

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO
INIMIGO**

Douglas Henrique Souza Rodrigues

Presidente Prudente/SP

2013

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO
INIMIGO**

Douglas Henrique Souza Rodrigues

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2013

AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Florestan Rodrigo do Prado

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2013.

Bem aventurados os que choram, porque eles serão consolados; bem aventurados os mansos, porque eles herdarão a terra; bem aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão fartos.

Evangelho segundo escreveu Mateus. Capítulo 5, versículos 4 à 6.

Ao meu Senhor Deus, Jesus e ao Espírito Santo, minha fonte de vida e inspiração, aos meus pais Edilson José Rodrigues e Helenilda de Souza Rodrigues, melhores amigos fieis, exemplos de superação e dedicação para com o meu aprendizado, ao meu irmão Fernando Christian de Souza Rodrigues, companheiro, sincero e sempre disposto a me ajudar, e a todos que de forma direta ou indireta me mostraram que a vida passa muito de pressa, todavia somos capazes de deixar legados que ecoem por toda eternidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Trindade na pessoa do Espírito Santo de Deus, nos momentos mais difíceis da minha vida. Ele foi o meu único conforto e acalento, este singelo trabalho só foi possível por consequência de sua fiel amizade que sempre me deu forças para prosseguir.

Agradeço ao meu orientador, professor e amigo, Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, pela paciência, pela compreensão e pelos conselhos, sem ele este trabalho não teria se realizado.

Agradeço à minha mãe, por todo o seu amor, carinho, dedicação e empenho, sempre presente nas horas certas e incertas, com uma amizade incondicional. Agradeço ao meu pai por sempre ser um motivo de inspiração e superação em minha vida, certamente um dos alvos do meu esforço, me mostrando sempre que sou capaz de superar as minhas expectativas.

Agradeço ao meu irmão pela força com que enfrenta os desafios, tornou-se um exemplo para mim, dono do meu respeito e mais profunda admiração.

RESUMO

Na obra as velocidades do Direito Penal e o direito penal do inimigo, o principal enfoque com certeza é o clamor social por um estado de direito mais ostensivo e menos paternalista (garantista), no que tange a proteção demasiada aos transgressores da norma. Buscando através de um estudo vertido no transcórrer da história (bíblica e científica, doutrinária), encontrar vestígios sobre a origem do direito penal e suas vertentes, até chegarmos ao Estado de direito em que vivemos hoje, juntamente com a sua necessidade por um novo direito penal, o denominado “direito penal do inimigo”, que se encontra dentro daquilo que a doutrina denomina de terceira velocidade do direito penal, dentro deste mesmo contexto de velocidades do direito penal, trataremos de cada uma das três velocidades, ou seja, a primeira velocidade do direito penal, que de grosso modo representa as penas privativas de liberdade; a segunda velocidade do direito penal que em síntese representa as penas restritivas de direito, ou também conhecidas como medias substitutivas; e a última velocidade do direito penal, que é a terceira velocidade, tendo por característica a supressão de direitos e garantias fundamentais em face de certos indivíduos, autores de determinados delitos, tais indivíduos são os chamados de “inimigos” do direito penal, neste contexto será feita uma abordagem de quais seriam estes indivíduos “inimigos” do direito penal, e quais seriam os delitos que suportariam a aplicação do respectivo direito penal de terceira velocidade. Por fim será feita uma abordagem do respectivo tema em comparação com a carta magna vigente e a sua possibilidade de aplicação no contexto pátrio.

Palavras-chave: Origem do direito penal segundo uma visão Bíblica Cristã Pentecostal. Origem do direito penal segundo a visão histórica doutrinária. Conceito de direito penal. As velocidades do Direito Penal o Direito Penal do Inimigo e a Sociedade do Risco.

ABSTRACT

In the work speeds of Criminal Law and criminal law of the enemy, the main focus of course is the public outcry for a rule of law more ostentatious and less paternalistic (guarantees), regarding the protection of the rule too transgressors. Searching through a study shed in the course of history (biblical and scientific doctrine), to find traces of the origin of criminal law and its aspects, until we get to the rule of law in which we live today, coupled with their need for a new right criminal, the so-called "criminal enemy", which is within what is called the doctrine of third gear criminal law, within the same contest speeds of criminal law, we will address each of the three speeds, ie, the first speed of criminal law, which roughly represents the custodial sentences, the second speed of criminal law that in essence represents the penalties restricting rights, or also known as a media surrogate, and the last speed of criminal law, which is the third speed, with the characteristic suppression of fundamental rights and guarantees in the face of certain individuals responsible for certain crimes, such individuals are called "enemies" of criminal law, this contest will be an approach which these individuals would be "enemies" criminal law, and what are the offenses that would support the application of its criminal law of third gear. Finally there will be a theme of their approach compared to the existing charter and its possible application in parental dispute.

Keywords: Origin of criminal law according to a biblical view Christian Pentecostal. Origin of criminal law according to the historical view doctrine. Concept of criminal law. The speeds of the Criminal Law Criminal Law of the Enemy and the Risk Society.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A SOCIEDADE UM AMPARADO HISTÓRICO	15
2.1 Conceito	15
2.2 Origem e Evolução Histórica das Sociedades a Luz da Bíblia	17
2.3 Origem e Evolução Histórica das Sociedades a Luz da Teoria Evolucionista e os Modelos de Sociedades Segundo a Ciência	21
2.3.1 Quem foi Charles Robert Darwin e o que Ele Pretendia?	22
2.3.2 Vetores Básicos Sobre o Surgimento da Espécie Humana a Luz dos Preceitos de Darwin	23
2.3.3 O Surgimento e o Desenvolvimento das Primeiras Sociedades	24
2.3.4 Sociedades Primitivas	26
2.3.5 Sociedades Antigas	28
2.3.6 Sociedades Medievais	30
2.3.7 Sociedades Modernas	32
2.3.8 Sociedades Contemporâneas	35
3 REVOLUÇÕES E SUAS INFLUÊNCIAS NA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE E DO DIREITO	37
3.1 Revolução Burguesa	37
3.2 Revolução Francesa	38
3.3 Revolução Industrial	40
3.4 Ditadura no Brasil	41
3.4.1 Fatores que Influenciaram ao Golpe de 1964	42
3.4.2 Transição para o Regime Democrático	45
3.4.3 Presidentes do Período Ditatorial	46
4 O DIREITO PENAL	47
4.1 Conceito	47
4.2 Origem e Evolução Histórica do Direito Penal a Luz da Bíblia (Introdução ao Tema)	50

4.2.1 A Teoria Criacionista _____	54
4.2.2 A Origem do Direito Penal a Luz da Bíblia e o Primeiro Ilícito Penal _____	57
4.2.3 Efetivação do Direito Penal e a Forma em que o Mesmo se Exteriorizava _____	60
4.2.4 Redenção e Submissão o Sistema jurídico Perfeito _____	64
4.2.5 Conclusão a despeito do Direito Penal a luz da Bíblia _____	70
4.3 Origem e Evolução Histórica do Direito Penal a luz da Doutrina _____	71
4.3.1 O Direito Penal nos Tempos Primitivos _____	72
4.3.2 O Direito Penal na Era da Vingança Privada _____	74
4.3.3 O Direito Penal na Era da Vingança Pública _____	75
4.3.4 O Direito Penal Romano _____	77
4.3.5 O Direito Penal Germânico _____	78
4.3.6 O Direito Canônico e o Surgimento do Iluminismo e das Primeiras Prisões _____	79
4.3.7 Escola Clássica do Direito Penal _____	83
4.3.8 Escola Positivista do Direito Penal _____	84
4.3.9 A nova Defesa Social _____	86
4.3.10 Teoria da Prevenção Geral Positiva _____	86

5 JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ E AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL _____ 88

5.1 A Primeira Velocidade do Direito Penal _____	92
5.2 A Segunda Velocidade do Direito Penal _____	92
5.3 Reflexões Conclusivas a Despeito da Segunda Velocidade do Direito Penal _____	101
5.4 A Terceira Velocidade do Direito Penal _____	102
5.5 A Quarta Velocidade do Direito Penal uma Utopia Jurídica ou uma Realidade Vigente? _____	106
5.6 Uma Breve Síntese Sobre o TPI (Tribunal Penal Internacional) Órgão Competente Para o Julgamento dos "Inimigos" do Direito Penal dentro do Contexto da Quarta Velocidade do Direito Penal _____	108

6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO _____ 111

6.1 Introdução _____	111
6.2 O que Seira o Direito Penal do Inimigo e Quais Seriam os Inimigos do Direito Penal? _____	114
6.3 Algumas das Principais Características do Direito Penal do Inimigo _____	115
6.4 Distinções Entre Pessoa/não Pessoa e Indivíduo a Luz da Teoria do Direito Penal do Inimigo _____	117

6.5 O Conflito Entre a Utopia e a Realidade Normativa Penal Brasileira _____	119
6.6 O Direito Penal do Inimigo é de fato um Direito? Como Identificar o Inimigo do Direito Penal? _____	120
6.7 O que Dizer do Princípio da Legalidade _____	123
6.8 Outras barreiras ao Direito Penal do Inimigo _____	125
6.9 O Estado Brasileiro tem Criado os Seus Próprios Coveiros _____	130
7 A SOCIEDADE DO RISCO _____	134
7.1 A Sociedade do Risco x O Direito Penal do Inimigo _____	139
7.2 Possíveis Formas de Superação dos Conflitos Sociais no Contexto da Sociedade do Risco sem a Utilização do Direito Penal _____	142
7.3 Redução da Menoridade Penal um Discurso Meramente Político _____	149
7.4 E o Nosso Sistema Prisional? _____	150
7.5 A Grande Maioria dos Menores Detidos não Cometeram Atos Infracionais Violentos (de Natureza Grave) _____	152
7.6 A Prisão não Serve como Instrumento de Reabilitação _____	153
7.7 O Convite a Ingressar no Crime _____	153
7.8 Uma Breve Reflexão Conclusiva Sobre a Redução da Menoridade Penal _____	154
7.9 A Consitucionalidade do Assunto _____	156
7.10 O Direito Penal Midiático a Fomentação de Insegurança Jurídica e a Influência da Mídia para aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo _____	157
8 CONCLUSÃO _____	162
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	167

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer à tona os maiores sintomas da sociedade moderna, no que tange a exposição ao risco e a sensação de impunidade.

Antes disso, convém mencionar, que um estudo mediano não pode começar a caminhar uma milha sem dar o primeiro passo, o nosso primeiro passo para o estudo DAS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO, concentra-se basicamente na história, história esta que será estudada sobre dois prismas: primeiro será abordada a história (origem) do direito penal num enfoque bíblico, e o segundo passo, a história do direito penal num contexto científico (doutrinário).

Ao pensarmos no primeiro caso, a história do direito penal segundo um contexto bíblico, nos passaremos a versar sobre aquilo que nomeamos de TEOLOGIA DO CONFLITO¹, ou seja, é o direito penal arraigado desde a fundação da terra segundo a visão cristã em amplo senso, principalmente no que tange aos adeptos da reforma protestante de Martinho Lutero; é dentro deste contexto que será extraído fatos e informações que nos declinaram ao estudo do direito penal numa ótica bíblica.

No caso da segunda análise, que é o estudo do direito penal à luz do conteúdo científico e doutrinário, nós iremos realizar um retrocesso aos livros de história, a fim de encontrar a origem e evolução da sociedade. Como consequência disso, quais foram os fatores deflagradores do crime, fatores que impossibilitaram a convivência pacífica destas pessoas que delinquiram no âmbito social onde as mesmas se pré estabeleceram.

Posto isto, verifica-se que qualquer gênero de sociedade não pode viver desguarnecida, desamparada pela justiça e pelo *jus puniend*², é necessário normas, leis, postulados, regramentos que disciplinem a conduta em sociedade, para que assim seja possível frear e sancionar condutas.

¹ É o estudo do direito penal à luz da Bíblia.

² Trata-se da prerrogativa conferida ao estado, onde lhe é atribuída capacidade legítima para punir as transgressões cometidas no âmbito jurisdicional do mesmo.

Durante o período em que o ser humano deixou de viver como nômade (sem lugar definido e sem moradia fixa), o direito penal começou a tomar forma, moldando-se ao sabor da sociedade. Juntamente com o Direito penal surgiram conceitos, teorias que definem ou tentam ao máximo se aproximar de uma definição do que representa o direito penal, e, conseqüentemente, de qual a sua finalidade.

Veremos que o direito penal veio através do tempo se lastreando, veio se definindo e se enquadrando de acordo com a sociedade vigente. Com isso, entre todas as definições do direito penal, a que mais se aproxima de uma “boa definição”, com certeza é aquela que vê o direito penal como um ator principal e não coadjuvante, um direito penal ostensivo e não meramente repressivo, não agindo somente pelo clamor social juntamente com o apelo da mídia.

Outro grande tópico a ser fomentado, é o “Direito Penal midiático”³, ou seja, trata-se da velocidade em que as barbarias e os crimes grotescos, são veiculados através da mídia, a maneira com que ela distorce informações, a forma com que ela sufoca o *jus puniend*, por consequência, gerando dentro de cada cidadão, a sensação de insegurança e impunidade em face do crime e criminoso.

Dentro deste mesmo enfoque faremos uma análise crítica sobre a influência midiática, e o sistema persecutório estatal. Para com isso, eventualmente conseguirmos extrair alguma (s) forma (s) para a superação desta má influência midiática.

Percebemos que o direito se manifesta de acordo com a sociedade, sendo este singular, por isso, assim como já fora mencionado, será abordado neste singelo trabalho, algumas mudanças na sociedade que refletiram de forma direta na construção do direito e da sociedade vigente, tais como as revoluções e a mutação do direito penal em cada contexto épico abordado.

Diante de todo o exposto, na visão da sociedade atual de uma forma geral, o direito penal vem falhando, deixando-nos a mercê da criminalidade, o povo clama por mais severidade, clamam por um novo Direito Penal. Diante do mundo atual e diante da proporção dos crimes e do teor dos crimes, é plausível se pensar na

³ É a pressão que a mídia faz em face do estado, por decorrência de um ilícito que gerou proporções estratosféricas.

criação, ou meramente na implantação de um novo direito penal, o denominado “direito penal do inimigo”?

Dentro deste mesmo contexto de velocidades do direito penal, versaremos sobre cada uma das três velocidades, bem como sobre os rumores da existência de uma quarta velocidade. Tais velocidades são conhecidas como: a primeira velocidade do direito penal, que à grosso modo representa as penas de prisão propriamente dita; ao passo que a segunda velocidade do direito penal, em síntese, representa as penas restritivas de direito (medidas substitutivas); posteriormente estudaremos a terceira velocidade do direito penal, nesta toada, perceberemos que extrínseca a esta velocidade, se encontra o chamado “direito penal do inimigo”. Por fim, em se tratando de velocidades, passaremos a quarta, bem como a sua aplicabilidade.

Dentre as três velocidades do direito penal a que mais nos interessa é a terceira velocidade, a mesma tem por característica principal a supressão de direitos e garantias fundamentais em face de certos indivíduos, autores de determinados delitos, tais indivíduos são os chamados de “inimigos” do direito penal.

Nesta ótica será feita uma abordagem de quais seriam estes indivíduos “inimigos” do direito penal, e quais seriam os delitos que suportariam a aplicação do respectivo direito penal de terceira velocidade.

Por fim será feita uma abordagem do respectivo tema em comparação com a carta magna vigente, mais especificamente em face de alguns princípios fundamentais, e, a sua possibilidade de aplicação no contexto pátrio.

Em nosso estudo, valemo-nos de alguns métodos de pesquisas e dissertações, o nosso principal método utilizado foi o dedutivo, portanto, partindo da análise de premissas gerais, chegando à situação debatida especificamente.

Valemo-nos também dos métodos dialético e histórico, de modo que demonstramos como o assunto vertido surgiu, juntamente com o seu surgimento, qual foi a sua evolução no decorrer da história, para com isso demonstrar nossas opiniões e proposições frente ao tema, bem como aferir uma melhor hipótese solução as controvérsias.

Esta é uma breve introdução do conteúdo versado neste singelo trabalho, estima-se que o mesmo seja de grande valia e aplicabilidade no contexto forense daqueles que o acessarem.

2 A SOCIEDADE UM AMPARADO HISTÓRICO

A palavra sociedade expressa um conteúdo multifacetado, sua aplicação e compreensão variara de acordo com o assunto estudado e o contexto em que o mesmo se insere.

Para o respectivo trabalho, o seguinte tema será estudado tão somente no que tange a sociedade humana, tendo como foco a evolução social (transformação dos costumes) e a aplicação do direito nas mais variadas sociedades.

É notório que o direito, assim como a sociedade também sofre transformações, pois o mesmo precisa se moldar aos novos costumes e ao contexto social vigente, acompanhando da melhor forma possível a evolução social, tendo em vista que se assim não o fizer, deixara a sociedade desguarnecida do apoio do estado, o que poderia culminar a uma expansão de incidentes sem medidas.

Portanto, a seguir faremos um breve histórico da sociedade dentro de algumas vertentes literárias, na primeira destas vertentes, versaremos sobre a origem e evolução da sociedade numa óptica bíblica, ao passo que na segunda vertente literária, será explanado sobre a origem e evolução da sociedade num contexto histórico científico.

Dentre as vertentes literárias citadas, ambas tem um ponto em comum, ou seja, a prerrogativa de demonstrar a transformação social durante os tempos, juntamente com a necessidade de mutação do direito, principalmente do direito penal, que é o que nos interessa por hora.

2.1 Conceito

A tarefa de conceituar um dado instituto sempre dará margem ao subjetivismo, principalmente quando estamos diante de temas como a sociedade.

Todavia, de uma forma bem sucinta e clara, o vocábulo “sociedade” poderia ser conceituado da seguinte maneira: sociedade advém do latim *societas*, que etimologicamente representa associação amistosa com outros.

Noutras palavras sociedade é uma grande união de grupos sociais, que é marcada pelas relações de troca, deve-se distinguir sociedade de comunidade, uma vez que na sociedade as trocas ocorrem de forma não pessoal e os contratos firmados são secundários e impessoais, onde os polos contratantes são ecos distantes.

A comunidade também representa um agrupamento social, todavia este agrupamento se dá de forma íntima privada e exclusiva. Neste agrupamento social se estabelecem relações de troca, geralmente marcadas por contratos primários, entre amigos, vizinhos, ou pessoas que possuam grande proximidade umas com as outras.

A guisa de exemplo sobre a distinção entre os institutos vejamos: num contrato firmado para compra e venda de uma casa entre uma pessoa detentora do imóvel para com o seu familiar (comunidade), neste negócio jurídico certamente prevaleceram as relações emotivas e de exclusividade; enquanto que havendo negociação com um desconhecido (sociedade), polos distantes, prevalecerá a racionalidade.

Ainda no que tange a comunidade, as suas normas de convivência e conduta social, encontram-se amparadas pela tradição, costumes e religião, acordos (consenso) e respeito recíproco.

Já na sociedade é totalmente o oposto. Uma vez que o contato pessoal é ínfimo, não há preocupação com o outro, fator que é percebido apenas na comunidade.

Por estes e outros motivos, faz-se imprescindível a criação de leis para regular e sancionar a vida em sociedade, tendo o estado, um papel principal, sendo ele o coração da sociedade, tendo em vista que se o Estado não for efetivamente participativo para com a vida das pessoas, a sociedade estará fadada as ruínas, todavia em caso de um estado forte e participativo a sociedade tende a prosperar. (grifo nosso)

Noutras palavras pode-se dizer que sociedade é o conjunto de pessoas que se reúnem dividindo propósitos, preocupações e gostos, constituindo entre si uma comunidade, que por sua vez é gênero da espécie sociedade.

Em síntese todas as definições encontradas na história, nenhuma apresenta qual o número específico de pessoas para a formação de uma sociedade, sabe-se apenas que deve ser um número expressivo, levando-se em conta o contexto épico, a localidade (contexto geográfico) e a população.

2.2 Origem e Evolução Histórica das Sociedades a Luz da Bíblia

Antes de discorrermos sobre o referido tema, convém salientar que a origem e a evolução histórica da sociedade segundo a Bíblia, assim como demais ramos da ciência teológica, é passível de discordância e discussões.

Portanto, iremos nos pautar na visão cristã pentecostal para explanar o referido tema supra e, trazer à baila eventos bíblicos que segundo a todos os adeptos desta vertente religiosa, representa o início das sociedades antigas, que, por consequência, culminou com as sociedades hoje existentes.

Como fora relatado no tópico anterior quando ainda conceituávamos o vocábulo sociedade, juntamente com a sua distinção para com a palavra comunidade, percebemos que sociedade, para ser de fato uma sociedade, demanda um número relativamente grande de pessoas e uma relação de não proximidade entre elas, todos regulados por um sistema jurídico.

A luz da bíblia a primeira forma de vida humana criada por Deus⁴ fora Adão. (GN⁵. CAP. 1 e ss), posteriormente Deus criou Eva, com as principais finalidades de ser: esposa, ajudadora e procriadora da semente de Adão (GN. CAP. 2. VS. 18 e GN. CAP. 2. VS. 24).

⁴ Do Hebraico *Yeshua*, que também quer dizer Jesus

⁵ A abreviatura da palavra Genesis é GN. Os capítulos serão resumidos com a sigla: CAP e os versículos com a sigla: VS. Exemplo: No caso de GENESIS CAPÍTULO 1; versículo de 1 à 8, ficará resumido assim: GN: CAP. 1; VS. 1-8.

Não se pode dizer que Adão e Eva constituíam uma sociedade, mas tão somente constituíam uma pequena comunidade, que viviam a base de um relacionamento íntimo com Deus, e, pautavam-se na relação de reciprocidade e confiança um para com o outro, não havendo nenhum sistema jurídico, salvo uma única ordem proibitiva imposta por Deus, ou seja, de que ambos não poderiam comer da árvore que dava ciência do bem e do mal (GN. CAP. 2. VS. 16, 17).

Tal entendimento traz as características da convivência em comunidade, pois como fora dito, comunidade representa um agrupamento social, só que de forma íntima exclusiva e privada. Na comunidade normas de conduta e convivência social encontram-se amparadas pela tradição, costumes, acordos e principalmente no respeito recíproco.

No caso em tela as normas de conduta e convivência social pautavam-se exclusivamente no convívio pacífico de Adão e Eva com Deus e com toda a sua criação; os deveres de Adão e Eva eram simples, consistia em procriação (GN. CAP. 1. VS. 28 e GN. CAP. 2. VS. 24); para que ambos fossem dominadores de tudo o que Deus havia criado (GN. CAP. 1. VS. 26 à 28); servir-se de tudo que fosse comestível para mantimento (GN. CAP. 1. VS. 29, 30).

A única ordem proibitiva de Deus para com o homem foi no sentido de que o mesmo não se alimentasse da árvore que dava ciência do bem e do mal, como fora dito, era quase que uma espécie de acordo que Deus de forma direta queria firmar com Adão e Eva, ambos teriam a vida eterna se aceitassem o respectivo acordo, caso contrário, em havendo descumprimento do mesmo, ambos passariam a provar da morte e discernir entre o que era bom ou mal, o que de fato ocorreu. (grifo nosso)

Havendo o descumprimento do acordo expresso firmado entre as partes acima, Deus lança maldições sobre todos os envolvidos no episódio fatídico (GN. CAP. VS. 14 a 19), posteriormente Adão e Eva são banidos do Jardim do Éden para que retomassem a suas vidas como bem lhes parecesse.

Adão e Eva tiveram vários filhos, Caim, Abel, e toda a genealogia de Sete, dentre outros, mais ainda neste contexto histórico as pessoas viviam em pequenas comunidades, visto que não havia transcorrido um grande lapso temporal para o aumento da população humana sobre a terra.

Resumindo o contexto, a literatura bíblica cristã pentecostal é quase que pacífica no entendimento de que a origem das nações⁶ e posteriormente das sociedades, deu-se no que segundo consta da narrativa do capítulo de número 10 e 11 do livro de Genesis.

A narrativa do capítulo 10 tem como contexto o ambiente pós-diluviano, ou seja, a descendência de Noé após o dilúvio e suas proles: Sem, Cam e Jafé.

Segundo a parte final do mesmo capítulo (1995, p. 48), mais precisamente no versículo 32 nos é dito: “Estas são as famílias dos filhos de Noé, segundo as suas gerações, em suas nações; e destes foram divididas as nações na terra, depois do dilúvio”. O capítulo 10 narra a descendência de cada filho de Noé, e em sua parte final, no versículo 32, deixa claro a origem das nações.

Já o capítulo 11 do livro de Genesis trata do mesmo episódio, todavia ao invés de narrar a origem das nações ele explica de uma forma mais abrangente como ocorreu tal origem.

Esmiuçando a capítulo supra, percebemos que a terra antiga era toda de uma mesma língua e de uma mesma fala, os homens naquela época viviam em grandes tribos; num certo dia, partiram do oriente e habitaram em um vale na terra de Sinar⁷ (Babilônia ou genericamente conhecida como Mesopotâmia). GN. CAP. 11. VS. 1-2.

Ao chegar à Sinar, muitos do que estavam naquele lugar tiveram a absurda ideia de edificar uma torre cujo cume tocasse os céus, e fazer um nome para que ambos não fossem espalhados sobre a face da terra; todavia nos versículos: 5 e 6 do mesmo capítulo o texto bíblico diz que o Senhor⁸ desceu para ver a cidade e a torre que os filhos dos homens edificavam, e expressa no versículo 6 que esta grandiosa construção que já havia sido iniciada somente era possível por decorrência de todos eles falarem o mesmo idioma.

⁶ Em síntese a palavra nação advém do latim *natio, de natus* (nascido), que representa a reunião de pessoas, em regra pessoas que falam a mesma língua (idioma), possuem os mesmos hábitos e costumes, por conseguinte formando um povo, com as mesmas características étnicas, mantendo-se unidos pela religião, por hábitos, tradições e idioma.

⁷ Sinar é o nome que o Antigo Testamento despence ao território da antiga Suméria e, posteriormente, chamado de Babilônia ou genericamente conhecida como Mesopotâmia.

⁸ Toda vez que a Bíblia expressa a palavra Senhor no Antigo Testamento, ela manifesta um fenômeno Teológico chamado de Teofania: que em síntese representa a manifestação de Jesus audível ou visível.

Nos versículos seguintes Deus confundiu a língua (idioma) de toda a terra e instantaneamente cessaram de edificar a torre e a cidade que haviam começado; portanto aquele lugar até os dias de hoje ficou conhecido como Babel que significa confusão, após a confusão das línguas cada povo procurou se ajuntar com aqueles que falavam o mesmo idioma e migraram para lugares distintos da terra.

Segundo um estudo aprofundado da Bíblia, percebemos que os descendentes de Sem um dos três filhos de Noé, migraram e se estabeleceram na Arábia e nas terras do vale do Tigre e do Eufrates, no Oriente Médio. Dando origem aos povos Hebreus, Assírios, Sírios e Elamitas. Tais povos ocuparam grande parte do território pertencente aos outros dois filhos de Noé, Cam e Jafé.

Já os descendentes de Cam se fixaram na Arábia Meridional, no Egito Meridional, na orla oriental do mar mediterrâneo e na costa setentrional da África. Tais povos deram origem aos descendentes de Canaã (GN. Cap.10. VS. 15-19) e, posteriormente, estabeleceram-se num território que se denominou Canaã, local onde futuramente se tornaria a pátria do povo Judeu.

Na origem da história, no chamado mundo antigo, os descendentes de Cam foram notavelmente poderosos. Foram eles os responsáveis por manterem várias relações com os Hebreus, e também por travarem épicos combates com os mesmos.

Por fim, os descendentes do último filho de Noé, denominado de Jafé emigraram para o norte e se fixaram nas terras costeiras do mar Negro e Cáspio. Foram os progenitores dos Medos, dos Gregos e das raças brancas da Europa e da Ásia. Embora tais povos não tivessem sobressaído na história antiga, no mundo contemporâneo são eles quem retém lugar de destaque dentro dos mais elevados níveis da sociedade moderna.

Após o acontecimento do episódio em Babel o mundo tornou-se totalmente diferente, as pessoas já não mais viviam todas juntas e emigrando de um lugar para outro, após o acontecido, cada povo que falava uma mesma língua buscou formar grupos distintos e sair destinados a locais como os que foram acima citados, com isso formando as mais variadas sociedades que hoje existe.

Obviamente que tal processo de transformação não aconteceu de forma instantânea, os costumes, as roupas, os sotaques e tudo que hoje nos possuímos, foi fruto de uma antiga e vigente transformação que tornou nossa sociedade uma metamorfose ambulante, ou seja, não parando em um costume antigo, mais estando sempre em processo de mutação, se transformando de acordo com as necessidades épicas.

Em fim esta é uma simples análise no que diz respeito ao surgimento da sociedade segundo uma visão Bíblica, certamente o tema é controverso e da ensejo as mais variadas discussões.

2.3 Origem e Evolução Histórica das Sociedades a Luz da Teoria Evolucionista e os Modelos de Sociedades Segundo a Ciência

Segundo o respectivo tema nos versaremos de uma forma sucinta e clara, sobre alguns modelos de sociedades a luz da ciência, juntamente com o direito penal vigente em seu contexto épico.

Não há como falar da origem e da evolução histórica da sociedade, sem que antes nós não façamos um retrocesso ainda mais aprofundado, ou seja, verificar a luz da ciência, em qual momento haveria surgido a vida humana, juntamente com ela, como se deu a sua evolução e, posteriormente adentrarmos ao contexto que nos é de maior interesse, ou seja, como se deu a origem e a evolução das sociedades.

Muitas são as teorias que versam sobre a origem e a evolução da sociedade, todavia, nos pautaremos única e exclusivamente na chamada teoria evolucionista, oriunda do brilhante e mundialmente conhecido cientista Britânico, biologista e naturalista, Charles Robert Darwin.

2.3.1 Quem foi Charles Robert Darwin e o que Ele Pretendia?

Darwin nasceu na Inglaterra e viveu de 1809 a 1882, contribuiu com pesquisas realizadas nas costas e em ilhas na América do Sul, Austrália e Nova Zelândia; durante este período de pesquisa que durou cerca de 5 anos, o cientista descobriu inúmeras espécies de plantas e animais até então não catalogados, todavia, o que mais lhe chamou a atenção foram os tentilhões⁹, espécie esta que só conheceu na ilha de Galápagos, situada na costa ocidental da América do Sul.

Durante este período de cinco anos em que Darwin esteve nesta viagem científica, ele passou a se questionar a despeito da diversidade de plantas e animais, gerando em si um grande interesse pelo assunto, interesse a ponto de começar a estudá-los a fundo, com o intuito de descobrir qual a razão desta grande diversidade.

Ainda no século XVII, mais precisamente em 1859, Darwin creu ter encontrado a resposta para suas indagações e questionamentos, a respeito da biodiversidade, expressando as suas mais variadas conclusões através do livro denominado: “A origem das espécies”; no original em inglês: “On the Origin of Species”.

O nome completo desta primeira edição era muito mais extenso: “A Origem das Espécies por meio da Seleção Natural ou a Preservação de Raças Favorecidas na Luta pela vida”, no original em Inglês dizia: “On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for life”. Somente na sexta edição do livro ocorrida no ano de 1872 é que o mesmo recebeu o nome abreviado de a origem das espécies.

Nesta brilhante obra científica, Darwin expressa todas as suas convicções fundadas em preceitos formados durante anos afio de dedicação a um trabalho aprofundado sobre a origem e a evolução das espécies.

Sua paixão pelo tema não se limitou somente em estudar a origem e a evolução histórica dos animais e das plantas, posteriormente, Darwin escreveu a

⁹ É um pássaro de pequeno porte, com cerca de 15 cm, da família dos fringílídeos *Fringilla coelebs*, sedentário, de coloração bastante viva e de canto mavioso.

obra que intitulou como: “The Descent of man, and Selection in Relation to Sex”. Em Portugal, foi traduzida com o título “A origem do homem”, enquanto no Brasil, o título foi: “A descendência do homem”. Em algumas edições, esta junto com a obra “Origem das Espécies”, mencionada acima.

A respectiva obra se trata de um livro com 26 capítulos e cerca de 620 páginas, onde, Darwin expressa toda a sua idéia no que tange ao surgimento da raça humana no planeta terra. No momento em que tais obras foram confeccionadas, ambas geraram debates e controvérsias, hoje são amplamente aceitos, inclusive adotados como referências no âmbito científico.

Portanto, conclui-se que o contato de Darwin com as mais variadas espécies de animais e plantas, culminou com o surgimento do interesse pela pesquisa sobre a origem e evolução da raça humana, e que secundariamente daria ensejo nas obras acima mencionadas, hoje em dia mundialmente conhecida, estudadas e aplicadas nos mais variados contextos científicos.

2.3.2 Vetores Básicos Sobre o Surgimento da Espécie Humana a Luz dos Preceitos de Darwin

Ao longo de anos de estudos, Darwin constatou algumas semelhanças entre animais (espécies) em extinção, em face dos animais vivos. Percebendo estas semelhanças ele conclui que as características biológicas dos seres vivos passam por um processo gradual de transmutação, processo pelo qual seria alvo de fatores naturais, responsáveis por modificar os organismos vivos.

Concomitantemente ao raciocínio supra, ele percebeu que os organismos vivos estão em constante concorrência, o que ele passou a denominar de processo de seleção natural, onde somente os seres melhores preparados às mais variadas condições de ambientes e outros fatores externos, poderiam sobreviver.

Posto isso, Darwin chega à conclusão de que o homem e o macaco teriam uma mesma ascendência, que partindo desta premissa, ou seja, a ideia de ascendência, as duas espécies teriam se desenvolvido. Tal conclusão não coaduna

com aquilo que o senso comum muitas vezes menciona, ou seja, que o homem é descendente do macaco.

Em sua obra, “A Origem das Espécies”, o mesmo faz sugestões de que o ser humano e os macacos, por decorrência de todas as suas semelhanças biológicas, possuem um mesmo ascendente em comum. Após este estudo minucioso de Darwin e de todas as suas afirmativas nele empregadas, viveu ao longo dos anos, uma mobilização dos mais variados grupos científicos mundiais, a fim de reconstruir todas as espécies que antecederam o homem contemporâneo.

Foram várias às espécies catalogadas, para grande parte dos cientistas a escala evolutiva do ser humano inicia-se pelos *Hominídeos*, com mais de quatro milhões de anos. Posteriormente a descoberta do chamado *Homo habilis* (2,4 – 1,5 milhões de anos) e o *Homo erectus* (1,8 – 300 mil anos); ambas espécies compõe a denominada “fase intermediária da evolução humana”.

Posteriormente, houve o surgimento do chamado *Homo Sapiens neanderthalensis*, com cerca de 230 a 30 mil anos de existência. Finalmente chegamos ao chamado *homo sapiens*, que teriam surgido por volta de 120 mil anos atrás, o que corresponde ao homem de hoje em dia, com todas as suas características existentes.

Por fim, insta salientar que apesar de todos estes indícios materiais sobre a suposta origem e transformações da espécie humana, a teoria evolucionista, originalmente trabalhada e estudada por Charles Robert Darwin, não é concreta, com isso, não sendo absoluta; portanto, a ciência clama por respostas, a fim de poder remontar com melhor exatidão “o elo perdido”.

2.3.3 O Surgimento e o Desenvolvimento das Primeiras Sociedades

Os indícios das primeiras formações de sociedades nos remetem a um período de aproximadamente 4,3 milhões de anos atrás, período este que segundo a ciência, era palco da existência de uma das primeiras espécies primitivas, que

evolutivamente veio a dar ensejo a atual formação biológica e fisiológica humana, era o denominado *Australopithecus* ou *Australopitecos*.

Posteriormente, a cerca de 2,5 milhões de anos surge o gênero (espécie) *Homo*, localizada na África oriental, a respectiva espécie já possuía um genoma mais desenvolvido do que os da espécie supra, por. Ex. o *Homo Habilis*, também da África oriental, passou a usar ferramentas feitas de pedra, dando o nome de período paleolítico a esta etapa histórica.

Enfim, segundo a teoria evolucionista, como fora estudado acima, todo esse passado histórico, todas estas espécies que anteriormente viveram, foi plenamente responsável por nossa formação biológica, fisiológica e até social.

Sabe-se que desde o início houve as formações de pequenas sociedades, sociedades que fugiam dos predadores naturais e tinham uma vida absolutamente primitiva, tanto em costumes quanto em tradições.

Logo no início, é possível constatar que estes pequenos grupos sociais vivam em cavernas, fato este que segundo a arqueologia, pode ser comprovado através de pinturas rupestres encontradas nas paredes das cavernas; segundo esta mesma ciência tais pinturas foram realizadas pelas primeiras espécies de vida acima mencionadas, sendo um hábito passado de uma espécie para a outra, visto que tais pinturas tinham várias finalidades, tais como, localização, demarcação de território, expressar êxito em uma caça, dentre outras. (grifo nosso)

Tal sociedade foi crescendo de forma lenta e gradual, os costumes foram mudando, juntamente com a mudança das espécies, com isso, novos hábitos surgiram e a necessidade de uma nova sociedade que comportasse os novos preceitos adquiridos no tempo. Segundo a teoria evolucionista tudo evolui, mudando e se transformando na sociedade que podemos ver hoje em dia.

Muitas outras sociedades continuam “paradas no tempo”, não aderiram certos hábitos, por vários motivos a mudança pode não ter chegado a determinados locais, tais como: religiosos, filosóficos, econômicos, dentre tantos outros, o que de fato nos interessa é que a sociedade continua numa evolução frenética e desenfreada, e o direito que como veremos a seguir nos modelos específicos de sociedades, precisa estar sempre acompanhando o desenvolvimento social, desenvolvimento que a longos passos tem buscado novos horizontes.

A seguir veremos alguns esboços sobre determinados modelos de sociedade que existiram, até chegarmos à nossa atual sociedade, conseqüentemente ao direito que nela vige.

2.3.4 Sociedades Primitivas

A palavra primitiva possui um cunho muito genérico; no que se refere ao contexto da teoria evolucionista, primitiva é aquela sociedade que nos remete aos primórdios da civilização, são as sociedades e as culturas tidas como elementares e originárias.

Segundo o brilhante filósofo Inglês e representante do positivismo, Hebert Spancer, toda sociedade passa por um processo de “ponte de passagem”, que representa o rompimento com o *status* primitivo (homogêneo), para se chegar aos estados modernos e contemporâneos como hoje podemos perceber. Tal mudança é fruto da evolução da espécie humana, e, conseqüentemente da mudança de costumes que a segue.

Comparando com as sociedades vigentes, as sociedades primitivas são tidas como “algo impossível” de conviver e até mesmo de sobreviver, tendo em vista que no contexto daquela época, costumes que hoje são simplesmente triviais para a sobrevivência humana não existiam, tais como, energia, saneamento básico, as leis, as artes, a escrita, valores e axiomas etc.

Portanto, a luz da teoria evolucionista, todas as civilizações (sociedades) hoje vigentes, é potencialmente superior que aos diversos modelos de sociedades primitivas, oriundas desde os primórdios; os respectivos habitantes destas sociedades são aqueles seres que se sobrepuseram frente às antigas espécies de vida que existiram.

Segundo Pierre Clastres (s.d, s.p) importante antropólogo¹⁰ e etnógrafo¹¹ Francês, as sociedades declaradas como primitivas são, neste sentido,

¹⁰ É o profissional que pesquisa, estuda e discute o “homem”, suas interferências na sociedade e no meio.

sociedades mais simples, ou sociedades sem Estado. A ausência de estado nas sociedades primitivas não representa a ausência do político, ou seja, exercer em face de outrem aquilo que se entende como sendo de direito.

Afirma Clastres que a sociedade primitiva exerce um poder absoluto e completo sobre tudo que a compõe. Portanto, sejam os primatas, sejam outras espécies de vida já mais evoluídas, todas elas possuem uma forma de conviver em sociedade, ditando aquilo que é certo e errado dentro deste contexto social, notório se faz a presença do Direito, mesmo que de forma implícita.

O que me chama atenção nas sociedades primitivas primatas, onde viviam os chamados “homens das cavernas”, é a existência do direito, apesar de não haver um estado de fato. (grifo nosso)

Tal conclusão é retirada através de observações de alguns hábitos que estes primórdios possuíam, como por exemplo, a caça era uma prerrogativa de apenas os machos, já as fêmeas deveriam ficar em casa cuidando dos filhotes; durante a noite todos entravam nas cavernas a fim de fugir dos predadores, muitas das vezes aquele que não entrava nas cavernas no tempo preestabelecido era impedido de entrar por outros primatas que lá estavam, ficando assim, sujeito a toda sorte de riscos.

Mesmo não havendo nenhuma disposição a respeito, ou seja, nenhum estado de fato, nenhuma norma legal que assim dispusesse os primatas já estipulavam entre as suas tribos (sociedades), aquilo que podia e não podia ser feito, uma vez que um erro poderia gerar a morte de toda a “família” dos mesmos.

Em síntese as sociedades primitivas a luz da teoria evolucionista são o berço da vida primata, desde as mais antigas espécies existentes a cerca de 4,3 milhões de anos atrás, como o *Australopithecus*, até o último resquício da escada evolutiva primária, qual seja, a espécie do *Homo Erectus*, existente a cerca de 500 mil anos atrás.

No contexto atual, sociedades primitivas são aquelas sociedades desguarnecidas de condições comuns de uma sociedade de primeiro mundo, tais como a escrita, as leis, o direito propriamente dito, dentre tantos outros fatores; tem-

¹¹ É o profissional de Etnografia, ciência que se vale de vários métodos em conjunto com a ciência da antropologia, para a coleta de dados.

se como exemplos as mais variadas sociedades indígenas, os Amish¹², que por suas convicções, preferem abster-se da tecnologia e do contato direto com as grandes metrópoles; enfim, a sociedade primitiva neste contexto é aquela que não se amolda aos padrões de interação social hoje vigente.

2.3.5 Sociedades Antigas

Para muitos historiadores, a história antiga é o marco do surgimento e desenvolvimento das primeiras civilizações, também conhecidas como civilizações antigas, com isso, dando início às sociedades “pensantes”, deixando de lado o *status* primitivo que outrora vigia.

De acordo com a historiografia, o início das sociedades antigas é marcado pelo surgimento da escrita, fato este que ocorreu por volta de há 4.000 a.C (antes de Cristo), na China, representando para muitos historiadores e cientistas o fim do período pré histórico.

Segundo este mesmo entendimento, estima-se que a Antiguidade, ou melhor, conceituando, a idade antiga, vai até o século V, fato este que ocorreu por consequência da queda do Império Romano no Ocidente, após as seguidas invasões dos povos germânicos (bárbaros).

A respectiva fase histórica trouxe várias características peculiares, dentre elas podemos destacar algumas das quais consideramos principais, e que repercutem até os dias atuais no mundo todo. Tais como o surgimento e o desenvolvimento da vida urbana, ou seja, as pessoas começaram a se estabelecer fixamente formando as *polis* cidades estados, abandonando as condições de nômades; o poder político centralizado nas mãos de reis; houve o rompimento com as vinganças privadas e públicas, passando o poder sancionador para uma única pessoa.

¹² Amish é um grupo religioso cristão anabatista situado em sua maioria nos Estados Unidos e Canadá. São conhecidos por seus costumes conservadores, como o uso restrito de equipamentos eletrônicos, inclusive telefones e automóveis.

Ainda sobre o contexto supra, destaca-se a estratificação social, que em síntese representa a separação da sociedade em grupos sociais que apresentam as mesmas características; desenvolvimento das religiões (maiorias politeístas); militarização, processo pelo qual cada estado buscava concentrar homens a fim de declarar guerra contra estados adversários; cresceram-se os comércios, aumentando a importação e exportação dos mais variados produtos; aumentaram-se os tributos e o vínculo direito entre as pessoas e o estado.

Calha destacar que foi neste contexto histórico que se pode observar com veemência o surgimento do direito, ex. como o código de Hamurábi, que é um conjunto de leis escritas, encontrado por uma expedição Francesa em 1901 no território de Susa, atualmente conhecido como Irã, antigamente correspondente a antiga Mesopotâmia. Segundo historiadores o respectivo código foi escrito pelo rei Hamurábi em 1701 a.C. (grifo nosso)

O respectivo código é uma espécie de monólito, talhado em diorito; possui 46 colunas de uma escrita desenvolvida pelo povo sumério, tal escrita recebeu o nome de cuneiforme acádica, continha 282 leis e 3600 linhas. O respectivo monumento possuía a altura de 1, 50 metro de circunferência na parte superior e 1, 90 na base.

Finalizando o raciocínio a respeito do código de Hamurábi, convém destacar quais eram um dos seus principais pontos. O respectivo código previa a aplicação da lei de talião, representada pela justiça imediata e em justa medida ao Mal sofrido, comumente conhecida como “olho por olho, dente por dente”; previa punições para falso testemunho, roubo, receptação, estupro, família, escravos e até ajuda de fugitivos. (grifo nosso).

Portanto, percebe-se a importância desta fase na história da humanidade, ficando destacado o nascimento do direito positivado e outras fortes contribuições para o direito atualmente vigente, e principalmente para a formação da sociedade atual.

Destaca-se ainda, que neste período conhecido como idade antiga, houve várias civilizações e sociedades que se destacaram e influenciaram de uma forma sem medida para o que hoje nos chamamos de sistema jurídico, e, obviamente, no auxílio da confecção da sociedade atual.

Vejamos algumas destas sociedades e civilizações, Mesopotâmia, Persas, Egito antigo, Hebreus, Hititas, Grécia Antiga, Roma antiga, Creta, Povos Bárbaros, Celtas e Etruscos; dentre tantas outras sociedades antigas que foram vitais para a formação do direito e do estado contemporâneo, obviamente das sociedades atuais.

2.3.6 Sociedades Medievais

As sociedades medievais têm surgimento no contexto histórico chamado de idade média, portanto, a razão da respectiva nomenclatura. Cada localidade ou civilização tem a sua idade média própria, ou seja, período que pode ser entendido como estado transitório de costumes primitivos, para costumes modernos.

Todavia, nosso estudo será pautado no contexto etimológico da palavra idade média, e, na idade média original, ou seja, aquela referenciada pela ciência e contextualizada a nível de referência mundial, a idade média com o seu surgimento no continente Europeu, e, a partir daí espalhando os seus efeitos mundo a fora.

A idade média é um dos três grandes períodos mais conhecidos da história européia, sendo eles a idade antiga ou antiguidade, a idade média, e a idade/era, ou sociedade moderna, também conhecida como contemporânea.

A primeira pessoa que versou sobre esta teoria tripartida das “eras sociais”, foi o renomado filósofo e historiador, tradutor e chanceler Italiano, Leonardo Bruni, em sua obra: a “História do Povo Florentino” em 1442. A concretização da teoria tripartida de Bruni ocorreu de fato em 1683, com a publicação da obra: “História Universal Dividida nos Períodos Antigo, Medieval e Novo”, da ilustre autoria do brilhante historiador Alemão Christoph Cellarius.

Segundo fundamentos históricos de Bruni, a idade média tem seu início no ano de 476, ano em que o último imperador do grande estado e império Romano (Constantino XI) do ocidente foi deposto. Para o contexto Europeu, considera-se

como final da idade média o ano de 1500, embora não haja consenso sobre a respectiva afirmativa.

O fim da idade média é um tema um tanto quanto conflituoso, mais conflituoso do que o tema que diz respeito quanto a seu surgimento; alguns historiadores tomam outras datas e acontecimentos históricos como marco da respectiva data, tais como: a primeira viagem que Cristóvão Colombo realizou no ano de 1492 as Américas; a conquista de Constantinopla em 1453 pelos turcos, ou até mesmo a reforma protestante de Martinho Lutero em 1517.

Noutro plano, calha destacar que os historiadores ingleses são quase que unânimes no entendimento de que o respectivo período findou-se com a Batalha de *Bosworth*, ocorrida no ano de 1485.

Na Espanha, entende-se como o fim deste período a morte do rei Fernando II de Aragão, ou em segundo plano a morte da rainha Isabel I de Castela, em 1504, ou ainda a conquista de Granada ocorrida em 1492.

Muitos historiadores Portugueses, Espanhóis, Italianos, Franceses e demais historiadores de línguas românicas, não raras vezes tendem a dividir a Idade Média em duas partes, ou períodos.

O primeiro período da respectiva cisão é denominado de Alta Idade Média, já o segundo período é conhecido como baixa Idade Média. Já os historiadores Anglo-saxônicos, são relutantes quanto a divisão supra, são adeptos de uma divisão trinária, que acaba por dividir a Idade Média em Três períodos.

Tais períodos são denominados de: “Idade Média Arcaica” ou no original “Early Middle Ages”, que vigorou do ano 476 a 1000 d.C¹³; a segunda fase foi denominada de: “Alta Idade Média”, ou no original “High Middle Ages”, tendo sua vigência entre o ano 1000 à 1300 d.C; e, a última fase foi conhecida como: “Idade Média Tardia”, no original “Late Middle Ages”, tendo sua vigência a partir do ano 1300 à 1453.

Independente da nomenclatura ou definição despendida em face de qual é o real contexto da palavra idade média, destaca-se que em grande parte do período acima mencionado, seja ele na chamada idade média arcaica, alta ou tardia,

¹³ Todas as vezes em que se observar as expressões d. C, leia-se: Depois de Cristo. Todas as vezes que se observar as expressões a. C, leia-se: Antes de Cristo.

como define os historiadores Ingleses, percebe-se que no tocante ao direito, mais especificamente o direito penal, ambos os períodos possuíram durante muito tempo, as mesmas características.

Uma das principais características do direito penal que durou muito tempo até a inversão de valores morais e sociais, foi que durante grande parte do período da idade média, vigeu o denominado direito sacro, ou seja, a imposição de leis e principalmente de sanções em face dos transgressores sob justificativas esdrúxulas, tais como, punir um transgressor, inclusive com o banimento do mesmo do meio social onde se situa, como a prerrogativa de livra-lo, e, de também livrar a todo o seu clã da ira de deus. Penas estas que deixavam à margem toda a dignidade de um ser humano. (grifo nosso)

Tal comportamento vigorou durante um longo período, posteriormente foi aderido a ideia da vingança privada, secundariamente a vingança pública, até alcançarem a aplicação da Lei de Talião, onde vigia a repressão em justa medida pelo mal sofrido.

Nenhum modelo acima de sistema persecutório e inquisitivo galgou êxito, restando aos detentores do poder tomar outras providências, o controle sobre as causas foram passados a somente uma pessoa, onde o mesmo exercia a função de juiz sobre o seu grupo social, com isso, aplicando as sanções que já estavam fixadas anteriormente ao delito, representando assim um grande avanço ao direito penal, sendo vital para a evolução social e principalmente para com a influência de posteriores melhorias na respectiva área.

2.3.7 Sociedades Modernas

Trata-se de um período específico, mais precisamente, um período que corresponde a História do Ocidente. Tal etapa corresponde à transição de outros dois momentos históricos. Os historiadores Franceses tradicionalmente aceitam como início do respectivo período histórico, a data de 29 de maio do ano de 1453, data em que ocorreu a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, e

declaram como término deste referido período supra a data de 14 de julho de 1789, data em que se findou a revolução Francesa.

Todavia, a “queda de Constantinopla” não é o único evento adotado por historiadores a fim de versar sobre o início da idade moderna, apesar de mais aceito. Historiados de diferentes etnias tem adotado as seguintes datas como marco inicial deste momento historio, são eles a Conquista de Ceutra pelos portugueses em 1415, a viagem no ano de 1492 que Cristóvão Colombo realizou ao continente Americano, ou até a viagem que Vasco da Gama realizou em 1498 à Índia.

A ideia de “Idade Moderna” tenciona-se a desvalorização pela historiografia marxista, do brilhante Karl Marx, que defende o prolongamento da Idade média até o advento das Revoluções Liberais, até ao final do Regime Senhorial, na Europa, decorrente da grande ocorrência de cruzadas, que influenciou fortemente na expansão do comércio na Europa.

A grande dificuldade de uma exata determinação cronológica do período supra se deve, principalmente, a ampla divergência no que tange à origem e o desenvolvimento do sistema capitalista, todavia, entende-se com proeminência que o período histórico que vai do século XV ao XVIII é amplamente conhecido como “período de transição”.

Em síntese, a Idade moderna, ou formação das sociedades modernas, uma das conseqüências do momento histórico supra, é genericamente conhecida como uma época de “revolução social”, cujo principal fator se concentra na substituição do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista, em outras palavras representa a mutação de costumes de uma sociedade passada.

Foi dentro deste contexto que o direito como um todo, mais precisamente o direito penal, que é o que nos interessa por hora, recebeu um novo status, juntamente com uma nova aplicação. Tais mudanças foram reflexos dos ideais iluministas que vigiam na época, tendo como brilhante influência o pensamentos dos Franceses, Voltaire, Rousseau e Montesquieu. (grifo nosso)

O marco da mudança do direito penal inquisitivo, opressor e de penas altamente cruéis, se dá no ano de 1764 com a publicação da obra “dos delitos e das penas” pelo Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana. (grifo nosso)

Beccaria pautava-se com furor em três alicerces, sendo eles a legalidade, a proporcionalidade e o utilitarismo, tais princípios influenciou de forma direta o direito hoje vigente.

Os três princípios (alicerces) de Beccaria, foi uma afronta direta ao regime do “terror” que vigia naquele contexto. A ideia de legalidade previa justamente aquilo que o nosso ordenamento jurídico atual prevê, ou seja, o indivíduo só poderia ser punido se houve tipificação legal, portanto não cabendo mais ao juiz arbitrar como lhe fosse desejado à pena a ser aplicada ao indivíduo, gerando, portanto, segurança jurídica.

A proporcionalidade, ou o princípio da proporcionalidade como fora amplamente conhecido, defendia que delitos de diferentes tipos deveriam ser analisados de forma separada, levando-se em conta a sua ofensividade, com isso recebendo diferentes penas. Neste sentido, atesta Beccaria (1999, p. 38-39) que:

Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.

[...]

Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas, deveria existir uma escala paralela de penas, descendo da mais forte para a mais fraca, mas bastará ao sábio legislador assinalar os pontos principais, sem alterar-lhes a ordem, não cominando, para os delitos de primeiro grau, as penas do último.

Para Beccaria, as penas deveriam ser aplicadas em proporção ao delito cometido, uma vez que delitos menos graves receberiam penas menos severas, neste sentido, delitos mais graves deveriam perceber punições mais severas.

No que tange ao utilitarismo, o Nobre Marquês de Bonesana foi mais uma vez brilhante, segundo afirma Cezar Roberto Bittencourt (2003, p. 34): “Ele procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado”. Portanto, a pena deveria ser útil, ter tão somente um caráter de utilidade, e não cruel, como pensavam os precursores do sistema penal do terror. Ainda neste contexto, ressalta Beccaria (1999, p. 52):

É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais

eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu

Faz-se mister destacar a brilhante contribuição de John Howard e Jeremias Bentham, ambos contrários ao “regime do Terror”. Howard trabalhou como sheriff da cidade de Bedford, na Inglaterra, deu início ao chamado *penitencialismo*, seu principal enfoque era a humanização das prisões. Uma de suas principais teses defendidas foi a separação prisional entre homens e mulheres.

Jeremias Bentham, segundo Cezar Bittencourt (2003, p. 37) diz: “Não faz muitas recomendações positivas, mas as suas sugestões ou críticas são corretas no que se refere à prática dos castigos absurdos e desumanos”. Segundo Bittencourt, Bentham não fez muitas recomendações positivas, o que não é engano, todavia, é explícita que a maior contribuição de Bentham, foi o chamado modelo prisional panóptico.

Destes acontecimentos em diante, o direito tomou uma nova roupagem, deixando para trás o “direito do terror”, e aderindo um *status* constitucional, preocupado principalmente com princípios como a dignidade da pessoa humana, visão que foi expandida de forma progressiva pelo mundo todo.

2.3.8 Sociedades Contemporâneas

As sociedades contemporâneas são os frutos de todo o transcorrer histórico, é o resultado da transformação social e da evolução do direito.

Para muitos historiadores a idade contemporânea, compreende o final do século XVIII até os dias atuais, fatores como o crescimento do capitalismo e do comércio influenciaram de uma forma direta para o contexto vigente. Segundo o historiador Eric. J. Hobsbawm, os problemas de transformações deste mundo completamente globalizado foram desta época um “século” breve.

Conforme é ensinado por Hobsbawm, a vida contemporânea tem passado muito de presa, juntamente com ela os costumes tem se modificado de forma progressiva.

Ao olharmos para o direito hoje em dia e relutarmos descontentes com as normas vigentes, muitas vezes nos não temos ideia de quão sofrida e demorada foi essa evolução penal; milhares de litros de sangue jorraram a fim de que hoje nos pudéssemos ter um estado que nos respaldasse um direito moralmente lícito.

Em síntese, o direito, assim como a sociedade continua em evolução, buscando sempre melhorias e adaptações ao desenvolvimento social frenético.
(grifo nosso)

3 REVOLUÇÕES E SUAS INFLUÊNCIAS NA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE E DO DIREITO

Neste respectivo tópico nos versaremos de uma forma bastante sucinta sobre algumas das mais importantes revoluções que ocorreram no mundo, e conseqüentemente, quais foram as suas influências na formação do direito e da sociedade vigente.

3.1 Revolução Burguesa

Muitas foram às revoluções burguesas no delinear da história, todavia, os historiadores são pacíficos em classificá-las na ordem que iremos seguir, levando-se em conta o seu período histórico e contexto social; obviamente, recebendo uma diferente nomenclatura que distingui uma revolução de outra.

A primeira revolução burguesa, segundo entendimento majoritário dos mais variados historiadores do mundo, é conhecida como revolução inglesa, também denominada como puritana ou gloriosa. A respectiva revolução é datada do século 17.

Sabe-se que a revolução Inglesa/puritana/gloriosa foi um divisor de águas do direito inquisitivo que vigia para um modelo estatal liberal clássico, a mesma legava o sistema parlamentar, tutelando direitos individuais como, a liberdade de expressão, liberdade religiosa, dentre outros direitos, direitos estes que foram auferidos futuramente com o advento da carta de declaração dos direitos (“Bill of Rights”).

Tal revolução trouxe legados que conflitavam de forma direta com o sistema vigente daquele contexto, uma contradição entre o sistema absolutista e

capitalista, uma sociedade que visava implantar ordens e privilégios, em face de uma sociedade tomada pelo fanatismo religioso.

Estas contradições com o sistema estatal vigente deu razão ao surgimento do movimento filosófico iluminista, que veio de fato se lastrear no séc. XVII. Tal movimento possuía caráter racional, veemente na luta contra o absolutismo, e o anticlericalismo. (grifo nosso)

Foi um dos principais movimentos responsáveis na luta pela substituição do sistema absolutista e opressor, pela implantação de um governo liberal que se preocupava com os direitos sociais.

Num segundo plano podemos perceber o surgimento da chamada revolução liberal burguesa, como denominada os historiadores de todo o mundo. As respectivas revoluções ocorreram no sec. 18 e 19, movidas pelos ideais iluministas, ideais que também influenciaram na independência das colônias nestes respectivos séculos.

3.2 Revolução Francesa

A revolução Francesa também foi fruto do movimento e pensamento iluminista, teve como seu principal idealizador e difusor, a figura do nobre político, filósofo e escritor Frances, Montesquieu, que ficou mundialmente conhecido pela criação da sua brilhante obra, "O espírito das Leis", escrita em 1748.

O lema da referida revolução é até hoje usado nos mais diferentes seguimentos sociais, onde sempre é possível se notar a frase, liberdade, igualdade e fraternidade; direitos individuais, totalmente arraigados nos pensamentos iluministas. (grifo nosso)

Os respectivos direitos tutelados pela revolução Francesa futuramente seriam tratados pelas mais variadas doutrinas nacionais e internacionais como, direitos de primeira dimensão, uma vez que são ligados a valores como liberdade, possuindo cunho político e civil. Trata-se de direitos individuais, como fora dito, com

caráter de negatividade, tendo em vista que se exigia do Estado uma abstenção, sendo ele o seu destinatário principal.

Hoje todos estes direitos oriundos da R. Francesa, estão acostados no nosso ordenamento jurídico, recebendo cunho de direitos fundamentais, ou seja, inerentes a todos os cidadãos, quer queira quer não queira, uma vez que se encontram no rol do Art. 5º e ss, da Constituição Federal. Percebe-se o tamanho da importância deste episódio histórico na história do Brasil e principalmente no direito vigente em nossa pátria. (grifo nosso)

Para fins de complementação, cabe transcrever um dos direitos que fora tão pleiteado e a custo de sangue alcançado pela revolução Francesa, sendo aplicado hoje em dia no nosso ordenamento jurídico, vejamos o que nossa Carta Magna prevê sobre a liberdade de expressão e liberdade de culto:

Art. 5º.

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

É límpida a contribuição da referida revolução para com o nosso direito constitucional e infraconstitucional vigente, como podemos perceber com o texto retro transcrito, a nossa Carta Maior aderiu aos preceitos trazidos e tão pleiteados durante anos pela Revolução Francesa. Tais direitos fundamentais são conhecidos como direitos de primeira geração, como já fora mencionado.

Outras mudanças ocorreram com o advento da respectiva revolução, houve a substituição do absolutismo e do mercantilismo pelo liberalismo político, social e econômico; os burgueses tomaram o poder das mãos dos aristocratas, conquistando o seu tão batalhado sonho utópico, como a liberdade de crença e

culto, liberdade de imprensa, liberdade de expressão, dentre tantos outros direitos vitais que influenciaram na formação do direito e da sociedade atual, como fora dito.

3.3 Revolução Industrial

Sem duvidas o contexto da revolução industrial foi um período extremamente importante para a história do direito, uma vez que foi neste contexto em que a mão de obra humana perdia espaço a cada dia, sendo substituída pela mão de obra mecanizada, o que gerou um quadro de desemprego gravoso e crescente.

O aumentando do desemprego, trouxe inúmeros incidentes as *polis*¹⁴, como bebedices, crimes de violência sexual, homicídios, dentre outros, ilícitos que foram tomando proporções devastadoras. Neste mesmo contexto o direito mostrava-se cada vez mais insuficiente para sanar as necessidades sociais. (grifo nosso)

Com o advento das fabricas mecanizadas, surge uma nova classe social, o proletariado, classe que sofria uma intensa disciplina e divisão de trabalho, sem direitos triviais ao exercício dos mesmos, tais como os EPis (equipamentos de proteção individual), hoje obrigatórios por lei¹⁵ para trabalhadores que exerçam determinadas atividades.

Ao analisarmos o contexto histórico deste episodio, percebemos que houve uma hipertrofia por parte dos trabalhadores e conseqüentemente um aumento de conhecimento por parte dos empregadores e empresários, uma vez que estes se concentravam na busca de novas tecnologias e empreendimento para as suas fábricas, *pari passu*, os trabalhadores iam sendo suplantados de suas profissões, dando lugar aos maquinários, e os poucos que sobravam ia tento suas jornadas de trabalho cada vez maiores e desgastantes.

¹⁴ Cidades, na Roma antiga esta nomenclatura era destinada as Polis Estados, em outras palavras cidades estados.

¹⁵ Lei 6.514 de 22/10/1977, posteriormente regulamentada pelas normas regulamentadoras da portaria de nº. 3. 214 de 08/06/1978 e CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, art's. 166 ss.

A revolução Francesa e Industrial forjou o capitalismo, produzindo juntamente com o mesmo um mar de contradições. Uma vez que com a transformação da riqueza, do dinheiro e da propriedade privada nas novas sociedades, os setores desprivilegiados iam sendo cada vez mais excluídos, em quanto muitos possuíam quase nada, poucos possuíam quase tudo.

Através de falsas promessas de autonomia individual, o sistema capitalista impôs uma massificação da disciplina operária, expandindo a falsa concepção de liberdade, igualdade e fraternidade; passou a cultuar o “ter” em detrimento do “ser”, o individualismo, e a propriedade privada.

Todas estas contradições culminaram com o surgimento das greves e dos protestos, reivindicando não apenas uma melhor condição (ambiente e formas) de trabalho, mais também o dever de prestações positivas do Estado (Direitos de segunda dimensão).

Com isso, deu vazão ao surgimento de novas ideologias como o socialismo e o anarquismo vigentes no século 19, e ainda hoje, sendo estes últimos o sistema de governo de várias localidades.

3.4 Ditadura no Brasil

Em linhas gerais, a ditadura corresponde ao período da política brasileira em que as forças militares nacionais comandaram o poder em nosso país. Tal período iniciou-se nos anos de 1964 a 1985, teve como pontos marcantes a supressão de direitos e garantias fundamentais, tortura, banimento, censura a liberdade de expressão e principalmente perseguição aos opositores do respectivo regime.

3.4.1 Fatores que Influenciaram ao Golpe de 1964

Sucintamente, destacamos alguns fatores anteriores ao golpe político e militar que ocorreu em 1964, fatores que contribuíram com a queda do regime do na época atual Presidente João Goulart; dentre eles, percebia-se a instabilidade política durante o governo de João Goulart, instabilidade esta que se entendia desde o início do governo de Janio Quadros, primeiro Presidente, que renunciou ao seu cargo por consequência das fortes perseguições, deixando-o a seu vice Presidente da Republica João Goulart.

A população da época enfrentava um custo de vida altíssimo, cujas suas necessidades básicas estavam se tornando dia a dia mais difíceis de serem supridas. João Goulart havia prometido fazer a reforma de base, tal reforma consistia em mudanças radicais na agricultura, economia e educação do país.

O entusiasmo de João Goulart, talvez a sua inocência, ou quem sabe o seu vigor em contornar a dura época de crise do país, levou o mesmo a ter atitudes desvinculadas de um senso racional, no que tange ao cuidado as proporções sociais de suas decisões, tais atitudes como a promessa de fazer a reforma de base (como fora dito acima), tal reforma consistia em melhorias extraordinárias em setores vitais como a saúde, algo que para o momento social vivido era uma mera utopia; dentre tantas outras promessas.

Tais promessas assustaram a população da classe média e alta, gerando em muitos cidadãos o medo de que o Presidente estivesse começando a implantar um sistema socialista, classe esta que foi a rua e lutou de forma insistente contra a permanência de João Goulart como Presidente da República, uma vez que se de fato fosse esta a intenção do atual Presidente, o patrimônio desta classe social estaria severamente comprometido.

Destaca-se ainda a influência da Igreja Católica, explicitamente contrária ao governo de Goulart, tendo em vista que se de fato as intenções de João Goulart fosse de fato à implantação de um governo socialista, o numero de “contribuintes da fé”, diminuiria de forma avassaladora, o que seria um grande prejuízo aos cofres sacros.

Percebemos ainda a influência desfavorável ao Governo de João Goulart, contando com a participação de países de primeiro mundo como os Estados Unidos; dentre os opositores, calha destacar a influência das classes sociais nacionais conservadoras, que também lastrearam suas bandeiras e foram as ruas em busca de mudanças. Basicamente estes são alguns dos principais fatores que influenciaram na derrubada do governo de João Goulart.

Posto estes fatores, houve a efetiva queda deste regime político “Goulartiano”, dando início a vigência e a tomada do poder pelas forças militares nacionais no ano de 1964.

O regime ditatorial Brasileiro teve características marcantes, dentre elas citaremos algumas que influenciaram na formação da nossa constituição vigente, ou seja, a Constituição Federal do ano de 1988, “Constituição Cidadã”, pautada em princípios e garantias fundamentais, totalmente contrária ao regime ditatorial que a tão pouco tempo vigeu. (grifo nosso)

Dentre as principais características deste regime singular, destaca-se a cassação dos direitos políticos dos opositores ao regime, demonstrando a figura soberana e inquisitorial do Estado; Censura aos meios de comunicação, censura a qualquer tipo de mídia artística que pudesse parecer contrária ao regime vigente; tais como músicas, artistas plásticos, atores, dentre outros.

Todavia, muitos músicos daquela época não se calaram, muito pelo contrário, o meio opressor extrínseco sob o qual eles viviam, fez com que deles florescesse um talento ainda maior, fez com que eles aprendessem a compor músicas totalmente opostas ao regime ditatorial, todavia, de forma implícita, com mensagens ríspidas, contudo, quase que subliminares.

Músicos brilhantes como Caetano Veloso, Gilberto Gil, Geraldo Vandré, Chico Buarque, Aldir Blanc, João Bosco, Elisa Regina, Raul Seixas, o sambista Zé Keti, o brilhante cantor e compositor Taiguara, exilado em Londres no ano 1973, foi ao nosso ponto de vista o ícone contra o regime ditatorial, só ele teve cerca de 68 músicas censuradas durante o período de apogeu da ditadura militar, período que compreendia o fim da década de 60 até meados dos anos 70.

Dentre tantas composições brilhantes, convêm destacar uma da Ilustre autoria de Geraldo Vandré, lançada no ano de 1968, sendo esta letra uma referencia

nacional na luta contra a ditadura e estourou no Festival de Musica Brasileira da TV Record, tornou-se o hino de muitos Brasileiros, sendo a bandeira contra a opressão daqueles dias, vejamos um pequeno trecho da mesma:

Caminhando e cantando e seguindo a canção, somos todos iguais braços dados ou não, nas escolas, nas ruas campos, construções, caminhando e cantando e seguindo a canção, vem vamos embora que esperar não é saber, quem sabe faz a hora não espera acontecer. Pelos campos há fome em grandes plantações, pelas ruas marchando Indecisos cordões, ainda fazem da flor seu mais forte refrão e acreditam nas flores vencendo o canhão.

[...] (1968, Música: pra não dizer que não falei das flores).

Através desta majestosa composição de Vandr , conseguimos perceber quão difíceis foram àqueles tempos, a supressão de direitos e garantias fundamentais era notória e clara, todavia, conseguimos perceber que a cultura daquela época apesar de oprimida, apresentava um forte senso de sabedoria e expressão ling stica, o que infelizmente não se vê nos dias atuais, onde a promiscuidade tomou frente em detrimento a cultura e o verdadeiro aprendizado.

Existe um ditado que diz: “que há males que vem para o bem”, certamente o período ditatorial foi um grande mal para inúmeras famílias do Brasil, famílias que viram seus entes queridos serem torturados, mortos sem nenhuma resposta Estatal, desaparecimentos e ex lios. Todos estes fatos culminaram na atual constitui o federal que hoje nos vige, uma constitui o totalmente oposta ao sistema opressor que outrora vigeu, trazendo grandes melhorias ao direito penal e constitucional, constitui o preocupada com a dignidade da pessoa humana. (grifo nosso)

Finalizando este raciocínio das principais características do regime militar no Brasil, ainda calhar destacar de forma bastante sucinta alguns outros fatores.

Os Estados Unidos aproximou-se muito do governo que vigia naquela época, em troca de favores e contrapresta es lhes foram cedidas a administra o e o controle sobre vários sindicatos, com isso suprimindo muitos trabalhadores de pleitearem seus direitos nas ruas.

Vigiu por um bom período de tempo a implantação do sistema bipartidário, de um lado um grupo chamado de ARENA, cuja seus integrantes eram os detentores do poder (governo), doutro lado o MDB grupo de oposição controlada.

Houve os combates militares, movimentos de grupos de guerrilhas claramente opostos ao regime militar, tais conflitos resultaram inúmeras mortes, não somente dos grupos envolvidos no litígio, de um lado os militares responsáveis pelo golpe de 64 e do outro, pessoas armadas no exercício arbitrário de suas próprias razões, morrendo muitos inocentes e terceiros aos conflitos.

A tortura contra os opositores do regime militar era um costume de praxe, as mesmas muitas vezes tinham como finalidade, a confissão de onde ficavam os depósitos de bandeiras que expressavam frases contrárias ao regime, onde ocorriam as reuniões dos opositores, quem eram os responsáveis pelas oposições contra o regime, dentre tantos outros fatores torpes. (grifo nosso)

Foi neste contexto que ocorreu o chamado “milagre econômico”, um avanço notório da economia, mais percebido entre os anos de 1969 a 1973, foi neste período que o Brasil deu uma nova roupagem a sua infraestrutura, todavia, houve um aumento absurdo da dívida externa nacional, fato este que futuramente comprometeria o erário público e privado do Brasil.

3.4.2 Transição para o Regime Democrático

Concluindo o breve estudo sobre o período da ditadura no Brasil, insta salientar que este período pode ser considerado como a ponte transitória para o regime democrático que hoje nos tutela; no ano de 1974 o partido MDB (opositores moderados) venceu de forma esmagadora as eleições parlamentares contra o Governo Medici.

Ao final do ato Institucional AI-5, mais precisamente no ano de 1978, houve a restauração do Habeas Corpus, figura jurídica e constitucional que possibilita a qualquer cidadão que esta sofrendo coação ou na iminência de sofrê-la,

de socorrer-se ao poder judiciário com a finalidade de proteger seu direito à liberdade. (grifo nosso)

A impossibilidade de impetração do remédio constitucional do *Habeas Corpus* é uma verdadeira afronta aos direitos de qualquer cidadão, tendo em vista que a liberdade se trata de um bem jurídico mais do que importante, é vital.

Neste período caótico a privação da liberdade arbitrária e a impossibilidade de socorrer-se ao HC, fez com muitos crimes e principalmente desaparecimentos continuassem até hoje até resposta.

Marcando o final do período ditatorial, mais precisamente no ano de 1984, ocorreram as “diretas já”, movimento que lutava pelas eleições (votações) de forma direta, que é a forma pela qual a sociedade votante escolheria diretamente os seus representantes parlamentares.

Ao contrário das eleições indiretas, onde os parlamentares eram escolhidos por um colégio eleitoral composto por delegados, escolhidos pela sociedade, a fim de que esta nomeasse os seus representantes. Todavia, a eleição de 1984 ainda ocorreu de forma indireta, elegendo o ex-presidente do Brasil Tancredo Neves. Posteriormente esta realidade de eleições diretas foi alcançada.

3.4.3 Presidentes do Período Ditatorial

De forma bastante superficial destacamos os presidentes que representaram o Brasil no período ditatorial, Castelo Branco presidiu o Brasil dos anos de 1964 a 1967, Costa e Silva teve o mandato de 1967 a 1969, a junta de militares figurou no poder de 31/08/1969 a 30/10/1969, o governo Medici durou do final dos idos de 1969 a 1974, já a Presidência de Geisel perdurou de 1974 a 1979, por fim, o Mandato de Figueiredo compreendeu o período de 1979 a 1985, que corresponde ao fim do período ditatorial.

4 O DIREITO PENAL

Neste capítulo foi realizada uma abordagem sobre o direito penal como um todo, buscando primeiramente conceituar este ramo de uma das mais brilhantes ciências jurídicas, para então depois apresentarmos a sua origem e evolução segundo duas vertentes do estudo científico, primeiro avaliando a sua origem e evolução a luz da Bíblia e posteriormente a luz da história; para que com isso, nós possamos compreender melhor o instituto e nos aprofundarmos ao tema do referido trabalho.

4.1 Conceito

Como é sabido, conceituar um dado instituto sempre nos remetera ao subjetivismo, portanto, há a grande possibilidade da ocorrência das mais variadas interpretações, cada uma delas pautada em pontos específicos distintos, como por exemplo: o nível de contato da pessoa com o instituto, o contexto histórico, a sociedade, a magnitude dos crimes praticados no contexto vivido, dentre tantas outras possibilidades que poderiam influenciar na formação do ponto de vista do indivíduo conceitador.

Enfim, uma conceituação genérica e abrangente de direito penal, seria dizer que o mesmo é um ramo da ciência jurídica que visa resguardar direitos fundamentais, tais como a vida, liberdade, integridade física e psíquica, dentre tantos outros; impondo normas a serem seguidas pela sociedade vigente em seu contexto épico e geográfico; tendo o Estado a prerrogativa e o dever de sancionar as condutas que violarem as respectivas normas impostas, sendo que tal sanção deverá levar em conta a natureza e a repercussão social do delito.

Segundo a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 3). pode-se dizer, assim:

Que o fim do direito penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, paz pública etc). Deve-se observar, contudo, que alguns desses bens jurídicos não são tutelados penalmente quando, a critério do legislador, não é relevantemente antissocial a ação que o lesou, ou seja, não é acentuado o desvalor da conduta do autor da lesão. Por isso, não estão sujeitos às sanções penais, por exemplo, aquele que, culposamente, destrói coisa alheia, o que pratica um ato obsceno em lugar privado não aberto ou exposto ao público desde que não constitua um crime contra a honra etc. (grifo nosso)

Percebemos que a respectiva definição despendida pelo respeitável doutrinador Mirabete, corrobora com no mínimo três grandes ideias, ideias que são tidas como primícias no que tange a conceituação do direito penal; primeiro a ideia de que o direito penal deve ser um direito positivo, ou seja, um conjunto de regras que deve ser obedecido e cumprido por todos os integrantes do grupo social, secundariamente com a previsão de sanções aos transgressores.

Num segundo plano, a respeito da conclusão de Mirabete (2010, p. 4), nos é apontado um direito penal com caráter finalista, ou seja:

Visa à proteção de bens e interesses jurídicos merecedores da tutela mais eficiente que só podem ser eficazmente protegidos pela ameaça legal de aplicação de sanções de poder intimidativo maior, como a pena. Essa prevenção é a maior finalidade da lei penal.

Por fim, a última ideia (terceira) que pode se extrair de todo o contexto supra, todavia, não menos importante que as ideias já mencionadas, é a afirmativa de que o Direito Penal é uma espécie de direito de exceção, de ultima razão (acessório/secundário), tendo em vista que a sua aplicação prática ocorrera todas as vezes em que os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes ou falharem no amparo do direito de outrem.

Vejamos o que pensa Luiz Regis Prado (2010, p. 65) sobre o assunto:

Direito penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas (penas) ou medidas de segurança (conceito formal). E de outro lado, refere-se, também a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam

gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (conceito material).

Percebe-se que a definição supra também vê o direito penal como um setor do ordenamento jurídico, portanto um ramo da ciência jurídica, tendo ainda em comum o fato de o direito penal ser visto como um poder sancionador e coercitivo, ficando a cargo do estado se manifestar a respeito dos crimes, dando-lhes as mais cabidas represálias.

Nesta mesma toada, calha destacar o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 67): “direito penal é o conjunto de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”.

Pode-se perceber que tanto definir quanto conceituar o instituto do direito penal não é uma tarefa fácil, dada a complexidade e a gama de assuntos intercalados ao referido instituto; entretanto muitos são os pontos em comum encontrados nas mais diferentes doutrinas, dentre eles destaco três pontos que são de grande importância e vitalidade para a sociedade contemporânea.

Primeiro, percebe-se que o direito penal é um ramo da ciência jurídica. Confabulando o assunto, passamos a imaginar o direito penal como um ramo de uma árvore, sendo que o seu tronco seria a cerni de todos os direitos, ou seja, a constituição Federal, portanto o instituto do direito penal é uma ciência estudada, e, a cada dia mais aprofundada pelos operadores do direito, tendo como principal finalidade a superação de ilícitos.

Em segundo plano percebe-se que o direito penal é um direito positivo, pois visa coibir atos contrários ao ordenamento jurídico, só que apesar de ser positivo, o mesmo somente passará a ter sua aplicabilidade prática uma vez que não houver a possibilidade da aplicação de nenhum outro ramo da ciência jurídica, tendo em vista o seu caráter excepcional, a importância e a grandeza dos bens jurídicos por ele protegidos, portanto não havendo a necessidade de sua ocupação com atividades efêmeras.

Com isso, é imperioso destacar que o Direito Penal é indispensável para toda e qualquer sociedade, sendo que sem a presença do mesmo, qualquer gênero de sociedade estaria fadada ao fracasso, como disse Alexandre Rocha de

Almeida Morais, quer conhecer uma sociedade, preste atenção no direito penal da mesma, ou seja, uma sociedade politicamente e economicamente estruturada, certamente terá um direito penal com uma baixa densidade, todavia uma sociedade desestruturada em áreas vitais como: saúde, educação e moradia, certamente o direito penal terá uma aplicabilidade frenética.

Portanto, não cabe a ninguém dizer que o direito penal é (...), mas cabe a todos nos afirmarmos que o direito penal esta, esta nos campos, nas cidades, no âmago das mais altas civilizações e até dentre as mais longínquas tribos, esta no passado, no presente e no porvir, e, portanto, nenhum conceito seria capaz de limitar o seu verdadeiro alcance, tão pouco nortear com precisão todos os seus vetores.

Em síntese, a mérito de finalização deste raciocínio, conclui-se que o melhor conceito de direito penal é aquele que corrobora com a sociedade vigente, buscando sempre se acoplar a evolução social e lutando sempre pela justiça em detrimento ao direito.

4.2 Origem e Evolução Histórica do Direito Penal a Luz da Bíblia (Introdução ao Tema)

O presente sub-capítulo visa trazer à baila um pouco da história de um dos maiores institutos existente, o instituto do direito penal, e, conseqüentemente quais foram as suas mutações durante a história num contexto bíblico.

Antes disso, convém mencionar, que um estudo mediano não pode começar a caminhar uma milha sem dar o primeiro passo, o nosso primeiro passo para o estudo da Origem e evolução histórica do direito penal a luz da Bíblia, concentra-se no que a ciência e a Teologia definem como: TEORIA CRIACIONISTA.

A teoria criacionista é um tema bastante conhecido e muito estudado nos colégios e também nas escolinhas dominicais¹⁶, missas e cultos de todas as

¹⁶ São escolas bíblicas, por isso o uso do termo “escolinhas”, e dominicais, porque suas aulas são realizadas aos domingos, por isso o uso do termo “dominicais”. Continua no rodapé da próxima p.

igrejas do mundo, a respectiva teoria define que o Universo e tudo o que nele existe fora fruto da criação de um Deus¹⁷.

Muitas são as religiões e credos existentes no mundo contemporâneo, portanto o conceito sobre o que é Deus e conseqüentemente sobre a teoria criacionista pode sofrer variações dependendo sob qual ótica religiosa é estuda.

Este mesmo sub-capítulo se limitara ao estudo apenas de uma vertente do cristianismo, a fim de que seja possível abreviar o máximo possível o conteúdo e com isso evitar o subjetivismo de cada corrente religiosa.

Pautar-nos-emos no chamado cristianismo pentecostal¹⁸, uma das conseqüentes vertentes que surgiram após a reforma protestante de Martinho Lutero¹⁹. Seguindo esta linha de raciocínio estudada extrairemos informações a despeito da teórica criacionista, o surgimento do direito penal, e tudo o que for necessário para a efetivação deste singelo trabalho como um todo.

Ainda sobre a teoria criacionista, insta salientar que a mesma é a contra mão da teoria Evolucionista²⁰, sendo que esta ultima define que o universo, juntamente com as espécies de vida que nele existe, fora fruto de um processo natural e evolutivo, processo contínuo e que teve início há milhares de anos atrás, culminando com as formas de vida que hoje existem, obviamente incluindo aos seres humanos.

Posto isso partiremos ao estudo daquilo que nos nomeamos de TEOLOGIA DO CONFLITO²¹, ou seja, é o direito penal arraigado desde a fundação da terra. (grifo nosso)

Após a criação do homem e da mulher e de toda forma de vida existente na terra, Deus criava a “primeira norma penal proibitiva”. Tal norma

Essas escolas são realizadas nas igrejas de uma forma geral, onde é ministrado ensinamentos éticos, doutrinários e bíblicos em geral, disponível para todos os membros das igrejas.

¹⁷ Do Hebraico *Yeshua*, que também quer dizer Jesus. Tal nomenclatura esta sujeita a variações de acordo com a crença e a religião adotada.

¹⁸ Tal corrente religiosa pauta-se no promessa que fora feita por Jesus a respeito da descida do seu Espírito Santo a Terra e que teve a sua concretização no Livro de Atos dos Apóstolos Capítulo 2. Tal corrente ainda visa como um dos seus principais focos, os dons espirituais, alguns destes dons encontram-se no livro de I Coríntios capítulo 12.

¹⁹ Lutero foi um sacerdote Católico, líder da reforma protestante, contra conceitos da igreja católica.

²⁰ Defendida inicialmente pelo cientista francês Jean-Baptiste Lamarck (1744-1829) e logo depois por Charles Robert Darwin (1809-1882).

²¹ É o estudo do direito penal à luz da Bíblia numa vertente do cristianismo, denominada Pentecostalismo.

estipulava que o casal Adão e Eva, um dos primeiros reflexos da teoria Criacionista, eram livres para comer de qualquer fruto, oriundos de todas as arvores no Jardim do Éden, exceto o fruto da arvore que dava ciência entre o bem e o mal, sob pena de causar-lhes a morte.

Portanto esta foi a primeira ordem com conteúdo proibitivo que Deus havia feito, que nomeamos como: norma penal proibitiva, visto que a mesma buscava impedir determinada conduta de Adão e Eva.

Ao contrário do que muitos pensam o primeiro crime no contexto Bíblico não foi o homicídio cometido por Caim em face de Abel. GN: CAP. 4. VS. 8²², mas sim fora a violação que Adão e Eva cometeram, ao comer da arvore, que explicitamente a norma proibitiva do “Estado” vedava. GN: CAP. VS. 3-6.

A partir desta violação a norma, o direito penal começara a se exteriorizar, sendo que a violação de uma determinada norma nos dias de hoje, em regra, sempre dará ensejo a uma punição do Estado (sanção/pena), neste caso supra não foi diferente, visto que Deus puniu todos os envolvidos no ilícito, conforme será dissertado em momento oportuno.

Surgido o direito penal, passaremos ao estudado de quais foram os fatores deflagradores do crime, que impossibilitaram a convivência pacífica destas pessoas que delinqüiram no âmbito social onde as mesmas se pré estabeleceram.

O direito penal teve que ser efetivado, visto que os povos foram crescendo e ocupando diferentes cantos da terra, juntamente com o crescimento populacional fora crescendo incidentes como: violência sexual, guerras, furtos, roubos entre tantos outros crimes.

Deus sempre dera um tratamento muito pessoal para com os transgressores da lei, uma das formas pela qual o direito penal se exteriorizou foi com o surgimento dos dez mandamentos confeccionado por Moises por ordem e revelação divina de Deus.

Duas conclusões serão deixadas a respeito da confecção dos dez mandamentos por Moisés, a primeira é que o mesmo sérvio e serve como direção prévia de conduta, podendo ser definido como normas direcionadoras (princípios),

²² Tais siglas abreviadas representam: GN = Genesis, CAP = capítulo, VS = Versículo.

que apontavam para um Estado ideal que Deus pretende manter para com o seu povo.

A segunda conclusão certamente fora a criação antecipada das conseqüências (penalidades) sob a violação de alguma norma, não dando margem ao subjetivismo do povo, sem que os mesmos pudessem alegar desconhecimento entre o que de fato era lícito ou ilícito perante os olhos de Deus, e eventualmente a alegação de dúvidas sobre quais seriam as conseqüências de eventuais transgressões.

Mesmo com a criação dos dez mandamentos, o povo mostrou-se tendencioso a corrupção moral, o coração do homem neste contexto épico era muito duro, na maioria das vezes inclinando-se para o sentido contrário as normas de Deus.

Com as aparições de Deus o povo temia e se espantava pela forma que o mesmo se revelava, a sociedade na sua maioria servia a Deus por medo e não por Amor a ele, algo que de fato não era a vontade de Deus.

Veremos através da narrativa deste contexto que todas as vezes que Deus se apresentava a alguém ou para coletividade de uma forma geral, era um verdadeiro alvoroço, muitos certamente se rebelavam de vez contra Ele e suas normas.

Adiante será delineado segundo um estudo aprofundado da bíblia qual foi a conclusão que Deus havia tirado para tentar implantar um novo sistema jurídico, visto que o sistema jurídico vigente mostrava-se insuficiente, desta vez a pretensão era pela implantação de um sistema jurídico eficaz que atendesse a necessidade social.

Segundo o respectivo estudo em todas as manifestações de Deus o mesmo sempre aparecia ao povo com o seu melhor, todavia, por decorrência da limitação do povo, Deus nunca conseguia fazer com que sua mensagem fosse bem digerida e conseqüentemente aceita, portanto não havendo cumprimento de suas normas por decorrência do mau uso do livre arbítrio.

Deus decide descer, mandando seu filho Unigênito a terra para o cumprimento de dois grandes propósitos.

O primeiro propósito certamente fora a redenção dos pecados da raça humana que já havia se tornado objeto mortal e corruptível (conseqüência da transgressão da primeira norma proibitiva vista acima), sendo Jesus o filho de Deus sempre um homem humilde e submisso a todos.

O segundo grande propósito foi a última tentativa de implantação do seu sistema jurídico, um sistema totalmente diverso do que vigorava anteriormente, pautava-se no amor, paz e submissão para com os outros, nada comparado com o sistema da repressão em justa medida e imediata, mais conhecido como “olho por olho e dente por dente”. Que outrora ele mesmo havia promulgado.

Todavia, perceberemos que o sistema jurídico de Jesus não fora aceito pela maior parte da sociedade, visto que por decorrência da transformação social, novos hábitos e costumes foram adquiridos; houve o surgimento de uma nova forma de pensar e agir em relação aos crimes praticados pela sociedade, conseqüentemente, iniciou-se uma nova postura por parte do estado, dando ensejo a novos sistemas jurídicos.

4.2.1 A Teoria Criacionista

Antes de dissertar sobre a origem do direito penal segundo uma visão bíblica, numa vertente pentecostal do Cristianismo moderno, convêm mencionar aspectos importantes da criação do Universo, e de tudo que nele existe, obviamente incluindo aos seres humanos, e ao nascimento do Direito Penal, que é o foco do respectivo trabalho.

Para todo Cristão, entende-se Cristão aquele que seja pentecostal, neo pentecostal, católicos ortodoxos, ou qualquer outra denominação, desde que o mesmo tenha os ensinamentos de Cristo²³ como padrão de vida e conduta, existe o acolhimento da TEORIA CRIACIONISTA.

²³ Que traduzindo da palavra grega *Χριστός* (*Christós*) significa Ungido.

Tal teoria define que o Universo, e tudo o que nele existe fora fruto da criação de Deus²⁴, segundo a inteligência do Livro de GN²⁵: CAP. 1; VS. 1-31 e GN: CAP. 2; VS. 1-25.

O que deve ficar delineado é que o processo de criação não foi instantâneo, mas sim uma constante, que, findou-se no sétimo dia, ou seja, um processo de criação que durou uma semana, o que por consequência, deu origem aos dias semanais (conforme o nosso calendário), visto que a última obra da criação fora num sábado (GN: CAP. 2; VS. 2-3).

A primeira criação ocorreu num domingo, onde houve a construção do dia (luz) e da noite (trevas), e separação temporal entre ambos (GN: CAP. 1; VS. 3-5).

No segundo dia, em dias semanais, refere-se ao que chamamos de segunda feira, Deus fez os céus (GN. CAP. 1; V. 6-8).

No terceiro dia (terça feira), Deus fez separação entre terra (representada na Bíblia por porção seca) e as águas (representada na Bíblia por porção molhada); criou as ervas verde, ervas sementeira, as árvores frutíferas, cada uma dando frutos de acordo com sua espécie, e as ervas e árvores frutificavam, e viu Deus que era bom (GN: CAP. 1; VS. 9-13).

Na quarta feira Deus fez luminares no céu, para fazer separação entre o período diurno e noturno, criando o sol para “governar”²⁶ o dia, e, a lua para “governar” a noite (lua), fez também as estrelas, e Deus colocou todos na expansão do céu, para iluminar a terra, e para fazer distinção entre dia e noite (GN: CAP.1; VS. 14-18).

Na quinta Feira, Deus criou as aves dos céus e todo o réptil de água doce e salgada, cada um conforme a sua espécie, abençoando-os e pedindo-lhes que se frutificassem e multiplicassem, enchendo as águas e os céus (GN: CAP. 1; VS. 20-23).

²⁵ A abreviatura da palavra Genesis é GN. Os capítulos serão resumidos com a sigla: CAP e os versículos com a sigla: VS. Exemplo: GENESIS CAPÍTULO 1; VERSÍCULO DE UM A 8, FICARA RESUMIDO ASSIM: GN: CAP. 1; VS. 1-8.

²⁶ Subentendesse governar como: iluminar.

O penúltimo dia da fase criacionista, ou seja, a sexta-feira, foi o palco da mais bela criação já existente, O HOMEM, um pouco antes disso houve outras criações, vejamos a seguir.

Primeiramente na sexta-feira, houve a criação de toda alma vivente, conforme a sua espécie, gado, répteis, e bestas-feras (não se sabe ao certo o que são estas bestas-feras) da terra conforme a sua espécie.

Em seqüência, houve a mais bela das criações, como já fora dito, Deus criou o Homem, usando a expressão FAÇAMOS (GN: CAP.1; VS. 26), que revela a existência TRINA E UNA ao mesmo tempo, que representa o PAI o FILHO e o ESPÍRITO SANTO, para a concepção CRISTÃ PENTECOSTAL²⁷.

Este versículo que será narrado adiante revela uma verdadeira graça, e para todos os Cristãos, significa de fato o começo da vida.

Neste sentido encontramos no livro de Genesis: CAP. 1; VS. 26-27, (1995, p.33):

VS. 26 – E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra.

27 – E criou Deus o homem à sua imagem e semelhança; à imagem de Deus os criou; macho e fêmea os criou. (grifo nosso)

E Deus deu ordens ao homem e a mulher para se frutificar e multiplicar sobre a terra, e, que estes exercessem domínio sobre toda a criação que Ele havia feito, e, tudo o que existe sobre a terra, sendo que as ervas, as frutas e os animais, lhes serviria de mantimento.

Esta ordem imperativa da parte de Deus ao homem, colocando-o numa posição de destaque (dominação) sobre todas as outras criações, ocorreu porque dentre toda a criação, o homem e a mulher são os únicos seres feitos à imagem e semelhança de Deus, portanto os únicos capacitados, com inteligência, e com o discernimento de gerir todas as outras criações.

²⁷ VIDE. GN: CAP.1; VS. 26. P. 33, Bíblia de Estudo Pentecostal CPAD. Almeida Revista e Corrigida. VIDE. Nota de rodapé, também na P. 33 *in fine*.

Insta salientar que Deus ao criar o homem e a mulher, instituiu a união monogâmica, declarando que não era bom que o homem (masculino) ficasse só, portanto, havendo necessidade da criação de uma adjutora (feminino), para acompanhá-lo e ajudar (GN. CAP. 3. VS. 18-25).

Como forma de conclusão deste raciocínio, destaca-se uma passagem que frisa o processo de criação, mais precisamente o fim de todo o processo criacionista (TEORIA CRIACIONISTA).

Coadunando com o tema destaca-se aquilo que está escrito no livro de Genesis: CAP. 2. VS. 1-3, (1995, p. 34):

VS. 1 – Assim, os céus, e a terra, e todo o seu exército (Toda espécie de vida e tudo o que há na terra) foram acabados.

2 – E, havendo Deus acabado no dia sétimo a sua obra, que tinha feito, descansou no sétimo de toda a sua obra, que tinha feito.

3 – E abençoou Deus o dia sétimo e o santificou; porque nele descansou de toda a sua obra, que Deus criara e fizera. (grifo nosso)

Enfim, este fora o processo de criação, que fora brevemente sedimentado, segundo a teoria Criacionista, sob uma vertente do cristianismo pentecostal.

4.2.2 A Origem do Direito Penal a Luz da Bíblia e o Primeiro Ilícito Penal

Em análise ao texto Bíblico, percebemos que Adão e Eva viviam em plenitude com Deus e com toda a criação que Deus havia feito, nada lhes faltava e tudo lhes era prático, visto que o próprio Deus se comunicava pessoalmente com eles (GN: CAP. 3. VS. 8).

Fazendo uma analogia aos dias de hoje, Deus não poderia criar um Estado, ou seja, criar o universo sem ditar regras. Nos dias de hoje se poderia dizer que Deus era ao mesmo tempo legislador, juiz e o Estado.

Certa feita, Deus “legislou”, dando a seguinte ordem: E ordenou o Senhor Deus ao homem, dizendo: De toda arvore do jardim comeras livremente, mas da arvore da ciência do bem e do mal, dela não comerás; porque, no dia em que dela comeres, certamente morrerás (GN: CAP. 2. VS. 16-17).

Segundo a Bíblia, esta é a primeira ordem de Deus, no tocante A NÃO FAZER ALGO sob pena de sofrer graves conseqüências²⁸, ordem esta que definimos como a primeira norma penal proibitiva criada por Deus. Tal norma apontava para um estado ideal que Deus queria que o próprio homem mantivesse, visto que se o mesmo comece da arvore que dava ciência entre o bem e o mal, o mesmo passaria a provar da morte, algo que não era a vontade de Deus, pois a vontade original d’ Ele é que vivêssemos eternamente incorruptíveis, ou seja, sem o pecado e as suas conseqüências banais. (grifo nosso)

Uma das mais brilhantes criações de Deus, certamente foi o livre arbítrio²⁹ (do latim *liberum voluntatis*), uma disposição interna da alma, que concede ao homem, a prerrogativa de escolher entre o certo e o errado, o justo e o injusto, mesmo diante de uma norma penal proibitiva, mesmo diante de conseqüências, conseqüências que traduzindo para os dias de hoje denomina-se sanção³⁰.

Ao contrário do que muitos pensam o primeiro crime no contexto Bíblico não foi o homicídio cometido por Caim em face de Abel (GN: CAP. 4. VS. 8), mas sim fora a violação que Adão e Eva cometeram, ou seja, desobedeceram (desrespeitaram) ao mandamento de Deus ao comer do fruto arvore que dava ciência entre o bem e o mal, que explicitamente a norma proibitiva do “Estado” VEDAVA (GN: CAP. VS. 3-6).

Sabemos que em todo estado de direito, a violação de uma norma previamente estipulada, dará ensejo a uma sanção penal, que representa nada mais

²⁸ Tais conseqüências como será delineado a diante, tomou proporções e repercussões muito severas, não só severas como eternas, visto que a primeira conseqüência da violação da “norma penal proibitiva” era a morte do corpo físico, portanto vimos que sob a ótica do cristianismo pentecostal, a morte dos seres humanos, ou seja, a mortalidade do corpo, é derivada da violação desta primeira norma penal proibitiva. Com isso, para esta vertente do cristianismo, a primeira violação a norma penal alcançou repercussões eternas, visto que até hoje o ser humano carrega com sigo a mortalidade.

²⁹ Do latim *liberum arbitrium, liberum voluntatis arbitrium, libertas arbitrii*, ou livre-alvedrio.

³⁰ É o poder que o Estado Juiz/Estado de direito possui de punir o transgressor da lei, visando sempre no mínimo duas funções, a primeira é de punir o transgressor, para que o mesmo e a sociedade saibam que a conduto que ele tivera não era certa e, em segundo plano possui uma função socioeducativa, ou seja, preparar o transgressor para voltar ao convívio com a sociedade, sem que o mesmo reincida em condutas delitivas.

nada menos que a punição do transgressor da norma. No caso em tela, a violação de Adão e Eva a norma penal proibitiva divina, deu ensejo a conseqüências amargas e ásperas, que repercutem ainda hoje por toda eternidade.

A partir de agora começamos a respirar o espírito deste singelo trabalho, a partir de agora veremos o primeiro e mais antigo relato histórico de o que podemos denominar SANÇÃO DIVINA E A ORIGEM DO DIREITO PENAL. (grifo nosso)

Adão e Eva se deixaram enganar e desrespeitaram a norma de Deus. (GN: CAP. 3; VS 1-13). Como conseqüência da violação a norma penal proibitiva, Deus aplica uma sanção a todos os envolvidos no ilícito.

Vejamos o que dispõe a primeira sanção penal do mundo, segundo o livro de Genesis: CAP. 3. VS.14-24, (1995, p. 37/38):

VS. 14 – Então, o Senhor Deus disse à serpente: Porquanto fizeste isso, maldita serás mais que toda a besta e mais que todos os animais do campo; sobre o teu ventre andarás e pó comerás todos os dias da tua vida.

15 – E porei inimizade entre ti e a mulher e entre a tua semente e a sua semente; esta te ferirá a cabeça a cabeça, e tu lhe ferirás o calcanhar.

16 – E à mulher disse: Multiplicarei grandemente a tua dor e a tua conceição; com dor terás filhos; e o teu desejo será para o teu marido, e ele te dominará.

17 – E a Adão disse: Porquanto deste ouvidos à voz de tua mulher e comeste da arvore que te ordenei, dizendo: Não comerás dela, maldita é a terra por causa de ti; com dor comerás dela todos os dias da tua vida.

18 – Espinhos e cardos também te produzirá; e comerás a erva do campo.

19 – No suor do teu rosto, comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado, porquanto és pó e em pó te tornarás.

20 – E chamou Adão o nome de sua mulher Eva, porquanto a mãe de todos os viventes.

21- E fez o Senhor Deus Adão e a sua mulher túnicas de peles e vestiu. (visto que antes os mesmo viviam nus e não havia vergonha, pois não existia a lascívia)

22 – Então, disse o Senhor Deus: Eis que o homem é como um de nós, sabendo o bem e o mal; ora, pois, para que não estenda a sua mão, e tome também da arvore da vida, e coma, e viva eternamente,

23 – O Senhor Deus, pois, o lançou fora do jardim do Éden, para lavrar a terra, de que fora tomado.

24 – E, havendo lançado fora o homem, pôs querubins ao oriente do jardim do Éden e uma espada inflamada que andava ao redor, para guardar o caminho da arvore da vida. (grifo nosso)

Violada esta norma proibitiva, Deus penalizou os seus transgressores, assim como esta exposto acima, todavia esta sanção era apenas o início do surgimento do direito penal, como veremos à seguir.

4.2.3 Efetivação do Direito Penal e a forma em que o mesmo se Exteriorizava

Após transgressão a primeira norma penal proibitiva, o homem passa a ser sujeito passivo de toda a sorte de doenças na carne e na alma, e o mais trágico de todos os prejuízos, foi o fato de que o mesmo já não herdaria a vida eterna, sendo apenas mortal, portanto cedo ou tarde provaria da morte; desejos viciosos adentraram no coração do homem (a), tais como a inimizades, iras, dissensões³¹, o que dava ensejo a inúmeros ilícitos.

No contexto narrativo da Bíblia percebemos logo em seguida o primeiro homicídio da história (GN: CAP. 4; VS. 8), o que para muitos é taxado como o primeiro crime, ao nosso ponto de vista, o primeiro crime já foi sedimentado no tópico acima.

Caim irmão de Abel, filhos de Adão e Eva, protagonizaram esse episódio fatídico. Certo dia Caim que era lavrador da terra trouxe um fruto da terra para apresentar em oferta a Deus, Abel que era pastor de ovelhas, trouxe um dos primogênitos³² de seu rebanho e da gordura deste e apresentou a Deus, segundo a narrativa Bíblica, Deus atentou-se mais para a oferta de Abel (GN: CAP. 4. VS. 1-5).

Seguindo o contexto dos fatos, a Bíblia diz que caiu o semblante de Caim (entristeceu-se); estando Caim e seu irmão Abel no campo, Caim chamou o seu irmão pelo nome, levantou-se contra seu irmão Abel e o matou.

O motivo do ilícito foi pura torpeza (inveja), portanto hoje em dia o crime cometido por Caim tem previsão legal e se enquadraria no Art. 121. §2º inciso

³¹ VIDE GÁLATAS: CAP. 5; VS. 19-21. O que Teologicamente falando é definido como as obras da carne, nos versículos seguintes, encontram-se as obras do espírito. As obras da carne são conhecidas como ilícitos Espirituais, todavia alguns destes ilícitos encontram-se amplamente amparados na lei. Ex. A ira que dependendo do seu estágio poderá levar o ser humano a prática de atos como: Art.121 do código penal (Homicídio); Art. 129 do código penal (lesão corporal).

³² Que significa o primeiro filho de uma cabra/ovelha/carneira/burrega.

primeiro do código penal (homicídio qualificado pelo motivo torpe), estando Caim sujeito a pena de reclusão de doze a trinta anos.

Depois de ocorrido o ilícito, Deus pergunta a Caim por Abel, irmão deste, porém Caim age como os bandidos de hoje em dia, demonstrando pouca importância e ironia frente ao “poder punitivo divino”, afirmando a Deus: Não sei; sou eu guardador do meu irmão?!

Como Deus é um ser onisciente³³, portanto tudo sabe, puniu a Caim com uma maldição severa, tornando Caim um fugitivo e errante pela terra.

Caim novamente agindo como os delinquentes de hoje em dia, quando percebeu que a “casa de fato havia caído”, olhou para o “poder punitivo do Estado” e disse as seguintes palavras, conforme dispões o livro de Genesis: CAP. 4. VS.13-14, (1995, p. 39):

VS. 13 - é maior a minha maldade que a que possa ser perdoada.

14 - Eis que hoje me lanças fora da face da terra, e da tua face me esconderei; e serei fugitivo e errante na terra, e será que todo aquele que me achar me matará.

Creio que Deus atentou ao fato de Caim ser réu primário, ter bons antecedentes, ser trabalhador etc. Concedeu-lhe uma atenuante, que foi o fato de colocar um sinal em Caim, para que todo aquele que o encontrar não mata-lo, sob pena de ser sete vezes amaldiçoado (GN: CAP. 4; VS. 15).

Percebemos que as penas neste contexto épico tinha um caráter permanente, basta fazer uma retrospectiva nas sanções já mencionadas acima.
(grifo nosso)

Através de um estudo aprofundado na Bíblia, descobri que Deus se manifestava com o povo de acordo com as suas limitações. Por ex. o povo que vivia na época do velho testamento (velha aliança), tinha um coração muito duro, um coração trancado e desconectado de Deus, por decorrência do pecado originário³⁴.

³³ Sabe de tudo e de todas as coisas e a tudo vê.

³⁴ GN: CAP. 3; VS. ss.

Deus retira seu espírito da terra, o que diminuía de forma linear a expectativa de vida do homem (a), o ser humano começou a morrer cada vez mais cedo, totalmente contrário ao plano original de Deus, visto que seu desejo é de que vivêssemos eternamente.

Em GN: CAP. 6; VS. 6. Deus afirma ter se arrependido de ter feito o homem, expressão não demonstra de fato arrependimento, do verbo arrepender, mais demonstra pesar, no sentido de sofrimento com a corrupção geral do gênero humano, tal palavra tomou este sentido literal de “arrepender-se”, por decorrência de tantas traduções durante os séculos.

Percebemos esta afirmação quando Deus resolve destruir o mundo através do dilúvio, visto que o mesmo olhou para a terra e não viu um justo se quer, salvo Noé, e por compaixão ao mesmo salvou toda a sua família e a esposa de seus filhos, através de uma arca que Ele mesmo havia mandado Noé confeccionar (GN: CAP. 7; VS. 1-24).

O direito penal ia se exteriorizando e se efetivando de acordo com as características dos eventos ilícitos; percebemos que o direito penal ia se moldando de tempo em tempos.

Para tentarmos abreviar no máximo possível o contexto, visto que se trata de um assunto muito amplo e delicado, farei alguns saltos no transcórre da história Bíblica, a fim de sedimentar como Deus mudou sua forma de agir para com o povo, de acordo com as limitações de dada sociedade vigente em seu contexto histórico, e a forma em que o direito penal se exteriorizava.

Com a formação de cidades, e de povos já divididos em etnias e credos³⁵, Deus tentou não falar mais diretamente aos transgressores da lei, punindo-os um por um aos transgressores; Deus cria os Dez mandamentos³⁶ através de Moises, que teria no mínimo três grandes finalidades, veremos abaixo. (grifo nosso)

A primeira finalidade era dar uma orientação prévia a sociedade sobre padrões religiosos e padrões de condutas a serem seguidos, a fim de que assim se conseguisse alcançar um Estado jurídico ideal e pacífico. A segunda, não menos importante que a primeira, era de estipular uma punição prévia aos transgressores

³⁵ GN: CAP. 11; VS. 7 e ss.

³⁶ Exôdo: CAP. 20. VS. 1-20.

da lei, não sendo a sanção do “Estado Juiz” uma surpresa. A terceira finalidade, também não menos importante, era por fim ao caráter punitivo permanente, dispendendo um tratamento igualitário a toda civilização de Israel³⁷.

Tal tratamento até hoje é conhecido pela história como “olho por olho e dente por dente”, entre outras palavras é o ato de repelir o injusto na mesma proporção do prejuízo sofrido³⁸

Mesmo após a criação dos dez mandamentos, a espécie humana, continuou a valer-se da prerrogativa do livre arbítrio, todavia, nem sempre da melhor maneira, tornando a criação dos dez mandamentos um conjunto de normas obsoletas³⁹.

Em síntese podemos destacar que o povo continuou a delinquir, mesmo diante das leis impostas (os dez mandamento), que ao ponto de vista divino de Deus, eram princípios importantes e capazes de serem cumpridos pela humanidade. Por. Ex. Não mataras. EX⁴⁰: CAP. 20; VS. 13.

Mais uma vez o direito penal teve que ser reformulado ao sabor da mudança social, Deus já havia tentado através de duas maneiras, a primeira foi se comunicar diretamente com os transgressores os punindo, a segunda foi escrever um “código social e penal”, todavia as duas opções restaram-se infrutíferas, restando a Ele novamente criar um direito compatível com o contexto social e com a limitação racional do povo.

³⁷ Israel era a nação que Deus havia retirado do Egito do poderio de Faraó e realizado uma aliança, escolhendo-os como nação santa e sacerdotal. (Povo do concerto). Deus estava postergando uma promessa que havia sido feita a Abraão que dizia que iria abençoar o mundo. GN: CAP. 12. VS. 2,3; CAP. 28; VS. 14

³⁸ Em relação a este tipo de sanção “olho por olho e dente por dente” ver os seguintes livros da bíblia: Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio.

³⁹ Caído em desuso, perdida a utilização prática, ultrapassado.

⁴⁰ Livro de Êxodo capítulo vinte e versículo treze.

4.2.4 Redenção e Submissão o Sistema jurídico Perfeito

Deus já havia se apresentado de várias formas ao ser humano, entretanto nenhuma delas fez com que eles vivessem em harmonia, cada vez mais eles se corrompiam e traíam ao “ordenamento jurídico divino”.

Teologicamente falando, em todas as manifestações de Deus no velho testamento, houve a expansão do medo e do pânico, Deus manifestava-se com o seu melhor, todavia para o homem era como ver a própria morte, e todos os que obedeciam a Deus, em sua maioria não fazia por amor a Ele, mas fazia por temor a Ele, o que não era de fato a vontade de Deus.

Algumas passagens que podem perfeitamente explicitar isto se encontra em: EX⁴¹: CAP. 3; VS. 2 ss, a Bíblia narra que um anjo de Deus falou com Moises através de uma sarça em chamas, todavia a sarça não era consumida pelo fogo; EX: CAP. 19; VS. 18 e 19, quando Deus pediu para que Moises e o povo se santificasse para subir ao monte a fim de receber os dez mandamento, a bíblia fala que o monte foi coberto por nuvens e o mesmo tremia violentamente; EX: CAP. 14; VS. 21 ss, relata sobre a abertura do mar para a passagem dos cativos de Faraó.

Portanto, percebe-se que em todos estes exemplos e tantos outros, anteriores e posteriores a estes, Deus através do seu agir para com o povo, colocava-os em pânico, despertando em alguns um sentimento muito grande de medo e em tantos outros um sentimento de obrigação em servi-lo, visto que dele provinha o poder de abrir o mar e fazer tantos outros prodígios.

Deus olha para a sociedade e vê nela a necessidade de uma mudança extrema ao ordenamento jurídico, visto que Ele já havia feito varias revogações e promulgações, restando sempre lacunas que pareciam ser insuperáveis.

Ele decide tomar uma atitude extrema, decide descer e se fazer humano como nos, para entender o porquê nos rejeitamos as suas leis, o porquê

⁴¹ EX representa a abreviatura do livro bíblico de Êxodo, que significa redenção/saída, visto que o povo de Israel foi retirado da servidão no Egito e passado pelo mar vermelho para fuga e uma nova vida.

nos não conseguimos viver de forma pacífica e harmoniosa. Só assim Ele conseguiria chegar a uma conclusão e implantar o seu novo sistema jurídico penal.

No livro do Evangelho segundo escreveu João, no Capítulo primeiro e Versículo 14 (1995, p. 1570), nos é dito: “E o Verbo se fez carne, e habitou entre nós, cheio de graça e de verdade; e vimos a sua glória, como a glória do unigênito do Pai.”

O seguinte texto representa a vinda de Jesus⁴² a terra, esta vinda como já fora dito tinha o intuito de auferir quais eram as nossas limitações, e qual ordenamento jurídico nos melhor servia.

Não apenas por estes motivos, Jesus cumpriria as promessas feitas anteriormente por profetas como: Isaias⁴³, Zacarias⁴⁴, Daniel⁴⁵, com o propósito de morrer pela humanidade, sendo sempre submisso a tudo e a todos, e entregue pela remissão dos pecados da humanidade, fruto da violação da primeira norma penal proibitiva, como já vimos.

Jesus foi um homem simples, um judeu, mestre em palavras, ensino e toda sorte de ciência, curava e libertava, buscou aprender conosco, visto que na posição de Deus Ele não conseguiria sentir na pele as nossas angustias e fraquezas, mas sendo Ele humano, passou a entender o porque nos somos tão tendenciosos a praticar condutas ilícitas.

Durante o seu período de ensino e aprendizagem Jesus teve várias lições importantes, uma delas foi durante a ressurreição de seu amigo Lázaro, no Livro de João capítulo 11 versículo 35, a Bíblia fala que Jesus chorou.

Portanto, neste caso conclui-se que de fato Jesus era um ser humano comum como todos nos hoje em dia e, como as pessoas daquela época, capaz de viver os mesmos sentimentos que sentimos como a dor, angustia o frio a fome e inclusive a tristeza. O que diferenciava Jesus das outras pessoas, sem dúvidas era a sua submissão a Deus (PAI) e seu espírito de santidade, que sempre o mantinha livre dos pecados e conseqüentemente dos ilícitos.

⁴² Como já fora dito o nome Hebraico de Jesus é *Yeshua*. Deus e Jesus e o Espírito Santo segundo a teoria trina são três pessoal distintas, e ao mesmo tempo únicas, com poderes iguais e com a mesma função.

⁴³ Vide. Livro de ISAIAS: CAP. 7; VS. 14; CAP. 9; VS. 6-7; CAP. 5; VS.2; CAP: 53. VS. 3-7.

⁴⁴ Vide livro de Zacarias: CAP. 9; VS. 9; CAP. 12; VS. 10.

⁴⁵ Vide Livro de Daniel. CAP. 9; VS. 1 ss.

Cada vez mais Jesus pegava amor por nos pecadores, cada vez mais ele aprendia com as nossas limitações e dificuldades, cada vez mais Ele demonstrava carinho e compaixão para com todos.

O contato com Deus (Pai) era constante, seguidos de orações e buscas incansáveis nos montes, visto que Jesus ao mesmo tempo em que era Deus, também era homem, portanto sua carne estaria sujeito ao pecado e a fraquezas como a fome, doenças, porem Jesus nunca pecou⁴⁶.

Jesus compreendeu que éramos emocionalmente fracos e corruptíveis, percebeu que frente a alguns problemas da vida nos acabamos agindo por extinto, seja por consequência de uma grande dor ou por decorrência de uma alegria sem medida.

Posto isso, Jesus tira conclusões sobre qual sistema jurídico ele deveria implantar, Ele percebeu que nenhuma das suas manifestações extraordinárias de poder e fúria havia surtido efeito anteriormente, percebeu na verdade que houberam consequências totalmente diversas da pretendida, as pessoas por medo ou rebeldia acabavam se afastando mais de suas leis e de seu plano, conseqüentemente delinquindo de forma progressiva.

Ele decide implantar um sistema totalmente contrário ao sistema que vigorava no momento, Ele decide implantar o sistema do amor, não mais da punição severa e da sanção permanente, Ele viu dentro da nossa alma aquilo que somente alguém posto nas mesmas condições de um ser humano conseguiria entender.

Sempre estimulava as pessoas para o seguirem, em especial os seus discípulos, pois queria implantar o seu reino na terra, um reino de amor e paz e durante esta jornada libertar e curar os endemoninhados e os enfermos, espalhando um espírito de gratidão e satisfação a todos os que o viam e o ouviam.

Citarei agora uma passagem que frisa bem o novo “sistema jurídico” que Jesus queria implantar, que revogou por completo o sistema da velha aliança o denominado “olho por olho e dente por dente”, sistema de repressão em justa medida. (grifo nosso)

⁴⁶ Por isso no Livro do Evangelho segundo escreveu Mateus, no seu capítulo 26 versículo 41, Jesus afirma: Vigiai e orai, para que não entreis em tentação; o espírito, na verdade, está pronto, mas a carne é fraca. Por isso não se achou pecado em Jesus, visto que o mesmo se mantinha em oração e consagração constante.

Vejamos o que diz no livro do evangelho segundo escreveu Mateus:
CAP. 5; VS. 38-45, (1995, p. 1395):

VS. 38 - Ouvistes que foi dito: Olho por olho, e dente por dente.

39⁴⁷ Eu, porém, vos digo que não resistais ao homem mau; mas a qualquer que te bater na face direita, oferece-lhe também a outra;

40 - e ao que quiser pleitear contigo, e tirar-te a túnica, larga-lhe também a capa;

41 - e, se qualquer te obrigar a caminhar mil passos, vai com ele dois mil.

42 - Dá a quem te pedir, e não voltes as costas ao que quiser que lhe emprestes.

43 - Ouvistes que foi dito: Amarás ao teu próximo, e odiarás ao teu inimigo.

44 - Eu, porém, vos digo: Amai aos vossos inimigos, e orai pelos que vos perseguem;

45 - para que vos torneis filhos do vosso Pai que está nos céus; porque ele faz nascer o seu sol sobre maus e bons, e faz chover sobre justos e injustos.

Fica clara a completa mudança de sistemas, antes vigorava a represália em justa medida ao dano sofrido, agora vigora o sistema da compaixão e do pagar o bem com o mal, não mais havendo que se falar em dano reflexo.

Outro exemplo importante de ser frisado foi deixado pelo Apóstolo Paulo que se espelhou nos ensinamentos que Jesus havia deixado e que fora transmitido pelos seus discípulos.

Nessa toada, podemos destacar o livro do Apóstolo Paulo, Carta aos Romanos (ROMANOS): CAP. 12; VS. 9-21, (1995, p. 1722):

VS. 9⁴⁸ O amor seja não fingido. Aborrecei o mal e apegai-vos ao bem.

10⁴⁹ - Amai-vos cordialmente uns aos outros com amor fraternal, preferindo-vos em honra uns aos outros;

11 - não sejais vagarosos no cuidado; sede fervorosos no espírito, servindo ao Senhor;

12 - alegrai-vos na esperança, sede pacientes na tribulação, perseverai na oração;

13 - acudi aos santos nas suas necessidades, exercei a hospitalidade;

⁴⁷ Vide nota de rodapé. Bíblia Pentecostal CPAD, Almeida Revista e Corrigida P. 1395.

⁴⁸ Vide nota de rodapé. Bíblia Pentecostal CPAD, Almeida Revista e Corrigida P. 1722.

⁴⁹ Vide nota de rodapé. Bíblia Pentecostal CPAD, Almeida Revista e Corrigida P. 1722 *in fine*.

- 14 -abençoi aos que vos perseguem; abençoi, e não amaldiçoeis;
- 15 - alegrai-vos com os que se alegram; chorai com os que choram;
- 16 - sede unânimes entre vós; não ambicioneis coisas altivas mas acomodai-vos às humildes; não sejais sábios aos vossos olhos;
- 17 - a ninguém torneis mal por mal; procurai as coisas dignas, perante todos os homens.
- 18 - Se for possível, quanto depender de vós, tende paz com todos os homens.
- 19 - Não vos vingueis a vós mesmos, amados, mas dai lugar à ira de Deus, porque está escrito: Minha é a vingança, eu retribuirei, diz o Senhor.
- 20 - Antes, se o teu inimigo tiver fome, dá-lhe de comer; se tiver sede, dá-lhe de beber; porque, fazendo isto amontoarás brasas de fogo sobre a sua cabeça.
- 21 - Não te deixes vencer do mal, mas vence o mal com o bem.

Fica clara a mudança completa de tratamento do direito para com o povo, o que antes era motivo para repressão imediata e em justa medida, hoje é motivo de se perdoar e de se relevar, visto que a vingança provinha de Deus e não da parte do homem, Ele disse que retribuiria o mal que nos fora feito, não havendo necessidade de que o façamos.

O direito penal neste contexto épico parece ter perdido um pouco da sua aplicabilidade, deixando um tanto quanto a margem o poder punitivo, visto que na visão de Jesus o amor e o perdão suportariam em face da opressão do mal e de todas as suas consequências. (grifo nosso)

Fazendo uma analogia a um momento futuro, destaco que neste contexto épico Jesus apregoava quase que o sistema Abolicionista do direito penal, no que tange alguns aspectos.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, (2011, p. 648):

O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente e fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault. (grifo nosso)

Novamente dando um ar contemporâneo ao contexto, percebemos que Jesus preocupou-se com o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento a efetivação do poder punitivo ostensivo e repressivo como o que vigia a sua época.

O resultado da implantação deste novo sistema jurídico do amor e da compaixão, muito parecido com o ideal da revolução Francesa que buscava a liberdade, igualdade e fraternidade, certamente não foi aceito pela civilização épica.

Os mesmos a quem Jesus outrora havia curado, libertado e ensinado sobre o seu novo sistema jurídico, foram também os mesmos que o entregaram a uma quase quarentena de açoites, sendo ao todo 39, a uma caminhada sofrida com a cruz pesada sobre seus ombros e num futuro muito breve, a uma morte histórica de crucificação.

Cumprida a missão de Jesus, após ter ensinado a tantos, curado a tantos e libertado a tantos, tentado implantar o seu “neo sistema jurídico especial”, Ele percebeu que apesar de sua perfeita intenção, o coração do homem ainda continuaria vertido ao fracasso moral e espiritual.

Posto isso, verifica-se que Jesus já havia cumprido a sua missão, já havia apregoado o amor, libertado, implantado na medida do possível o seu sistema jurídico, provado que era o filho de Deus, operando curas, milagres, maravilhas, sinais e prodígios; é chegada a hora da entrega do filho de Deus para morte de cruz.

Jesus foi traído e entregue pelos seus próximos, todavia deixou lições maravilhosas e eternas, prometeu que após a sua morte o mesmo ressuscitaria ao terceiro dia⁵⁰ e brevemente voltaria para implantar um novo sistema⁵¹, desta vez um sistema onde não haverá nunca mais choro, pranto e ranger de dentes, um reino de amor paz e justiça, um reino ao lado d’Ele e de todos os heróis da fé⁵².

Portanto, conclui-se que desde a fundação da terra o direito se exterioriza na sociedade, para que este possa ser efetivado na sua maior plenitude, se faz necessário à avaliação do contexto social, quais os fatores que são essenciais para a aplicação do direito e se o mesmo este sendo compatível como momento vivido ou não.

⁵⁰ MT: CAP. 20; VS. 18-19.

⁵¹ AP: CAP. 22; VS. 20.

⁵² AP: CAP. 21; VS. 4-6.

Em síntese, o próprio Jesus teve de vir a terra para analisar e entender o contexto social, as carências, fraquezas e necessidades dos homens e da sociedade, não mais na posição soberana de Deus, mas no condão de homem, tão mortal quanto todos os demais daquela época; tendo como precípua finalidade efetivar um estudo aprofundado sobre a sociedade vigente, para que com isso, o mesmo conseguisse implantar um novo sistema jurídico de paz e humildade e, principalmente com o propósito maior, ou seja, o seu sacrifício e redenção por todos nós.

Pensando de uma forma analógica, o Legislador de hoje em dia deveria ter a mesma atitude que Jesus teve, ou seja, descer do seu trono de Gloria e poder e dirigir-se aos mais efêmeros níveis de sociedade, para que assim possam tirar lições de vida e conclusões sobre a verdadeira necessidade do seu povo.

4.2.5 Conclusão a despeito do Direito Penal a luz da Bíblia

Ante todo o exposto a respeito da origem e evolução do direito penal a luz da Bíblia, é possível se retirar no mínimo duas grandes conclusões.

Em primeiro lugar percebemos que o direito, não apenas o direito penal, mais o direito como um todo (como ordenamento jurídico), não é absoluto, o mesmo não é forjado com a finalidade de durar para sempre, visto que o mesmo SEMPRE deverá se acoplar as necessidades vitais da sociedade, e não a sociedade que deverá se adequar ao direito. (grifo nosso)

Imaginemos se em pleno século XXI nos ainda vivêssemos sob a luz do direito do “olho por olho dente por dente”, certamente a quantidade de mortes nos lembraria das duas grandes Guerras Mundiais, ocorridas no século XX.

Portanto finalizando a primeira lição conclui-se que nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida, direito que desde a fundação da terra vem sendo relativizado, e o direito como um todo SEMPRE deverá acompanhar o avanço da sociedade, a fim de que assim se possa assegurar segurança jurídica e qualidade de vida.

A segunda lição (conclusão) que se podem retirar destes sub-tópicos, certamente é que o Legislador deve avaliar o anseio social, deve ser observador e não somente aplicador da lei. (grifo nosso)

No ultimo sub-tópico deste referido tema, fora relatado sobre a descida de Jesus a terra, tendo como finalidade não somente redimir e salvar a humanidade, redimindo-nos de nossos pecados, mais também a fim de observar a necessidade do povo e qual o sistema jurídico que melhor se englobaria ao contexto social épico.

Através de uma analogia, percebe-se que Jesus era o Legislador, e desde o começo fora Ele quem ditou as leis, todavia ao contrario do legislador de hoje em dia, Ele não se manteve inerte frente às carências da sociedade, o mesmo desceu do seu trono e vivenciou as mais altas necessidades, passou por momentos terríveis, que nenhum legislador contemporâneo poderia compreender, visto que estes não oferecem “a cara à tapa”, salvo quando um crime envolve a sua pessoa ou algum ente de sua família.

Insta salientar que o sistema jurídico implantado por Jesus ainda vige dentro do coração de cada Cristão, e que, portanto, jamais será fadado ao fracasso, tendo em vista aqueles que de fato ainda acreditam numa justiça celestial e não somente na justiça dos homens.

Por fim percebe-se que o direito penal é uma constante, que sofre metamorfoses de acordo com a sociedade, percebe-se que em tempos de opressão o mesmo possuirá alta densidade, todavia, em tempos de paz o mesmo terá uma mínima densidade; com isso, a nossa luta deve ser por tempos de menor densidade do direito penal, aderindo o quanto possível aos ensinamentos de Jesus, para que possa viger dentro de cada um de nos um sistema jurídico perfeito. (grifo nosso)

4.3 Origem e Evolução Histórica do Direito Penal a luz da Doutrina

O ser humano sempre viveu num âmbito social, e se associando a pessoas e coisas, cujo seu principal interesse, era de certamente satisfazer suas necessidades básicas e vitais, dentre elas a de se reproduzir; trocar mercadorias

entre uma e outra pessoa de uma dada localidade, prática esta que inicialmente foi denominada de “escambo”; troca de costumes e cultura, fora tantas outras práticas.

Com o passar do tempo começaram a surgir às sociedades e a proliferação do nascimento de crianças, conseqüentemente o aumento populacional, com isso, a vida tomou novos ares, e o convívio em coletividade que antes não era tão numerosa passou a ser uma difícil tarefa.

Com esta mudança frenética de hábitos, o homem começou a trair os seus próprios instintos e princípios, ações e omissões corroboraram com o surgimento do direito penal, desde o início com a finalidade de impor determinadas condutas a serem seguidas, e, sancionar os indivíduos transgressores das mesmas.

4.3.1 O Direito Penal nos Tempos Primitivos

No início, a sanção (pena) era vista pelos seus algozes⁵³ como a libertação do delinqüente e do clã do mesmo, da ira futura divina, os vorazes portadores do poder, naquele contexto épico, possuíam o imponente discurso de que o criminoso, ou seja, aquele que violou determinada norma anteriormente imposta pela sociedade vigente, deveria muitas das vezes ser excluído da sociedade, açoitado em praça pública, preso por tempo indeterminado e até mesmo morto.

Como fora dito, o poder sancionador muitas vezes era auferido em face de todo o clã daquele individuo que delinqüiu, não existia a observação do principio constitucional da intransmissibilidade da pena, ou da pessoalidade da pena, hoje acostado no nosso ordenamento jurídico (Art. 5º. XLVI CF/88); alguns clãs eram proibidos de desfrutar de algumas condições essenciais, tais como: pegar água num rio; freqüentar ambientes públicos; olhar alguém no rosto (fato muito comum na Índia), e até mesmo de não poder se quer dirigir a palavra a alguém.

⁵³ Ou seja, aqueles que aplicavam as penas, não raras vezes penas que violavam princípios fundamentais como a integridade física e psíquica do individuo.

Vejamos o que o Ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 67), diz a respeito:

Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por muitas vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses.

Portanto, em análise a brilhante afirmativa de Nucci, percebe-se que na maioria das vezes estas sociedades primitivas não agiam por maldade ou algum outro sentimento repugnante, muito pelo contrário, havia na verdade uma boa intenção por traz de tudo isso, visava-se evitar um “mal superior”, que na sua razoabilidade tratava-se da “ira dos deuses”, ao passo que poderia ser amenizada ou até evitada, se houvesse a aplicação de represálias ao indivíduo transgressor e não raras vezes em seu clã.

Tal fase ficou conhecida na histórica como período das relações totêmicas⁵⁴, onde se instituía a correção de apenas uma pessoa ou de todo clã daquele indivíduo, em todas as vezes que houvesse a quebra de um Tabu (algo sagrado e misterioso). (grifo nosso)

A guisa deste raciocínio, calha destacar a brilhante contribuição do conhecido doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 15), vejamos:

Nos grupos sociais dessa era, envoltos em ambiente mágico (vedas) e religioso, a peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes das forças divinas (“totem”) encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação. Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se séries de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por “tabu”, que não obedecidas acarretavam castigo. A infração totêmica ou a desobediência tabu levou a coletividade a punição do infrator para desagravar a entidade, gerando-se assim o que, modernamente, denominados “crime” e “pena”.

Em análise ao texto supra, percebe-se o desprovimento cultural do povo daquela época; a forma com que eles viam o mundo, e, conseqüentemente aplicavam o direito em sua sociedade era quase que “irracional” se comparada aos

⁵⁴ Advêm da palavra Totem que eram estatuas em forma de animais ou vegetais que representavam os antepassados de um determinado clã.

dias atuais, todavia, tudo isso tem uma explicação, uma vez que os ideais daquela sociedade pautavam-se em fenômenos naturais, que até o momento a ciência por conta de sua escassez de recursos e estudos, não era capaz de distinguir entre o místico e o natural, entendia que as manifestações da natureza, supostamente “divinas”, poderiam ser aplacadas com sanções desumanas.

Tais atitudes parecem absurdas, mais o fato de parecerem absurdas não exclui a sua existência num passado histórico não muito distante, e o que mais me impressiona é o fato de saber que ainda existem civilizações que compartilham das mesmas medidas, sendo elas ainda vigentes, o que é um completo paradoxo, tendo em vista o mundo globalizado no qual vivemos.

4.3.2 O Direito Penal na Era da Vingança Privada

Num segundo plano, surgiu aquilo que foi denominado como: vingança privada, o respectivo “ramo jurídico”, era uma forma de reação da comunidade contra o infrator.

Como bem se conhece, a vingança privada nada mais é do que a contraprestação de um suposto mal suportado por alguém, muitas das vezes em proporções totalmente diversas da atitude que deu azo a vingança. Em todo histórico social, sabe-se que a vingança privada não perdurou por muito tempo, o que não foi diferente neste contexto social, portanto, desde o início esta concepção de direito fadou-se ao fracasso. (grifo nosso)

Em outras palavras, no contexto em que vigia a vingança privada, percebia-se que na eminência de um crime, a família da vítima e todo o seu grupo social (tribo), saía às ruas, a fim de fazer justiça contra o transgressor, e, até contra o seu grupo social (tribo); como fora dito, na maioria das vezes esta “justiça” não apresentava as mesmas proporções do delito primário.

As penas impostas ao transgressor (em regra) eram das mais variadas, alternavam entre o seu banimento, conhecida por alguns doutrinadores e

historiadores como “expulsão da paz”⁵⁵, deixando o indivíduo a mercê da sorte, e em caso do mesmo ser encontrado por outro grupo social, a respectiva tribo que o achou possuíam liberdade para fazer o que bem quizer com o transgressor; o que geralmente ocorria era a utilização do mesmo como mão de obra escrava e até mesmo açoites brutais que levavam a morte.

Neste mesmo contexto, existia a chamada “vingança de sangue”, ato pelo qual um indivíduo estranho a uma determinada tribo, cometia algum crime em face da mesma, o que dava azo de forma imediata a referida vingança, com isso, a tribo oprimida juntava-se com os seus integrantes, a fim de travar severas batalhas contra a tribo do suposto infrator; tais batalhas eram pautadas em ideais “sacros” e religiosos, o que na maioria das vezes culminava com a aniquilação completa de um dado grupo social, portanto, o porquê do nome “vingança de sangue”.

O misticismo apesar de presente no contexto da vingança privada ia perdendo espaço para os ideais da mesma, ao passo que a “vingança de sangue” ia crescendo de forma progressiva, o que fez com que a sociedade tomasse novas providências, sob pena de uma completa aniquilação.

4.3.3 O Direito Penal na Era da Vingança Pública

Posteriormente a esta queda da vingança privada, surge aquilo que a doutrina denomina de vingança pública, ou seja, é o ato pelo qual o chefe de uma tribo se atribui no *status* de “juiz”, e, passa a responsabilizar os transgressores, recebendo, portanto, o encargo de realizar a tarefa punitiva. Com isso, neste contexto houve a centralização dos poderes punitivos, aniquilando o contra ataque imediato. (grifo nosso)

⁵⁵ Tal banimento recebeu a respectiva nomenclatura, pois os povos primitivos pensavam que com a expulsão do transgressor, a ira dos deuses não iria ser derramada naquela localidade, e, tão pouco, nenhum mal lhes sobreviria, tendo em vista que o cerne da represália futura fora desarraigado de seu contexto social.

A respectiva centralização culminou com aquilo que até hoje é conhecido como lei de talião⁵⁶, “olho por olho e dente por dente”; onde se dispunha que o delinquente deveria padecer do mesmo mal sofrido que causou a outrem, claro, é dispensado dizer que as penas eram terrivelmente cruéis e sem qualquer finalidade prática, todavia, a lei de talião representa um marco histórico na evolução do direito penal, tendo em vista a diminuição do derramamento de sangue que vigia na ótica da vingança privada.

A despeito do tema vertido, sóbrias são as palavras do ilustre doutrinador Mirabete (2010, p. 16), que abaixo segue transcrita:

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge o talião (de talis = tal), que limita a reação a ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente). Adotado no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (povo hebraico) e na lei das XII Tábuas (Roma), foi ele um grande avanço na história do Direito Penal por reduzir a abrangência punitiva.

Segunda a brilhante contribuição de Mirabete, percebemos que a principal intenção da Lei de Talião certamente era a de evitar a expansão do derramamento de sangue vigente no contexto da vingança privada. A respectiva idéia foi tão boa que influenciou de forma expoente em várias localidades do globo terrestre.

No oriente Antigo ainda vigeu por um bom tempo as sanções embasadas em preceitos religiosos, sempre com o mesmo fundamento, castigar o infrator para aplacar a ira dos deuses, visão esta que veio pouco a pouco cedendo espaço para a lei de Talião, que reduziu em larga escala a extensão da punição e evitando as infundáveis ondas de vingança privada e conseqüentemente a “vingança de sangue”.

O mesmo aconteceu na Grécia antiga, por muito tempo ainda houve a vigência de sangue, embasadas em preceitos sacros, fator que futuramente cederia espaço para a lei de Talião e mais tarde a composição de litígios.

⁵⁶ Tinha como finalidade exclusiva a repressão em justa medida do prejuízo sofrido, por exemplo, se alguém me desferisse um soco na face direita do rosto, eu teria o mesmo direito, qual seja, desferir um soco na face direita do meu agressor.

4.3.4 O Direito Penal Romano

Em relação ao Direito Penal romano houve três grandes fases, a primeira contava com a predominância do “pater famílias”, ou seja, era a prerrogativa que o chefe familiar possuía de aplicar as sanções atinentes ao seu grupo.

Em seguida, na fase do reinado ou do vigor do caráter sagrado da pena, firmando-se neste contexto, a vingança pública. Já no último período, chamado de período republicano, a pena deixou de ser vista como sacro, tendo em vista a separação do estado e o culto, passando a vigorar e prevalecer a lei de Talião e a composição⁵⁷.

Posteriormente surgiu a lei das XII tábuas, visando igualar os destinatários das penas, um avanço notável e louvável do direito e da política social. Após o período do império, a pena tornou-se novamente rigorosa, inclusive havendo restauração da pena de morte, e a instituição do trabalho forçado.

Corroborando com este entendimento, são vitais as palavras do Ilustre doutrinador Luiz Regis Prado (2010, p. 78/79), vejamos:

Na primitiva organização judiciária da Roma Monárquica, o Direito (*jus quiritarium*⁵⁸), prevalentemente consuetudinário, era rígido, formalista e solene. Nessa época, destacava-se a figura do *pater famílias*⁵⁹, com poderes quase ilimitados, inclusive de *ius vitae ac necis*⁶⁰. No caso de morte do patriarca, o grupo familiar (*domus*⁶¹) dividia-se de acordo com os *filii família*⁶²s, sendo que os descendentes formavam a gens, que reconhecia, também, um *pater (magister gentis*⁶³). O primeiro código

⁵⁷ São meios de solução dos litígios de forma harmoniosa, tendo como principal característica o acordo entre as partes. Ex. A entrega de um escravo para cumprir a pena no lugar do infrator, desde que houvesse a anuência expressa da vítima.

⁵⁸ Sintaticamente, representa um direito embasado nos costumes.

⁵⁹ Pai da família, ou poder familiar.

⁶⁰ A respectiva expressão refere-se a lei das XII tábuas, neste mesmo tomo da referida lei era possível observar que um filho nascido “monstruoso”, ou seja, deficiente, poderia ser morto imediatamente pelo *pater família*, ainda neste mesmo tomo, era possível verificar que o pai possuía sobre os seus filhos o direito de vida e morte. Tais direitos mencionados acima, eram exercidos pelo pai, não havendo quanto a isso nenhum gênero de restrição.

⁶¹ Residência urbana onde moravam os integrantes das famílias.

⁶² São assim conhecidos os filhos do *pater família* (pai da família), podendo ser biológicos ou não.

⁶³ Aquele que manda fazer, ou faz e desfaz.

romano escrito (*jus scriptum*⁶⁴) foi a lei das XII tábuas (séc. V a.C), resultante do trabalho dos *decenviri legibus⁶⁵ scribendis*. Com ela inicia-se o período de vivência legislativa, com a consequente limitação da vingança privada, pelo talião e pela composição. (grifo nosso)

Percebemos que neste contexto historio romano, a figura do pai de família, assumia papel central na referida sociedade, sendo ele o principal responsável pela aplicação de alguma eventual sanção, no que se refere a transgressão de uma determinada norma, seja ela social, ou simplesmente estipulada pelo mesmo, no que tange ao seu âmbito familiar.

Posteriormente com o advento da Lei de Talião, deu-se inicio ao primeiro período de vigência legislativa na história romana, conseqüentemente, havendo a limitação da vingança privada, através da lei de Talião e da composição de litígios.

4.3.5 O Direito Penal Germânico

No direito Germânico, houve a caracterização da vingança privada e da composição; posteriormente adveio a implantação dos chamados “juízos de Deus”, processo pelo qual as pessoas eram submetidas aos mais nefastos testes, a fim de que se pudesse auferir a sua culpabilidade frente ao delito.

Estes testes eram desumanos, como, andar pelo fogo, ser jogado num rio com uma pedra amarrada aos pés, ser colocado em uma banheira com óleo quente; se por ventura o individuo escapasse vivo de algum destes testes, ele era considerado inocente, caso contrário seria considerado culpado; não é preciso nem mencionar o resultado das respectivas experiências.

Neste sentido, sóbrias são as seguintes palavras:

Outra característica do direito bárbaro foi a ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto

⁶⁴ *Jus* representa algo justo, ao passo que *scriptum* representa escrito depois.

⁶⁵ Algo no sentido de trabalhar em prol da lei.

subjetivo de seu ato. No processo, vigoravam as “ordálias” ou “juízos de Deus” (prova de aquar fervente, de ferro em brasa etc.) e os duelos judiciários, com os quais se decidiam os litígios, “pessoalmente ou através de lutadores profissionais. (MIRABETE, 2010, P. 17). (grifo nosso)

É gritante a forma grotesca com que o direito legislado era utilizado, tendo em vista os muitos avanços atuais, a aplicabilidade prática do direito passava por severas irracionalidades, uma afronta a qualquer tipo de resguardo no que tange a dignidade da pessoa humana.

Não havia de fato processo e contraditório, o que hoje em dia certamente seria considerado nulo de pleno direito, uma vez que não despendia ao processado nenhum respaldo no que tange a proteção de seus direitos e garantias fundamentais, submetendo-os as mais grotescas provas.

Tais fatores são muitas vezes desprezados, poucos sabem o quanto a sociedade de uma forma geral, teve de sofrer para alcançar certa razoabilidade no direito que hoje vige.

4.3.6 O Direito Canônico e o Surgimento do Iluminismo e das Primeiras Prisões

Já no direito Canônico predominava o caráter sacro (sagrado) das sanções, todavia, com a mesma similitude do período das relações totêmicas, no que tange a severidade das mesmas, tais sanções continuavam sendo aplicadas sem nenhuma preocupação prática e com nenhuma observação a dignidade da pessoa humana.

Nesta toada, frisa-se:

A religião e o poder estavam profundamente ligados nessa época e a heresia implicava em crime contra o próprio Estado. Surgiram os manifestos excessos cometidos pela denominada Santa Inquisição, que se valia, inclusive, da tortura para extrair a confissão a confissão e punir, exemplarmente com medidas cruéis e publicas, os culpados. Inexistia, até então, qualquer proporcionalidade entre a infração cometida e a punição aplicada. (NUCCI, 2011, P. 75).

Em análise a citação supra, percebemos que neste contexto, a pena tinha uma única função, qual seja a intimidação de toda a sociedade. Durante este período de reprimenda e opressão sem causa, o jurista e filósofo, Cessare Beccaria, enfadado com a situação, escreveu a sua brilhante obra mundialmente conhecida como *Dos delitos e das Penas*, que foi o marco do surgimento da denominada escola clássica do direito penal. (grifo nosso)

A respectiva obra era veementemente contra as penas de morte e cruéis, pregando a aplicação do princípio da proporcionalidade da pena em da infração praticada, dentre outras melhorias; tutelava a prefixação das condutas que seriam taxadas como delitivas, não somente as condutas, mas também as penas que deveriam ser aferidas de acordo com cada crime, não dando mais aso a discricionariedade do juiz, onde este escolheria qual era o respaldo que tal delito deveria perceber, portanto neste caso o mesmo ficaria vinculado ao “sistema jurídico”.

Uma das principais contribuições do Marques de Beccaria, certamente foi a sua luta contra os meios de tortura, comumente usados como mecanismos investigatórios da época; noutro plano defendeu com propriedade a ideia do que hoje em dia é conhecido como princípio da intransmissibilidade da pena, figura jurídica que defende a integridade de terceiro, principalmente os terceiros que são próximos ao delinqüente.

Naquela época a sanção não era aplicada somente contra o transgressor, mais se aplicava inclusive em face de sua família, de seu clã e até mesmo contra uma grande parte da sociedade, como artifício artil de intimidar e coibir os cidadãos. As penas muitas vezes tinham cunho monetário, para que com isso o monopólio católico conseguisse atingir o seu *status* de império.

Para Beccaria a pena não deveria ter apenas caráter intimidatório, mais deveria acima de tudo regenerar o criminoso, para que com isso o mesmo possa futuramente ser novamente inserido na sociedade. Portanto, percebemos que foi o período Iluminista que deu ao direito penal um solavanco ao acolhimento do direito hoje vigente. A despeito do contexto, vejamos o que Guilherme de Souza Nucci (2011, p.76) nos ensina:

É inequívoco que o processo de modernização do direito penal somente teve início com o iluminismo, a partir das contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feurbach (Alemanha), Beccaria, Filangieri e Paganini (Itália). Houve preocupações com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário. A inspiração contratualista voltava-se ao saneamento do terrorismo punitivo, uma vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social. A pena ganha um contorno de utilidade, destinada a prevenir delitos e não simplesmente castigar.

É perceptível a contribuição do período iluminista na história do direito penal, como bem nos ensina Nucci, o respectivo período deu ao direito penal uma nova visão, deixando de lado a prerrogativa exclusiva de que as penas tinham como única finalidade o castigo do transgressor da norma, pelo contrário, a sanção era muito mais que isto, a pena torna-se algo útil, visando acima de castigar os delitos, preveni-los e restaurar os indivíduos transgressores.

Calha destacar que estes princípios espalharam-se pela Europa, aplicando vários ideais, tais como, a ideia de proporcionalidade entre o delito praticado e a sanção. Os respectivos princípios influenciaram na chamada Reforma Leopoldina do ano de 1786, introduzida em Toscana, onde a mesma acabou por aderir os ideais iluministas acima citados, inclusive eliminando a tortura e o sistema de prova ilegal.

O pensamento Iluminista teve grande contribuição com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, outorgada em 26 de agosto de 1789. Posteriormente houve o surgimento das penas privativas de liberdade, mais precisamente no séc. XVII, com a efetiva consolidação no séc. XIX. Tais sistemas surgiram por decorrência das colônias Americanas, visto que anteriormente, as prisões eram apenas locais onde os presos ficavam confinados aguardando julgamento.

Na grande realidade, este sistema fora implantado no ano de 1681 em diante, por Guilherme Penn; homem que fundou a colônia da cidade de Pensilvânia, em cumprimento do despacho do Rei Carlos II, gerando a partir daí a medida privativa de liberdade como forma de ressocialização dos presos. Surge em 1818 a Western "Pennsylvania Penitentiary" e em seguida no ano de 1829, a "Eastern State Penitentiary", nos Estados Unidos.

Alguns anos após o surgimento da penitenciária da Pensilvânia, houve o surgimento do sistema Auburniano, com a prisão de Auburn, impulsionada pelo capitão Elam Lynds na sua direção, no ano de 1823. Segundo destaca Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 63-80), os presos eram proibidos de exercer qualquer contato durante a noite, uma vez que ficavam separados em selas distintas; a grosso modo o respectivo sistema prisional se preocupava tão somente com a visão punitiva e de resposta imediata ao crime.

No ano de 1787, o estudioso Jeremy Bentham sugeriu a criação do chamado “presídio ideal”, mais conhecido como Panótipo⁶⁶. Segundo Bentham, um presídio com as características do Panótipo seria um presídio ideal, uma vez que todas as celas davam de frente para o centro do pátio prisional, o que facilitaria a fiscalização dos presos, e os mesmos não se sentiriam abandonados, uma vez que haveria contato visual com outros presidiários e funcionários do sistema prisional.

Segundo Bentham a pena privativa de liberdade tinha várias finalidades, dentre elas ele destaca duas principais, a finalidade de prevenção particular, aplicando-se ao delinquente de forma individual, e a finalidade de prevenção geral, aplicando-se a todos os membros da comunidade.

Em contraposição ao que apregoava os ideais iluministas, existiam outras duas teorias, a primeira chamada de teoria da retribuição (absolutista), a segunda chamava-se teoria da prevenção (relativa).

A teoria da retribuição contava com o esforço de inúmeros filósofos e estudiosos do direito, tais como, Carrara, Rossi, Kant, Hegel, dentre tantos outros. A respectiva teoria absoluta defendia que a pena tinha uma única finalidade, ou seja, voltada simplesmente a castigar o transgressor; pouco importava a sua utilidade prática.

A segunda teoria era defendida por Beccaria, Feurbach, Carmignani, dentre outros filósofos e juristas; apregoavam a ideia de que a pena não deveria ter somente caráter exclusivamente de retribuição, mas acima disso, deveria conter uma finalidade de utilidade, que consistia na prevenção geral do crime.

⁶⁶ Advém de “pan-óptico”, ou seja, aquilo que permite uma visão total. Definição de Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal parte geral, parte especial. 07ª Ed. Revista dos Tribunais, 2011. V. 1, p. 77.

4.3.7 Escola Clássica do Direito Penal

Anos depois deste imbróglio de idéias e teorias sobre prisões ideais e finalidades da pena, surgiu a denominada escola clássica do direito penal, tal fase histórica recebeu o respectivo nome de forma premeditada pela escola positivista, visando despendar um *status* de algo obsoleto e ultrapassado; a escola clássica mesma firmou duros conflitos de ideias com a escola positivista, o seu grande precursor foi Francisco Carrara.

Carrara foi veemente contra as penas cruéis, e contra a pena de morte; afirmava que o crime era oriundo do livre arbítrio do ser humano, que, portanto, deveria haver proporcionalidade entre o crime e a sanção. (grifo nosso)

Neste sentido, válidas são as palavras de Mirabete (2010, p.19):

[...]

Para ele, o delito é um “ente jurídico” impelido por duas forças: a física, que é o movimento corpóreo e o dano do crime, e a moral, constituída da vontade livre e consciente do criminoso. O livre arbítrio como pressuposto da afirmação da responsabilidade e da aplicação da pena é o eixo do sistema Carrariano.

Segundo o entendimento trazido à baila por Mirabete, Francesco Carrara percebia o crime como a manifestação do *liberum arbitrium*⁶⁷, sendo o mesmo, a vontade livre e consciente do indivíduo. A respectiva afirmativa supra, tão defendida inicialmente por Francisco Carrara, tornou-se alvo das mais contundentes críticas da escola positivista, onde mais adiante versaremos.

Calha destacar que todos os estudiosos iluministas e adeptos da escola clássica penal, possuíam como postulado singular, o critério de ressocialização do indivíduo, e não somente a aplicação da pena, sem nenhuma finalidade prática; esta certamente é uma das principais contribuições da escola clássica, no que se refere a melhoria do direito penal hoje vigente. (grifo nosso)

⁶⁷ Livre arbítrio.

Todavia, mesmo com as melhores intenções dos pensamentos iluministas e da escola clássica do direito penal, juntamente com seus ilustres defensores, e a aplicação das penas e do direito penal como um todo vinha se mostrando insuficiente no dia a dia, uma vez que o escopo da pena continuava sendo a retribuição do mal do crime com o mal da sanção, tendo em vista que no entendimento dos pensadores clássicos o crime era atinente ao livre arbítrio humano.

4.3.8 Escola Positivista do Direito Penal

No ano de 1876, o Brillhante estudioso Cesare Lombroso, publicou uma obra mundialmente conhecida como “O homem delinquente”, a respectiva obra foi o fôlego de vida da escola positivista.

Em síntese, a respectiva obra traduz a idéia de que todo o ser humano já traz dentro de seu genoma, dentro de sua fisiologia, uma inclinação ao crime; portanto, as infrações são pura e simplesmente um reflexo da naturalidade (natureza) humana e não uma questão do livre arbítrio, como apregoava os adeptos da escola clássica.

A escola positivista foi um marco extremamente importante para a história do direito penal, foi ela a principal responsável pela difusão do campo da investigação científica, proporcionando, inclusive o surgimento das ciências da antropologia criminal, psicologia criminal e da sociologia criminal; a respectiva escola galgou estudiosos de grande referência no contexto forense, tais como Enrico Ferri (especialista em sociologia criminal) e Rafael Garofalo (especialista em criminologia).

A guisa deste raciocínio, no que tange a contribuição da escola positiva ao direito penal, bem destaca Regis Prado (2010, p. 92):

Convém observar que a escola positiva teve enorme repercussão, podendo-se indicar algumas de suas contribuições: a) a descobertas de novos fatos e a realização de experiências, ampliando o conteúdo

do direito; b) o nascimento de uma nova ciência causal-explicativa: a criminologia; c) a preocupação com o delinquente e com a vítima; d) uma melhor individualização das penas (legal, judicial e executiva); e) o conceito de periculosidade; f) o desenvolvimento de institutos, como a medida de segurança, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional e o tratamento tutelar ou assistencial do menor. (grifo nosso)

Segundo esta brilhante exposição de Regis Prado, percebemos que a escola positivista “inovou” o direito penal, com toda a força semântica possível, a respectiva escola trouxe melhorias sem medidas; melhorias tais que repercutem ainda nos dias atuais.

Por fim, se já percebemos melhorias na escola clássica, a escola positiva veio a ampliar este leque, uma vez que lutou veementemente contra uma das principais teses dos pensadores clássicos, a tese de que o indivíduo delinquia por consequência, do seu livre arbítrio, assunto que já foi acima mencionado.

Em relação a todas as contribuições deixadas pelas escolas clássicas e positivistas, percebe-se que ambas merecem críticas, uma vez que ambas eram radicalmente opostas às outras; ao passo que a escola clássica possuía grande preocupação com a reeducação do criminoso, a escola positivista conferia poderes ilimitados ao Estado, fechando os olhos para a responsabilidade resultante do fato; com isso, não resolvendo os problemas dos delinquentes habituais, portanto, não perigosos.

Muitas outras escolas penais surgiram após a escola clássica e positiva, todavia, nenhuma delas foi tão proeminentes e consistentes quanto as mesmas, as respectivas escolas eram conhecidas como escolas ecléticas ou críticas.

Analisando as variadas escolas penais, o mestre Frederico Marques afirma que na escola clássica, a preocupação concentrou-se basicamente em face do homem abstrato, sujeitos de direitos, elaborando suas ideias no jus naturalismo, ao passo que na escola positiva, a preocupação girou em torno da lei propriamente dita, em outras palavras houve uma hipertrofia naturalista, deixando a margem preceitos trivial, tais como, a dignidade da pessoa humana.

4.3.9 A Nova Defesa Social

Após a segunda Guerra Mundial, nasce um grupo chamado de *new social defense* (nova defesa social), como já fora transcrito acima; o positivismo pecou ao preocupar-se de forma demasiada com direito legislado, observando em demasia a letra da lei. O respectivo movimento traz como premissa a visão do delito como uma questão do livre arbítrio, portanto algo expressamente subjetivo e incapaz de ser padronizado, ao contrário do que afirmava Lombroso.

O movimento da nova defesa social percebia a necessidade de prisões, sendo elas uma realidade prática, embora trouxesse inúmeras conseqüências prejudiciais, todavia, devia-se abolir a pena de morte.

Outra forte contribuição deste contexto épico, certamente foi a previsão dos chamados crimes de “bagatela” (de baixa lesividade social), declarando pela impossibilidade de prisões arbitrárias e descabidas, segundo Oswaldo Henrique Duek Marques, estes ideais do movimento da Defesa Social parecem muito mais úteis e de acordo com a realidade prática do direito vigente, inclusive é o que melhor acompanha o avanço do mesmo, uma vez que não perderia os benefícios já alcançados a longo das últimas décadas. (grifo nosso)

4.3.10 Teoria da Prevenção Geral Positiva

A respectiva teve surgimento nas últimas décadas, trazia a idéia de que a pena servia para intimidar os criminosos, mas tão somente para reafirmar a “consciência social da norma”, para com isso, mostra a vigência da mesma através da aplicação da pena.

A respectiva teoria encontra divisões: 1 - Fundamentadora defendida por Gunther Jakobs e Welzel, defendia que a pena serviria para demonstrar a sociedade que o indivíduo, hora apenado, não se portou de modo decente, secundariamente serviria de orientação para a sociedade, demonstrando através

daquele exemplo, o que não era permitido fazer, tendo com isso uma função educativa.

Em segunda análise, a respectiva teoria era conhecida como limitadora, defendida por Claus Roxin, Mir Puig, Muñoz, Silva Sanchez e Conde. Sob esta análise os fundamentos eram praticamente os mesmos da teoria fundamentadora, exceto pelo acréscimo da defesa pela menor interferência do Estado, limitando o poder do mesmo.

No que tange a teoria fundamentadora, encontra-se a crítica na afirmativa de que a sociedade não deve e não pode, valer-se da pena de outrem, a fim de conferir legitimidade a norma penal, uma vez que a pena deve fazer sentido para quem a sofre e não para a comunidade.

Enquanto na segunda teoria (limitadora), a crítica concentra-se na inobservância da ordem jurídica sobre a vontade individual de cada membro da sociedade, onde neste caso seria permitida a convivência em qualquer tipo de agrupamento social, com a predominância do coletivo em detrimento do individual.

Por fim, esta foi apenas uma breve síntese sobre o Direito Penal e sua evolução no cadeia histórica, destacamos apenas aquelas passagens que ao nosso ponto de vista são consideradas as mais influentes, no que tange a contribuição da formação do Direito Penal vigente, não cabendo dizer qual delas foi a mais importante ou menos importante para o Direito Penal, sabendo-se, somente, que todo este contexto histórico, influenciou de forma singular na configuração do direito que hoje vige. (grifo nosso)

5 JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ E AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Antes de tudo, deve ficar claro que não se pretende esgotar o assunto deste referido tema, mas tão somente trazer à baila as principais características do mesmo.

Não há como falar das velocidades do direito penal sem antes mencionar quem foi Jesús-María Silva Sánchez, o precursor da referida teoria, sendo que esta, de uma forma sublime se acoplou a teoria do Direito Penal do inimigo, especificamente na terceira velocidade do Direito Penal, como veremos adiante.

Sánchez é um dos mais respeitados doutrinadores penalistas da atualidade, de modo geral tem contribuído na formação e aplicação do direito penal brasileiro. Certamente uma das maiores influências deste diferenciado estudioso do Direito Penal, se encontra na confecção da teoria das velocidades do Direito Penal, tema deste singelo capítulo.

A referida teoria compreende o Direito Penal como um velocímetro, analogicamente falando, dispensando ao mesmo, ritmos (velocidades) diferentes; neste contexto, compreendendo diferentes formas de responsabilização criminal, com a prerrogativa de alcançar a maior proximidade possível de um estado ideal de direito.

Tais teses podem ser melhores digeridas a partir da leitura das respectivas obras de autoria do ilustre penalista, quais são: “A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais” e, “Eficiência e Direito Penal”. (grifo nosso).

Em linhas geral, necessário se faz a compreensão da abordagem das referidas obras, uma vez que estas são fundamentais para a compreensão da teoria das velocidades do direito penal, bem como o contexto do seu surgimento.

Na obra Eficiência e Direito Penal, Sánchez, defende uma ideia de custo benefício na aplicação do Direito Penal, em face de que todo delito alcança

custos sociais e, de elevada extensão e não raras vezes até inalcançáveis (insuperáveis).

Num ensaio que fora publicado no nosso vernáculo (língua portuguesa) para a Editora Manole, Sanchez expressa algumas possibilidades que no seu ponto de vista seriam viáveis a sustentação da economia, bem como aponta um modelo de Direito Penal que não sangre os sistemas de direitos e garantias, que nesta toada, segundo sua brilhante explanação, não pertencem somente ao acusado, mais da sociedade como um todo, formando com isso uma cláusula de garantia geral contra eventual ação arbitrária por parte do estado.

Na ótica da obra *A Expansão do Direito Penal*, o penalista surpreende com um estudo que abarca de maneira minuciosa a transformação e evolução do Direito Penal, em face dos mais variados resultados da criminalidade contemporânea, sendo a última, fruto da sociedade globalizada, a chamada “sociedade do risco”.

Tal obra iniciou-se na Espanha, sendo publicada pela primeira vez no ano de 1999; o respectivo trabalho logo ganhou destaque, uma vez que apontou soluções brilhantes para a *superação de problemas que pareciam longínquos, tanto no tempo quanto no espaço*, todavia, hoje em dia, tais problemas são visíveis na sociedade atual, onde se cogita a aplicação de suas teses.

O trabalho de Sánchez começou a percorrer a América Latina, alcançando inclusive nossa pátria, nos idos de 2002, tornando-se como peça instrumental para confecção do raciocínio dogmático, no que tange à assuntos como segurança jurídica e aplicação da lei penal, fazendo com que a escola Italiana perdesse um pouco de sua influência no nosso contexto jurídico.

A segunda publicação ocorreu apenas 9 anos após a última, esgotando-se com a mesma velocidade com que chegou as prateleiras das mais renomadas livrarias jurídicas.

O esgotamento relâmpago deu aso a uma terceira edição, ocorrida neste corrente ano de 2013, mais precisamente no mês de setembro, pouquíssimo tempo após as mais variadas ondas de manifestações que tomaram as ruas do Brasil, tendo como foco uma série de reivindicações, postulando como base o fim da impunidade, supressão de privilégios das classes mais abastadas, combate a

corrupção e dentre as mais polemicas, encontrava-se a modulação de um novo código penal, bem como com penas mais ríspidas.

Calha destacar que Silva Sánchez é diretor do programa de doutorado pela Universidade Pompeu Fabra, situada na Espanha, nas áreas de Direito Penal e Ciências Penais, e trabalha como pesquisador pela Universidade de Bonn, na Alemanha.

Sanchez ao forjar as chamadas “Velocidades do Direito Penal”, acabou por auferir um assento ao Direito Penal num contexto da sociedade pós-industrial, a respectiva teoria inicia-se da ideia de que existem duas espécies de ilícitos penais, com isso, ambas merecem tratamento processual diferenciado.

Nesta toada, esclarecedora se faz as palavras do jurista Cleber Masson (2010, p.82), vejamos:

Silva Sánchez partiu do pressuposto de que o Direito Penal, no interior de sua unidade substancial, é composto de dois grandes blocos, distintos, de ilícitos: o primeiro, das infrações penais às quais são cominadas penas de prisão, e, o segundo, daquelas que se vinculam aos gêneros diversos de sanções penais.

Portanto, percebe-se que Sanchez entende como diferentes as unidades que compõem o Direito Penal, dividindo-se em dois blocos, com isso, uma vez havendo a dissemelhanças destes blocos, *pari passu*, haverá a diferenciação dos atos ilícitos, que neles se ameaham; uma vez sendo distintos, obviamente os mesmos não poderam perceber o mesmo tratamento penal.

Neste mesmo sentido, destaca Cleber Masson (2010, p. 83), parafraseando Silva Sanchez: “que todos os ilícitos guardam natureza penal e devem ser processados e julgados pelo judiciário, não sendo possível a retirada das infrações penais para serem cuidadas pelo denominado ‘Direito Administrativo sancionador’”.

Percebe-se que os ilícitos penais segundo assertiva de Masson a luz dos preceitos de Sánchez, devem ser processados pelo poder judiciário, não

podendo desmembrar-se da competência deste, uma vez que trata-se de função precípua de tal órgão.

Com isso, formou-se a noção inicial da divisão do direito penal em diferentes velocidades, bem como o surgimento da primeira e segunda velocidades, que serão melhores sedimentadas adiante. Posteriormente houve o surgimento da chamada “terceira velocidade do Direito Penal”, sendo esta uma fusão das duas velocidades explanadas acima, ou seja, a primeira e a segunda velocidade.

Ainda no que tange a 3ª velocidade do DP (Direito Penal), é importante destacar, uma grande divergência jurídica, em relação à sua autoria, alguns doutrinadores a atribuem a Sánchez, ao passo que outros defendem a autoria e tratamento minucioso por Günther Jakobs, jurista e professor (catedrático) das ciências de Direito Penal e Filosofia do Direito, na conhecida Universidade de Bonn, situada na Alemanha, mesma instituição em que Sánchez presta serviço como pesquisador.

Ao nosso humilde ponto de vista, a terceira velocidade do direito penal é um gênero, da qual a teoria do direito penal do inimigo é espécie. Pautamo-nos no reconhecimento da autoria da teoria da terceira velocidade do Direito Penal a Sánchez, ao passo que a teoria do Direito Penal do inimigo corresponde a autoria de Jakobs, tendo em vista a propriedade com que este trata do assunto, bem como de forma precursora, o que coube a Sanchez e até ao próprio Jakobs posteriormente enquadrá-la na terceira velocidade do Direito Penal.

Somente para se atentar o tamanho do conflito, ainda no que se refere a divergência sobre a autoria da teoria do Direito Penal do inimigo e o seu respectivo enquadramento na terceira velocidade do Direito Penal, destaca-se a pessoa do brilhante jurista Rogério Greco, que por sua vez, defende a tese de que o respectivo estudo é fruto da criação do jurista Alemão Edmund Mezger, fortemente influenciado por ideais nazistas e fascistas existentes em sua época; desqualificando assim a autoria atribuída a Jakobs.

Divergências à parte no que tange a atribuição de sua origem e autoria, o que importa mesmo é compreender que o professor Silva Sánchez englobou o “direito penal do inimigo” na penúltima velocidade do Direito Penal, ou seja na terceira, que sinteticamente representa a privação de liberdade e divagação de

alguns direitos e garantias fundamentais, bem como a supressão de alguns direitos e garantias processuais e penais.

Em síntese, percebe-se que o respectivo assunto é uma emblemática celeuma, mais fica destacada as premissas supra em relação a divisão do direito penal, bem como a necessidade do ponto de vista de Sánchez por um estudo pautado em velocidades difusas.

No próximo sub tópico nos versaremos de uma forma bastante sucinta sobre cada uma das velocidades, bem como o seu conteúdo.

5.1 A Primeira Velocidade do Direito Penal

A luz da teoria das velocidades do Direito Penal, a primeira velocidade desta, representa o arcabouço de infrações penais que correspondem as penas de prisão de um modo geral. (grifo nosso)

Neste enfoque, a primeira velocidade teria como característica principal a rigidez de alguns princípios político-criminais de natureza clássica, dentre eles as regras gerais de imputação e os princípios e garantias processuais, visando proteger o cidadão em face do poder do Estado.

Trata-se da aplicação Direito Penal de última *ratio* (razão), *pari passu* com as garantias fundamentais. O tal exterioriza-se pela “prisão” visando acima de tudo a proteção de direitos e garantias clássicos, como fora dito.

5.2 A Segunda Velocidade do Direito Penal

Em relação a segunda velocidade do Direito Penal, pode ser compreendida como integrantes desta velocidade, os demais gêneros de sanções penais.

Neste contexto, as características se assentam na relativização das garantias penais e processuais penais, com o principal enfoque na substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito, ou de caráter pecuniário, levando-se em conta o caso concreto, no que tange ao mal causado. (grifo nosso)

Noutras palavras de forma bastante sintética, ocorrida a flexibilização do cerne do direito penal, qual seja os princípios e garantias processuais, haverá também a aniquilação da pena de prisão.

Uma das maiores vantagens atribuída por Sánchez e vários outros adeptos desta referida teoria, assenta-se na ideia da possibilidade de uma persecução penal mais célere, alcançando inclusive poderosos grupos sociais, acabando com o estigma de que a justiça e o direito penal só é aplicado em face dos menos privilegiados.

Trata-se de um modelo completamente antagônico ao da primeira velocidade, uma vez que naquela tem-se a prisão do agente, resguardando os seus direitos e garantias fundamentais, ao passo que nesta, ocorre a aplicação de medidas substitutivas da pena privativa de liberdade, também observados os direitos e garantias fundamentais, justamente com o escopo da não aplicação da pena privativa de liberdade.

Um ótimo exemplo prático para melhor elucidar o referido tema, encontra-se na Lei. 9.099/95⁶⁸, mais precisamente no art. 76 da referida lei, que disciplina o instituto da transação penal, talvez seria este o melhor exemplo prático da segunda velocidade do direito penal, vejamos o que dispõe o respectivo artigo:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (grifo nosso)

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

⁶⁸ A referida lei dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

É notório o antagonismo entre a respectiva velocidade para com a primeira velocidade, clara se faz a prioridade no tratamento das medidas substitutivas, em detrimento a pena privativa de liberdade. (grifo nosso)

O direito de liberdade do indivíduo foi tão bem abarcado segundo esta teoria, que nos átrios do artigo supra, ocorrendo crime de ação que seja de natureza pública e incondicionada e, não ocorrendo a hipótese de arquivamento do processo, o Ministério Público poderá propor de imediato a aplicação de penas restritivas de direito, substituindo portanto, o encarceramento do indivíduo, desde que preenchido os requisitos legais para tanto, como veremos adiante.

Para melhor compreensão do referido instituto, ou seja, transação penal, *pari passu* com a ideia da segunda velocidade do direito penal, deve-se ter em mente um básico conceito do primeiro.

O instituto da transação penal é relativamente novo no nosso ordenamento jurídico, cuja é atribuído ao Ministério Público, detentor (titular) da ação penal pública, a prerrogativa de dela dispor, obviamente, desde que o indivíduo tenha preenchidos os requisitos legais, propondo ao autor da infração penal de

menor potencial ofensivo, eventual aplicação de pena substitutiva, para tanto não haverá denúncia, tão pouco instauração de processo.

Para que o indivíduo possa fruir deste benefício, é necessário que este preencha alguns requisitos como fora dito, previamente deve-se analisar se estão presentes as condições da ação⁶⁹, em seguida deve-se aferir se não se trata de hipótese de arquivamento do processo, em penúltimo lugar, analisa-se as disposições do art. 76, §2º da Lei. 9.099/95 (requisitos objetivos).

Em último plano, não menos importante, deve-se aferir os requisitos subjetivos, que ficam a cargo do livre convencimento do juiz ao analisar o caso em concreto, frente ao art. 59 do código penal e inciso III, §2º da Lei. 9.099/95, bem como outros casos que não se encontram nos referidos artigos, hipóteses que a doutrina tem entendido plenamente válidas com escopo de não concessão da transação penal; ex: processo em andamento, etc.

Insta salientar que a expressão “poderá”, prevista no art. 76 da Lei. 9.099/95, é matéria de enorme embate doutrinário, uma vez que parte da doutrina defende a ideia de que o Ministério Público é obrigado a propor transação penal, inclusive sobre pena de nulidade do processo ou termo circunstanciado (TC), em caso de não propositura, tendo em vista a ausência de requisito de procedibilidade para o prosseguimento da peça penal respectiva. (grifo nosso)

Ao passo que para outra linha doutrinária, trata-se de mera faculdade do promotor, não lhe restando nenhum prejuízo na hipótese de ausência de apresentação da mesma.

Para Eduardo Araújo da Silva (1999, p. 87/97), o verbo *poderá*, contido no artigo supra, traz a evidência de faculdade do *parquet*, com isso, o mesmo se encontra munido de discricionariedade para sua atuação, limitando-se somente as regras objetivas e subjetivas vistas acima. Apontando ainda a impossibilidade de uma eventual aplicação do princípio da oportunidade regrada.

⁶⁹ Possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte.

Diversamente, sustenta Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 119-120), que o Ministério Público, desde que presentes os requisitos legais é obrigado a propor transação penal; vejamos o que defende o jurista:

[...] se a própria lei enumera – por isso, regra – as hipóteses que deverão ser observadas, não há como se pretender a existência de qualquer juízo de discricionariedade, a quem quer que seja, na escolha pela aplicação do modelo processual consensual. Cuida-se, portanto, do mesmo princípio da obrigatoriedade, agora, da transação, quando presentes as condições da ação, o pressuposto de existência do processo e os requisitos específicos para a transação (art. 76, da Lei nº 9.009/95).

Torna-se clara a ideia trazida por Pacelli, se a própria lei abarca hipóteses para observação, nada mais coerente que impedir a discricionariedade, a fim de exercer a justiça. Nesta toada, contribuindo com o seu raciocínio, destaca-se a sumula 696 do STF (Supremo Tribunal Federal), segue *in verbis*:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

A sumula 696 do STF, segundo nosso ponto de vista, coaduna expressamente com a tese de Pacelli, uma vez que se não houvesse de fato uma “obrigação” de apresentação do oferecimento (proposta) de transação penal por parte do Ministério Público (*parquet*), o juiz certamente não remeteria a questão ao Procurador-Geral, a fim de que este possa fazer observação deste momento exclusivo, usando-se neste caso da inteligência do art. 28 do código de processo penal.

Para concluir este raciocínio, destaca Afrânio Silva Jardim (2001, p. 105-107) que na lei dos juzizados especiais, vige o princípio da obrigatoriedade. Afirma que o *parquet* não possui discricionariedade na aplicação ou na proposta de transação penal, segundo ele a discricionariedade se refere ao tipo de ação exercida, entendendo que ao apresentar a proposta nos termos do art. 76, da Lei.

9.099/95. Este estará exercendo ação penal, mesmo que de maneira informal, e se não se encontrarem presentes os requisitos para tanto, caberá a propositura da denúncia.

Portanto, conclui-se pela obrigatoriedade da apresentação da proposta de transação, inclusive é este o entendimento vigente e crescente no nosso ordenamento jurídico. (grifo nosso)

Superada esta celeuma, surgiu-se mais uma divergência, indagaram-se os doutrinadores no que tange a ação penal privada, poderia haver proposta de transação penal, e se possível, quem seria o legitimado? (grifo nosso)

Sabe-se que na ação penal privada vigoram dois princípios, o da oportunidade e o da disponibilidade da ação penal, com isso entende o Estado que caberá ao particular o interesse em processar criminalmente ou de prosseguir com o processo instaurado.

Em linhas opostas, segue o raciocínio da ação penal pública, seja condicionada ou incondicionada, tendo em vista que nesta hipótese vigoraria o princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da lei penal, desde que previstos requisitos suficientes que possam coadunar com uma respectiva comprovação de autoria e materialidade do insano, neste diapasão, o órgão previamente competente para o caso, deverá ingressar com a respectiva ação penal e dela não poderá desistir.

Nesta toada, apesar dos juizados especiais criminais mencionarem apenas as ações penais pública condicionada e incondicionada, tal expressão ficaria mitigada em face a própria constituição, uma vez que esta criou o instituto da transação penal e outros, sendo assim, a possibilidade de transação penal na ação penal privada se trata de uma realidade jurídica no contexto da segunda velocidade do Direito Penal.

Como fora dito, a própria constituição prevê a existência dos institutos da transação penal e do *sursis* processual, bem como outros institutos despenalizadores, com isso, apesar de o texto constitucional em seu artigo. 98, I, não ter expressado qual modalidade de ação penal estaria sujeita à transação penal,

entende-se que os juizados criminais seriam competentes tanto para ação penal pública incondicionada, cuja titularidade pertence ao Ministério Público, quanto na ação penal privada, cuja titularidade pertence ao querelante.

Através de uma interpretação sistemática percebe-se “que quem pode mais pode menos”, se o *parquet* pode abrir mão da ação penal pública incondicionada e desistir do direito de ação, não teria razoabilidade se o particular (querelante) não pudesse fazer o mesmo nas ações penais privadas.

Abaixo será esposado um *Habeas corpus* de posicionamento do STJ (Superior Tribunal de Justiça) e a Turma Recursal de Curitiba, que traduz a ideia debatida e sua aplicação no plano fático, no que tange a possibilidade de oferecimento de transação penal na hipótese crime de APP (ação penal privada), especificamente na pessoa do querelante, vejamos:

Verbete: HABEAS CORPUS - CONCESSÃO - CRIME de CONCORRÊNCIA DESLEAL - AÇÃO PENAL PRIVADA - TRANSAÇÃO PENAL - Cabimento - LEI 9099/95, art. 76 - Aplicabilidade

Tribunal: STJ Órgão Julgador: 6a. T. Relator: Hamilton Carvalhido

Habeas corpus. Lei 9.279/96. Crime de concorrência desleal. Ação penal privada. Transação penal. Cabimento. Ordem concedida. 1. Enquanto resposta penal, a transação penal disciplinada no artigo 76 da Lei 9.099/95 não encontra óbice de incidência no artigo 61 do mesmo Diploma, devendo, como de fato deve, aplicar-se aos crimes apurados mediante procedimento especial, e ainda que mediante ação penal exclusivamente privada (Precedente da Corte). 2. Ordem concedida para assegurar a aplicação da transação penal no processo em que se apura crime de concorrência desleal”. (STJ - Habeas Corpus n. 17601 - São Paulo - Ac. 0089285-5/2001 - unân. - 6a. T. - Rel: Min. Hamilton Carvalhido - j. em 07.08.2001 - Fonte: DJU I, 19.12.2002, pág. 433). (grifo nosso).

Límpida se faz a aplicação do referido instituto no nosso ordenamento jurídico Brasileiro, no que tange as ações penais privadas, inclusive como se mostra o julgado supra transcrito.

Não bastassem as discussões a despeito do tema, doutrina e jurisprudência passaram a entender que nos casos de ação penal privada, o titular da ação seria o querelante, na ausência de proposta de transação por parte deste,

certamente ocorreria a incidência da vingança privada, o que fomentaria a insegurança jurídica.

Como forma de superação deste conflito, entenderam através de uma analogia *in bonam partem*, que se o querelado fizer jus a receber a proposta de transação penal e o querelante não a fizer, abrir-se-á vistas ao *parquet* para que o mesmo o faça, e ainda assim se este não o fizer, deverá fundamentar sua decisão; posteriormente, novamente em sede de analogia, aplica-se o art. 28 CPP, remetendo-se os autos ao PGJ, que por sua vez terá a palavra final a despeito da proposta de transação penal ou da suspensão condicional do processo.

“Converte a doutrina sobre a possibilidade de aplicação analógica do art. 28 desse Código nos casos em que o Ministério Público se recusar a apresentar proposta de transação” (ANDREUCCI, 2006, p. 431).

Indispensável frisar que Andreucci referiu-se neste contexto apenas as ações penais públicas incondicionadas, mais como já bem destacamos, as ações penais privadas, no que tange aos institutos da transação penal e do *sursis*, também perceberam o mesmo tratamento supra, ou seja, aplicação do art. 28 do CPP (código de processo penal), bem como da sumula 696 do STF, através de uma analogia *in bonam partem*.

Com isso, Percebemos que nosso contexto jurídico possui um caráter híbrido, ou seja, em dados casos se aplica a pena privativa de liberdade (sempre em última *ratio*), noutro plano, aplica-se as medidas substitutivas de direito, bem como a transação penal e a aplicação do *sursis*, também previsto na Lei. 9.099/95, mais precisamente em seu artigo 86.

Outro ótimo exemplo se encontra na lei 11.343 (Lei de Drogas), especificamente em seu art. 28, vejamos o que dispõe o texto legal *ipsis litteris*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º—O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Percebe-se que em todo o texto legal supra, não há menção da aplicação de pena privativa de liberdade, muito pelo contrário, todo este arcabouço legal, pauta-se na aplicação de medidas substitutivas. Portanto, pode-se dizer que o Direito Penal de segunda velocidade pauta-se na “não prisão” do ofendido.

5.3 Reflexões Conclusivas a Despeito da Segunda Velocidade do Direito Penal

Diante de tudo que foi trazido à baila, algumas conclusões práticas são de extrema importância para a compreensão da referida velocidade (segunda), bem como dos institutos despenalizadores da lei. 9.099/95.

1 – Pode-se perfeitamente afirmar que os institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo da lei. 9.099/95, são plenamente aplicáveis nos casos de ação penal privada, inclusive como prevê os precedentes do STJ e da colenda Turma Recursal Única de Curitiba/PR.

2 – É indispensável a adoção de um mecanismo de controle, no que tange as hipóteses de negação ou abstenção de maneira desmotivada (por parte do querelante), em oferecer as propostas de transação penal ou de *sursis*, desde que o querelado preencha todos os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão destas benesses, obviamente, nesta toada, se aplicaria a regra do art. 28 do CPP, cumulada a inteligência da sumula 696 do STF.

3 – Afim de que na ação penal privada o querelado não sofra de uma vingança privada por parte do querelante, se aquele preencher os requisitos objetivos e subjetivos para auferir o direito a transação ou suspensão condicional do processo, e negando este direito o querelante, não formulando respectiva proposta, caberá ao *parquet*, que opera na APP (ação penal privada) como *custus legis*⁷⁰, manifestar-se, seja formulando provas ou simplesmente justificando de maneira devidamente fundamentada os motivos que o impedem de conceder o respectivo benefício.

4 – Por derradeiro, não menos importante, a principal característica da segunda velocidade do Direito Penal, na ótica tripartite de Sánchez, é configuração de um avanço brilhante na ceara Penal, bem como um raciocínio poético no que

⁷⁰ Fiscal da Lei

tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, certamente a preocupação do legislador neste ponto, não fora exclusivamente com a letra da lei, tão pouco com a imputação de sanções com penas privativas de liberdades, ao invés, visou-se com os referidos institutos supra, desafogar na medida do possível o contingente carcerário, privilegiando a liberdade em detrimento a prisão. (grifo nosso)

5.4 A Terceira Velocidade do Direito Penal

O Direito Penal de terceira velocidade, é conhecido como o resgate da pena privativa de liberdade por excelência, bem como a supressão de diversos direitos e garantias penais e processuais penais. (grifo nosso)

É na verdade uma mistura entre as duas velocidades já estudadas, ou seja, a primeira e a segunda velocidade do Direito Penal, utiliza-se da pena privativa de liberdade, característica da 1ª velocidade, noutra plano, o mesmo se vale da flexibilização de garantias, tanto no plano material quanto processual, identidade da 2ª velocidade do Direito Penal.

Surge neste contexto a teoria do Direito Penal do inimigo, bem como quem seriam os denominados inimigos do Direito Penal; segundo esta ótica, este seria um Direito Penal de emergência ou de exceção.

Não visamos esgotar o tema da teoria do Direito Penal do inimigo neste sub capítulo, apenas apresenta-lo a vocês de uma forma bastante sedimentada, visto que este será especificamente esposado no capítulo seguinte.

Em idos de 1980, 1990 e 2003, um jurista Alemão, Günther Jakobs, trabalhou a ideia de uma nova concepção jurídica sistêmica, ou seja, a teoria do Direito Penal do inimigo; entendeu este que “inimigo” é aquele indivíduo que de maneira cognitiva não aceitasse se submeter as regras pré estabelecidas de convívio social.

Neste passo, o Direito Penal deveria ser dividido em duas esferas, uma destinada ao cidadão, respeitando todos os direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente previstas. Noutra esfera criou-se o Direito Penal do inimigo, tendo como característica principal a supressão de direitos e garantias fundamentais (constitucionais e legais), ou seja, um contra senso com as duas velocidades já debatidas.

Nesta mesma toada, pode-se destacar alguns exemplos em nossa legislação que de acordo com a doutrina que abarca este assunto, poderia ser considerado como aplicação prática do direito penal de terceira velocidade, vejamos: A caneleira para monitoramento eletrônico de presos; lei dos crimes hediondos (nº. 8.072/90); interceptação telefônica por prazo indeterminado; lei do crime organizados (nº 9.032/95), dentre tantos outros exemplos em que haverá a relativização de direitos e garantias, bem como a supressão de alguns. Neste plano o “inimigo” não é tratado como cidadão, portanto, não devendo perceber tratamento como pessoa pelo estado. (grifo nosso)

Em suma, pode-se destacar alguns pontos principais que poderiam considerar de fato a aplicação da teoria do Direito Penal do inimigo no contexto da terceira velocidade do Direito Penal, quais são:

I – Antecipação da punibilidade; a antecipação da punibilidade tem como característica precípua a tipificação de atos preparatórios, um bom exemplo seria o art. 208 do Código Penal. Para jakobs alguns atos preparatórios devem perceber punição. Segundo a doutrina majoritária os atos preparatórios em regra são impuníveis, sendo os casos de formação de quadrilha ou bando uma exceção.

II – Criação de tipos penais de mera conduta; sabe-se que crimes de mera conduta são aqueles em que a lei exige apenas uma ação ou omissão (conduta) por parte do sujeito ativo, não esperando eventual resultado ou consequência no plano fático, portanto, o plano consuma-se no momento da conduta. Ex: violação de domicílio (art. 150 CP) e ato obsceno (art. 223 CP).

III – Criação de crimes de perigo abstrato; destaca-se que crimes de perigo abstrato são aqueles em que a lei simplesmente descreve uma conduta,

presumindo-se que o agente ao realiza-la expõe determinado bem jurídico a perigo. Vejamos um exemplo: Art. 33 e seguintes da Lei. 11.343/2006 (lei de drogas).

IV – Flexibilização do princípio da legalidade; Neste sentido haveria aplicação discricionária por parte do estado, deixando a lei à mercê, exercendo a bel sabor as suas funções estatais.

V – Inobservância do princípio da ofensividade e da realização e ou exteriorização; em linhas resumos, traz à baila a ótica de que o crime não precisaria de fato ofender a um determinado bem jurídico, tão pouco se exteriorizar no plano fático.

VI – Prevalência do Direito Penal do autor; traduz a ideia de que o crime deve ser analisado não em face ao crime cometido, mais sim de forma subjetiva, abarcando as características que o responsável pelo mesmo ostenta.

VI – Desproporcionalidade das penas; em não raros casos, punir-se-ia crimes menos graves, com a mesma rigidez que crimes graves, uma afronta ao princípio da proporcionalidade.

VIII – Restrição de garantias penais e processuais; esta é a principal característica do Direito Penal de terceira velocidade.

IX – Rigidez na execução penal; seria o mesmo que pensar na aplicação do chamado RDD, regime disciplinar diferenciado (art. 52 da Lei. Nº. 7.210/84 Lei das execuções penais). Para alguns doutrinadores, tal característica é a identidade do Direito Penal do inimigo.

“De acordo com Silva Sánchez, a passagem (transição) do *status* de ‘cidadão’ à ‘inimigo’, seria produção de uma reincidência, da habitualidade à delinquência, por fim, a integração do indivíduo em organizações criminais bem estruturadas” (MASSON, 2010, p. 85).

Jakobs faz menção ao memorável dia 11 de setembro de 2001, data em que ocorreu o ataque as torres gêmeas na cidade de Nova York nos E.U.A, caracterizando este evento como exemplo de aplicação do Direito Penal do inimigo.

Ainda neste sentido, Cleber Masson (2010, p. 85), parafraseando Günther Jakobs destaca algumas pessoas que podem ser consideradas como “inimigos” do Direito Penal, apontando os integrantes de organizações criminosas, delinquentes econômicos, terroristas, sujeitos ativos de crimes contra a liberdade sexual, além de genericamente esposar aqueles sujeitos responsáveis pela prática de infrações graves e perigosas.

Analogicamente falando, trazendo este raciocínio de Jakobs para o nossa realidade nacional, poderia se entender como inimigos do estado ou do Direito Penal, delinquentes como “Fernandinho Beira-Mar”, “Marcola”, “PC Farias”, organizações criminosas como o “Primeiro Comando da Capital, vulgo PCC”, dentre outros. (grifo nosso)

Insta salientar que Jakobs é fundador de uma interessante e nova teoria da ação penal, o chamado funcionalismo radical, de cunho monista ou sistêmico, noutras palavras é conceder tratamento elevadíssimo a letra da lei como fator de proteção e segurança social.

Segundo Masson (2010, p. 84), elucidando o raciocínio de Jakobs, expressa que no ponto de vista deste, somente a aplicação frenética da lei é que de uma maneira ou de outra poderia implantar no entendimento da sociedade o que se deve ou não fazer.

Em suma, ao acoplar o direito penal de 3ª velocidade para com a teoria do Direito Penal do inimigo, perceberemos de plano um resultado bastante ríspido, pautado numa maior tendência ao rigorismo por parte dos poderes, neste caso, bipartido, poder legislativo e judiciário. (grifo nosso)

Não bastasse as celeumas a despeito das “velocidades” do Direito Penal acima já esposadas, surge na doutrina a discussão sobre a possibilidade de uma quarta velocidade na ceara penal, o que certamente trouxe vários desdobramentos cheios de controvérsias.

Calha destacar que neste diapasão a doutrina mostra-se pouquíssima uníssona, contrário do que ocorre em relação as velocidades acima trazidas à baila,

principalmente em relação a primeira e segunda velocidade, no que tange a terceira, ainda resta grande repulsa e abstenção sobre o tema.

Estudaremos neste próximo sub capítulo o que seria a denominada 4ª velocidade do Direito Penal, bem como perceber se a mesma é uma realidade vigente ou uma mera utopia jurídica.

5.5 A Quarta Velocidade do Direito Penal uma Utopia Jurídica ou uma Realidade Vigente?

Antes de tudo, convém salientar que a abordagem desta quarta velocidade pelos manuais de Direito Penal ainda é efêmera, A contrário *sensu* das três velocidades acima já esposadas, onde estas já recebem ampla abordagem.

Neste sentido, uma pergunta a ser feita é o que seria este Direito Penal de quarta velocidade? Logo abaixo faremos algumas indagações, bem como suas respostas que deveram ser analisadas parte a parte, vejamos: (grifo nosso)

Certa parcela doutrinária defende o surgimento da quarta velocidade do Direito penal na Itália, estando hoje relacionada ao Neo-Positivismo; tal período (Neo-Positivista) tem como característica a prevalência dos princípios, possuindo, inclusive força normativa.

Neste diapasão, o denominado Direito Penal de 4ª velocidade pode ser percebido no famigerado julgamento do Tribunal de Nuremberg na Alemanha (1945-1949), tal tribunal foi o responsável pela apuração e conseqüentemente o julgamento e a condenação dos crimes cometidos pelos nazistas, nos idos do período da segunda grande guerra mundial, bem como passou a discutir crimes contra a humanidade.

A respectiva velocidade, relaciona-se ao direito internacional. Seus destinatários são pessoas do mais alto escalão social, indivíduos que gozam de funções diplomáticas, tais como as de Chefes de Estado, uma vez que estes uma vez ferindo gravemente determinados tratados internacionais que dispusessem sobre direitos humanos, ficariam submetidos as normas de direito internacional. (grifo nosso)

Para estes casos, aplicar-se-á o TPI (Tribunal Penal Internacional), responsável pela apuração e julgamento destes indivíduos. Nesta 4ª velocidade, é perceptível a violação de direitos individuais penais e processuais penais dos sujeitos ativos dos delitos, inclusive defendido por diversas ONGs.

Alguns exemplos de sujeitos passivos de julgamento pelo TPI, segundo esta linha de raciocínio podem ser destacados, como: Muammar Kadafi, Adolf Hitler, Sadam Russem, dentre tantos outros.

Calha destacar que neste contexto de quarta velocidade penal, enquadrar-se-á somente aqueles indivíduos que ostentam posições de Chefes de Estado, que cometeram grave violação a tratados que versem sobre direitos humanos, como já fora sedimentado. (grifo nosso).

Com isso, através de uma interpretação lógica deste raciocínio supra, se por ventura houver alguma violação de tratado por parte de algum Chefe de Estado, sendo que este não verse sobre direitos humanos, não haveria que se falar em julgamento perante o TPI, uma vez que este órgão é competente para julgar apenas crimes de maior gravidade, crimes que de modo geral causa preocupação não somente na comunidade internacional, mas como em todo o seu conjunto.

Neste contexto, convém mencionar que o nosso sistema jurídico é plenamente oposto ao tribunal de exceção, o que se configura no caso em tela, vige portanto, em nosso seio constitucional o princípio do juiz Natural (art. 5º XXXVII) da Constituição Federal. Este é um dos principais motivos pelo qual tal teoria tem sido pouquíssimo aderida no Brasil, até mesmo a mérito de mera discussão jurídica. (grifo nosso)

Posto isso, pode-se considerar como crime grave, sendo alcançados pela competência do TPI, os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão, todos previstos nos seguintes artigos 5º, 6º, 7º e 8º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Nesta toada, o mero descumprimento de tratados que não versem sobre direitos fundamentais, e que não qualifique o Chefe de Estado como sujeito ativo direto ou indireto nas hipóteses dos crimes acima transcritos, não ficando submetido por tanto a julgamento perante o TPI, ficando o indivíduo sujeito a expulsão como país membro do respectivo tratado, indenizações em pecúnia, dentre várias outras sanções que em regra vem estipulado no próprio tratado internacional; bem como outras responsabilizações de Direito Internacional aplicadas em face do Chefe de Estado.

5.6 Uma Breve Síntese Sobre o TPI (Tribunal Penal Internacional), Órgão Competente Para o Julgamento dos “Inimigos do Direito Penal” Dentro do Contexto da Quarta Velocidade do Direito Penal

De uma maneira bastante resumida, faremos agora uma abordagem sobre o TPI (Tribunal Penal Internacional). Sua criação ocorreu em idos de 1998, passando a ser identificado como Estatuto de Roma, o corpo normativo deste respectivo estatuto contem 128 artigos; sua sede concentra-se na cidade de Haia na Holanda, com vigente previsão neste sentido na inteligência do art. 3º deste referido Estatuto.

O respectivo Tribunal tem como função precípua o julgamento de crimes que “lesam a humanidade”, conforme predispõe o art. 5 do referido estatuto.

Entende-se como crimes que “lesem a humanidade”, julgados pelo TPI, os de genocídio (art. 6º), crimes contra a humanidade (art. 7º), crimes de guerra (art.

8º), bem como os crimes de agressão (art. 9º), obviamente que ambos estão previstos no Estatuto de Roma.

Compreende-se como genocídio a destruição no todo ou em parte, de grupo nacional, étnico, racial ou religioso. A Lei nº. 2.889/56 expressa conceito paritário, todavia, trata-se de norma penal em branco, ao revés do respectivo estatuto.

No que tange aos crimes contra humanidade, entende-se como sendo os ataques generalizados ou sistemáticos contra população civil. Crimes de guerra são as graves violações às Convenções de Genebra (celebrada em 1949). Por fim, são entendidos como crimes de agressão as violações à Convenção das Nações Unidas 1974.

Insta salientar que este rol do artigo 5º do Estatuto de Roma sofre uma mitigação, tendo em vista a exceção prevista no art. 70 do mesmo, tal artigo prevê a possibilidade de julgamento pelo TPI, por crimes que envolvam a administração da justiça do próprio tribunal.

Neste sentido, uma outra barreira a aplicação e efetivação da quarta velocidade do Direito Penal, encontra-se justamente na ausência de tipificação de julgamento de Chefes de Estado perante o TPI na prática de crimes que “lesem a humanidade”, tão pouco nos casos da ocorrência de descumprimento de tratados que envolvam direitos humanos, neste caso se estaria fomentando novamente a criação de um tribunal de exceção.

Destacaremos alguns princípios norteadores do TPI, vejamos: princípio da legalidade-anterioridade (arts. 22 e 23); princípio da irretroatividade (art. 24), tendo em vista que tais Tribunais eram de exceção e, dependendo do caso concreto sofrera o risco de assim ser considerado, como o caso visto acima; princípio da complementariedade, situado no preâmbulo e art. 1º, traz a ideia de que a jurisdição do TPI será complementar a jurisdição dos Estados-Membros, todavia, calha destacar que a exceção ocorre nos casos de determinação de absolvição, onde o respectivo tribunal poderá julgar imediatamente.

O TPI é composto por 18 juízes (art. 38). Tais juízes possuem um mandato de nove anos, sendo vedada sua recondução. Não há concurso para ingressar como juiz membro do TPI. São 6 juízes competentes para investigações; 6 competentes para o processo e 6 competentes para o segundo grau, obviamente se houver segundo grau. O TPI julga apenas pessoas físicas (art. 25), bem como maiores de 18 anos (art. 26). O TPI não admite reservas ao estatuto (art. 120).

Uma observação muito interessante a ser destacada a despeito do TPI é que os instrumentos deste devem ser compatíveis com os do nosso ordenamento jurídico, tais como a imprescritibilidade (art. 29), a prisão perpétua (77) e o ato de entrega (art. 89).

Insta salientar que há entendimento de que o processo de extradição deverá ocorrer no plano horizontal, ou seja, de Estado solicitado para com o Estado solicitante, já o processo de entrega ocorrerá sempre no plano vertical, que compreende a entrega do indivíduo que respondera perante o TPI por parte do estado em face do Tribunal. Portanto, ambas não podem ser confundidas. No que tange a pena de prisão perpétua, deve-se verificar o caso concreto, bem como adequação ao direito interno.

Importante destacar que na atual sistemática internacional, tanto os sistemas *Civil Law* (pauta-se na lei), como o da *Common Law* (pauta-se nos precedentes), tem perdido espaço, uma vez que já se cogita a possibilidade de uma fusão entre ambos, tendo como intenção a formação de um sistema eclético.

Por derradeiro, não menos importante que o conteúdo já debatido, convém frisar que o respectivo Estatuto de Roma passou a vigor no Brasil somente em idos de 2002, através do Decreto de nº 4.388/2002.

Segundo inteligência do Art. 7º do ADCT, “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Somente em no ano de 2004, a EC (Emenda Constitucional) nº 45/2004, inseriu (acrescentou) o §4º, no art. 5º da Constituição Federal, prevendo que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Como veremos no delinear deste capítulo, a teoria do Direito Penal do inimigo, que como já fora dito, está inserido na terceira velocidade do Direito Penal, perceberemos que estas são tratadas por alguns doutrinadores como uma utopia jurídica, ao passo que para outros se trata de uma realidade, não somente uma realidade, mas também, uma questão de necessidade prática jurídica, em cuja a sociedade de um modo geral se encontra desguarnecida frente ao crime e o criminoso.

6.1 Introdução

Surge no nosso contexto social vigente, sociedade moderna, também conhecida como sociedade do risco como defende Ulrich Beck (1998, p. 25), ou para outros doutrinadores denominada de sociedade pós-moderna, dentre tantas definições, uma teoria que certamente nos gera interesse e nos prende a atenção, dispensando a priori qualquer tipo de crítica, sem que primeiro o assunto tenha sido esmiuçado e entendido.

Trata-se da fomentada teoria do Direito Penal do inimigo, referindo-se ao Direito Penal como uma ciência extensiva, relata sobre seu crescimento e aplicação na prática; com sua autoria atribuída ao ilustre doutrinador Alemão Günther Jakobs⁷¹, posteriormente ganhando adeptos mundo a fora, bem como opositores fervorosos.

Tais premissas iniciais trazidas à baila, pelo doutrinador supra, deu ao direito penal contemporâneo, um “*status* de autoritário”, que, segundo este entendimento, já se encontra há muito tempo presente no desenvolvimento da

⁷¹ Trata-se de doutrinador e especialista na ciência penal que figurou como precursor da Teoria do Direito Penal do inimigo, inicialmente na Alemanha, posteriormente galgando adeptos e opositores em todo o mundo.

sociedade como um todo. Trazendo ainda um conjunto de princípios e regras formulados em preceitos longínquos, guardando grande relação com a doutrina de Hobbes.

A respectiva teoria foi inicialmente trabalhada em meados da década de 1980, designando um novo conceito doutrinário e uma nova política criminal, que segundo Jakobs, seriam estes, plenamente compatíveis com certos aspectos do Direito Penal e do Processo Penal, que, por sua natureza, perfaz um corpo legal normativo aparentemente oposto aos princípios, garantias e fins do Direito Penal Liberal, conquistado a custo de sangue, fruto de uma luta que durou anos a fio, inclusive ainda vigente.

Basicamente, o Direito Penal do inimigo divide o direito em duas classes, a classe daqueles que se encontram dentro do direito e conseqüentemente fazem jus ao mesmo, e, a classe daqueles que estão fora do mesmo, não fazendo jus a este. (grifo nosso)

Na figura de postulado de política criminal, haverá aqui, a distinção entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo; ao passo que na esfera dogmática, ocorrera a distinção entre o que ele nomeou como pessoas de direito, e, não pessoas de direito, no amago da respectiva teoria.

Neste sentido, triviais são as palavras do Ilustre doutrinador Luiz Regis Prado (2010, p. 133), vejamos:

O Direito Penal do Inimigo constitui uma construção teórica, compatível com o funcionalismo sistêmico, fundada basicamente na distinção entre o Direito Penal de cidadãos e Direito Penal de inimigos, como polos existentes de um mesmo ordenamento jurídico, e na separação entre os conceitos de pessoa e não pessoa. Nesse sentido, o inimigo é o indivíduo que não oferece a mínima segurança cognitiva de submissão à ordem jurídica, dada sua evidente intenção de destruí-la, e, por isso, é considerado não pessoa. Caracteriza-se pela antecipação da punibilidade, pelo notável incremento e desproporcionalidade de penas, pela supressão ou redução de diversas garantias individuais no âmbito do Direito, Processo e Execução Penal. (grifo nosso)

Como bem define Regis Prado, o inimigo é um ente assistido pelo estado, todavia, este ente não receberá tratamento como pessoa, mais sim como “não pessoa”, assemelhando-se a uma “norma jurídica” ambulante, que não

perceberá em seu benefício uma série de garantias que poderia estar gozando se estivesse na condição de pessoa, muito pelo contrário, sofrerá a supressão dos mesmos.

A divisão de classes de Direito Penal do inimigo para Direito Penal do cidadão, raramente andaram de forma conjunta (em união) na ceara penal, uma vez que ambas notoriamente se contrapõem, mais devem ao mesmo tempo, respeito umas com a outras; é o mesmo que dizer: No Direito Penal do cidadão encontrar-se-ão alguns dispositivos do Direito Penal do Inimigo, ao passo que no Direito Penal do inimigo, também se encontrará alguns direito e garantias fundamentas do direito penal do cidadão.

Portanto, segundo a lógica, inimigo e cidadão são expressões antagônicas, com isso, não podendo caminhar em conjunto no que tange a sua aplicação fática (prática), uma vez que entre este não há nenhuma comunicabilidade, “um constitui a guerra e o outro o diálogo”.

Vejamos o texto que segue abaixo, a fim de que possamos melhora elucidar este entendimento:

O Direito Penal conhece dois polo ou tendências de suas regulamentações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade (JAKOBS e MELIÁ, 2007, p. 42).

Percebe-se nesta toada, que o Direito Penal será distribuído de forma diferenciada, ou seja, levar-se-á em conta os seus receptores, uma vez que se for destinado ao cidadão este percebera um determinado Direito Penal, ao passo que o “inimigo”, percebera outro.

O Direito Penal do inimigo escora-se no objetivo da neutralização, ou a destruição do inimigo do Estado; a margem deste raciocínio encontra-se o Direito Penal do Cidadão, pautando-se exclusivamente as “pessoas” do Direito. Todavia, reconhece-se que os dois institutos são paradoxais, guardando sentidos totalmente oposto: no primeiro busca-se uma política bélica, com repressão imediata ao insano,

ao passo que o segundo visa uma política de diálogo, respeitando todos os direitos e garantias fundamentais para a superação do conflito.

Nestas duas esferas distintas, podem-se dizer polos de regulamentação normativos distintos, no caso do direito penal dirigido ao cidadão, este define e sanciona delitos cometidos acidentalmente por pessoas comuns (cidadãos), pessoas que em sua essência estariam vinculadas as normas e submetidas ao Direito, e que, somente de forma casuística (incidental) acabariam por ferir as normas de conduta social no contexto onde vivem.

Por conta disso, entende Jakobs que estes indivíduos oferecem segurança “jurídica cognitiva” no seu comportamento pessoal e social, neste contexto, seriam considerados pelo direito como pessoas e, portanto, devem gozar de todos as prerrogativas inerentes aos seres humanos, tais como direitos e garantias fundamentais.

Sendo que o delito que ocorresse dentro do contexto supra, não seria compreendido como o princípio do fim daquela sociedade preordenada, mas tão somente a irritação da mesma, tratando-se apenas de um deslize daquele que o cometeu, sendo perfeitamente reparável. Assim, o indivíduo que delinuiu seria convidado a restaurar o equilíbrio da vigência normativa penal através da submissão a norma.

Para que esta celeridade possa ser uma realidade vigente, no ponto de vista dos doutrinadores favoráveis a implantação e difusão deste modelo penal, se faz necessário a supressão de alguns direitos e garantias fundamentais, novamente avaliando de forma subjetiva o crime e o criminoso, o que de plano configura uma grande insegurança jurídica.

6.2 O Que Seria o Direito Penal do Inimigo e Quais Seriam os Inimigos do Direito Penal?

O direito penal do inimigo se subentende como sendo aquele genericamente oposto ao direito penal do cidadão, uma vez que neste o seu

destinatário será apenas certos indivíduos considerados como fontes de perigo e que, por decorrência disto, devem ser parcialmente despersonalizados (desprovidos) pelo direito, tendo como justificativa a intenção de combater determinada conduta oposta ao ordenamento jurídico. (grifo nosso)

Segundo Eugênio Raúl Zafarroni (2007, p. 18), parafraseando Jakobs, tais indivíduos não são mais do que entes perigosos, que devem ser privados de alguns direitos e garantias fundamentais que são inerentes apenas aos cidadãos, “as pessoas”.

Para Jakobs, inimigo seria aquele cuja suas atitudes se mostram plenamente divergentes as regras de Direito, o que não ocorre de forma acidental, mas sim de forma duradoura e não raramente vitalícia.

Acreditar que tal definição supra é suficiente para definir quem de fato seria o inimigo da sociedade e conseqüentemente do direito penal, é totalmente inconsequente e desproporcional. Na visão de Gossel Karl Heinz (2007, p.92), o comportamento pessoal de uma pessoa, sua condição econômica, profissão, dentre outras circunstâncias, nada disso seria concreto na ceara penal, muito pelo contrário, desenvolve-se a margem do mesmo, e até mesmo da própria sociedade.

Por conta disso, a pena perderia uma das suas principais finalidades, ou seja, não seria mais reafirmar a vigência normativa da mesma, mas tão somente assegurar a existência da sociedade em face destes indivíduos objetos.

6.3 Algumas das Principais Características do Direito Penal do Inimigo

O direito penal do inimigo nos traz à baila algumas características que são a via contrária aos postulados do Direito Penal Liberal e garantista, oriundos do Estado Democrático, fruto de uma batalha arcaica e que insiste em viger, andando a passos lentos, sob o custo de muito sangue e suor de cada cidadão que de forma indireta ou direta, contribuiu e contribui para a formação desta.

Tais características são:

a) A super-antecipação da pretensão punitiva, e também da punibilidade com o discurso de se combater perigos, de forma a resgatar o *status quo ante* que vigia antes da prática delituosa, o que cegamente seria punir até mesmo meros atos preparatórios, pelo simples fato do seu autor integrar uma organização que atua a margem do direito.

b) Descabida aplicação da pena, e desproporcionalidade das mesmas, uma vez que a punição por atos preparatórios não acompanharia nenhuma redução de pena.

c) Para G. Jakobs, não é por menos que várias leis na Alemanha são conhecidas como: “leis de luta ou de combate”, afirmando que não só a Alemanha mais a sociedade de uma forma geral necessitam de um direito penal do inimigo.

d) A supressão ou diminuição de alguns direitos e garantias individuais, que segundo este é inerente somente aos cidadãos, tal supressão abrangeria duas esferas, ou seja, alcançaria a esfera material (inerente ao próprio cidadão) e a esfera processual penal (inerente a persecução penal). Para que esta ideia se torne ainda mais efetiva, o mesmo defende a inserção de determinados dispositivos de Direito Penitenciário que extirpam ou dificultem alguns benefícios a um determinado encarcerado.

Ainda neste amago de características da teoria do Direito Penal do inimigo, destaca-se que há a anulação da condição de sujeito de direito em face daquele que é considerado como inimigo (não pessoa), ampliando ainda os meios persecutórios estatais de controle e repressão dentro da esfera processual penal e do Direito Penal material, genericamente conhecida como antecipação de tutela, comum no contexto da criminalidade organizada, terrorismo dentre outros crimes. (grifo nosso)

Seguindo este raciocínio de Jakobs, percebe-se que o Direito Penal do cidadão centra-se na manutenção da vigência da norma, ainda que plenamente possível que este cidadão exteriorize atitudes que não corroborem com a lei, todavia, com a aplicação da pena será novamente restaurada a ordem normativa e social; ao passo que no Direito Penal do Inimigo visa-se o combate a certos riscos abstratos, sendo este compreendido num estado inicial, tão somente em razão da perigosidade em que supostamente este indivíduo ostenta.

6.4 Distinções Entre Pessoa/não Pessoa e Indivíduo a Luz da Teoria do Direito Penal do Inimigo

Para a exclusão de um dado grupo social de uma sociedade, necessário se faz primeiramente a exclusão do chamado Direito Penal do fato, para com isso, impugnar tendências autoritárias do já conhecido direito penal do autor, onde neste caso, se deixaria a margem o fato cometido, sendo este analisado de forma objetiva, e, passando a analisar o sujeito ativo do mesmo, ou seja o autor do fato, dispendendo a este um tratamento subjetivo, de acordo com as condições (qualidades/características) que este ostenta.

Com isso, torna-se plenamente necessária a distinção que Jakobs faz sobre pessoas e não pessoas, não somente isso se deve destacar a dessemelhança existente entre os conceitos de indivíduo e pessoa, que segundo esta ordem sistêmica não guarda similitude.

Segundo esta guisa, a palavra “pessoa” teria um condão puramente normativo, dentro da perspectiva funcionalista sistêmica, por este desenvolvida.

Neste sentido, a condição de inimigo implicaria na desconsideração do mesmo como pessoa. Com isso, aquele indivíduo que não aceitar se submeter ao ordenamento jurídico, automaticamente estaria incorrendo na sua própria ilegitimidade, constituindo assim a sua própria destruição, e assim, não poderá ser tratado como pessoa pelo estado, sendo privado de toda sorte de direitos e garantias que poderia perceber se estivesse na condição primária.

Tal privação de direitos e garantias seria lícita exclusivamente nos casos em que é reconhecida a qualidade de pessoa (depois de esta ter perdido a mesma qualidade, tornando-se inimigo), ou seja, a personalidade do indivíduo, que segundo Jakobs, não seria fruto da natureza, mas sim, e assim deve ser entendida e aceita, como uma atribuição normativa, seja ela de caráter moral, social ou até mesmo jurídico.

Para o doutrinador supra, pertenceria ao natural o indivíduo que, vivendo em um estado de natureza, não se deixa motivar por nenhum dever ou

obrigação. Ao passo que a pessoa seria o inverso, tratando-se de uma construção social, representa a expectativa à norma, entendida como condição, ou seja, a condição de observação ou não do texto legal, para depois de feito isso, poder auferir a personalidade de “pessoa” ao observador.

Noutras palavras, o conceito de pessoa é o produto, a consequência da comunicação social e por sua vez, depende, para sua atribuição a um determinado indivíduo, do grau de satisfação (observação/cumprimento) das expectativas normativas, que este (s) seriam capazes de observar e preservar. (grifo nosso)

Segundo Luiz Regis Prado e Gisele Mendes Carvalho (2005, p. 428-429), bem como a brilhante contribuição de Manuel Cancio Meliá (2003, p. 159), é notório e imperioso destacar que a distinção supra, só é coerente para a aplicação desta teoria, uma vez que o Direito jamais poderia ser tratado de forma subjetiva, tendo em vista que o mesmo pertence única e exclusivamente ao mundo dos fatos, devendo ser predestinado, referindo-se a valores, não podendo, portanto, ser extraído da esfera ontológica.

Vejamos o que dispõe a nossa Carta Magna em seu art. 5º inciso XXXIX e nosso código penal em seu art. 1º a despeito do princípio da anterioridade da lei penal ou da legalidade: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Destaca-se que tanto na Constituição Federal quanto no Código Penal a redação legal é exatamente a mesma, por isso, não se faz necessário a transcrição dos dois textos normativos, bastando por hora apenas a transcrição do inciso XXXIX da CF/88.

Ainda neste sentido, calha destacar que todas as condutas penalmente tipificadas são assim formuladas anteriormente aos delitos, vedando-se o tribunal de exceção ou *post factum*, pautado na análise das condições do acusado, dentre outras características, uma vez que se estaria violando a própria Carta Magna Nacional, mais especificamente o princípio do juiz natural (art. 5º XXXVII).

De acordo com o texto supra, torna-se líquida a conclusão sobre o menor resquício de possibilidade da aplicação da referida teoria, valendo-se do

escopo das características pessoais (subjetivas) do sujeito, uma vez que o direito penal como fora dito, não pauta-se com exclusividade a qualidade do indivíduo, mais tão somente tutela fatos anteriormente tipificados como ilícitos.

6.5 O Conflito Entre a Utopia e a Realidade Normativa Penal Brasileira

Muitas são as barreiras que a respectiva teoria encontra no nosso ordenamento jurídico, dentre elas, uma que merece especial destaque, certamente é o princípio da dignidade da pessoa humana, amplamente difundido no nosso corpo normativo.

Dentre deste enfoque, um dos fatores principais cuja qual tal teoria não merece prosperar é que, segundo a teoria do Direito Penal do inimigo, a “pessoa” teria tão somente uma concepção puramente normativa. Uma vez que todo indivíduo é portador de dignidade humana, este é um fato intrínseco a todo ser humano, portanto, não seria esta dignidade um fator proveniente de um determinado estado do ser humano.(grifo nosso)

Como fora dito tal dignidade é intrínseca, é integral e proveniente da espécie humana, não devendo nenhum ser humano ser submetido a circunstâncias que afrontem a normalidade do contexto social vigente, trata-se de um atributo ontológico, isto é, frisa-se, oriundo da espécie humana e, portanto, válido em si mesmo.

Tal princípio foi inicialmente discutido por Immanuel Kant, em sua obra “Grundlegung zur Metaphysik der Sitten” confeccionada no ano de 1785, traduzindo a respectiva obra, a mesma é conhecida como Metafísica dos Costumes.

“Segundo este estudo brilhante de Kant, as pessoas deveriam ser respeitadas com fim em si mesmas, e não como meio, ou seja, objeto” (CLARET, 2004, p. 58). Kant formulou a seguinte expressão (idem, p. 54): “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade”. Certamente se aferíssemos preços as pessoas, estas poderiam ser trocadas por outros objetos de valor equivalente,

todavia, a dignidade se encontra acima do preço, portanto, não podendo ser substituída por qualquer outra matéria.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mesmo que dizer que o ser humano deve ser o centro do direito, em especial ao Direito Penal, uma vez que este está intimamente ligado com este princípio. O ser humano é protagonista da história e da política de um país, conseqüentemente, protagonista do direito, nada mais justo que merecedor deste.

Numa sociedade que vive os ditames da democracia, a pessoa surge em primeiro plano, simplesmente por uma questão ético jurídica, dando a esta um *status* acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna um balizador determinante das mais variadas decisões, jamais podendo ser deixada a margem, uma vez ocorrendo esta exclusão, certamente haverá o abalo das bases de convivência social.

6.6 O Direito Penal do Inimigo é de Fato um Direito? como identificar o inimigo do Direito Penal?

Dentro do contexto da terceira velocidade do Direito Penal, conseqüentemente da teoria do Direito Penal do inimigo, uma pergunta pertinente a ser realizada neste contexto seria: O Direito Penal do Inimigo é de fato considerado um direito, uma vez que este possui uma ordem meramente coercitiva e destinada a indivíduos e não as pessoas?

Pensando nas circunstâncias de um estado totalitário, descobre-se que é inócua a discussão a despeito da aplicação da respectiva teoria, uma vez que toda a legislação do nosso estado democrático se destinaria a legitimar um direito penal contra os inimigos do mesmo, de uma forma geral, bem como seus aliados.

Pensando em pessoa como um conceito puramente normativo, se descobre que esta estaria sujeita as regras de imputação jurídico-penal, ao passo que as não pessoas não estariam declinadas a tais regras, não havendo sobre as mesmas qualquer expectativa normativa. Pensando numa maneira de construção

objetiva, não portando substantividade própria, a pessoa neste contexto, passaria de sujeito para objeto da ordem legal.

Segundo Bruno de Moraes Ribeiro (2006, p. 212), de tudo que se em ouvido o fim é: tal teoria é uma afronta a nossa Carta Magna como um todo, uma vez que esta consolida um estado democrático de direito, sendo que a teoria do Direito Penal do inimigo ignora o conceito de pessoa, transformando-a em um objeto, tratando-a pura e simplesmente como um instrumento normativo.

Ainda nesta toada, podemos nos valer do entendimento do brilhante estudioso Espanhol José Cerezo Mir (2006, p. 23), um direito razoável seria aquele que leva em consideração a dignidade da pessoa humana, tratando o ser humano como pessoa, ser responsável e plenamente capaz de se dirigir e tutelar através de mecanismos como sentidos, verdades e axiomas.

Dentre todo o exposto, percebe-se que não é possível auferir ao Direito Penal do inimigo um *status* de Direito. O direito deve acima de todas as coisas, reconhecer a condição de ser humano, portanto, a condição de pessoa; que por sua natureza, tem por baliza a liberdade de escolher e atuar conforme a sua vontade.

Noutro plano, surge outra grande indagação, que, sem dúvida, afronta de forma direta a segurança jurídica, e, conseqüentemente a segurança social do contexto onde a respectiva teoria se inserir; qual seja, como este “inimigo” poderia ser identificado? (grifo nosso).

Segundo tudo o que fora exposto, ainda não existe nenhum método plenamente seguro e eficaz de determinar se alguém já nasce inimigo do Direito Penal, sendo, portanto, uma característica nata aquele ser em especial, ou, se um dado cidadão poderia num determinado momento perder seu *status* de pessoa e adquirir o condão de inimigo, e em que contexto (momento) isto poderia ocorrer, por fim, valendo-se de quais critérios para tanto.

Há na verdade uma justificativa superficial apontada por Jakobs, no que tange o enquadramento destas pessoas como “inimigos”, mais nada que de forma concreta consiga de fato fazer por merecer o acolhimento do nosso ordenamento jurídico, bem como a sua aplicação no plano fático.

Para jakobs, “inimigos” seriam aquelas pessoas que decidiram se afastar, de modo duradouro ou até mesmo de forma permanente do Direito, a

exemplo dos daqueles que pertencem a grupos terroristas e organizações criminosas. Nesta toada assevera Rogério Greco (2011, p. 23), “a punibilidade se adianta um grande trecho, até o âmbito da preparação, e a pena se dirige a assegurar fatos futuros, não sanção de fatos cometidos”.

Aos preceitos de Jakobs, existem pessoas que, por sua insistência em transgredir ao ordenamento jurídico, voltam sempre ao seu estado natural, ou seja, aquele estado que vigia antes do estado de Direito; nesta toada, imprescindíveis são as seguintes palavras:

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma quem perde há de submeter-se a essa determinação. (JAKOBS e MELIÁ, 2007, p. 40-41)

Valendo-se destes preceitos supra, o Estado poderia agir de duas maneiras com os delinquentes, poderia enxergá-los simplesmente como pessoas que delinquiram, seres humanos que cometeram um erro, ou noutra plano, pode observá-los como indivíduos que devem perceber severa coação, uma vez que se encontram na iminência de destruir o ordenamento jurídico.

Sábias são as seguintes constatações:

Segundo Jakobs, o Direito Penal do inimigo, se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas. (JAKOBS e MELIÁ, 2007, p. 79-81)

Mais uma vez se percebe que a adoção da respectiva teoria seria tratar desigualmente todos os iguais e também tratar de forma desigual aos desiguais, não há aqui nenhuma ponderação de valores que nos dispense uma segurança jurídica, conseqüentemente, não deixando resquícios para um eventual acolhimento.

6.7 O Que Dizer do Princípio da Legalidade?

Observando a narrativa, pode-se sem receio afirmar que a teoria do direito penal do inimigo possui formulações inexatas e incongruentes, que por via de consequência direta, acabaria por mitigar um dos princípios vitais ao coração do nosso ordenamento jurídico, ou seja, o princípio da legalidade.

Vejamos o que dispõe o princípio da legalidade dentro do nosso contexto normativo, mais precisamente na Constituição Federal em seu Art. 5º inciso II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Portanto, de acordo com o texto supra, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, senão nos casos em que a lei expressamente determina.

Dentre a violação ao princípio da legalidade, percebe-se ainda de forma mais acentuada o desrespeito a vertente deste, no que tange a taxatividade da segurança jurídica, que em sua função precípua visa a proteção dos bens jurídicos; não obstante a tais violações, configura ainda desrespeito a outros princípios triviais, tais como o da igualdade, proporcionalidade e presunção de inocência. (grifo nosso)

De uma forma bem sucinta pode-se dizer que a referida teoria viola o princípio da legalidade de forma direta toda as vezes que a mesma tratar o ser humano como inimigo, imputando ao mesmo padrões imprecisos de desfiguração da qualidade de pessoa para “objeto” do estado.

Vejamos o que nosso ordenamento jurídico dispõe sobre o princípio da igualdade, mais precisamente no art. 5º *caput* da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Conforme previsto no texto supra, percebe-se que todos são iguais perante a lei, sem prerrogativas a nenhum gênero, garantindo-se tanto aos

brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no Brasil, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É notória a discrepância da teoria do Direito Penal do inimigo para com a constituição Federal, em especial ao *caput* do artigo 5º, uma vez que a respectiva teoria faz alusão a separação de pessoas, não pessoas e indivíduos.

Tal teoria, como fora dito, defende a ideia de que determinados indivíduos possuíram características puramente normativas, descaracterizando-se do perfil de “pessoas” conforme o seu desrespeito e ausência de observação ao ordenamento jurídico.

Os indivíduos objetos, não pessoas (inimigos), deveram sofrer mitigação de certos direitos fundamentais, em vista de um discurso chulo de um processo mais célere, visando acima de tudo a segurança jurídica. Fato este que não merece prosperar uma vez analisado frente ao nosso corpo normativo.

Para nosso ordenamento jurídico não existe nenhuma espécie de distinção entre pessoas e não pessoas, sendo que cada ser humano independente de sexo, raça, credo ou detentor de qualquer outra característica intrínseca e singular, receberá tratamento de forma genérica, não recebendo disparidade em nenhum momento por ostentar determinada característica.

Visualizar determinado indivíduo como um “inimigo”, seria antes de tudo, a formação de um “quadro mental paranoico” no juiz competente que julgaria o caso, ou seja, independentemente de quais fossem as alegações em sede de defesa, entende-se como defesa para este fim, qualquer matéria passiva de ser alegada, independente de qual fase da persecução penal. O juiz já terá intrínseco em sua consciência que tais matérias defensivas não merecem prosperar, uma vez que está diante de um criminoso, portanto, “inimigo”, que por sua vez deve perceber a devida punição, pelo simples fato de ostentar características que nem Jakobs sabe ao certo definir.

Julgar fatos de acordo com o indivíduo e não de acordo com o caso em concreto, seria o mesmo que dar aos juízes poder inquisitivo, soberano e absoluto, retroagindo num passado não muito distante, onde não havia a observação de axiomas triviais ao processo e a pessoa do processado, momento histórico que vigia a condenação de qualquer indivíduo sem a verdadeira observação do “princípio do

livre convencimento motivado”⁷², era simplesmente condenar porque assim deseja que fosse feito e ponto final, nem se quer dando a menor justificativa para as referidas decisões.

Salienta-se, contudo, que o princípio do livre convencimento motivado, numa relação de ponderação de valores, deve respeito ao princípio da igualdade, uma vez que nem o poder discricionário do magistrado poderia ferir tal princípio que é um dos cernes do nosso ordenamento jurídico.

Não há que se falar em julgamento subjetivo, persecução subjetiva, ou inquisição subjetiva, uma vez que o direito penal é abstrato, punindo o fato em concreto e conseqüentemente o indivíduo responsável pelo mesmo, todavia, sem levar em consideração somente suas características para a formulação de resultados práticos⁷³, uma vez que assim agindo, se estaria confrontando de forma direta ao princípio da igualdade, supra transcrito.

6.8 Outras Barreiras ao Direito Penal do inimigo

A referida teoria fomentada, encontra barreiras e repulsa pela doutrina de forma majoritária. Até mesmo entre os normativistas do funcionalismo sistêmico há uma voz quase que uníssona no que tange a constatação da impossibilidade entre a aplicação da referida teoria para com o Estado de Direito, deste modo, rechaçando a impossibilidade da aplicação de um Direito Penal para “momentos distintos”, quando assim se fizer mais conveniente.

Neste contexto, válidas são as palavras do sempre lúcido Luiz Regis Prado (2011, p. 95) que, parafraseia o escritor Alemão, Christian Schunemann, e este por sua vez traz brilhantes conclusões sobre as ideias de Immanuel Kant, vejamos:

⁷² É o ato pelo qual o juiz é livre para formular o seu convencimento a despeito do processo, não devendo este estar vinculado a letra da lei de forma pura e exclusiva, pelo contrário, o mesmo é “livre”, para que pautado no processo e no conteúdo probatório possa formular sua opinião e exercer sua decisão, obviamente que tal decisão não poderá violar a lei a moral e os bons costumes e ainda, esta deverá ser devidamente fundamentada “motivada”, justificada.

⁷³ Nesta toada, estaria se legitimando o direito penal do autor, como já fora debatido anteriormente acima.

Na realidade, constituem um presságio fatídico que nos exorta a defender o Direito Penal humano, que reconhece o delinquente como nosso próximo, e não o confunde com o objeto do Direito das coisas, contrariamente do que protege sua personalidade inata.

Segundo a importante disposição de Prado, a respectiva teoria configura um convite a sociedade, convite que traz como texto a oportunidade de defender o direito penal humano, reconhecendo a pessoa do delinquente como nosso próximo; sendo assim, devendo receber direitos e garantias inerente as pessoas, não sendo confundido como objeto, conforme preceitua a teoria supra.

Não bastando a constatação supra, pode-se dizer que a respectiva construção teórica do Direito Penal do inimigo, ou assuntos afins que guardam íntima relação com o mesmo, relacionam-se de forma direta com o emprego desmedido da lei penal *prima ratio*⁷⁴. (grifo nosso)

Juntamente com a aplicação da lei penal em primeiro plano, percebe-se a utilização de medidas penais de emergência, bem como a flexibilização de princípios instituídos a luz do Direito Penal liberal, refutando algumas garantias, dentre tantas outras medidas de caráter autoritário e inquisitivo, configurando uma expressa repressão. (grifo nosso)

Calha destacar, que não se pode deixar de lado que a tendência normativa pura, deslocada do que é real, pode tornar o Direito Penal num mecanismo de tutela antecipada, dissuadindo os seus operadores, sempre em nome do discurso de prevenção social com base na utilidade.

Neste plano, não pode passar *in albis*⁷⁵, as sábias palavras de Gracia Martin, (2007, p. 169), “A teoria da responsabilidade penal da imputação, não tem como referência a pessoa enquanto construção social ou normativa, mais o homem”. Como bem destaca Martin, a respectiva teoria não deve pautar-se na pessoa do acusado, mas tão somente na subjetividade do ser humano.

Ainda neste sentido destaca-se que a própria expressão “inimigo”, já gera repulsa e receio no que tange a seu acolhimento, segundo Cornelius Prittwitz

⁷⁴ Tal expressão em latim representa literalmente o sentido de em primeira razão.

⁷⁵ Passar em branco, passar batido, esquecido.

(2004, p. 44), “Tivesse ele escolhido outro nome, e teria recebido aplausos de muitos colegas”. Plittwitz é enfático em relação ao poder semântico da expressão “inimigo”, assevera que se não fosse esta respectiva nomenclatura que arrasta consigo um cunho de força extremamente negativa, certamente esta galgaria muito mais adeptos. O que fica claro é que de fato a força negativa da expressão “inimigo” é bastante clara, já gerando um sentimento de receio a primeiro plano.

Ainda em relação as críticas, destacamos as sábias palavras de Facundo J. Martin Fraga (s.d, s.p), vejamos:

Hay que agregar a ello, respecto de la cuestión sobre si el derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, o bien si por el contrario es un no Derecho, que el derecho penal del enemigo lejos de proteger bienes jurídicos (o estabilizar normas según la postura minoritaria), lo que hace es demonizar a determinados grupos de individuos, constituyendo como consecuencia un Derecho Penal de autor. Por ello la respuesta a la criminalidade no convencional, tendría que ser justamente de normalidade, negando su excepcionalidade; conforme a critérios de proporcionalidade e imputación que están em la base del sistema jurídico penal que se conoce como tradicional.

Pode-se perceber que Fraga é enfático no que tange a ocorrência do tratamento desigual em relação a determinado grupo social, dando ensejo a exclusão do mesmo, tal grupo seria “demonizado” pela sociedade como um todo, deixando de ser considerado por esta como parte do convívio social, passando a ser considerado como uma ameaça ambulante, o que de plano configura desproporcionalidade e um perigo social.

Outro ponto da teoria de Jakobs que recebe severas críticas é o fato de o mesmo diferenciar pessoas de não pessoas, vejamos o que pensa Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 266), que parafraseia Francisco Muñoz Conde, Eugênio Raul Safaroni e Themis Maria Pacheco de Carvalho:

[...] ainda que Conde reconheça o valor de Jakobs ao evidenciar a existência real, e não meramente encoberta, de um ‘Direito Penal do Inimigo’, critica-o por se restringir à mera constatação, sem analisa-lo à luz dos princípios do Estado de Direito. (grifo do autor)

[...]

Zaffaroni, da mesma forma que Conde e um dos críticos mais engajados de Jakobs, assinala que *“o sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se) seja privada de*

bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão-somente pela sua inclinação pessoal ao delito sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar” (grifo do autor)

[...] Pacheco de Carvalho assinala que *“trata al autor de ciertos delitos como enemigo es legitimar a la existencia de um Derecho penal de emergencia, com vigência excepcional y aplicación diferenciada, y tal práctica rompe com los fundamentos de um Derecho penal garantista vigente em el Estado Social y Democrático de Derecho” (grifo do autor)*

Pode-se perceber quão severas são as críticas, obviamente todas possuem o seu potencial racional, não somente isto, pautam-se na mais límpida realidade normativa, a teoria do Direito Penal do inimigo como sustenta Conde, assegura-se na mera constatação, todavia, deixa de lado a observação dos preceitos do Estado de Direito. Ainda neste sentido, como explana Zaffaroni, não há como privar uma pessoa de seus bens jurídicos, pelo simples discurso preventivo, focando-se numa suposta inclinação deste indivíduo no que tange ao potencial delitivo. Por fim, Carvalho coaduna com todo o raciocínio exposto, afirmando que o tratamento despendido pelo Direito Penal do inimigo é amplamente semelhante ao Direito Penal de emergência, que por sua vez, viola plenamente os preceitos do nosso ordenamento jurídico garantista, bem como o Estado Social e Democrático de Direito.

Gracia Martín, por sua vez, surpreende com sua linha de pensamento, a mesma não adota as severas críticas dos doutrinadores supra, pelo contrário, a mesma entende que o Direito só pode ser infringido por quem é destinatário de uma norma, e pelo discurso da teoria do Direito Penal do inimigo, só pode ser destinatário de uma norma, uma “pessoa”, portanto, qualquer que infringir reiteradamente uma norma só pode ser considerado como pessoa, o que joga por terra a ideia trazia à baila da delinquência reiterada pelos “inimigos”, vez que estes se quer podem ser sujeitos de direitos e tendentes a serem defendidos pelo ordenamento jurídico.

Convêm ainda nesta ceara de críticas, destacar algumas no que tange ao Processo Penal do Inimigo (grifo nosso).

Nosso ordenamento jurídico processual penal, nos dias atuais, tem galgado grandes mudanças e melhorias, um avanço que tem acompanhado o desenvolvimento tecnológico e racional que já alcançou o crime na mesma velocidade, pode-se destacar por ex. escuta telefônica, infiltração de agentes, dentre

outros práticas de praxe. Para que tais meios persecutórios fossem possíveis, necessário se fez sopesar alguns princípios constitucionais em detrimento a efetivação da justiça, todavia, não obstante a tais práticas, deve-se ter em mente a proporcionalidade.

Neste sentido, podemos destacar que o Estado não pode de forma alguma, equiparar-se ao criminoso e os métodos utilizados por estes. Lícito é fiscalizar e sancionar delitos, todavia, não se pode ultrapassar a legitimidade para tanto (sob o efeito de tornar-se um criminoso). (grifo nosso)

Neste sentido, concluiu-se que despende uma ampla liberdade a persecução penal, mais precisamente no que se refere ao processo penal, estaria se fomentando a insegurança jurídica ao invés de segurança, um paradoxo do que de fato se pretende, poder demais destinado a determinado órgão, é na realidade, poder de menos, uma vez que neste plano poderia se estar incentivando de forma exponencial o poder extremistas as corporações policiais, o que por sua vez, poderia (grande possibilidade) dar ensejo a um golpe de estado, semelhante inclusive, ao que já fora vivido nos átrios ditatórias brasileiro. (grifo nosso)

Por fim, percebe-se que enquanto o Direito Penal do inimigo for unicamente a expressão da força e da coação física, para a imposição e defesa da ordem social, tais preceitos conflitar-se-ão de forma direta e de maneira insuperável com o princípio da dignidade da pessoa humana, neste condão, devendo a respectiva teoria ser considerada nula de plano.

Em síntese, neste contexto, o direito de uma forma geral, deve ser ponderado, pois, como a batalha contra o exercício ebúrneo da força e da coação física, contra a luta de um poder superior, portanto, deve lutar contra o direito penal do inimigo.

6.9 O Estado Brasileiro Tem Criado os Seus Próprios Coveiros?

Fazendo uma alusão a expressão que Karl Marx e Friedrich Engels expuseram em sua brilhante obra: O Manifesto Comunista⁷⁶, pode-se perceber a mérito de analogia, que o nosso estado (país), ou seja, o Brasil, de uma forma geral, representa hoje o que a burguesia foi um dia, ou seja, detentor do monopólio estatal, compreendendo a economia, finanças, poder etc.

Todavia, percebe-se que naquele contexto histórico, a burguesia perdeu espaço e domínio de suas forças estatais para a classe social conhecida como proletário (proletariado), surgindo assim a mundialmente conhecida frase: “A burguesia criou os seus próprios coveiros”, uma vez que a classe proletária era fruto de relações íntimas com a burguesia, posteriormente voltando-se contra a primeira.

Nos dias atuais, muitas classes sociais tem sido formada pelo estado brasileiro, tais classes tem exercido papel de “coveiro” no âmbito social em cuja fora inserida, classes desqualificadas e desprivilegiadas, pode-se dizer que marginalizadas pelo seu próprio estado gestor.

No que tange ao proletário naquele contexto épico, não há que se falar em exclusão, talvez esta seja a únicas dissemelhança entre os coveiros de hoje para com os de outrora, uma vez que tal classe recebia do império Burguês benefícios e liberdade para o crescimento, seja como povo, seja como economia.

Você deve estar se perguntando, e qual é a similitude que existe entre a burguesia e o proletário daquele contexto épico para com o Estado democrático de Direito e suas classes sociais marginalizadas vigentes hoje no nosso estado?

As semelhanças são as mais variadas, uma vez que hoje o Estado de uma forma geral, gere novas classes sociais, exercendo a contenção do poder, bem como mecanismos coercitivos de exercício deste em face de toda a sociedade brasileira, semelhante ao poder hegemônico da burguesia.

Ao passo que as classes sócias marginalizadas no contexto vigente, equipara-se ao proletário no que tange a expressão “coveiro” e seu real significado,

⁷⁶ Com a primeira publicação em fevereiro de 1848.

uma vez que os proletários naquele contexto feriram o regramento jurídico burguês, simultaneamente confrontando-se ao estado e a suas regras primárias, rebelando-se de uma forma geral contra o poder, inclusive suplantando suas regras.

Como fora dito, a sociedade marginalizada dos tempos de hoje guarda íntima relação ao proletário, não no que tange as condições que este percebia do Estado burguês naquela época, como benefícios, troca de favores, favorecimento pessoal por contra prestações, dentre outros; mais é perceptível que tanto uma quanto outra sociedade, mesmo que em tempos históricos distintos, cedo ou tarde se voltaram contra o seu próprio gestor, ou seja, o estado.

Com isso, percebe-se que o Estado brasileiro de uma forma bastante sucinta, não tem dado respaldo a determinados grupos sócias, nesta toada, tais grupos tendem a corromper-se, uma vez que se rebelam contra aquele que os colocou no mundo e os abandonou.

É o que tem se visto nos dias atuais nos mais variados programas de televisão, revistas e tantos outros meios de comunicação social, comprovado inclusive estatisticamente; quanto mais pobre for a sociedade, mais deturpado estará o direito, entende-se a palavra pobre de uma forma genérica, ou seja, pobre em cultura, pobre em oportunidades, pobre em saúde, pobre em educação, saneamento, transporte, lazer, enfim, pobre na mais ampla acepção jurídica da palavra.

Certa feita, assistindo uma entrevista num canal televisivo, com a participação de um brilhante jornalista chamado Ricardo Boecha, uma das frases que o mesmo mencionou, me chamou atenção, este dizia: “O estado é o nosso pior inimigo”. (grifo nosso)

Tal expressão apesar de parecer filosófica, é, na verdade, a mais clara realidade do contexto social atual; infelizmente o cidadão brasileiro paga impostos por quase tudo que consome, mais não recebe do estado como contra prestação o devido respaldo.

Há quem defenda a ideia de que o criminoso é um fruto do nosso sistema estatal, uma vez que o estado não consegue gerir com êxito os seus preceitos legais, que, em regra, deveria conceder a qualquer indivíduo, não somente

no plano teórico, normativo, e sim no plano prático, não marginalizar um determinado grupo social.

Dentro dos mais variados direitos que o Estado deveria conceder no plano prático, pode-se destacar um pequeno rol que se encontra no art. 227 da CF/88, vejamos a seguir o texto *ipsis litteris*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Neste plano, percebe-se que o Estado, a sociedade e a família tem a responsabilidade objetiva de assegurar as crianças, aos jovens e aos adolescentes, com absoluta prioridade, direitos triviais, tais como o direito à saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária; além de assegurar a impossibilidade de sofrer qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Percebe-se quão desproporcional se faz o texto constitucional com a realidade prática, quanto mais um grupo social se vê desguarnecido dos direitos supra, certamente o mesmo começara a ditar suas próprias regras. Tal realidade é perceptível nos morros e favelas do Rio de Janeiro, em tais lugares a sociedade de um modo geral aprendeu que não pode contar com o estado, uma vez que este é seu inimigo direto.

Não resta outra saída para um cão acuado senão ladrar ou partir para o ataque, uma vez que se vê na eminência de perder coisas que nem o tempo e nem o dinheiro podem trazer de volta, todavia, a “solução” que estes grupos sociais acreditam ser a mais coerente, é, na verdade, a oposição direta ao regramento jurídico penal e processual penal do estado em que esta se encontra, caindo como peixes no espinhel.

Tal discurso parece um pouco humanístico, quando na verdade é a dura realidade nacional em larga escala, não somente nas grandes cidades metropolitanas; como exigir de um povo pobre, sem cultura e educação, que suas

atitudes sejam as mais finas e equilibradas, certamente seria uma afronta ao raciocínio lógico.

Enquanto o poder estatal do país não apresentar uma inversão de valores no que tange ao repasse de verbas para construção de obras, como escolas com um ensino de qualidade, hospitais decentes, um bom saneamento básico, dentre outras condições triviais à subsistência deste povo marginalizado, certamente o número de incidentes como, crimes, violência sexual, sequestro dentre tantos outros, continuaram crescendo, uma vez que o Direito Penal é o reflexo da condição social de um povo.

Dentro deste enfoque, sábias são as palavras de Nelson (1995, p. 53) citando Aloísio de Carvalho, vejamos:

O mundo contemporâneo passa por uma grave crise social e moral, que remonta a primeira Grande Guerra. Fendeu-se a camada de verniz que recobria os instintos egoísticos e violentos, e estes predominam na orientação da conduta humana. As normas de cultura que os séculos haviam sedimentado vêm sendo extirpadas pelas raízes ou abolidas com a mesma facilidade com que se repudiam hábitos recentes. Desintegra-se, cada vez mais, o espírito de cooperação, de ordem e de paz. A fé religiosa foi banida dos corações. Os escrúpulos e reservas ditados pelo velho Código moral saíram de voga, como fraque e a barba ando, e um exacerbado egoísmo desembestou na steeple chase do “cada um para si, custe o que custar.

De acordo com esta brilhante assertiva de Hungria percebe-se que a sociedade atual vive um momento preocupante, a preocupação desta sociedade é tão somente com o seu “eu”, deixando de lado valores importantíssimos como a caridade e a preocupação com o próximo.

Tal sociedade tem crescido sob a pressão de que é preciso saber viver num ambiente extremamente perigoso, onde confiar no próximo é um risco, ajudar é perda de tempo e dinheiro.

Tal raciocínio social, somente será invertido a partir do momento em que o estado dispensar um melhor tratamento para com estes grupos sociais marginalizados, que conseqüentemente uma vez tendo percebido este novo tratamento, se sentiram parte deste meio, *pari passu* a isso, haverá de forma consciente ou inconscientemente a diminuição de ilícitos e, secundariamente a diminuição de insegurança jurídica por parte da sociedade de um modo geral.

7 A SOCIEDADE DO RISCO

Neste contexto debatido é indiscutível a contribuição da brilhante obra: A Sociedade do Risco lançada por Ulrich Beck em meados da década de 90, mais precisamente em 1986, a respectiva obra ajudou de forma horizontal para com a percepção do contexto social vigente. Não há como se falar de sociedade do risco sem se lembrar da figura deste brilhante sociólogo.

Beck desde outrora já conseguiu enxergar no futuro a realidade do povo de hoje. Há 20 anos atrás fenômenos como terrorismo não era uma realidade vista a olho nu, hoje em dia se trata de uma realidade quase que mundial, em grande parte, estes incidentes terroristas são oriundos de questões religiosas.

Na respectiva obra, Beck demonstra quão forte seria a influência dos poderes tecnológicos e econômicos, poderes que contribuíram de forma direta para a formação da sociedade como um todo. No delinear deste respectivo sub-capítulo entenderemos melhor a ideia inicialmente trazida por Beck, posteriormente galgando adeptos que a difundiu mundo a fora, bem como justificaram para criação de novas teorias como a teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

Antes de adentrarmos ao assunto no que tange aquilo que a doutrina nomeou como “sociedade do risco”, necessário se faz uma análise previa sobre o que representa a expressão risco.

Risco nada mais é do que o perigo, seja direito ou indireto cuja o qual uma pessoa fica exposta, decorrentes de fatores humanos ou naturais. Portanto, trata-se da superveniência de um fato negativo. (grifo nosso)

Com este conceito sintético e vulgar em mente, pode-se concluir ainda que o risco é algo inerente a condição do ser humano, sendo condição *sine qua non* da existência humana.

Todavia, é necessário destacar que o convívio em sociedade maximiza estes riscos, uma vez que o elevado número de pessoas e coisas pode de forma direta ou indireta colocar em risco a vida de um determinado indivíduo. Pode-se

dizer, quanto maior for a relação entre pessoas e coisas maior o risco inerente da mesma.

A compreensão fica mais clara se analisarmos o referido tema a luz de um contexto histórico. Após a Revolução industrial houve o chamado (êxodo rural), ato pelo qual as pessoas migravam da zona rural para as áreas urbanas, tendo em vista o aumento da tecnologia bem como das oportunidades de emprego, *pari passu* gerou o gritante aumento populacional. Ocorre que com toda essa migração, a cidade não possuía condições infraestruturais para suportar este contingente populacional, o que culminou com o elevado desemprego e formação de sociedades marginalizadas.

Ainda no que tange ao gritante aumento populacional e desemprego, destaca-se a incidência da criminologia em larga escala, tendo em vista ter sido esta a maneira que os habitantes daquele contexto social hostil encontraram para sobreviver. Os empregadores valendo-se da oportunidade e da carência do povo implantavam jornadas de trabalhos estratosféricas, ultrapassando as condições físicas do ser humano, bem como trabalho forçado, ambientes insalubres, mão de obra infantil e ausência de remuneração digna, um risco exposto à saúde de qualquer ser humano.

Subtraem-se como consequência, fatores como crescimento e surgimento de doenças e pragas, crimes em larga escala, mortalidade infantil, dentre tantos outros. É mister que a gama de benefícios trazidos pela revolução industrial, todavia, está também pode ser considerada a difusora de riscos sociais.

Este fenômeno de crescimento populacional é vigente no contexto mundial contemporâneo, com o advento dos meios de comunicação em massa e a globalização, as pessoas tornaram-se mais próximas. As notícias circulam o globo em tempo real, há uma conexão entre raças, culturas, religiões e povos de um modo geral, a distância diminuíram no século XXI bem como o tempo.

As linhas aéreas possibilitam atravessar o globo terrestre numa questão de horas, os países e continentes tornaram-se mais próximos, obviamente não de forma estrutural, mais sim no que tange a possibilidade de acesso. As tecnologias dos dias atuais não serão as mesmas do amanhã, todo este crescimento preocupou Ulrich Beck, cujo qual nos versaremos mais adiante.

Esta “revolução digital”, exige de nos seres humanos uma atenção redobrada, devemos sempre mantermo-nos informatizados, para que não venhamos a ser deixados de lado no mercado de trabalho e na vida. Da mesma maneira que ocorria na revolução industrial, nos é exigido celeridade e precisão, sob pena de exclusão do rígido mercado de trabalho do século vigente.

Conseqüentemente, assim como no contexto da revolução industrial, o número de desempregados é uma crescente, estes indivíduos que não conseguindo encontrar meios lícitos para sua subsistência, se amealham no crime, o que de forma invariável coaduna com o aumento da criminalidade, principalmente nos grandes centros urbanos, onde a infraestrutura é insuficiente para suportar o contingente populacional.

A todo isto pode se somar o número insuficiente de funcionários do Estado, tais como policiais, juizes, promotores, escreventes, dentre outros, agindo com a principal finalidade de prevenir e reprimir a criminalidade e a corrupção destes entes e de outros setores destaca-se ainda a falha no sistema educacional brasileiro, dentre outros inúmeros fatores que não comportam uma abordagem mais profunda.

Neste contexto da era digital em cuja a sociedade se encontra, a criminalidade criou asas, novos tipos penais surgem constantemente, tutelando crimes anteriormente impensáveis, sobrecarregando a legislação brasileira, tais crimes encontram respaldo justamente nesta facilidade de comunicação da era digital, com o amplo acesso a informação. Destaca-se os crimes virtuais, os crimes contra a ordem tributária, econômica etc.

No que tange a produção, merece ficar esclarecido que o avanço digital também trouxe melhorias na escola produtiva e econômica, uma vez que a gama de produção dos dias de hoje são muito mais efetivas e evoluídas do que fora a dez anos ou 20 anos atrás, tendenciosas a serem menos produtivas daqui a 10 anos. Todavia, com a expansão produtiva pode-se perceber os prejuízos gerados ao meio ambiente, bem como a própria sociedade por consequência.

A preocupação com o meio ambiente tornou-se efetiva a pouco tempo atrás, o que infelizmente não se pode evitar prejuízos que o meio ambiente já havia sofrido anos a fio, tais como desmatamentos, pescas e caças clandestinas e

poluições, dentre tantos outros. A verdade é que até os dias atuais a fiscalização e a prevenção destes insanos são de caráter complexo, todo este prejuízo ao meio ambiente tem como discurso o desenvolvimento econômico.

Diante deste breve contexto histórico, o que podemos concluir é que de fato os riscos sempre serão inerentes à vida, *interim* tais risco elevar-se-ão com a inserção de novas tecnologias, onde estas proporcionaram de alguma forma o contato com elementos físicos, psicológicos e sociais, tanto com a natureza (planeta) quanto com a raça humana.

Tais riscos, em sua maioria nascem com a expansão tecnológica (inclusão digital), surgem justamente com a vã finalidade de tentar eliminar ou meramente diminuir os riscos já vigentes anteriores a estes. Tal assertiva pode ser percebida com o surgimento das empresas de cosméticos, drogarias (remédios) e até mesmo nucleares, tendo como finalidade o auxílio das pessoas no tratamento de doenças e etc., Todavia, isso por si só gera inúmeros riscos sociais. Nesta toada, destaca Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 37):

De outro lado, estabelece-se uma segunda distinção entre riscos controláveis e riscos incontroláveis. Se a modernidade criou mecanismos para dominar a natureza e controlar perigos e riscos, acabou dando causa ao surgimento, acabou dando causa ao surgimento de outros riscos, que escaparam do controle de suas instituições.

Com tudo isso se percebe que na sociedade modernas que a cada dia se envolve em riscos em virtude de todos os fatores já esposados, existem, portanto, duas modalidades de risco, aqueles oriundos da natureza humana, bem como aqueles decorrentes da criação dos seres humanos, com a vã finalidade de superar risco primários.

Existe um grande problema na criação de riscos pelo ser humano, todos os riscos criados pelo homem são em regra de difícil controle, tendo em vista que estes apresentam uma natureza sofisticada, estando inclusive muito acoplados no contexto da sociedade, bem mais que os primeiros. O segundo risco torna-se tão comum para a sociedade quanto o anterior, contudo, a dissemelhança entre os dois, ocorre porque no ultimo não é possível uma eventual eliminação pelo estado.

Neste caso é possível destacar como exemplo as armas de fogo. No início os primeiros crimes praticados pela raça humana não se realizava com armas de fogo, o que podemos perceber no primeiro capítulo deste singelo trabalho.

Com o surgimento das armas fogo, inicialmente elas tinham como função exclusiva proteger determinado grupo social de outro grupo, bem como para a caça e proteção de animais perigosos, mais recentemente passou a ser utilizada na repressão da criminalidade.

Contudo, como é de perceptível visualização, as finalidades primárias das armas de fogo foram completamente invertidas nos dias atuais, tendo em vista que a criminalidade de uma forma geral vale-se destes instrumentos para práticas ilícitas. Trata-se do poder destrutivo e protetivo, criado pelo próprio ser humano, sendo usado contra si mesmo.

Sabe-se agora que a função inicial foi inicialmente criada com propósito de mitigar riscos naturais a existência humana, contudo estes próprios objetos se tornaram um risco muito maior para a sociedade, risco este que o estado brasileiro infelizmente não consegue controlar.

Neste plano, merece observação a distinção de dois momentos neste contexto de sociedade do risco, o momento do surgimento (criação destes riscos), e o momento da configuração (existência) destes riscos na sociedade.

No momento em que a sociedade reconhece a existência deste risco à mesma passara a ser considerada como sociedade do risco, vivendo sempre apavora e na busca frenética de superação deste, bem como esperando um milagre do poder legislativo para a confecção de um ordenamento jurídico perfeito.

Segundo o brilhante sociólogo Ulrich Beck (1997, p.12), esse fenômeno é conhecido como “modernização reflexiva”; neste sentido, relevantes são as palavras de Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 31):

A reflexibilidade refere-se à transição autônoma, indesejada e despercebida do modelo da sociedade industrial para o da sociedade de risco. Sendo assim, pode-se dizer que o principal aspecto desse mecanismo de transição é exatamente sua irreflexão e sua não-intencionalidade – aliás, para Beck, é exatamente a abstração dos fenômenos causais que conduz à sociedade do risco.

Portanto, a reflexibilidade coaduna estes dois momentos do risco, inicialmente o seu surgimento, posteriormente o seu reconhecimento pela sociedade, por fim, de forma consequencial, impõe a demanda por parte desta no que tange a superação do mesmo.

7.1 A Sociedade do Risco x O Direito Penal do Inimigo

Superada as considerações supra, é hora de nos voltarmos sobre a impossibilidade da aplicação do Direito Penal do inimigo, mesmo diante de uma “sociedade do risco”.

Neste contexto, faz-se necessário destacar que aqueles que defendem a possibilidade da aplicação do Direito Penal do inimigo em nosso OJ (ordenamento jurídico), deveriam acima de tudo, analisar com melhor profundidade a sociedade como um todo, não somente a suposta necessidade por um rigorismo penal.

O Direito Penal do inimigo, como já deu para perceber durante o transcorrer desta obra, deixam de lado alguns preceitos triviais, principalmente no que tange a natureza humanística do indivíduo, o mesmo preocupa-se somente com a letra da lei de forma fria e direta.

Acoplar o respectivo Direito Penal do inimigo ao nosso contexto normativo e social certamente será lutar contra o inevitável, ou seja, tentar superar riscos que o próprio estado insiste em gerar trata-se de correr em círculos, seria atribuir a sociedade, características de um período bélico.

Como fora esposado acima, é o próprio sistema estatal que tem formado os seus criminosos, aumentado assim os riscos sociais, posteriormente a sociedade ao reconhecê-los “modernização da flexibilização” clama por justiça, ao passo que esta justiça por conta do estado não consegue ser exercida, tendo em vista as dificuldades para superação do crime.

Sabe-se bem que não deixaram de existir sociedades marginalizadas, muito pelo contrário, a tendência é que este contingente cresça de forma progressiva, tendo em vista o crescimento populacional, cumulado a ausência de

controle de natalidade no nosso país; um plano do governo para melhorar a economia, conseqüentemente aumentando a mão de obra, consumo, custos, impostos, enfim, tudo aquilo que possa mover a máquina estatal.

Infelizmente o estado gestor esqueceu-se de suas proles; a cada dia que passa, as classes sociais mais abastadas continuam melhorando suas condições econômicas, ao passo que o contingente marginalizado continua crescendo, ainda de maneira mais desenfreado do que o primeiro grupo; mostra-se a disparidade o descontrole e a luta contra o inevitável, ou seja, o distanciamento dos dois polos sociais, a sociedade do luxo para com a sociedade do lixo.

Sendo assim, o número de criminosos e de crimes será simplesmente uma realidade fática, tal realidade está longe de ser afastada. Confabulando o assunto, pode-se dizer que a criminalidade e o criminoso se tratam de um fruto de uma árvore viçosa, ou seja, a sociedade é a respectiva árvore, sendo que esta não deixará de produzir seus frutos, muito pelo contrário, aumentará sua produção, uma vez que o senso de exclusão social para as sociedades marginalizadas serviria de adubo, e a sensação de insegurança das sociedades abastadas servia de fertilizante.

Segundo os defensores da proposta de implantação do sistema penal extremista, juntamente com todos os preceitos deste, o mesmo viria não somente coibir os delinquentes, bem como auferir segurança jurídica a sociedade de um modo geral que clama por ajuda, nesta feita, estaria sanada as lamurias do povo. Percebe-se assim um Direito Penal *pro societate* às avessas.

Na década de 80 ainda vigia os preceitos do direito de Marques de Beccaria, tal realidade foi cedendo espaço pouco a pouco, como já fora esposado, nos anos 90 Jakobs começou a trabalhar suas teses sobre um novo direito penal, tais estudos tomaram o plano fático com muito maior propriedade após os atentados as torres gêmeas dos E.U.A em 11 de setembro de 2001.

Segundo seu discurso, o direito penal do inimigo não se trata de um modismo, tão pouco uma teoria, trata-se de uma política criminal que já permeou o mundo inteiro e, é esta a realidade que continuará a vigor.

Há somente 20 anos atrás a legislação penal extravagante nas bancas da faculdade era uma matéria optativa, hoje em dia existem mais de 126 legislações

esparsas que versam sobre Direito Penal. Nos dias atuais sair da faculdade e não conhecer legislação extravagante sobre a matéria de Direito Penal é o mesmo que não conhecer o mesmo.

O que demonstra de plano que os riscos criados pelos estados continuam a serem gerados, trata-se de uma cadeia, o estado marginaliza determinados grupos, a sociedade abastada em regra, passa pelo processo de reflexão, posteriormente aumenta a sensação de insegurança de um modo geral, o que dará ensejo ao clamor social, que com isso movera o poder legislativo a fazer novos enxertos na legislação penal, o que convenhamos, não tem ajudado em muita coisa, pelo contrário, é apenas uma massagem no ego da sociedade.

Logicamente falando, produzir legislações penais extravagante faz com que cada vez menos o povo Brasileiro de uma forma geral saiba o que é permitido ou não pela lei. Por conta disso, quase ninguém sabe que produzir açúcar em casa é crime (Art. 1º do Decreto-lei nº 56, de 1966); molestar cetáceos (Art. 2º da Lei. Nº 7.643/87), dá ensejo a uma pena de cinco anos de detenção, ao passo que o homicídio culposo tem uma pena de três anos, uma verdadeira disparidade. (grifo nosso)

O Direito Penal deixou à tempos de ser um Direito de *ultima ratio*, razão pela qual se justifica toda essa tipificação extravagante, o Direito Ambiental é importantíssimo, mais tipificar condutas para tudo gera uma hipertrofia legislativa, sem sombra de dúvidas.

Hoje em dia cabe transação penal, *sursis*, composição civil, regime semiaberto para uma gama de crimes, tal fato só fomenta a sensação de insegurança da sociedade de um modo geral, onde esta se coloca a espera de uma nova norma que venha suprir as suas necessidades.

Em 1995 se implantou no ordenamento jurídico Brasileiro os respectivos institutos supra, através da Lei. 9.099/95, com a precípua finalidade de conter o crescente contingente carcerário, privilegiando a liberdade do indivíduo em detrimento a prisão, todavia, a respectiva medida mostrou-se insuficiente. Em 1998 cria-se as penas restritivas de direitos para crimes de até 4 anos, dentre outros requisitos, também mostrando-se insuficiente.

Não bastando as medidas já adotadas, o código penal recebeu uma nova cirurgia normativa, modificou-se o art. 43 e ss. do mesmo, inclusive pondo fim ao exame criminológico obrigatório para os casos de progressão de regime. Criou-se o instituto da remissão, ou seja, a cada três dias trabalhados descontam-se um dia de pena. Há inclusive uma discussão em tramite sobre a possibilidade de progressão de regime nas hipóteses em que basta o indivíduo saber ler e escrever.

É notória a impunidade, com toda razão a sociedade de um modo geral se sente oprimida, esta hipertrofia normativa não tem curado o câncer social, pelo contrário, tem somente medicado este, tem-se priorizado a liberdade acima da punibilidade, faz-se de tudo para manter o indivíduo solto, também convenhamos, onde inserir mais presidiários? Nosso contingente carcerário está mais que superlotado. (grifo nosso)

7.2 Possíveis Formas de Superação dos Conflitos Sociais no Contexto da Sociedade do Risco sem a Utilização do Direito Penal

Destacaremos agora três formas de superação destes riscos e conflitos no âmbito da sociedade do risco, entretanto, sem a utilização do Direito Penal, tão pouco com a aplicação do Direito Penal do inimigo, para que de alguma maneira esta realidade social de opressão e insegurança possa ser mudada, bem como a falsa expectativa por um ordenamento jurídico perfeito por parte da sociedade em geral, pois bem sabemos que isso é uma mera utopia jurídica.

1 – Em primeiro lugar, destaca-se a importância da família para o contexto social, bem como é perceptível pela redação do art. 227 da CF, como já bem fora esposado acima. (grifo nosso)

À cerca de 20 anos atrás o casamento era tido como uma instituição “sagrada” para as famílias brasileiras, o índice de divórcio nesta época era quase que irrisório, se compararmos aos dias de hoje, certamente nos tomaríamos um enorme susto, tendo em vista que a média de duração dos casamento no Brasil tem sido diminuída a cada dia.

Conforme uma importante revista de circulação nacional, pode-se destacar uma pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), que traz à baila um número estatísticos que demonstra a crescente onda de separação no Brasil, vejamos o que dispõe uma importante matéria da jornalista Pollyane Lima e Silva (2012, s.p): publicada na revista VEJA:

Os casamentos estão durando cada vez menos no Brasil. A maioria dos casais (56,5%) está se divorciando antes de completar 15 anos de união, apontam as Estatísticas do Registro Civil 2011, divulgadas pelo IBGE nesta segunda-feira. Não completam uma década 41,6% deles. As dissoluções registradas no ano do levantamento tiveram proporção mais elevada entre os casamentos que tinham entre 5 e 9 anos de duração: 20,8% do total. Contudo, o grupo que mais chama a atenção é o que esteve junto pelo período de 1 a 4 anos: na última década, o percentual de divórcios entre eles mais do que dobrou, passando de 8,5% em 2001 para 19% em 2011. Os que nem chegaram a completar um ano de casados, e que antes não constavam entre as dissoluções, agora já representam 1,8% do total.

Através da pesquisa acima transcrita, podemos perceber quão invertidos estão os valores morais, bem como os preceitos familiares da sociedade contemporânea, vivemos uma época de promiscuidade e quebra de antigos preceitos “sacros”, vivemos na era do pode-se tudo e quem discorda certamente merece severa punição.

Particularmente falando, posso bem dizer que recebi uma boa educação, a cada resposta mal direcionada aos meus pais, estes passavam a exercer sobre mim o fenômeno da “socialização primária”, fenômeno devidamente aprofundado pela ciência da psicologia. A cada tapa recebido pelos meus pais, eu começava a discernir o certo do errado, conseqüentemente não precisei futuramente conhecer o crime de desacato previsto no art. 331 do CP.

Hoje em dia ninguém tem mais tempo para cuidar dos filhos, homens e mulheres possuem várias jornadas de trabalho, por conta disso, o que eles fazem? Colocam seus filhos nas escolas e dizem, eduquem para mim, não exercem mais de uma forma direta, o seu papel de pai, socializando primariamente suas proles, deixando seus filhos a bancarrota, criando assim riscos à saúde moral de suas proles.

Futuramente estes pais se questionaram, onde eu errei? A resposta é sempre óbvia, você errou desde o iniciou, o processo de socialização primária do

seu filho foi efetivado por terceiro, e não raramente é o próprio mundo quem ensina, só que, infelizmente, o método de aprendizagem do mundo gera máculas na vida das crianças, problemas que cedo ou tarde repercutiram na sociedade de uma forma geral.

A participação da família na formação social e cultural da criança é de severa importância, tais atividades como: participar das reuniões escolares, bem como acompanhar o rendimento estudantil, disponibilizar lazer e acesso à cultura as crianças, dentre tantas outras atividades, é necessário ser adotadas de forma urgente pelas famílias brasileiras, a fim de diminuir o quanto possível o índice de crianças sem princípios, conseqüentemente, um aumento a probabilidade da ocorrência de insanos.

Uma vez não realizado este controle básico de educação e formação, a criança ficara sujeita a toda sorte de riscos, tanto naturais como aqueles oriundos da criação do homem, por ex. uma criança que não foi ensinada que o envolvimento com drogas é errado, certamente se envolverá com estas e, conseqüentemente será um deflagrados de riscos para o seu contexto social.

Segundo a teoria do Direito Penal do inimigo, dependendo da reiteração as atitudes delituosas por este indivíduo, o mesmo não deverá ser considerado cidadão e sim inimigo, deixando seu *status* de pessoa e aderindo o condão de “norma viva”, carecendo de alguns amparos legais, tal teoria é fria e não merece prosperar, pois não leva em conta o contexto social vigente, mais tão somente a suposta ostentação de más características.

Por fim, é de suma importância a melhoria dos padrões familiares, bem como o processo de socialização primária, afim de que assim possamos diminuir os riscos inerentes de uma má formação educacional e cultural de uma futura geração.

2 – Num segundo plano pode-se destacar a importante função da religião, entende-se como religião uma atividade pela qual o indivíduo busque respostas para as suas mais variadas contradições pessoais, bem como alívio para seu alma. (grifo nosso)

Neste contexto, se enquadraria qualquer gênero religioso, seja protestante, católico, espírita, enfim, qualquer uma que possa ajudar o indivíduo que a busca a se encontrar internamente.

Ainda parece obscura a ajuda da religião? Pois bem, pensamos no seguinte exemplo: um sujeito que perdeu a sua família num acidente de carro, tal sujeito encontra-se desiludido e a ponto de tirar a sua própria vida jogando sua motocicleta na frente de outro carro, fato que colocaria não só a sua vida em risco, como também a de outras pessoas; ao entrar num culto um Pastor está ministrando a seguinte palavra:

VS - 28 - Vinde a mim, todos os que estais cansados e oprimidos, e eu vos aliviarei.

29 - Tomai sobre vós o meu jugo, e aprendei de mim, que sou manso e humilde de coração; e encontrareis descanso para as vossas almas.

30 - Porque o meu jugo é suave e o meu fardo é leve. Livro do Evangelho segundo escreveu Mateus: CAP. 11. VS. 28-30, (1995, p. 1409).

Ao terminar de ouvir o respectivo sermão, o indivíduo de uma forma inexplicável e magnífica converte completamente seus planos, desiste da ideia de suicidar-se e passa novamente a amar a sua vida.

Todos aqueles que desfrutam de uma boa experiência tende como regra geral repetir esta, uma vez que aquilo traz prazer para sua alma e alivia as suas dores, com isso, o respectivo indivíduo que outrora estava a margem de tirar a própria vida, hoje aprendeu valores e princípios que muitas vezes não teve oportunidade de aprender dentro de casa ou com a própria vida, passando inclusive a compartilhar de suas boas experiências com os seus próximos, diminuindo assim a uma eventual incidência nos riscos naturais ou criados pelo próprio ser humano.

A boa religião em si tem como finalidade ensinar valores, não somente valores “sacros”, pautados na palavra de Deus ou numa outra doutrina, o que dependerá da religião obviamente, mais também ensinar valores sociais, morais e culturais, pois como fora explanado, muitos indivíduos não tiveram oportunidades de aprender tais valores num processo de socialização primária.

Através da religião pessoas desiludidas, com os corações amargurados, sem rumo, perdidas, não precisaram conhecer o direito penal, uma vez que estas aprenderam bons valores nestes locais, focalizando assim seus princípios, dirigindo-se de forma racional no âmbito social.

Em contra partida podemos perceber que vivemos numa época em que nunca se viu tanta mudança de religião assim. Hoje em dia a religião predominante no Brasil é o catolicismo não praticante; nunca se houve antes tantas hipóteses de religião, Teísmo, voltar para o útero da mãe, meditação transcendental, etc. Nunca uma geração viveu desta forma tão desesperada e medrosa.

Nossa geração é conhecida por filósofos e históricos como: sociedade do risco como por ex. Ulric Bech sociólogo Alemão, este ainda afirmava: a vivencia das dores é muito mais intensa quando vividas.

De uma forma irrefletida aquele que sofreu um incidente penal vivenciando um processo de dor, ao passar num local onde sofreu este problema, de forma inconsciente, é como se a sua mente enviasse uma mensagem para o mundo: irei sofrer de novo, serei novamente assaltado no mesmo local, o bandido novamente está ali mês esperando.

Os fatores acima tratados devem ser cuidados em etapas, uma vez que se a família falhar no processo de socialização primária, nem sempre a religião conseguira exercer este processo com êxito. Uma vez existindo uma boa socialização primária, certamente o índice de migração e criação de religiões se tornara muito menor, assim como a incidência do Direito Penal.

3 – Num último plano, pode-se destacar a figura da Hipertrofia legislativa. A hipertrofia legislativa nada mais é do que o excesso da produção de leis penais no nosso país, como bem ensina Beck, quando vivemos numa sociedade do risco a única vacina seria a aplicação do Direito Penal. (grifo nosso)

Como se pensa em melhorar uma sociedade onde se busca proibir o princípio da universalidade da investigação através da Pec. 37 (Projeto de Emenda à Constituição). Em regra a sociedade já vivencia os riscos de uma forma mais severa do que realmente são, mais a sociedade atual tem se superado esta ideia, o risco tem se transmitido em tempo real.

Dentro de este enfoque, calha destacar o importante papel da tecnologia da informação, bem como os bônus e ônus deste meio de comunicação social em massa.

Há vinte anos se fizéssemos uma reflexão sobre qual seria o ambiente social mais democrático, onde obviamente os seus frequentadores estariam em

paridade de condições, não seria necessário demorar muito tempo para chegarmos à conclusão de que as praias eram estes ambientes. Hoje em dia pensar em democracia seria o mesmo que pensar em comunicação móvel, através dos aparelhos celulares, quase todo mundo tem um celular, a telefonia móvel uniu os mundos, este é um dos bônus da tecnologia da informação.

O contra ponto disso seria a frieza nas relações pessoais diretas, o toque no rosto e as palavras românticas ditas ao pé do ouvido da amada tem sido substituída mensagens de aparelhos celulares, como que expressando que os seres humanos não carecessem mais do contato físico, bastando o contato audiovisual através dos mais variados tipos de aparelhos tecnológicos.

O ônus ainda seria: a associação de fatos consolidam valores que geraram normas, a telefonia móvel não aproximou somente o mundo das sociedades mais civilizadas, a mesma também aproximou o criminalidade da sociedade, uma vez que os presidiários conseguem comandar o crime através destes aparelhos de dentro do presídio.

Hoje é possível assistir online e em tempo real as bombas que caem na Síria, os cristões sendo perseguidos e mortos pelo regime comunista, a tragédia na boate de Santa Maria no Rio Grande do Sul, a desgraça é convidada todos os dias à cear em nossa casa diria Beck.

O erotismo foi implantado através da tecnologia da informação, as crianças de hoje estão precocemente sensualizadas, mais um ônus. O contra ponto desta gama de acontecimentos fatídicos é a quantidade de boa informação disponível, celebres doutrinadores como Tobias Barreto, Nelson Lira, antes só podiam ser vistos nas melhores bibliotecas do Brasil, hoje em dia basta um clique.

Nesse jaez, destaca-se que para navegar na internet necessário se faz saber navegar, tendo em vista os riscos que corremos somente em acessar a página inicial do Google, basta um clique num spam para que nossa conta bancária seja violada, são os bônus e ônus que Beck apresenta com tanta propriedade desde há 20 anos atrás, obviamente não com estas palavras, mais já na percepção de alguém que viveu nos dias atuais.

É preciso nos tornar livres, a tecnologia da informação gerou para esta geração a vivencia de riscos subjetivos numa escala avassaladora, uma sociedade

medrosa que vivia medos o tempo todo, cumulada a uma mídia sensacionalista, crise das demais formas de controle social.

Nossa sociedade brasileira possui um “doutrinador” de horário nobre Joé Luiz DATENA ele é a voz da sociedade brasileira, a gente não entende que angústia e sofrimento faz parte do nosso crescimento “a gente não aguenta mais sofrer”, exclama os espectadores das sanguinolentas tardes dos noticiários.

Tudo isso aliado a um congresso nacional moroso e com um discurso econômico, coaduna com aquilo que Jakobs inicialmente identificou como: hipertrofia legislativa. Pão circo e lei penal. Várias destas normas de direito meramente simbólico, parece que vão solucionar, quando na verdade só amacia o clamor social, sangram o princípio da proporcionalidade que expressamente veda a proteção estatal de forma deficiente.

Temos como exemplo recente normas penais que protegem crimes pela internet, pergunta-se foi alguma pessoa humilde que teve seu nome estampado no corpo da lei? Obviamente não, a Lei Nº 12.737/2012, mais conhecida como lei Carolina Dieckmann, só veio à tona porque o sujeito passivo deste crime cibernético era justamente uma artista de renome, até quando se criaram normas de exceção, buscando amenizar a angústia de colarinhos brancos?

Tudo hoje em dia é sexta básica, menor potencial ofensivo. Ninguém conseguiu perceber que nossa sociedade continua crescendo, continua sendo maltratada, continua sufocada, e, mesmo assim ela permanece na expectativa do surgimento de uma lei penal nova que solucione de fato estes problemas vigentes, e cada vez que aparece um famigerado fenômeno midiático, a comunidade de forma geral se movimenta, girando sempre círculos.

Nesta toada vejamos o que sabiamente já dizia Tobias Barreto (Record, 1990, p. 78): “Para que o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou”. A sociedade precisa urgentemente deixar de ser este cão estúpido e parar de querer remediar este câncer social, que se chama hipertrofia normativa.

Por fim, dentro das três alternativas acima transcritas, destaca-se que sua efetivação somente será possível quando houver o devido comprometimento das nossas autoridades políticas que nos representam, tais como campanhas de

conscientização nas escolas, no que tange o risco das drogas, o não envolvimento com o tráfico etc., como já existe o PROERD (Programa Educacional de Resistência as Drogas e a Violência). (grifo nosso)

Sem dúvida louvável seria um melhor investimento na qualidade dos ensinos públicos, bem como uma melhor remuneração a uma das principais profissões que existe, ou seja, o professor.

Ainda neste jaez, destaca-se a importância de palestras para casais, disponibilizadas por cada município dentro de suas esferas jurisdicionais, trata-se de um controle social de política pública, tais programas mostram-se muito mais eficientes do que a remediação das consequências de uma separação.

Uma vez a existência de uma família bem estruturada, certamente a educação de suas proles contribuíram de forma direta ao êxito no convívio social, bem como a menor incidência na prática delituosa, todavia, é necessária a disposição da comunidade política nacional, caso contrário a sociedade continuará vivendo na expectativa de um milagre normativo.

7.3 Redução da Menoridade Penal um Discurso Meramente Político

De uma forma bastante sucinta convêm destacar um tema que novamente tem tomado o foco da mídia nos dias atuais, bem como a semelhança que este guarda com os ideais do Direito Penal do inimigo, uma vez que traz a ideia da implantação de um Direito Penal mais ríspido, bem como menos garantista.

O respectivo tema não é novidade no Brasil, trata-se de um assunto que hora está em ascensão vertido no gosto da mídia, hora está esquecido nos confins da sensação de segurança jurídica. Calha destacar que o respectivo instituto é discutido desde 1958, tal discussão é meramente política, cada cidadão quer tirar uma casquinha e se sentir na condição de doutrinador, dando opiniões ríspidas em torno do assunto.

A área médica se manifesta, no sentido da adoção do critério “bio psicológico”, tal critério analisa a capacidade que o indivíduo possui de entender e

se determinar diante do fato ilícito. Seria uma tolice qualquer comparação dos jovens brasileiros com os jovens americanos, tendo em vista que a imputabilidade penal nos E.U.A inicia-se à partir dos 16 anos de idade, seria os jovens brasileiros intelectualmente desprivilegiados em face destes outros? Obviamente que não, novamente firmamo-nos na discussão de cunho meramente político.

Sim, há motivos de sobra para combater a redução da maioridade penal, o clamor social é uma mistura nefasta de desejo de vingança cumulado com a sensação de insegurança frente ao crime e criminoso. Desejo de limpeza social “desfazer-se da escória”. A sociedade clama por redução penal quanto aos rapazes pobres que cometem um crime para a sua subsistência em face da burguesia; quanto aos “filhinhos de papais” que por bel prazer se lançam na criminalidade não se vê nenhum tipo de comoção social.

7.4 E o nosso Sistema Prisional?

O sistema carcerário nacional é referência mundial no que tange a um exemplo a não ser seguido, o mesmo recebe destaque constante da mídia pelas suas características de brutalidade, superlotação e descaso. O nosso sistema carcerário/prisional tem capacidade para cerca de 300 mil detentos, contudo, temos mais de meio milhão de presos, trata-se da quarta maior população carcerária do mundo, um número que gera desgosto.

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), com estatística realizadas no ano de 2012 (dois mil e doze), existem cerca de 170 (seto e setenta) mil detentos presos aguardando julgamento, e outros 20 (vinte) mil estão presos além de suas sentenças. Com esse número expressivo, é inobstante que estes venham sofrer diariamente as mais variadas abjetas violências, seja física ou moral.

Deixando de lado qualquer discurso apelativo, levando-se em conta apenas os dados factuais, percebe-se que muitas vezes tais indivíduos são largados

como objetos, não raramente juntos a sua própria sujeira, não sendo observada qualquer condição de ser humano.

Celas com ocupação limite para cinco detentos são ocupadas com mais do dobro deste número, chegando à 13, 15 e até 20 presos. Falta quase tudo, medicamentos, suprimentos médicos e alimentares, a higiene corporal é péssima, bem como a segurança destes indivíduos “objetos”. A sociedade que clama pela redução da maioria penal, em sua maioria não entende que a função do sistema prisional é de exclusão temporária do delinquente para com a sociedade "com a finalidade de imposição de uma lição (reflexão) frente ao mal causado, e secundariamente, não menos importante, auferir um processo de ressocialização/reabilitação”.

Com contingente carcerário a esta proporção, reduzir a maioria penal seria fazer um convite ao caos, onde colocar mais presidiários? Dormiriam estes como morcegos, pendurados em barras de ferros? Dos tantos males e obstáculos, talvez este seria efêmero comparado a tantos outros. (grifo nosso)

A teoria do Direito penal do inimigo, acostada na terceira velocidade do Direito Penal, não se excluiria deste raciocínio, muito pelo contrário, a mesma guarda amplas relações com a redução da maioria penal, não no que tange ao conteúdo específico, mais sim no que diz respeito a sua essência.

Para podermos melhor esclarecer as respectivas relações, podemos pensar que assim como a redução da maioria penal, a teoria do Direito Penal do inimigo tem como ideia algumas supressões como já fora melhor sedimentado anteriormente; dentro deste contexto haveria ainda a super antecipação da pretensão punitiva, bem como a concretização desta, o que aumentaria de forma exponencial o número de presos.

Com isso, conclui-se que com a super. Antecipação da punição do indivíduo que ostenta certas características, bem como a concreta realização de prisões arbitrárias, realizadas por conta de um discurso chulo de celeridade processual e segurança jurídica estaria novamente abarrotando o sistema carcerário nacional; percebesse com isso a proximidade dos institutos da teoria do direito penal do inimigo para com a ideia de redução da maioria penal. (grifo nosso)

Kazuicichi Hanawa, um brilhante quadrinista japonês, fez um Keimusho no Naka (relato na prisão, ou relato da prisão) comovente do sistema carcerário japonês, tal relato nos gera uma mistura de repulsa cumulada com esperança. Trata-se de um procedimento um tanto quanto desumanizante, contudo, sem os traços das violências viscerais que permeiam o sistema prisional brasileiro.

Neste relato, as celas lotadas e a brutalidade, cedem espaço para uma frieza sistêmica, onde o presidiário de maneira sábia e controlada, é tratado como um “numero”, onde este jamais poderá olhar nos olhos de algum oficial, tudo é bastante rígido e burocrático. Uma maneira completamente “civilizada” de tratar o sujeito como coisa e não como gente, o que na prática é notório os efeitos benéfico, tendo em vista o baixíssimo número de encarcerado e reincidentes.

O relato que Hanawa escreveu foi em primeira mão, ou seja, o mesmo relatou a sua própria história, o crime que culminou em seu encarceramento foi de menor potencial ofensivo, porte de arma, que no Brasil em regra caberia punição com multa e prestação de serviço à comunidade, certamente as prisões japonesas são um belo exemplo de sistema.

7.5 A Grande Maioria dos Menores Detidos não Cometeram Atos Infracionais Violentos (de Natureza Grave)

Como fora dito anteriormente, a redução da maioridade penal não é um tema novo, pelo contrário, o respectivo assunto entra em voga sempre que um fato assustador ganha as telas do noticiário. Um dos últimos fatos que deu ensejo a comoção social a despeito do tema foi o brutal assassinato de uma em São Bernardo do Campo, realizado por dois menores.

Só que a sociedade desconhecia que a maioria destes menores infratores que são detidos pela polícia não são por conta de crimes como homicídio, estupro, latrocínio e similares, a grande maioria é detida pela prática de furtos e envolvimento com o tráfico de drogas. A sociedade colocou na cabeça que todo menor infrator é homicida e esturador.

Segundo a agora conhecida como Fundação Casa, que outrora fora a antiga FEBEM, dos 9.016 internos, apenas 83 destes cometeram latrocínio, ou seja roubo seguido de morte, o que representa menos de 1% dos detidos. Não se pode legislar com base em exceções, a lei é pautada na regra geral.

E por mais que esta redução da maioria penal seja implantada no nosso sistema jurídico, a sociedade deve compreender que a lei penal não retroage *in pejus*, ou seja, aquilo que já foi decidido, já foi decidido, por maior que seja o desejo de vingança ou de justiça, não se pode retirar o menor infrator da legislação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e aplicar a legislação do novo código penal, obviamente na longínqua hipótese deste ter adotado a redução da maioria penal.

7.6 A Prisão não Serve Como Instrumento de Reabilitação

O ambiente carcerário brasileiro tornou-se uma “escola” para marginais, o discurso fatídico e vencido de que a punição severa serve como lição. Sabemos que esta não é a verdade, o contato de criminosos de baixa periculosidade, com os “pais do crime”, torna estes menos indivíduos menos perigosos, em verdadeiros bandidos. A rejeição no mercado de trabalho após o cumprimento da sua pena, é só mais um dos muitos convites ao reingresso na criminalidade.

7.7 O Convite a Ingressar no Crime

Segundo Anna Aizer e Joseph J. Doyle Jr, dois economistas Americanos, que resolveram estudar a fundo a ideia da detenção de menores, logo descobriram que se trata de uma péssima ideia, perceberam que os jovens infratores que eram detidos, tinham cerca de 22% de chances de reingressarem no

crime, ao passo que aquele que tiveram penas alternativas apresentaram 13% de chance a menos reincidência.

Tem-se discutido ainda a redução da menoridade para 14, e até 12 anos de idade, frente extremista. Tem-se como discurso a redução da criminalidade. Trata-se de um paradoxo explícito. Não se priorizou aqui uma visão em longo prazo, como reduzir a criminalidade colocando crianças nas escolas do crime, ou seja, a prisão? (grifo nosso)

Inserir criança em meio a “criminosos graduados” seria coadunar com o aprendizado ilícito, o número de reincidência certamente superaria qualquer estatística já imaginada. Prender os jovens infratores seria tão somente privá-lo de acesso à escola, educação, cultura e lazer, dentro dos padrões da razoabilidade certamente isso seria uma péssima ideia.

7.8 Uma Breve Reflexão Conclusiva Sobre a Redução da Menoridade Penal

Visando delegarmo-nos sobre o assunto, tendo em vista não ser especificamente está a ideia principal do nosso singelo trabalho, pode-se chegar à algumas reflexões conclusivas sobre o assunto.

Na segunda feira do dia 3 (três) de junho deste corrente ano (2013), por volta das 19h40min da noite, o site do conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) manifestou-se a despeito da possibilidade da proteção contra crimes na hipótese da redução da menoridade penal.

Na primeira de três audiências, ocorridas na data supra, realizadas pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) do Senado Federal o presidente nacional da OAB, Marcos Vinícius Furtado Coêlho (2013, s.p), ao ser questionado sobre a matéria em testilha, no que tange a eficácia das PECs (Projetos de Emenda a Constituição) de números 33/12, 74/11 e 83/11, manifestou-se no seguinte sentido:

Muito melhor do que reduzir a maioria, seria o Estado garantir o cumprimento de efetivas políticas públicas destinadas à proteção da infância e adolescência, com investimento permanente de recursos financeiros focados na educação, lazer e desporto, atividades culturais e na inserção dos adolescentes no meio social e no mercado de trabalho.

[...]

Com a notória redução de investimentos nessas políticas, o Estado não tem conseguido convencer os adolescentes de que, integrados à sociedade, eles podem crescer e progredir. Sem receberem o tratamento adequado, esses seres humanos acabam virando peças vulneráveis para o cometimento de infrações e sentem-se acolhidos nas instituições criminosas.

[...]

Toda vez que isso acontece, o debate na sociedade normalmente se foca na redução da maioria penal. Os estudos, no entanto, são conclusivos no sentido que essa redução não irá trazer à sociedade proteção maior do que atualmente.

Nota-se que o discurso de redução da maioria penal serviria para impedir a prática de criminalidade perde toda a sua força quando analisado todas as afirmativas já esposadas.

Vinicius pauta-se ainda na observação da ausência de ressocialização por parte do estado, valendo-se de preceitos similares aos já explanados, ressalta ainda que o que de fato vem ocorrendo é o descumprimento sistêmico do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que ao determinar a internação do menor, explícita ainda que esta seja acompanhada de preceitos triviais, tais como educação básica e profissionalizante, bem como reeducação para a inserção social, bem como a não reincidência.

Nesta toada exclama Vinicius (2013, s.p):

Um Estado que não tem políticas educacionais, de lazer, de saúde, de ingresso desses adolescentes no mercado de trabalho e que não tem um sistema carcerário voltado para a reeducação detém legitimidade para tratar adolescentes de 16 anos como adultos. (grifo nosso)

Irracional seria acreditar na competência do Estado na gestão destes menores infratores, tendo em vista a sua ineficiência para com os já internados, bem como os criminosos maiores de idade.

7.9 A Constitucionalidade do Assunto

Ainda utilizando como exemplo uma das decisões recentes sobre o assunto, deve-se observar os sábios argumentos do Presidente nacional da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, no que tange a matéria argumentativa, o mesmo trouxe à baila o redação do art. 228 da Constituição Federal.

Tal texto constitucional prevê a imputabilidade penal aos menores de 18 anos, onde estes se sujeitarão a legislação especial competente. Vejamos o texto *ipsis litteris*, Art. 228 – “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Trata-se, portanto de clausula pétrea, ou seja, não incorre na possibilidade de alteração, salvo na iminência de um novo poder constituinte originário.

Neste sentido, calha destacar ainda a inteligência do art. 60. §4º, inciso IV da Constituição Federal, vejamos:

Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

Percebe-se que o respectivo artigo traz explícito a impossibilidade da alteração do texto constitucional na hipótese de supressão de direitos individuais, bem como se trata de uma cláusula pétrea, guardando impossibilidade de alteração.

Portanto, conclui-se que a redução da maioria penal é direito individual, logo, não pode ser reduzida, tal emenda, portanto, não superaria os preceitos constitucionais. Ressalta-se ainda que ao julgar a Ação Direita de Inconstitucionalidade de nº 939, o Supremo Tribunal Federal explicitou que os direitos individuais não são somente aqueles elencados no art. 5º da Constituição Federal, tratando-se apenas de rol meramente exemplificativo.

De certo que toda a sociedade deseja um país mais justo e igualitário, todavia, a redução da maioria penal está longe de ser este ápice.

Conclui-se que o DP do inimigo, está vigente de uma forma intrínseca a esta ideia de redução da maioria penal, pois como vimos, nesta também haverá a supressão de alguns direitos e garantias fundamentais em busca de justiça e segurança social, também não merece prosperar, tendo em vista que este aumentaria o contingente carcerário, bem como feriria a constituição em seu art. 60, 4º, IV, no que tange ao tratamento do indivíduo como coisa, portanto, para que a teoria do Direito Penal do inimigo adentra-se ao nosso ordenamento jurídico, esta teria que suprimir os direitos e garantias individuais, o que não é possível, segundo ótica do artigo supra, bem como por tratar-se de cláusula pétrea.

7.10 O Direito Penal Midiático a Fomentação de Insegurança Jurídica e a Influência da Mídia para Aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo

Como já fora esposado, um dos efeitos inerentes a globalização é, sem sombra de dúvidas o aumento da gama de informação mundial. Hoje em dia fatos que ocorrem em outro continente podem ser acompanhados “em tempo real” através da internet num outro hemisfério do globo; todos têm livres acesso a informações triviais de todos os países, tais como: economia, saúde, condições sociais e até

mesmo do índice de criminologia de cada localidade do globo, descobrindo assim o nível de incidência do direito penal em cada parte do globo.

Em relação ao Brasil, é possível perceber que nos últimos anos a mídia tem se comportado de maneira destabocada, a proporção em que dissemina informações de maneira absolutamente desregrada, sem a mínima preocupação com o caráter daquilo que está sendo disseminado, não observando de fato o teor das informações, tudo isso com uma única justificativa, ou seja, a luta desenfreada pela melhor colocação na tabela de IBOPE.

Dentro deste enfoque, não se está desprivilegiando o princípio constitucional da liberdade de pensamento, tão pouco da liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX da Constituição Federal), contudo, falta bom senso na pessoa dos responsáveis pela veiculação do conteúdo midiático.

Redes televisivas de renome, imprensa escrita e até a mídia audível (rádio), tem se valido da violência e da barbaria como isca para peixe, noutras palavras, como produto de venda informativa; propagam-se informações com excesso de drama e rispidez, incitando a opinião pública de maneira amplamente negativa, o que *pari passu* da ensejo a situações completamente desnecessárias e indesejadas, na qual a sociedade de modo geral forma seu senso de opinião em face destas mas informações.

É o que pode ser observado nos casos que caíram no gosto da mídia, sendo explorados de forma desleal, todavia, sem sombra de dúvidas rendeu um grande índice de audiência. Pode-se destacar como exemplo: O caso da família Nardoni, cujo pai e madrasta foram acusados de arremessar a pequena Isabela da janela de um edifício; o caso do goleiro Bruno ex-goleiro do Clube das Regatas Flamengo, acusado de ter matado e ocultado o corpo de Elisa Samúdio, sua ex-namorada; destaca-se a tragédia na boate Kiss em Santa Maria no Rio Grande do Sul, episódio lastimável, onde um dos integrantes da banda que animava o evento acendeu um objeto com efeito pirotécnico, que acabou por incendiar espumas que continha material tóxico que ficava no teto da boate; tal episódio acabou matando 242 pessoas e ferindo outras 116; por fim, o evento mais recente foi o alvejamento com dois tiros efetuado pelo Capitão Antônio Bernardo em face de um bandido que tentou roubar uma motocicleta modelo Honda Hornet 600 cilindradas, na Zona Leste de São Paulo.

Sabe-se que tais casos são de evidencia violência, isto é um fato notório, todavia a pergunta ser feita é: tais fatos são tão raros assim a ponto de justificar este sufoco midiático? Ou trata-se apenas de um jogo midiático, na busca pela melhor colocação na tabela de IBOPE? Tiremos nossas conclusões.

A grande verdade é que a população brasileira é fortemente influenciada pela mídia, justamente por conta disso que a responsabilidade dos meios de comunicação em massa é tão explícita.

O que na verdade tem-se percebido é aquilo que nomeamos como “fenômeno do neo legislador”, a sociedade por conta da mídia, quer agora, exercer papel de juiz, não somente de julgador, pior que isso, primeiramente a mesma se julga uma nova legisladora dos crimes de grande ascensão.

A sempre brilhante Marta Rodriguez de Assis Machado chama este acontecido como “*novos gestores atípicos da moral coletiva*” (2005, p. 89), (grifo da autora). Nesta toada, merece ser transcrito a seguinte afirmativa dum artigo publicado na Internet por Luiz Flávio Gomes (2009, s.p):

O comportamento da mídia, que retrata a violência como um "produto" de mercado, é decisivo (para a propagação do referido vírus). É muito difícil, nos dias atuais, ver o "populismo penal legislativo" desgarrado da mídia. Mídia e "populismo penal" acham-se umbilicalmente ligados. Essa relação incestuosa é tão evidente que dá até para prever alguns capítulos dessa novela. Na próxima agitação midiática envolvendo um menor de idade, o Senado vai fazer andar a sua ideia (o seu projeto) de redução da maioria penal. Referido projeto já foi aprovado na CCJ do Senado. Está parado, só aguardando uma nova onda midiática. Há momentos certos para se praticar o "populismo penal". Essa é uma arte que os "bons" legisladores (eleitores, claro) sabem utilizar muito bem.

A criminalidade (e a persecução penal), assim, não somente possui valor para uso político (e, especialmente, para uso "do" político), senão que é também objeto de autênticos melodramas cotidianos que são comercializados com textos e ilustrações nos meios de comunicação. São mercadorias da indústria cultural, gerando, para se falar de efeitos já notados, a banalização da violência (e o conseqüente anestesiamento da população, que já não se estarrece com mais nada).

Neste diapasão, é notória a crítica que a mídia despende em face da atuação do estado. Afirmam: As leis são falhas, quando não muito plenamente erradas, os juízes, promotores, delegados estão todos errados e não raras vezes taxados de corruptos, tudo é um grande pandemônio. Convenhamos, por mais indouto que seja o sistema persecutório brasileiro, deve-se reconhecer que o mesmo

tem lutado incansavelmente por melhorias, sabendo-se que este não é dos piores e continua evoluindo.

O maior problema disto tudo é que existem questões de cunho jurídico que são transpassadas pela mídia e são amplamente desconhecidas pela sociedade brasileira de modo geral, o que por cadeia de consequência, leva ao desenfreado número de críticas proferidas de forma contínua, não raras vezes destituídas de qualquer senso racional, no que tange ao Direito Penal Nacional.

Neste raciocínio, Boaventura de Souza Santos (2000, p. 41), nas linhas de sua brilhante obra “A crítica da razão indolente”, (grifo nosso), expressa de forma singular inclusive com cunho poético, a sensação de insegurança, angústia, caos e medo que se forma na atual “sociedade do risco”:

Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de discontinuidades na vida e nos projectos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as discontinuidades, de tão freqüentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica (grifo do autor).

Tal situação caótica, quando passada pela mídia e reconhecida e digerida pela sociedade, acaba-se de forma irreflexiva retirando o crédito da população Estatal, o que só faz aumentar a sensação de insegurança e descontentamento com a lei. Trata-se de um ciclo vicioso, o que Günther Jakobs denominaria de pão, circo e Direito Penal, tal ciclo vicioso mantém a sociedade brasileira num sempre constante estado de alerta e medo, o que Ulrich Beck (1998, p. 56) denomina como sendo “sociedade do medo”.

Graças a Deus a teoria do Direito Penal do inimigo ainda não caiu no gosto da mídia brasileira, penso que falta conhecimento para tanto, tendo em vista a prevalência dos discursos já pre formulados e das rápidas notícias de sangue e

lágrimas, o povo brasileiro se recusa ao sofrimento, todavia, senta todos os dias em frente a sua teve no mesmo horário e aguarda ansioso pela próxima barbaria a fim de expelir sua nova concepção legislativa.

8 CONCLUSÃO

Antes de tudo, gostaríamos de esclarecer um importante ponto, não concordamos com a expressão conclusão, uma vez que ao falarmos em concluir (conclusão) subentendesse que este assunto foi sepultado, não dando margens a debates e argumentações, sabemos, pois que não é este o caso em tela, muito pelo contrário o assunto supra ainda gera bastante discussão doutrinária e, tende a crescer de acordo com as mais variadas tragédias criminais que acontecem mundo a fora.

Nesta mesma toada, pode-se dizer que a expressão mais plausível a ser utilizada neste contexto seria: Reflexões conclusivas, uma vez que a expressão “reflexão” expõe a ideia de algo que por hora pode ser assim considerado, ou que até o respectivo momento é este o entendimento que deve ficar sedimentado, não pondo fim a discussões sobre o assunto. Trata-se apenas de uma concepção meramente elucidativa, mais que entendemos como importante consequentemente, merecedora de destaque.

Por fim, de ante de todo o exposto, pode-se trazer a mérito de reflexões conclusivas a ideia de que o Direito Penal do inimigo é uma teoria bastante interessante, no que se refere a sua intenção inicial, ou seja, a intenção primaria da mesma é combater o índice da criminalidade de uma determinada sociedade que tenha acolhido os seus preceitos, consequentemente aplicando os preceitos do Direito penal do inimigo. .

O simples fato de querer diminuir a criminalidade de uma determinada região é ótimo, nada mais viável em se tratando de matéria penal, todavia, torna-se insuficiente, tendo em vista que tal teoria não observa de forma concreta, os preceitos da política, economia e legalidade de determinados locais, em especial o Brasil, que por hora é o que nos interessa. Percebe-se a boa intenção, todavia, desprovida de inteligência e legalidade.

Pode-se dizer que a teoria do Direito Penal do inimigo é uma teoria *natimorta*, ou seja, já nasce morta, pelo menos em relação à aplicação de toda a sua

integralidade no amago do nosso ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que esta afronta de forma direta o nosso texto constitucional, onde na verdade deveria guardar respeito e reverência a este.

A intenção de tratar pessoas como objetos, viola de plano qualquer indício de legalidade, a nossa Carta Magna, bem como o nosso estado democrático e de Direito Liberal; demorou longos anos para alcançar o estado de vigência atual, dispender tratamento desigual, bem como distinguir pessoas de não pessoas, seria uma violação ao art. 5º *caput* da nossa Constituição Federal, mais precisamente o que hoje se conhece como princípio da isonomia.

Com isso, é inócua qualquer separação entre pessoa, inimigo e indivíduo, uma vez que todos os homens e mulheres são iguais perante a lei, sem qualquer gênero de distinção, o que desmascara a referida teoria, bem como demonstra a sua insuficiência perante a lei, trata-se de um raciocínio vago e desmembrado da realidade normativa.

Dentro ainda dos fatores desfavoráveis a implantação deste instituto de Direito Penal máximo, destaca-se a super. Antecipação do poder punitivo do estado, ou seja, segundo esta ótica teórica, bastaria o indivíduo portar determinadas características para que o mesmo já possa ser enquadrado como “inimigo do Direito Penal”, nem mesmo Jakobs soube ao certo definir quais são estas características, conseqüentemente quais seriam estes “inimigos” da persecução penal, percebeu-se de plano a insegurança jurídica e normativa contida nestes preceitos de Jakobs, uma afronta ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso XXXIX e art. 1º do Código Penal.

Exercer atividade penal pautado na subjetividade do indivíduo é o mesmo que não exercer atividade penal, uma vez que o nosso ordenamento jurídico é abstrato, portanto, os casos em concreto se adequam a tipificação legal e não a tipificação legal que deve se adequar a determinados “inimigos”. Neste plano, estaria se legitimando o Direito Penal do autor, o que bem sabemos que não é esta a realidade que vige no nosso contexto pátrio.

Ainda no que tange a inconstitucionalidade e a impossibilidade de aplicação da referida teoria, pode-se destacar a violação ao supra princípio constitucional, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista

que em sede de aplicação fática, a referida teoria de Direito Penal extremista, visa não somente suplantiar algumas garantias, visa acima de outras coisas aniquilar direitos e garantias fundamentais que é empírica a todos os seres humanos, dentro desta celeiro destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não tratar até o mais vil criminoso como semelhante seria retroagir a um Direito Longínquo, que como fora esposado ainda nos primeiros capítulos, valia-se de penas severamente incompatíveis ao insano cometido, e principalmente esquecia-se da verdadeira finalidade da pena, ou seja, reflexão sobre o mal causado e ressocialização para uma nova inserção no contexto social de onde o mesmo fora subtraído para ser mantido excluído por determinado período.

Neste sentido, não há como admitir a adoção de medidas de direito penal material, processual penal, persecução penal e até mesmo de direito penitenciário, pautadas num discurso extremista, preocupado friamente apenas com a prisão do “inimigo”, teoria descabida de proporcionalidade e legalidade; como fora dito, dotada de uma boa intenção, qual seja uma política extensiva e repressiva do crime e do criminoso, todavia, a boa intenção neste contexto não é suficiente, necessário se faz o respeito aos ditames legais do coração pátrio, ou seja, a nossa Constituição Federal.

Como último argumento no que diz respeito a impossibilidade da aplicação da referida teoria em nosso contexto pátrio, poderia se destacar o contingente carcerário, ou seja, com as ideias de supressão de vários direitos e garantias fundamentais, a super. Antecipação do poder de polícia (poder punitivo) do estado, bem como a intenção de política criminal com caráter extremista, se faria com que o número de encarcerados subisse de forma geométrica, o que super. Lotaria as prisões brasileiras, que de fato já se encontram mais que super. lotadas.

Não há como ser favorável ao discurso de que a extrema repressão gerará medo aos delinquentes, conseqüentemente diminuindo a criminalidade, talvez esta seja uma realidade somente em curto prazo, uma vez que pensando em longo prazo se teria na verdade um número extraordinariamente maior de reincidência e de crimes, tendo em vista que só o contingente carcerário vigente já não consegue ser inserido no contexto social de uma forma apta, quem dirá se aumentarmos ainda mais o número de criminosos encarcerados no Brasil. Certamente tal teoria fadou-se ao fracasso.

No tocante a superação deste problema atual, no que tange a crescente progressão do crime no Brasil, destacou-se no delinear do trabalho, três fatores onde não há a aplicação do Direito Penal, fatores que poderão ser amparadas não apenas pelo legislador, como também pelas demais autoridades competentes.

O Direito Penal terá baixíssima densidade nas sociedades que possuem um melhor padrão social; como primeiro fator que deverá perceber mais atenção por parte do estado, destaca-se a figura da família, uma vez que toda família bem estruturada, em regra despendera uma boa educação aos filhos, o que diminuirá de maneira exponencial a possibilidade do mesmo ingressar no crime, conseqüentemente perceber aplicação do Direito Penal.

Noutro plano, percebeu-se que a religião tem uma excelente participação na confecção da ordem, bem como na manutenção de princípios num meio social. Com isso, de uma forma escalonada, se o Estado pautar-se na efetivação da família, conseqüentemente o índice de migração e criação de novas religiões diminuirá de forma grandiosa, bem como o número de pessoas desesperadas por respostas.

Por fim, e ao no nosso ponto de vista o principal fator seria o de evitar a hipertrofia legislativa, ou seja, a cada evento fatídico cria-se normas para a solução destes insanos, percebe-se que estes fatos não solucionam nossos problemas, pelo contrário a cada norma criada, gera-se a sensação falsa de segurança, sensação que será quebrada com a sua primeira violação desta norma, e, em sendo quebrada, dará ensejo a fomentação da sociedade como um todo, movimentando-se a fim de legislar como se lhes fosse esta a sua função precípua; não bastando isso, esta mesma sociedade permaneceria na falsa expectativa da criação de mais uma norma que superasse de fato os problemas vigentes, bem como suprir as lamurias do povo.

A solução de fato seria começar por dentro dos presídios, aplicando-se preceitos semelhantes aos das penitenciárias Japonesas como fora esposado no transcurso deste singelo trabalho. Por mais que tais preceitos fossem contrários a alguns padrões da moralidade social e até mesmo de dignidade, neste caso não seria imbecilidade pensar na criação de uma norma que dispusesse em contrário “a dignidade da pessoa humana”. O pensamento do legislador deve estar focado no

horizonte legal, tendo em vista que a criação de normas em caso excepcionais gera desuso e num futuro pouco distante a necessidade da criação de uma nova norma para melhor dispor sobre a antiga.

No que tange a persecução penal, não há que se falar em supressão de direitos, uma vez que já existe no nosso ordenamento jurídico o princípio da proporcionalidade, que traz à baila a possibilidade de relativização de princípios e garantias de acordo com o caso concreto.

Por fim, reflexiona-se de maneira conclusiva pela impossibilidade do acolhimento da teoria do Direito Penal do inimigo por todo e qualquer ordenamento jurídico que tenha ideais garantistas; e a mérito de superação da sensação de insegurança que consome a sociedade em sua grande maioria, pode-se destacar a melhor observação do estado no que tange a instituições vitais como a família e a religião, em último plano, dar um basta a hipertrofia legislativa, pois sabemos que de fato, esta não soluciona os problemas a longo prazo, pelo contrário, dá azo a sensação de insegurança.

Observados tais preceitos, certamente alcançaremos uma sociedade com indiscutível diminuição da aplicação do Direito Penal, tendo em vista que quanto mais capacitada e organizada for determinada sociedade, menor será a densidade do Direito Penal sobre a mesma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 23 de outubro de 2013.

Prisão processual e presunção de inocência: um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. Jus Navigandi, v. 15, p. x, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica**. Pena y Estado. Barcelona, n. 1, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Código Penal de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 23 de outubro de 2013.

_____. **Código Penal dos Estados Unidos do**. 1890. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em 23/10/2013.

BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 6 ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

_____; GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. **Modernização reflexive: Política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. V. 1.

CARNELUTTI, Francesco. **La Crisi della Legge**, in Discorsi Intorno Al Diritto. Sem data.

CERVINI, Raúl. **Os processos de discriminação**; tradução Eliana Granja et al. Tradução da 2ª Ed. espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. **Mídia e direito penal**: em 2009 o "populismo penal" vai explodir. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 14 de abril de 2009. Acesso em: 10 de maio de 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal**: do perigo proibido e risco permitido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. e MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral: volume 2. Coordenação Luiz Flávio Gomes. 2. Tir. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Ver. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. 1. ed (ano 2008), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización Del bien jurídico y de la política criminal**. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica Del bien jurídico hacia El sistema. Revista de Derecho penal y Criminología. Madrid, n. 9, jan. 2002.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROUSEEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**: Princípios De Direito Político. 19. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S/A, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do Direito penal**: Aspectos da política criminal nas sociedade pós industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. Série: As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. v. 11.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme: Editora de Direito, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: Contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 23 de ago. de 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, ano XXXII, 2005, p. 180.

Mirabete, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal parte geral**. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 1.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: RT, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

VANDRÉ, Geraldo, Composição: **Pra não dizer que não falei das flores**, ano 1968.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro parte geral**. 10ª Ed. Revista dos Tribunais, 2010. V. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal parte geral, parte especial**. 07ª Ed. Revista dos Tribunais, 2011. V. 1.

In BONIJURIS **Jurisprudência** - Cd-Rom – 57755

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 2ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

CUSSAC, Jose L. Gonzalez. **El renacimiento del pensamiento totalitário em el seno del estudo de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo**. Revista Penal, 19, 2007.

JAKOBS, Gunther; Meliá, Cancio. **Derecho Penal del enemigo**.

MARTÍN, Luiz Grácia. **O horizonte do finalismo e o Direito Penal do inimigo**. s.d, s.p.

ZAFARRONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**.

GOSSEL, Karl Heinz. **Réplica del Derecho Penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del Derecho.** Revista Penal, 20, 2007.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **De la sociedade del riesgo a la seguridade ciudadana: um debate desenfocado,** In: Meliá, Cancio; Díez, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.**

CALLEGARI, André Luís; Dutra, Fernanda Arruda. **Direito Penal do inimigo e direitos fundamentais.** RT, 682.

SCHUNEMANN, B. **Derecho Penal del enemigo?** Crítica a las insoportables tendências erosivas em la realidade de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica.

FRAGRA, Facundo J. Marin. **Derecho Penal del enemigo.** Disponível em <http://www.eldial.com/edicion/cordoba/penal/indice/doctrina/cp050203-a.asp#_ftn57> Acesso em: 23 out. 2013.

Silva, Pollyane Lima. **Maioria dos casamentos termina antes do 15º ano no Brasil.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/majoria-dos-casamentos-termina-antes-do-10o-ano-no-brasil>> Acesso em: 23 out. 2013.

_____. **OAB no Senado: reduzir a idade penal não trará proteção contra crimes.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25701/oab-no-senado-reduzir-a-idade-penal-nao-trara-protecao-contr-crimes>> Acessado em 23 out. 2013.

Alexy, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho.** 2. Ed. Barcelona: gedisa, 2004.

BARRETO, Tobias. **Crítica Política e Social.** Obras Completas de Tobias Barreto. Edição comemorativa. Instituto Nacional do Livro. Ministério da Cultura. Record, 1990.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos.** Leme/SP: Edijur, 2002.

_____. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tempo:** Estudios sobre el Derecho Penal em el Nacionalsocialismo. 4. Ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia.** Tradução de Júlio de Mattos. 3. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1893.