja, representa um perigo para a sociedade, entende que não pode resolver o problema com o Direito Penal comum do cidadão, assim surge à urgência da criação de um novo direito, surgindo o Direito Penal do Inimigo diferenciado, isso em uma razão maior, para poder preservar o direito do cidadão pra que este não seja modificado em relação ao Estado democrático de Direito uma vez que o tratamento de ambos não podem ser igualados quando as circunstâncias assim não o permitem, pois nem todos são rivais potenciais do ordenamento jurídico.

O Direito Penal do inimigo trata-se de um direito de luta se afastando do Direito penal comum, reforça a reprimenda com o fim de deixá-lo inócuo preservando a segurança cognitiva, é diferente do direito penal comum aonde tem a intenção de preservar a norma, aqui no direito penal do inimigo é a periculosidade do agente que é combatida, o direito penal do inimigo preserva os bens jurídicos em quanto o do cidadão preserva a liberdade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARO, Ramagem. Introdução ao estudo das 3 escolas penais. 2. ed. São Paulo: Juriscredi, s.d. 148 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1

Boneville de Marsangy, Amélioration de la Loi Criminelle, Paris, 1864, t.2,p.251.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Avaliação do programa sistema único de segurança pública. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2005

CANCIO, M. Los Orígenes de la teoria de la adecuación social. Teoria final de la acción e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2 ISBN 978-85-02-08629-6

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Trad. Ortega Torres. Bogotá, Temis, 1971, v.1.

CUELLO CALÓN, E. Derecho Penal. Barcelona, Bosch, 1980. t. 1.  
FERRI, Enrico. Sociologia Criminal. Madrid, Ed. Reus, 1908.

ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo A.; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. 316 p. ISBN 9509606448

FERRAJOLI, L. Derecho y razón, 5ªed., Ed. Trotta, Madrid, 2001.

GALVÃO, Fernando. Política Criminal. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos.

GRACIA MARTÍN, Luis. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 189 p. (Série ciência do direito penal contemporânea ; 10) ISBN 978-85-203-3100-2

GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2011. 193 p. (Série jurídica) ISBN 978-85-7626-538-2

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo: noções e críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 81 p. ISBN 978-85-7348-545-

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Abril Cultural, 1980. 415 p. (Os pensadores )

\_\_\_\_\_. Doutrina do direito. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993. 224 p. (Coleção fundamentos de direito) ISBN 85-274-0262-9

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do partido comunista. 2. ed São Paulo: Cortez, 1998. 58 p. ISBN 85-249-0687-1

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Barcelona, Bosch, 1975.

MORAES, Bismael B. Estado e segurança diante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 125 p. ISBN 978-85-203-3326-6

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006-2010.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120. v. 1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 512.

ROMAGNOSI, Genesis del Derechi Penal. Trad. Gonzales Cortina. Bogotá, Temis, 1956.

ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales, 2000. 797 p. ISBN 8472487946

\_\_\_\_\_. Derecho penal: parte general. 1. ed. Madrid: Civitas, 1999-2003. ISBN 84-470-0960-2

\_\_\_\_\_. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. 158 p. ISBN 84-8442-159-7

SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 286 p. ISBN 85-203-2605-6

SILVA FRANCO, Alberto. Crimes Hediondos. 6ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 582.

SILVA, Jesús Ma. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 154 p. (As ciências criminais no século XXI) ISBN 85-203-2287-5

SILVA, Ivan Luís Marques. O contra-ataque garantista à globalização. Boletim IBCCRIM, n. 177, p. 6-7, ago. 2007

SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 22 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003

SILVA, Jorge da. Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 230 p. ISBN 85-309-0775-2

SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. Elite da tropa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. 314 p. ISBN 85-7302-773-8

VACCARO, Michele Angelo. Origem e funções das escolas penais. Belo Horizonte: Líder, 2004. 260 p.

VON HETING, Hans. La pena. Madrid, ESPASA-CALPE, 1976. v.1.

WACQUANT, L. (2000). A Globalização da “Tolerância Zero”. In Discursos Sediciosos: crime, direito, sociedade. Ano 5, nºs 9 e 10, 1º e 2º semestres de 2000, 111-127.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 2. ed Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222 p. (Pensamento criminológico ; v.14) ISBN 978-85-710-6358-3

