

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E O TERRORISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Luiz Eduardo de Lima Viana

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E O TERRORISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Luiz Eduardo de Lima Viana

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do Curso de Pós-Graduação para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob a orientação do Professor Mario Coimbra

Presidente Prudente/SP

2017

DIREITO PENAL DO INIMIGO E O TERRORISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do Curso de Pós-Graduação para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Banca Examinadora

**Mario Coimbra
Orientador**

Examinador

Examinador

VIANA, Luiz Eduardo de Lima.

Direito penal do inimigo e o terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro: presidente prudente.

Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2017. 130p.

Monografia de conclusão do Curso de Pós-Graduação
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente: Presidente Prudente-SP, 2017.

Assunto do Trabalho: Direito Penal. Direito Penal do inimigo. Terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro. Lei Antiterrorismo

“Olho por olho somente tornará o mundo inteiro cego”

Mahatma Gandhi

Dedico este trabalho à meus pais, Valdir e Maria Madalena pelo auxílio e carinho incondicional na minha trajetória, bem como a meu irmão e amigos que se fizeram presentes nos momentos difíceis desta jornada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus pela oportunidade de colocar pessoas incríveis em meus caminhos.

Aos meus pais Valdir Caetano Viana e Maria Madalena Sérgio de Lima Viana pela orientação e por sempre se mostrarem presentes tanto nos momentos bons quanto ruins, que por certo todos enfrentamos em nossa jornada evolutiva.

Ao meu irmão, Luiz Fernando de Lima Viana, pela atenção e pelo incentivo nos momentos certos, bem como a amizade sincera e apoio do meu amigo Lucas Tadeu Coiado Galharde, onde ambos se mostraram presentes.

Agradeço ao meu orientador pela paciência, incentivo e apoio, onde mostrou a luz nos momentos de escuridão, sem o qual seria muito mais árdua esta luta, na elaboração e desenvolvimento do presente trabalho, bem como a professora Carla Roberta Ferreira Destro, demonstrando grande paciência e profissionalismo, buscou elucidar dúvidas e assessorar prontamente.

RESUMO

O presente trabalho busca averiguar o fenômeno do Direito Penal do Inimigo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que os acontecimentos conhecidos como terroristas vem sendo noticiados de maneira mais recorrentes nos dias atuais, não excluindo, é claro, essas ocorrências da história da humanidade. Porém, observado o pensamento de grandes nomes tanto na doutrina brasileira, quanto estrangeira, criticando ou não, o Direito Penal do inimigo, não negam sua existência, quiçá do terrorismo, uma vez que se encontra impregnado em nossas normas. Partindo desta premissa, será desenvolvido o tema onde será analisado os princípios inerentes ao escopo deste trabalho, histórico do Direito Penal, Escolas, sistemas penais, funções da pena, a política criminal utilizada. Busca ainda conhecer o que vem a ser o Direito Penal do inimigo e suas vertentes para os diferentes doutrinadores tanto os clássicos como os mais contemporâneos. Estudar o fenômeno do terrorismo, sua história tanto no mundo quando em nosso país, bem como o tratamento dado no direito comparado e as legislações de repressão de tal conduta e ainda, o que fundamentaria a sua repressão. O foco principal deste estudo é conhecer a nova lei de que tipifica a conduta do terrorismo à luz do Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro com o fito de entender se a presente legislação é uma expressão, ou não do presente instituto jurídico-criminal

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal do inimigo. Terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro. Lei Antiterrorismo

ABSTRACT

The present work seeks to ascertain the phenomenon of Enemy Criminal Law within the Brazilian legal system, considering that the events known as terrorists have been reported more recurring today, not excluding, of course, these occurrences in the history of humanity . However, observing the thinking of great names in both Brazilian and foreign doctrine, criticizing or not, the Criminal Law of the enemy, do not deny its existence, perhaps terrorism, since it is impregnated in our norms. Starting from this premise, the theme will be developed where the principles inherent in the scope of this work, historical Criminal Law, Schools, penal systems, functions of the penalty, the criminal policy used will be developed. It also seeks to know what is the Criminal Law of the enemy and its aspects for the different doctrines, both classic and contemporary. Study the phenomenon of terrorism, its history both in the world and in our country, as well as the treatment given in the Comparative law and legislation to repress such conduct and also, which would justify its repression. The main focus of this study is to know the new law that typifies the conduct of terrorism in the light of the Criminal Law of the enemy in the Brazilian legal system with the purpose of understanding whether this legislation is an expression, or not of this legal-criminal institute

Keywords: Criminal Law. Criminal law of the enemy. Terrorism in the Brazilian legal system. Antiterrorism law

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

CICTE – Comitê Internacional Contra o Terrorismo

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

DPI – Direito Penal do Inimigo

FARC – Forças Armadas Revolucionárias Colombianas

FLC – Frente de Libertação de Quebec

GLN – Exército de Libertação Nacional

OAIC – Organização da Aviação Civil Internacional

OEA - Organização dos Estados Americanos

OMI – Organização Marítima Internacional

ONU – Organização das Nações Unidas

RAF – Fração do Exército Vermelho

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA ANEXO

ANEXO A – Resolução 26/25 - Declaração sobre os princípios de direito internacional referentes as relações de amizade e cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas de 24 de outubro de 1970.

ANEXO B – Resolução 30/34 - Medidas para prevenção do terrorismo internacional de 18 de dezembro de 1972.

ANEXO C – Resolução 49/60 da Organização das Nações Unidas e Declaração sobre medidas para eliminar o terrorismo internacional de 17 de fevereiro de 1995.

ANEXO D – Resolução 51/210 da Organização das Nações Unidas e Declaração complementar da Declaração de 1994 sobre medidas para eliminar o terrorismo internacional de 16 de janeiro de 1997.

ANEXO E – Resolução 52/164 da Organização das Nações Unidas e Convenio internacional para repressão de atentados terroristas cometidos com bombas de 09 de janeiro de 1998.

ANEXO F – Resolução 54/109 da Organização das Nações Unidas e Convênio Internacional para repressão do financiamento ao terrorismo de 25 de fevereiro de 2000.

ANEXO G – Resolução 57/273 e Informe do Grupo Assessor sobre as Nações Unidas e terrorismo de 05 de março de 2003

ANEXO H – Declaração de Lima: paz, segurança e cooperação nas Américas de 08 de junho de 2010.

ANEXO I – AG/RES 1650 – Cooperação hemisférica para prevenir, combater e eliminar o terrorismo de 07 de junho de 1999 - OEA.

ANEXO J – RC. 23/RES.1/01 – Fortalecimento da cooperação hemisférica para prevenir, combater e eliminar o terrorismo de 21 de setembro de 2001 – OEA.

ANEXO K - Convenção Internacional Contra o Terrorismo de 03 de junho de 2002.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 DO DIREITO PENAL.....	16
2.1 Conceito de Direito Penal.....	16
2.1.1 Direito penal objetivo e direito penal subjetivo.....	17
2.2 Evolução Histórica.....	18
2.2.1 Roma e seu direito penal.....	20
2.2.2 Direito penal germânico.....	21
2.2.3 Direito penal canônico.....	22
2.2.4 Direito penal comum.....	23
2.2.5 Período humanitário.....	24
2.2.6 Gênese da criminologia.....	25
2.3 Escolas do Direito Penal.....	26
2.3.1 Escola clássica.....	27
2.3.2 Escola correcionalista.....	28
2.3.3 Escola positiva.....	29
2.3.4 Terceira escola ou pós-positivista.....	32
2.3.4.1 Escola moderna alemã.....	33
2.3.4.2 Escola penal humanista.....	33
2.3.4.3 Escola técnico jurídica.....	34
2.3.4.4 Escola correcionalista.....	35
2.4 Breves Relatos Sobre o Direito Penal Brasileiro.....	36
2.4.1 Momento colonial.....	36
2.4.2 Código criminal do império.....	37
2.4.3 Momento republicano.....	38
2.4.4 Reformas contemporâneas.....	38
3 DOS PRINCÍPIOS.....	40
3.1 Dos Princípios Constitucionais Penais.....	40
3.1.1 Princípio da legalidade.....	40
3.1.2 Reserva legal.....	42
3.1.3 Princípio da intervenção mínima.....	43
3.1.4 Princípio da culpabilidade.....	43

3.1.5 Princípio da humanidade.....	44
3.1.6 Princípio da pessoalidade.....	45
3.1.7 Princípio da individualização da pena.....	46
3.2 Dos Princípios Penais.....	47
3.2.1 Princípio da irretroatividade da lei pena mais grave.....	47
3.2.2 Princípio da insignificância.....	48
3.2.3 Princípio da alteridade ou transcendentalidade.....	49
3.2.4 Princípio da ofensividade.....	49
3.2.5 Princípio da fragmentariedade.....	50
3.2.6 Princípio da adequação social.....	50
3.2.7 Princípio do <i>bis in idem</i>	51
3.2.8 Princípio da proporcionalidade.....	51
3.2.8.1 Princípio da proibição do excesso e proteção deficiente.....	52
4 SISTEMAS PENAIS.....	53
4.1 Sistema Clássico.....	53
4.2 Sistema Neoclássico.....	56
4.3 Sistema Finalista.....	58
4.4 Funcionalismo.....	61
5 FUNÇÕES E OBJETIVOS DA PENA.....	64
5.1 Teoria Absoluta ou Retributiva da Sanção Penal.....	64
5.1.1 Teoria de Kant.....	66
5.1.2 Teoria de Hegel.....	67
5.1.3 Demais teorias retribucionistas.....	68
5.1.4 Contemplação da retribuição.....	69
5.2 Teorias Preventivas.....	69
5.2.1 Prevenção geral.....	70
5.2.1.1 Prevenção geral negativa.....	70
5.2.1.2 Prevenção geral positiva.....	72
5.3 Prevenção Especial.....	74
5.4 Política Criminal.....	77
6 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	81
6.1 Origem do Direito Penal do Inimigo.....	81
6.2 Conceito de Direito Penal do Inimigo e Características.....	83

6.3 Direito Penal do Cidadão.....	85
6.4 O Direito Penal do Autor e do Fato.....	86
6.5 O Combate à Criminalidade Exemplificado.....	88
6.5.1 “Lei e ordem”	88
6.5.2 “Tolerância zero”	89
6.5.3 Teoria das janelas quebradas.....	90
6.6 Periculosidade e Culpabilidade.....	91
7 O TERRORISMO.....	95
7.1 Gênese Do Vocábulo Terrorismo.....	95
7.2 Concepção Atual do Terrorismo.....	95
7.3 Modelos de Terrorismo.....	97
7.4 O Terrorismo e o Mundo.....	101
7.4.1 Conferências internacionais.....	101
7.4.2 Organização das Nações Unidas.....	103
7.4.3 A Organização dos Estados Americanos.....	105
7.5 O Terrorismo No Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	109
7.5.1 Previsão constitucional e infraconstitucional.....	109
7.5.2 Lei antiterrorismo.....	112
8 CONCLUSÃO.....	117
BIBLIOGRAFIA.....	121

1 INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo e a evolução das pessoas agrupadas em sociedades, fez com que não se bastasse conviver mais em uma coletividade, mas também de organizar-se de forma a evitar conflitos e delimitar ações que poderiam vir ou não serem prejudiciais não somente para si, mas também para seus semelhantes.

Percebe-se, portanto, que a evolução é um processo irreversível e por óbvio acaba por incluir os seres humanos e seu habitat, onde pode-se constatar cristalinamente que o desenvolvimento e convívio social encontram-se cada vez mais complexo.

Em virtude do desenvolvimento científico e tecnológico acelerado, nas diferentes áreas, mas principalmente na comunicação, os espaços e barreiras foram superadas, promovendo uma interação entre as nações de maneira absolutamente instantânea.

Neste prisma, advieram muitos benefícios para a Humanidade e neste processo evolutivo vê-se que também acabaram por surgir novas problemáticas.

Desta feita, como sempre aconteceu na história da humanidade, se tornou primordial a repressão de determinadas condutas, ainda que fictícia, para a promoção da segurança, bem como da estabilidade social e da coibição de fatos tipificados penalmente, punindo os infratores.

Diante disso, a problematização do direito penal do inimigo e o terrorismo, foi melhor analisado, tendo em vista que os recursos utilizados, bem como a sua eficácia, seu alcance e sua real conjuntura, têm proporcionado o resultado almejado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com isso, o Direito Penal do inimigo é um tema muito questionado e visto nos estudos doutrinários, sendo detentor de profundidade inimaginável, desde seu conceito até sua ideologia.

Deste modo, o referido tema, além de possuir considerável amplitude, pode atingir setores da sociedade, as quais nem sequer imaginamos, estando inserido no rol de assuntos tanto do direito penal quanto do direito processual penal.

Verifica-se a relevância do tema em comento sendo necessária uma minuciosa análise, tendo em vista que ecoa questões, tais como: a manifestação do Estado de forma extrema; o medo crescente diante da velocidade das informações; métodos de controle da violência; um progressivo número de normas legislativas.

Contudo, quando se fala em terrorismo, cremos ser algo que se encontra distante de todos nós, mas recentemente fomos surpreendidos com a notícia de mais uma norma que buscava uma prevenção, investigação e punição do terrorismo.

É razoável afirmar que, os direitos humanos foram a base para a construção de um padrão normativo universal em assunto de garantias tanto materiais quanto processuais.

Nesse contexto, de extrema importância, foi examinado os princípios norteadores do direito, investigado, ainda que sucintamente, as variadas espécies de Direito Penal do Inimigo com foco no terrorismo.

No que concerne o tema estudado, procedeu-se à análise das normas que ele compreende, bem como as penas, seus aspectos sociológicos, as velocidades do direito penal, as prevenções do crime, sobre o direito penal mínimo ou direito penal do cidadão, e o terrorismo sobre a visão do Direito Penal do inimigo.

Este estudo buscou explorar o fenômeno do terrorismo, sua história, tanto no mundo quanto em nosso país, nas legislações de repressão de tal conduta e ainda, o que fundamentaria a sua repressão.

O presente trabalho objetivou ainda conhecer a nova lei de que tipifica a conduta do terrorismo à luz do Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro com o fito de entender se a presente legislação é ou não, uma expressão, do presente instituto jurídico-criminal.

O objeto deste trabalho foi o Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo, que segundo Alexandre Rocha de Almeida Moraes (2011, p.186) representa uma guerra cujo caráter, limitado ou total, depende também do quanto se teme o inimigo.

A metodologia utilizada se deu por meio da investigação de um aglomerado de regras e métodos que podem proporcionar a verificação ou explicação de determinadas ocorrências, objeto deste trabalho, dando-lhe o devido valor científico.

Na abordagem desta empreitada fora aplicado o método dedutivo o qual discorre que a finalidade está de maneira implícita nas proposições. Assim, supõe-se que conclusões têm necessariamente a alegação afirmativa

O método de pesquisa aplicado foi o bibliográfico, consistente em relacionar, referenciar, ler determinados temas, buscando a solução de uma problematização, analisando e discutindo as contribuições científicas desenvolvidas em prestimoso material já findado, ou seja: de doutrinas, teses, artigos, dentre outros.

De igual forma, fora perscrutado a inquirição documental que embora muito similar à bibliográfica, contém diferença no âmago das fontes, já que esta forma estrutura-se nos materiais que pode não ter obtido um tratamento analítico, ou que ainda podem ser retrabalhados de acordo com os instrumentos da pesquisa. Assim sendo, serão exaustivamente exploradas Leis e dispositivos legais, dados estatísticos, imagens, relatórios, tabelas e jurisprudências.

2 DO DIREITO PENAL

Como sabemos, a sociedade precisa ser regida por regras para manter-se uma determinada paz e harmonia entre seus conviventes surgindo, o direito.

O direito brasileiro, principalmente no que tange o direito penal, não se moldou de forma instantânea conforme à conhecemos nos dias contemporâneos, mas sim, a consequência de uma norma que busca seu aperfeiçoamento e evolução constante e ininterrupta da vida em sociedade.

Desta forma, se faz necessário uma análise passageira no que concerne a compreensão de direito penal.

2.1 Conceito de Direito Penal

Entre as numerosas definições que se pode dar sobre o Direito Penal, Magalhães Noronha (2001, p. 04) define de forma sucinta como sendo um “conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos e natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”.

Podemos então compreender, que para o doutrinador supramencionado, Direito Penal é um sistema criado para limitar a atuação do Estado na punição de atitudes intituladas como criminosas, pelo próprio Estado.

Cesar Roberto Bitencourt, (2016, p. 36), entende que o direito penal se trata de um “conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”.

Assim, para Bitencourt, direito penal seria um aglomerado de regras de conduta e, quando de seu cometimento, corresponderá a uma sanção que será imposta pelas mesmas regras.

Rogério Sanches Cunha, (2015, p. 32) define com outras palavras o que é o Direito Penal.

A manutenção da paz social, que propicia a regular convivência humana em sociedade, demanda a existência de normas destinadas a estabelecer diretrizes que impostas aos indivíduos, determinam ou proíbem determinadas comportamento. Quando violadas as regras de condutas,

surge para o Estado o poder (dever) de aplicar as sanções, civis e/ou penais.

Brilhante esclarecimento nos faz Santiago Mir Puig, (2010, p. 42 – 43).

El Derecho penal no debe reducirse a las normas que establecen las penas y las medidas de seguridad, sino que comprende ante todo las normas que se dirigen a los ciudadanos para que no cometan los delitos previstos por la ley. El Derecho penal no constituye sólo un conjunto de normas dirigidas a los jueces ordenándoles imponer penas o medidas de seguridad, sino también, y antes de ello, un conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos que les prohíben bajo la amenaza de una pena La comisión de delitos¹.

Segundo Santiago, o Direito Penal não se deve limitar a um conjunto de regras ou normas que tem por escopo uma pena ou até mesmo uma medida de segurança, mas sim, tendo como fim o cidadão, onde este não poderá realizar condutas previstas em um texto normativo, e quando da sua execução, estará ele sujeito a uma punição correspondente à conduta.

Diante do exposto, podemos concluir que o Direito Penal, é uma somatória de regras de conduta, que juntas tem o objetivo de proibir a efetivação de algumas condutas, podendo ainda, determinar quais poderiam ser realizadas.

Entretanto, não deve ser deixado de lado que a finalidade maior é o cidadão e a tipificação das condutas, prevenindo que tais condutas sejam realizadas, e ou ainda, não se reincidam, ou seja, o aprendizado.

2.1.1 Direito penal objetivo e direito penal subjetivo

A doutrina tem buscado fazer uma distinção entre o direito penal objetivo e subjetivo, onde o primeiro seria justamente as normas positivadas tendo como contraposto o direito penal subjetivo, sendo a derivação do primeiro, constituindo em um direito de punir do Estado.

Bitencourt (2016, p. 40) resume que o direito penal objetivo é um “conjunto de preceitos legais que regulam o exercício de *jus puniendi* pelo Estado

¹. O direito penal não deve ser reduzido as normas que estabelecem penas e medidas de segurança, mas inclui acima de todas as normas que se dirigem aos cidadãos para não cometam os crimes previstos em lei. O direito penal não constitui somente um conjunto de normas para juízes, instruindo-os a impor penas ou medidas de segurança, mas também, e antes disso, um conjunto de normas dirigidas aos cidadãos que lhes proíbem sob ameaça de uma pena no cometimento de delitos. (Tradução literal).

definindo crimes e cominando as respectivas sanções penais”. No que tange o Direito Penal subjetivo, consiste no direito de punir do Estado, sendo “ilimitado pelo próprio Direito Penal objetivo, que através de normas penais positivas, estabelece os lindes da atuação estatal na prevenção e persecução de delitos”.

Apesar de Magalhães Noronha (2001, p. 7) concordar com definição acima exposta, merece uma explanação, no que se refere ao Direito Penal subjetivo.

Compete ao Estado o direito de punir, porém não é ilimitado ou arbitrário. A limitação está na lei. Ao mesmo tempo em que ele diz ao indivíduo quais as sanções que pode ou não praticar, sob ameaça de sanção – restringindo, destarte, os interesses ou faculdades individuais em benefício da coletividade – vincula-se juridicamente a si mesmo. Com efeito, há autolimitação por ele ditada, através da lei, pois, quando baixa uma norma, impondo determinada conduta, concomitantemente está ditando seu comportamento em relação a ela e criando direitos individuais contra ele mesmo.

Aparentemente, mais acertado este segundo posicionamento, uma vez que, a lei pode impor uma limitação em seu próprio texto normativo dando um efeito de autolimitação.

2.2 Evolução Histórica

Em determinado momento, a civilização necessitou agrupar-se em sociedade e conseqüentemente houve a necessidade de padronização de regras de comportamento.

Porém, é indiscutível a extrema importância do estudo da história do direito penal, desde seus tempos mais remotos até os dias atuais. Isso se faz necessário para uma real compreensão das normas vigentes, seus significados e ainda os objetivos das referidas leis.

Antigamente, o direito penal, distintamente do que conhecemos hoje, tinha outra conotação, sendo empregado como uma vingança ou retribuição do direito penal, comportando divisões.

A primeira delas, intitulada pela doutrina como vingança privada, concebia como caráter principal, a punição do autor da infração delituosa por seus próprios meios, alertando ainda que não se poderia dar essa terminologia, já que vingança privada neste momento histórico consistia em personalidade não

resguardando a cautela com princípios basilares de nosso ordenamento jurídico hodierno.

Magalhães Noronha, (2001, p. 20-21) demonstra que a vingança privada “não guardava proporção com a ofensa, sucedendo-se, por isso, lutas acirradas entre grupos e famílias, que assim, se iam debilitando, enfraquecendo e extinguindo”.

A segunda divisão dada pela doutrina leva, o nome de vingança divina, que possuía em seu íntimo uma grande influência religiosa, impondo à sociedade seus mandos.

Bitencourt aborda o assunto com maestria e destaca que a finalidade desta vingança era buscar a purificação espiritual do autor do delito (2016, p. 73)

Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação. Pode destacar-se como legislação típica dessa fase o Código de Manu, embora legislações com essas características tenham sido adotadas no Egito (cinco livros), na China (livros das cinco penas), na Pérsia (avesa), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia.

Por fim, uma terceira vertente, conhecida como vingança pública, e como o próprio título afirmava, almejava-se aqui a repressão criminal, porém não se desprendia ainda da crueldade das medidas aplicadas aos apenados, mas tão somente uma intimidação por meio do poder cruel.

Magalhães Noronha (2001, p. 22), observa que na Grécia antiga, tanto o crime quanto a pena possuía fortíssima influência religiosa e ainda que “o direito e o poder emanavam de Júpiter, o criador e protetor do universo. Dele provinha o poder dos reis e em seu nome se procedia ao julgamento do litígio e à imposição do castigo”.

No mesmo sentido, a Roma antiga também acabou mantendo a influência religiosa, onde de igual forma, foi palco de diversas variedades de vingança, com uma diferença considerável, já que não demorou muito para os romanos adotarem a separação do direito com a religiosidade, conforme afirma Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 74).

Porém, necessário se faz a análise mais minuciosa sobre o tema abordado.

2.2.1 Roma e seu direito penal

Quando da fundação de Roma, que ocorreu em 753 a.C., a punição apresentava a característica de ser sagrada, que por sua vez acabava por se confundir o direito e o sacerdote, tendo em vista, que não havia uma divisão entre o Estado e a Igreja até então.

A lei das XII tábuas foi a primeira coleção de regras no direito romano onde acabou por resultar no embate entre patrícios e plebeus. Porém, foi a lei que deu fundação aos tempos de normas codificadas, determinando limitações nos poderes do escarmento particular, já que fora adotado a lei de talião.

Surge aqui, a publicação de varias normas, e com relevância a *leges corneliae* determinava, no corpo de seu texto, as condutas que seriam consideradas como crime, quando de sua prática, buscando prioritariamente solucionar conflitos existenciais entre os próprios cidadãos.

Outra norma, *Juliae*, almejava solucionar conflitos, prevendo condutas e penas em seu corpo, mas com um grande diferencial, que consistia nos crimes praticados contra o Estado, que independentemente de quem houvera realizado o ato, podendo ser tanto o particular, como os detentores do poder.

Com o fim da vingança privada, que foi substituída pela administração do Estado, surgiu aqui a figura do *jus puniendi*, mudando inclusive o fundamento da pena, afirmando agora, ter um caráter retributivo da sanção.

No fim do primeiro século depois de Cristo, já não era tão evidente a presença das penas que consistiam na eliminação da vida dos infratores, e após o século segundo, volta esta punição como destaca, Bitencourt (2016, p. 76), vejamos.

A pena de morte, que praticamente havia desaparecido, pois, até a era de Adriano (117 – 138 d.C.), ressurgiu com grande força, no século II d.C., com o aparecimento dos chamados crimes extraordinários, tais como furto qualificado, estelionato, extorsão, aborto, exposição de infante. A esses crimes pode-se acrescentar os crimes essencialmente religiosos, como blasfêmia, heresia, bruxaria e etc. A prisão era conhecida na Antiguidade tão somente como prisão-custódia, como depósito, uma espécie de antessala do suplício, onde os condenados aguardavam para a execução da pena propriamente dita.

Com esta afirmativa, podemos perceber de forma inequívoca que o direito ainda não havia se distanciado o suficiente da religião, já que condutas como a blasfêmia, que tem por significado o insulto de algo sagrado, a heresia, que nada

mais é que o contrassenso de ideias religiosas, e bruxaria, ou seja, sortilégio daquilo que é sobrenatural, ainda eram apenados por aquele povo, já que a prisão propriamente dita, não era considerada por eles como uma pena, mas sim como uma garantia da execução da pena em seu aspecto religioso.

Pode-se por fim, destacar que apesar de ainda rudimentares as leis destes tempos passados, e principalmente deste povo em particular, foi responsável pelo grande avanço como destaca o Bitencourt (2016, p. 77).

Neste período, os romanos não realizaram uma sistematização dos institutos de Direito Penal. No entanto, a eles remonta a origem de inúmeros institutos penais que na atualidade continuam a integrar a moderna dogmática jurídico-penal. Na verdade, os romanos conheceram o nexo causal, dolo, culpa, caso fortuito, inimizabilidade, menoridade, concurso de pessoas, penas e sua medição. Não se procuraram defini-los, trabalhavam-nos casuisticamente, isoladamente, sem se preocupar com a criação, por exemplo, de uma Teoria Geral de Direito Penal.

Percebemos pois, a grande progressão daqueles tempos, já que se preocuparam com tantos institutos, observando os casos em concreto não obstante a teoria em si, resguardada sua importância.

2.2.2 Direito penal germânico.

O Direito Germânico não possuía leis codificadas ou escritas, mas era detentora de um direito consuetudinário, cujo fundamento, ordem e paz de um lado e do seu opostamente estaria a presença da ruptura da paz.

Neste momento, quando da manutenção do estado natural das coisas, mantinha-se a ordem e paz entre todos, mas quando da não observância destas regras, estaria os cidadãos autorizados a efetuarem o homicídio do agressor, caso a conduta do agressor, fosse considerada crime público. Já se a atitude apontada tivesse o caráter privado, não detinha o direito de efetuar a justiça com as próprias mãos, devendo ser entregue à vítima para que fosse realizada a conduta de vingança contra o infrator.

Após a chegada da monarquia, houve uma redução gradual no sistema até então existente, passando a vigorar a *compositio*, que segundo Heleno Cláudio Fragoso (1987, p. 30-31) sua composição era uma mistura de ressarcimento e pena:

A composição, em verdade, apresentava um caráter misto de ressarcimento e pena. Nela distinguiam-se a *Wergeld* ou *Manngeld*, que era a soma em dinheiro a ser paga à família da vítima, em caso de homicídio e crimes a ele assimilados, e a *Busse*, que era a indenização aplicável aos crimes de menos gravidade. Além desses pagamentos feitos ao ofendido ou à sua *Sippe*, era devido ao tribunal ou ao rei, como mediadores, o preço da paz (*Friedensgeld*, *Fredum* ou *Fredus*). Aos que não podiam pagar eram aplicadas penas corporais.

De maneira atrasada o Direito Germânico foi influenciado tanto pelo direito religioso quanto pelo direito romano e acabaram por fim, em adotar a pena de talião, tendo como fundamento o resultado causado, não se questionando o elemento volitivo e outras questões conexas ao infrator.

Entretanto, não levou muito tempo até ser alterada novamente, passando a ser adotado o Direito Ordálico, que consistia em provar a inocência do acusado através de sua imersão em água ao ponto de fervura e de ferro em altas temperaturas.

Assim, passou a exigir o vínculo psicológico da conduta e do resultado.

2.2.3 Direito penal canônico

Em síntese, o cristianismo teve uma forte influência no direito penal, principalmente quanto a liberdade de culto, imposta pelo imperador Constantino no ano de 313 d.C., que ganhou maior robustez com o imperador Teodósio I, onde passou a ser considerado como única religião do Estado no ano de 379, d.C.

Precipuamente o Estado detinha o poder, porém a igreja tinha a função de disciplinar, todavia, o cristianismo começou aos poucos disseminar sua influência não somente sobre os poderosos, mas também sobre os leigos, ocasionando o enfraquecimento do Estado.

A punição tinha duas formas de ser realizada, onde a primeira era denominada *ratione personae* e a segunda como *ratione materiae*. No primeiro caso, ou seja, em razão da pessoa, seria julgado por um tribunal da igreja, todo aquele que se enquadrasse como religioso, independentemente do crime sobre o qual era acusado. Por outro lado, a *ratione materiae* ou em razão da matéria, referia-se sobre a competência eclesiástica, quando o autor do delito fosse considerado pessoa leiga.

Havia ainda, uma divisão entre os delitos. A primeira delas, conhecida como *delicta ecclesiastica*, era considerada atitudes que afrontariam o direito divino,

recaindo sobre competência dos tribunais eclesiásticos. Uma segunda categoria, chamada de *delicta mere secularia*, eram julgados pelos tribunais do Estado, uma vez que as atitudes desta categoria lesavam somente as leis estatais. A terceira categoria é denominada de *delicta mixta*, já que acabavam por violar tanto o direito divino quanto ao direito estatal

Neste último caso, haviam adotado o critério da prevenção, conhecido hoje no nosso direito moderno, consistente em prevenção, ou seja, em atribuir a competência para o julgamento do delito, àquele que primeiro tivesse o conhecimento dos fatos.

Digno de destaque, Aníbal Bruno, (1967, p. 86) aborda sobre o tema.

Apesar da rudeza dos tempos e dos excessos e crueldade a que conduzia a perseguição dos hereges, deve-se à Igreja ter contribuído para a disciplina da repressão anti-criminal e o fortalecimento da autoridade pública, pelo combate à prática da vingança privada com a instituição das tréguas de deus e do asilo religioso. Reagiu assim, contra o espírito individualista do Direito Germânico, apressando a marcha do Direito punitivo para a pena pública como única sanção justa e regular.

Podemos então notar, que apesar de parecer um tanto equivocada e rudimentar tal linha de pensamento, foi de vital importância para a sociedade hodierna.

2.2.4 Direito penal comum

Diante do término da dinastia carolíngia, e um enfraquecimento do poder político, pode-se observar que o direito penal, deixou de dar ênfase as suas normas escritas e passou a dar prevalência para as normas consuetudinárias da época franca, onde por consequência, gerou um direito penal antiquado.

Após o enfraquecimento ocorreu o ressurgimento da concepção punitiva privada e “o direito penal dessa época resulta de uma combinação entre o direito romano, o germânico e o canônico, com prevalência do primeiro, que é a fonte a ser consultada nos casos omissos” como bem aponta Fragoso (1987, p. 33).

Merece destaque a afirmativa de Cesar Roberto Bitencourt, (2016 p. 80), já que “nesse período, por influência dos glossadores e pós-glossadores, surgiram importantes diplomas legais que aspiravam alcançar o *status* de Direito

comum, com o conseqüente fortalecimento do poder político entre os povos” onde teve notável relevância no século XII.

Bitencourt (2016, p. 80-81) ainda traz maiores destaques, onde considera como de fundamental importância a *Constitutio Moguntina* de Frederico II e *Constitutio Criminalis Carolina*, onde esta última teve grande relevância, já que em seu corpo outorgava definitivamente o poder punitivo como único detentor, o Estado, que deu o nome de cláusula salvatória.

Logo após, foi copiado a ideia original e implementado na Bavieira, na Áustria e Itália nos séculos XIII a XVIII e posteriormente na França que se aproveitou tanto da revolução quanto da reforma que se tornou um marco histórico no enfrentamento da humanização do direito penal.

2.2.5 Período humanitário

Com o tempo, a sociedade acabou evoluindo, mas o direito continuava estagnado, parado, aplicando à sociedade penalidades ainda extremamente excessivas e cruéis chegando aos castigos corporais e até mesmo a pena capital.

Bitencourt. (2016. P. 81) aborda de forma cristalina como o direito penal era utilizado de forma totalmente deturpada do seu objetivo originário.

O direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juizes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar homens de acordo com a sua condição social. Inclusive os criminalistas mais famosos da época defendiam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à dureza de um rigoroso sistema repressivo.

Percebida a incongruência destacada acima, a reforma desta não demorava a tardar, o que acabou ocorrendo na segunda metade do século XVIII tendo os filósofos e juristas, papéis cruciais para o desencadeamento que estava por vir, por meio de obras que censurariam o direito penal.

Neste momento, as correntes iluministas e humanitárias passaram a fazer grandes críticas vexatórias contras os claros abusos que o Estado vinha cometendo, propondo uma mudança significativa, buscando uma proporcionalidade mais palpável, onde deveria ser levado em consideração, não a tormenta do apenado, mas circunstâncias pessoais, o dolo e a maior eficácia sobre os homens, rechaçando a crueldade contra o físico do réu.

Segundo Bitencourt (2016, p. 82);

Esse movimento de ideias, definido como iluminismo, atingiu seu apogeu na Revolução Francesa, com considerável influência em uma série de pessoas com um sentimento comum: a reforma do sistema punitivo. O iluminismo, aliás, foi uma concepção filosófica que se caracterizou por ampliar o domínio da razão a todas as áreas do conhecimento humano. O iluminismo representou uma tomada de posição cultural e espiritual de parte significativa da sociedade da época, que tinha como objetivo a difusão do uso da razão na orientação do progresso da vida em todos os seus aspectos. Em outros termos, esse movimento, também conhecido como a era da Ilustração, é resultado da concorrência de duas correntes distintas.

Como ápice, Cesare Beccaria, mesmo não sendo considerado jurista, mas sim um filósofo, veio a publicar uma obra intitulada *Dei delitti e delle pene*, a qual possuía ideias centrais no contrato social, onde se deveria buscar uma distribuição de vantagens coletivas de maneira uniforme, pregando ainda que seria somente de responsabilidade das leis determinarem penas e aos legisladores declararem as referidas.

Realmente fora obra de grande relevância e que abalou as estruturas do direito penal até então vigente, já que não se continha em somente os dois itens anteriores, mas sim, uma infinidade de temas, problemáticas e soluções possíveis para os referidos problemas. Mais do que isso, a obra mencionada, veio fazer com que tudo fosse observado sob um diferente prisma.

2.2.6 Gênese da criminologia

Com o final do período humanitário e suas teorias, ainda não se explicava de forma clara os crimes e suas consequências, onde então surgiu a criminologia, que tem por objetivo maior estudar não somente o infrator, mas também busca explicar a causa do delito.

O médico, César Lombroso, em seu livro *L'unomo delinquente*, foi o pioneiro a vislumbrar o crime sob um ponto de vista diferente dos demais, considerando o fato criminoso não como um ato isolado fruto da manifestação de vontade do agente, mas sim, como uma somatória de situações que culminou no ato criminoso, podendo ser considerado como germinador da escola Positiva.

Lombroso ainda acreditava que a pena não deveria ter somente um aspecto retributivo de per si, mas juntamente com a proteção social e ainda, a

recuperação do delinquente, se fazendo necessário a individualização do réu para uma análise minuciosa da sua individualidade e personalidade.

Apesar de o autor supramencionado ter iniciado um grande pensamento sobre a situação que deveria ser guerreada, não deixou de cometer alguns exageros como bem aponta o Magalhães Noronha.

Noronha ainda lhe dá grande mérito (2001, p. 27).

Todavia ele tem grande mérito que não desaparecerá: o de haver iniciado o estudo da pessoa do delinquente, com ele, este deixou de ser considerado abstratamente. Foi a antropologia criminal que pôs em evidência a pessoa do criminoso, procurando investigar as causas que o levavam ao delito, ao mesmo tempo que forcejava por indicar os meios curativos ou tendentes a evitar o crime.

Constata-se que, Lombroso além de ser pioneiro no tema, foi visionário. Mesmo cometendo equívocos nesta empreitada tão penosa e densa, não lhe retirando o mérito deste saudoso trabalho e que seria estudado posteriormente por outros estudiosos.

2.3 Escolas do Direito Penal

Após o iluminismo, que veio por alterar diversas situações no mundo jurídico, foi se misturando as linhas de pensamento sobre os mais variados temas e com isso, inevitável homogeneização de sistemas surgiu com o passar do tempo até se consolidar hoje no que conhecemos como moderno direito penal.

Destacando novamente o professor Bitencourt (2016, p. 95), informa de maneira clara e objetiva, que o estudo muito mais importante que o direito penal em si, “é seu processo de sistematização do conjunto de valores e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais, ou mais precisamente, o estudo dessa sistematização, qual seja, elaboração da dogmática” do sistema penal.

Bitencourt, 2016 apud Muñoz Conde e García Aran, (2010, p. 190) demonstra com maestria a grande importância dos estudos por vindouros.

Trata-se de averiguar o conteúdo das normas penais, seus pressupostos, suas consequências, de delimitar e distinguir os fatos puníveis, de conhecer, definitivamente, o que a vontade geral expressa na lei quer punir e como quer fazê-lo. Nesse sentido, a dogmática jurídico-penal cumpre uma

das mais importantes funções jurídicas em um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado que, mesmo estando ajustado a certos limites, necessita de controle e da segurança desses limites.

Demonstrado esta a importância dos estudos das escolas penais, pois é justamente essa linha de pensamento que tem garantido à sociedade, todos os direitos fundamentais conhecidos contra o abusivo do poder estatal.

2.3.1 Escola clássica

Apesar da nomenclatura que se leva, não houve uma escola no sentido literal da palavra, mas sim, uma vasta doutrina com pontos em comum que objetivavam, entre outros aspectos, o direito do Estado em punir os infratores da norma jurídica e ainda os maiores problemas vinculados tanto ao crime como a pena em si.

Essa escola tem como principais protagonistas Locke, Baruch Spinoza, Voltaire, Montesquieu e Pierre Bayle onde tinham como divulgadores assíduos Cesare Beccaria onde apregoavam de maneira racional o livre arbítrio.

Seus pregadores afirmavam que cada indivíduo, por ser possuidor do livre arbítrio, ou seja, ter uma capacidade de escolha, tinha o poder de escolher entre a conduta boa ou a conduta ruim.

Logo, em razão deste livre arbítrio, o apenado sofria o resultado de suas condutas originárias, tendo em vista que tais ações poderiam ter sido diferentes e passaram pelo crivo de escolha daquele que atuou, ou seja, uma imputabilidade moral.

O professor Magalhães Noronha (2001, p. 32) afirma que essa imputabilidade “é o pressuposto da responsabilidade penal. Funda-se no livre-arbítrio, elevado por ela à altura de dogma. Quem nega a liberdade de querer – diziam os clássicos – nega o direito. Só o livre-arbítrio pode justificá-lo”.

Neste sentido, se a conduta cometida pelo agente era considerada como um mal classificado de injusto pela sociedade, o direito, exercendo o *jus puniendi* deveria reparar a atitude injusta com uma contrária, ou seja, justa, que por conseguinte, poderia ser aplicada somente aos imputáveis, já que são detentores do livre arbítrio.

Luiz Flávio Gomes (2007, p. 91), assevera sobre a finalidade da pena onde “a maioria desses filósofos desse período tinha uma visão retribucionista do Direito Penal, isto é, fundamentava a pena na chamada teoria retribuição jurídica – o que significa que nenhum delito jamais poderia ficar sem castigo”.

Neste contexto o método utilizado era o dedutivo, também conhecido como lógico abstrato. Portanto, tinha como ideia fundamental que o livre arbítrio dá a cada ser a possibilidade de escolhas, podendo elas acordarem ou não com as normas jurídicas.

Mas de forma sábia, os executores desse pensamento dedutivo, que consiste na utilização do raciocínio lógico para a obtenção de um resultado, buscaram implementá-lo para que surtisse um resultado mais vantajoso, já que tais atitudes eram reflexas de condutas humanas e seu raciocínio.

2.3.2 Escola correccionalista

Tendo como precursor desta escola, Carlos Davi Augusto Roeder, a doutrina afirma que para seu autor, a inspiração foi à teoria clássica, entendendo o direito como uma totalidade de condições que necessitam da ânsia do agente.

Busca-se aqui não somente a reposição deste infrator na sociedade, mas também sua reforma íntima, passando a vislumbrar o homem também, e não somente o ato ou consequência de sua conduta.

Para ele, a pena não deveria ser pré-determinada de forma genérica, mas devendo ser analisada cada situação em apartado, culminando em uma pena concreta, mas específica para o indivíduo, nas palavras de Frederico Marques, (2001, p. 33) “no tocante à pena, o professor alemão avançou muito. Se o fim é corrigir a vontade do delinquente, deve ela durar o tempo necessário – nem mais, nem menos – para se alcançar esse objetivo. Será conseqüentemente indeterminada”.

Assim, podemos constatar que realmente sua ideia era extremamente avançada para seu tempo e em consonância com princípios de varias épocas.

Certo que o fim da pena é o delinquente e que algumas vezes poderia ela chegar a se assemelhar a crueldade, tendo em vista que a soltura dependeria única e exclusivamente do reeducando, mas indo muito além, protegendo a

sociedade como um todo, colocando o apenado reinserido no meio social, somente quando de sua real correção.

2.3.3 Escola positiva

No final do século XIX, as ciências sociais, cresciam em ritmo vertiginoso e a antropologia, psiquiatria, psicologia, e outras ciências ganhavam espaço e concomitantemente a escola positiva também.

Neste sistema, que teve grande influência das ciências que acabavam de surgir, o delinquente deixou de ter um papel primordial no sentido de sua defesa abandonando aos poucos o método dedutivo.

Como foi abordado anteriormente, a corrente clássica tinha o objetivo de ressocializar o indivíduo, porém, sofreu alteração, passando a ter uma orientação diferente, buscando priorizar o corpo social.

Com o afastamento do método dedutivo, passou-se a utilizar a metodologia indutiva e observacional. Agora, tinha como ponto mais elevado o crime como entidade jurídica e não mais o delinquente como pessoa, segundo André Estefam (2013, p. 58).

Com esta situação em tela, o delinquente deixava de ser visto como estatística, onde era analisada sua morfologia e psicologia.

Manuel Grosso Galvan, (1980), apud Bitencourt (2016, p. 103), analisando o tema em tela, discorre de forma leve e simples.

A corrente positivista pretendeu aplicar ao Direito os mesmos métodos de observação e investigação que se utilizavam em outras disciplinas (biologia, antropologia e etc.) No entanto, logo se constatou que essa metodologia era inaplicável em algo tão circunstancial como a norma jurídica. Essa constatação levou os positivistas a concluírem que a atividade jurídica não era científica e, em consequência, proporem que a consideração jurídica do delito fosse substituída por uma sociologia ou antropologia do delinquente, chegando, assim, ao verdadeiro nascimento da Criminologia, independentemente da dogmática jurídica.

Porém ainda não explica o afastamento da escola clássica onde foi dominada pela escola positiva e isso se deu com a primeira escola, onde não conseguiu diminuir o número da criminalidade, tornando-se desacreditada, logo foi inevitável somando-se a isso a ideia de um Estado mais positivista e atuante.

Neste íterim, três grandes figuras se destacaram sendo eles Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo

Lombroso não era jurista, mas sim um médico. Considerado o fundador do positivismo, acreditava que conseguiria explicar a criminalidade a partir de observações e pesquisas realizadas por ele, o que acabou por chamar atenção para si.

Pregava o fundador do positivismo, que o delinquente já trazia em seu íntimo a propensão para cometer delitos, sendo então um criminoso nato, homens voltados para o crime, onde a menor alteração no seu ambiente alteraria suas atitudes.

Aníbal Bruno, (1967, p. 113), esclarece a ideia de Lombroso afirmando que “para ele, o criminoso verdadeiro é uma variedade particular da espécie humana, um tipo definido pela presença constante de anomalias e fisiopsicológicas”.

Acreditando nessas anomalias psicológicas, apregoava ainda que o criminoso era como um pré-humano, um ser ainda não evoluído o suficiente para a sociedade a qual se encontrava, como se suas características biopsicológicas fossem retrógradas em excesso.

Apesar de ver-se obrigado a retratar muitas vezes sobre suas teorias e observações, não deixou de ser considerado um pioneiro, já que demonstrou o âmago de sua reflexão, onde ainda o infrator era um criminoso, e agora, criador de estudos mais sérios e profundos, qual seja, a antropologia criminal, que é o estudo do homem considerado na série animal sob o ponto de vista criminológico e ainda a psicologia criminal, que é o ramo da psicologia que observa de forma racional o comportamento criminal do indivíduo.

Enrico Ferri teve um papel fundamental dentro desta escola, já que em seu trabalho intitulado Sociologia Criminal, demonstra a adoção das teorias de Lombroso com a intimidação geral e Garofalo, com sua prevenção especial, resultando em orientações para esta escola.

Porém sobrepondo a responsabilidade social sobre a moral e sobre o tema, aborda Aníbal Bruno (1967, p. 116) concluindo que:

Todo homem é sempre responsável por toda ação anti-jurídica que pratica, unicamente porque vive em sociedade. A razão e fundamento da reação punitiva é a defesa social, que se promove mais eficazmente pela prevenção do que pela repressão dos fatos criminosos. Sugeriu, então, o que ele chamou substitutivos penais, isto é, certas medidas tendentes a

modificar as condições do meio, sobretudo sociais e econômicas, de evidente ação criminógena. Fim da medida penal é também a prevenção dos crimes, visando a pena, que deve ser indeterminada e ajustada à natureza do delinquente, não a puni-lo, mas a reajustá-lo às condições de convivência social.

Buscando dar efetividade a tudo que acreditava, elaborou um projeto de lei em 1921 para o Código Penal da Itália e encerrou sua carreira com a publicação do seu livro “Princípios de Direito Criminal” em 1929.

O último grande pensador da época foi Garofalo, sendo este realmente do mundo jurídico, se dedicou ao estudo da criminologia.

Grande seguidor do darwinismo, Garofalo entendia que o grau de periculosidade era fundamental na justificação da pena, buscando ainda a prevenção especial como intuito da repressão penal.

Resumidamente, a prevenção especial, consiste em buscar evitar a realização da prática de delitos, destinado ao delinquente para que não torne a reincidir.

Por fim, como seu fundamento era a defesa social, o *jus puniendi* tinha um papel mais gravoso o que deixou de realizar reabilitações de forma mais eficaz, formulando ainda, um conceito de crime natural.

Entendia que o delito era um sinal de um problema interno que poderia ser moral ou psicológico e com isso, não estava em condições de conviver em sociedade, necessitando assim, ser banido ou rechaçado com intensidade e robustez.

Bitencourt assevera que tal posicionamento tinha fundamentação no darwinismo chegando a se exaltar em alguns momentos, culminando no ápice de recorrer à pena de morte (2016, p. 106).

Partindo das idéias do Darwin, aplicando a seleção natural ao processo social (darwinismo social), sugere a necessidade de aplicação da pena de morte aos delinqüentes que não tivesse absoluta capacidade de adaptação, que seria o caso dos “criminosos natos”. Sua preocupação fundamental não era a correção (recuperação), mas sim a incapacitação do delinquente (prevenção especial, sem objetivo ressocializador), pois sempre enfatizou a necessidade de eliminação do criminoso. Enfim, insistiu na necessidade de individualizar o castigo, fato que permitiu aproximar-se das idéias correcionalistas. A ênfase que dava à defesa social talvez justifique seu desinteresse pela ressocialização do delinquente.

De maneira similar, mas não totalmente diferente, Aníbal Bruno (1967, p. 118), comenta sobre as ideias de Garofalo, afirmando que essa anomalia moral era a força motriz para o desencadeamento das atitudes criminais desmedidas, onde se deveria usar a intimidação para a sua não ocorrência, denominando como temibilidade:

Essa ideia do crime como produto de uma anomalia moral, isto é, uma força de origem psíquica que impulsiona o homem inelutavelmente para o crime, conduziu Garofalo a sugerir como critério determinante da medida penal o que ele chamou temibilidade, por ele definida como “a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinquente”, periculosidade criminal, que ele reconheceu como “o princípio que transformará radicalmente a legislação.

Logo, podemos concluir que por imaginar que o delinquente era um ser que apesar de se encontrar nos tempos modernos, por algum motivo, tinha sua evolução retardada e que não conseguiria efetuar uma ressocialização eficaz o suficiente para que o indivíduo voltasse para o convívio em sociedade sem infringir novamente as normas de direito impostas a todos.

2.3.4 Terceira escola ou pós-positivista.

Podemos observar que tanto a Escola Clássica quanto a Escola Positiva tiveram fortes posicionamentos, sendo às vezes até extremistas em alguns momentos, mas sempre bem definidos.

Contudo, na Itália, alguns doutrinadores não contentes com o que se passava e juntamente com pensamentos até então empregados, buscaram resolverem por si mesmo, e para tanto, buscaram novas ideias visando transpor completamente pelo que haviam passado, fazendo uma mistura das Escolas anteriores.

Dentro da terceira Escola, ou também denominada de *Terza Scuola*, surgiram várias correntes, e a primeira apareceu na Itália foi conhecida como Positivismo Crítico para alguns doutrinadores.

Luiz Regis Prado e Cesar Roberto Bitencourt (1953, p. 33) observam uma grande característica que marcou essa Escola.

A responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, sem o livre arbítrio, que é substituído pelo determinismo psicológico: o homem está determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável aquele que é capaz de

se deixar levar pelos motivos. Aos que não possuem tal capacidade funda-se na dirigibilidade do ato humano e na intimidabilidade.

Assim, o determinismo psicológico foi o grande substituto da responsabilidade moral ocasionando na necessidade de motivações para cada atitude.

Logo, imputável era aquele ser capaz de ser influenciado a tomar uma escolha que então seria aplicada a este uma pena comum e aquele que não possuía a capacidade de ser influenciado, deveria ser considerado como inimputável, aplicando uma medida de segurança.

2.3.4.1 Escola moderna alemã

Von Liszt, grande discípulo de mestres como Adolf Merkel e Rudolf Von Lhering, ganhou destaque por sua competência e seu grande interesse no mundo jurídico. Além de político tornou-se catedrático austríaco e posteriormente alemão, ficando conhecido por sua grande obra Tratado de Direito Penal Alemão.

Liszt tinha uma ideia diferente. Intentava disseminar o pensamento de que o direito penal deveria ser somado à criminologia e a política criminal, objetivando que o Direito Penal, deveria ser mais útil e eficaz, aglomerando as informações criminosas. Deveria ainda, ter a pena justa, onde em seu entendimento de “justo”, seria a necessidade da pena.

Diante deste quadro, buscou a inclusão da criminologia no direito penal, mas também a penologia, nome dado por ele mesmo.

A criminologia tinha a finalidade de buscar explicar quais os motivos dos delitos que ocorriam de outro lado, a penologia, consistiria no resultado das penas empregada pelo poder judiciário.

Porém, a luta das escolas perdeu seu papel de grande relevância, sendo analisado neste contexto histórico a título de conhecimento.

2.3.4.2 Escola penal humanista

Afora Lanza, considerado fundador da Escola Penal Humanista, possuía uma visão diferente das demais Escolas até então existentes ou vistas.

Lanza entendia que o direito se confundia com a moral, ou seja, entrelaçavam, sendo assim, o Direito Penal tinha como conteúdo a ética.

Aníbal Bruno, (1967, p. 136) nos trás um esclarecimento sobre essa homogeneidade entre direito e moral, ou ética.

Crime é ato que ofende os nossos sentimentos morais e provoca assim, a reprovação da consciência comum. É dessa consciência, através de um processo de associação que vai daqueles sentimentos morais ao juízo reprovador, que resulta a responsabilidade. Não há que procurar para fundamentá-la nem o livre arbítrio, nem o determinismo.

Ainda no mesmo sentido, acreditava que o imputável, era aquele que poderia ser educado, ou seja, somente aquele que poderia aprender, e com isso, a pena poderia ser aplicada a este e somente a este.

Em consequência desta ideologia, determinados atos praticados em estado de necessidade, legítima defesa, ou suicídio, eram rotulados como reflexos de violência e vingança, no entanto tal Escola encontra-se somente na memória.

2.3.4.3 Escola técnico jurídica

Dentre os positivistas era empregado estudos jurídico-penais, por meio de observação com a finalidade de um estudo aprofundado do delinquente, considerando que o investigado ou processado, deveria ser o centro da ciência jurídica.

Na realidade, acabavam misturando ciências diferentes, mas que possuem relação entre si, entretanto de uma forma mais íntima, sendo elas a política criminal, criminologia e direito penal.

Uma linha de pensamento que surgiu neste momento foi o tecnicismo jurídico-penal, onde depois ficou conhecido como Escola Técnico-jurídica, desenvolvida por Arturo Rocco em 1905.

Essa corrente buscava renovar a metodologia, e seu auge era demonstrar o grande objeto de estudo do direito penal, o delito sendo um fenômeno jurídico. Sobre o assunto, Bitencourt, (2016, p. 111).

Sem negar a importância das pesquisas causal-explicativas sobre o crime, sustenta, apenas, que o Direito, sendo uma ciência normativa, seu método de estudo é o técnico-jurídico ou lógico-abstrato. Sustentou-se que a

Ciência Penal é autônoma, com objeto, método e fins próprios, não podendo ser confundida com outras.

Neste mesmo sentido e corroborando tais entendimentos, temos ainda Manzini, Massari, Delitala, Vannini e Conti. A partir deste ponto, a ciência penal alemã não mais parou seu desenvolvimento, chegando até os dias atuais e tem sido considerada como a mais evoluída.

2.3.4.4 Escola correccionalista

Em 1939, é publicada na Alemanha uma obra intitulada *Comentatio na poena malum esse debeat* tendo como autor Carlos Röder, que trouxe a baila no mundo jurídico a Escola Correccionalista.

Fundamentado na filosofia Krausista, esta Escola apregoava que o indivíduo infrator era considerado como um incapaz e a pena tinha a finalidade o bem.

Luiz Regis Prado e Cesar Roberto Bitencourt (1953, p. 37), aborda sobre o tema.

Para essa teoria, o delinquente é visto como um ser incapaz para o direito e a pena como um meio para o bem. Explicando: o criminoso é um ser limitado por uma anomalia de vontade; o delito é o seu sintoma mais evidente e a sanção penal um bem. Daí ter aquele o direito de exigir a sua execução e não o dever de cumpri-la.

Destarte, a principal característica dessa Escola Correccionalista era a finalidade da pena como acima exposto, incluindo a ideia de não haver prévia fixação de pena para os delitos.

Corroborando esta concepção, o Código Penal Brasileiro de 1969, estabelecia a relatividade da pena indeterminada para os criminosos que praticavam delitos com habitualidade, conforme exposição de motivos nº 26, 27 e 28 do Decreto-Lei 1.004 de 21 de outubro de 1969².

² Exposição de motivos do Decreto Lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1962. PDF - Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224150/000349860.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 ago. 2017

2.4 Breves Relatos Sobre o Direito Penal Brasileiro

Dentro do Direito Penal, a Codificação Brasileira, pode ser dividida em três grandes momentos, onde o primeiro tem como característica principal, o colonialismo, o segundo Código Criminal do Império e o terceiro, mas não menos importante, o período republicano.

2.4.1 Momento colonial

Antes da chegada dos portugueses no Brasil, a sociedade existente se mostrava extremamente rudimentar, sendo marcado por uma instabilidade exacerbada, desprovida de progresso e organização

No entanto, dentre as poucas regras que tinha, eram os tabus que imperavam, objetivando um convívio comum menos truculento e tais regras de condutas não eram escritas, ou seja, consuetudinário.

Aqui imperava de forma simples o caráter indenizatório das penas e também a expulsão do indivíduo que viesse a infringir as normas de condutas pré-estabelecidas, havendo ainda um predomínio das penas corporais, mas não havia a tortura.

Entretanto, afirma Anibal Bruno (1967, p. 169), que “as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o país em nada influíram, nem então, nem depois, sobre nossa legislação penal”, ou seja, encontrava-se integralmente moldado àquela civilização que buscava implementá-la, que era muito mais avançada que a população que aqui fazia de morada, desse modo, importado o direito, o que ocorreu em momento posterior.

Com o descobrimento do Brasil, adveio o implemento do Direito Lusitano, e que vigorava as Ordenações Filipinas em Portugal neste momento histórico e no ano de 1521, teve um substituto, determinado por D. Manuel I, as Ordenações Manuelinas que permaneceu com sua eficácia até o surgimento de um novo ordenamento no ano de 1569.

Enquanto no império das Ordenações Filipinas possuíam a característica de ser extremamente severa, trazendo penas degradantes como as penas de morte; penas vis, consistentes em açoites, amputação de membros; o

degrede que era uma pena de multa arbitrária, e as quais, permaneceram em vigor por dois séculos, como observa Bitencourt (2016, p.90).

Sobre o tema, Luiz Regis Prado e Cesar Roberto Bitencourt (1953, p.41), explicam.

No atual quadro em que se encontrava a nação, o Código Filipino, ratificado por D. João IV e D. Pedro I em 1823, de forma equivocada buscou solucionar os problemas, em vão, já que sofreu por ter sido considerado uma cópia do texto antigo e com muitas falhas, tendo em vista que fora deixado em seu conteúdo, leis que já não eram mais aplicadas, não inovando e trazendo antinomia e com um texto obscuro.

Nos anos de 1630 e 1645, as leis portuguesas não eram mais utilizadas no nordeste brasileiro por conta de uma dominação holandesa, mas que durou pouco tempo, sendo considerada uma eventualidade de percurso.

2.4.2 Código criminal do império

Com a proclamação da independência do Brasil, se fez necessário a implantação de um código criminal totalmente brasileiro e moldado sobre a sociedade que aqui permanecia, e não o contrário, ou seja, a população não deveria se adequar aos moldes de uma nova lei estrangeira.

Aníbal Bruno (1967, p. 178) demonstra a necessidade da desvinculação com o regime anterior.

De um lado, a situação de vida política autônoma da nação, que exigia uma legislação própria, reclamada mais ainda pelo orgulho e a animosidade contra tudo o que podia lembrar o antigo domínio; do outro lado, as ideias liberais e as novas doutrinas do Direito, do mesmo modo que as condições sociais do tempo, bem diferentes daquelas que as ordenações foram destinadas a reger

Dessa maneira, por força do art. 179, § 18 da Carta Política do Império, adveio o Código Criminal, e nas palavras de Aníbal Bruno (1967, p. 178) “fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”.

Aprovado em 23 de outubro de 1830, o Código Criminal do Império, foi considerado uma obra de grande texto, com conteúdo a frente de seu tempo e com possuidor de grande honradez legislativa.

Tanto que, impressionados com o texto do Código Criminal daquela época, estrangeiros, curiosos e maravilhados com tal obra, buscaram aprender a língua portuguesa para contemplar o texto.

Apesar da sua longa vida, se fez necessárias modificações ao longo do tempo, principalmente com a libertação dos escravos que ocorreu em 13 de maio de 1888.

2.4.3 Momento republicano

Após a libertação dos escravos, se fez necessário a alteração do texto normativo, e acharam por bem, elaborarem um novo.

Diante dessa informação, Batista Pereira foi o responsável pela elaboração de um novo projeto da norma penal que foi aprovado em 1890.

Esse código foi elaborado de maneira muito célere e em consequência disso, gravíssimos erros foram identificados, sendo considerado pela doutrina uma colcha de retalhos, em virtude da grande quantidade de leis extravagantes, e ainda deixou de lado os grandes avanços que a legislação anterior havia atingido.

Em razão de tantas críticas, novos estudos se iniciaram com o intuito de substituir o código de 1890.

João Vieira de Araujo, em 1893 apresentou um projeto na tentativa de substituição do texto anterior, assim como Galdino Siqueira em 1913 e Virgílio de Sá Pereira em 1928.

Finalmente em 1937, Alcântara Machado apresentou seu projeto que foi apreciado e aprovado pela Comissão Revisora, diferentemente de seus predecessores, onde culminou no sancionamento do Decreto de 1940 com uma *vacatio legis* de dois anos e encontra-se em vigor até os dias atuais, mesmo sofrendo reformas ainda que parcialmente.

2.4.4 Reformas contemporâneas

No ano de 1963, o professor Nelson Hungria, elaborou um projeto de lei, que buscava substituir o Código Penal de 1940, sendo revisado e promulgado pela Lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969 e em 1973, foi retificado, até que finalmente em 1978, a lei 6.578 revogou o projeto do professor, embora considerado

pela doutrina como o exemplo da mais duradoura *vacatio legis* em nosso ordenamento jurídico.

Reforma merecedora de destaque no Código de 1940, realizada através da lei 7.209 de 1984 que acabou por reformular toda a Parte Geral do Código Penal.

Essa reforma teve como escopo a harmonização das sanções penais e apadrinhou as penas alternativas à prisão, inserindo ainda o sistema dos dias-multa que foi muito bem vindo.

A remodelação foi aplaudida pela doutrina, mas não acompanhada pelo executivo, porquanto que para sua efetiva produção de efeitos, seria necessário a aplicação de capital e infraestrutura do próprio sistema penitenciário, o que acarretou em várias situações, como por exemplo, a ineficácia do sistema penal, a insegurança social e outras, como aborda Bitencourt (2016, p. 92).

A escassez de políticas públicas que sirvam de suporte para progressiva diminuição da repressão penal, unida à ineficácia do sistema penal, produzem o incremento da violência e, em consequência, o incremento da demanda social em prol da maximização do direito penal. Essa foi a experiência vivida no Brasil durante alguns anos da década de 1990, pautada por uma política criminal do terror, características do Direito Penal simbólico, patrocinada pelo liberal Congresso Nacional, sob o império da democrática Constituição de 1988, com a criação de *crimes hediondos* (Lei n. 8.072/90), *Criminalidade organizada* (Lei n. 9.034/95) e *crimes de especial gravidade*.

No ano de 1995, a Lei nº 9.099, implementou os Juizados Especiais Criminais, trazendo em seu íntimo, a regulamentação da transação penal, e ainda a Lei 9.714 de 1998 trouxe uma maior possibilidade de aplicação das penas alternativas por parte do Poder Judiciário, o que foi considerado pela doutrina como um avanço.

Podemos então concluir que essa situação de progressão e regressão é comum em nosso ordenamento jurídico.

3 DOS PRINCÍPIOS

Originado do latim *principium*, em seu sentido mais antigo significa começo da vida, primeiro instante, comumente conhecido como começo ou originário

De Plácido e Silva (2012, p. 1093), afirma que princípio é aquilo que “designa a espécie de norma jurídica cujo conteúdo é genérico, contrapondo-se à regra ou ao preceito que é a norma individualizada”.

Ainda no mesmo sentido, o professor Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 507) ensina que os princípios são “diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinando-lhe o modo e a forma de ser”, e prossegue afirmando que os princípios, “refletem os valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando à ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins da sociedade”.

Nesse diapasão, princípio pode ser entendido como ideia orientadora e basilar para a construção de um sistema se diferenciando das regras e das normas.

Logo, podemos notar que um estudo sobre os princípios basilares do nosso sistema, é de fundamental importância.

3.1 Dos Princípios Constitucionais Penais

Conforme vimos acima, os princípios são orientações de suma importância e segundo o professor Luiz Luisi (2003, p. 17), informa que “alguns estão inequivocadamente explicitados. Outros se deduzem no contexto das normas constitucionais por ele implícitos”.

São eles os princípios da legalidade, reserva legal, intervenção mínima, humanidade, da pessoalidade da pena e o da individualização da pena, os quais estudaremos todos, para uma melhor compreensão do tema.

3.1.1 Princípio da legalidade

Sua ideologia clássica foi de Feurbach, onde dizia que *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, tendo como origem histórica a Carta Magna Libertatum, norma que os ingleses impuseram ao Rei João Sem Terra de 1215, em seu art. 39.

Aníbal Bruno (1967, p. 206), traz uma conceituação deste princípio, vejamos.

O rigor dessa limitação e a força dessas garantias estão no princípio que faz da lei penal a fonte exclusiva de declaração de crimes e das penas, o princípio da absoluta legalidade do Direito punitivo, que exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definido e sancionado, seja julgado e punido como crime.

Apesar de haver divergência na doutrina quanto sua origem, é notório que se tornou parte do ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179, n II, determinando que nenhuma lei seria estabelecida sem utilidade pública, tendo como base os direitos civis, políticos, a liberdade, a segurança e a propriedade, sendo repetido no Código Criminal do Império em 1830 e sucessivamente.

No item anterior, observamos que os princípios têm uma função basilar e até mesmo orientadora, pois bem, o princípio em questão, vai muito além destas duas características.

Marcado por avanços e retrocessos, o princípio da legalidade é um ensinamento limitador do poder penalizador do Estado, ordenando que os mandamentos incriminadores devam ser oriundos somente da lei, ou seja, nenhum ato ou fato pode ser considerado como crime e até mesmo, que nenhuma pena de origem criminal poderá ser aplicada sem uma prévia determinação legal.

Tamanha importância deste ensinamento que se encontra insculpido em nossa Carta Magna de 1988, o art. 5º, inciso XXXIX determinando que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A ausência deste princípio foi estabelecida pelos regimes totalitaristas e considerado um princípio célebre, como bem observa o professor André Estefan (2013, p. 123).

O princípio da legalidade tem importância ímpar em matéria de segurança jurídica, pois salvaguarda os cidadãos contra punições criminais sem base em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à conduta. Exige ademais disso, que exista uma perfeita e total correspondência entre o ato do agente e a lei penal para fins de caracterização da infração e imposição da sanção respectiva.

Constatamos com efeito, que este princípio determina a limitação do poder de punir que o Estado exerce sobre o cidadão, exigindo ainda que a norma incriminadora seja escrita, de conteúdo determinado, e que anteceda a conduta.

3.1.2 Reserva legal

Apesar da divergência na doutrina quanto, à origem deste preceito, tem-se que é uma derivação do princípio da legalidade, haja vista que sua fundamentação legal em nosso ordenamento jurídico está grafado no mesmo Art. 5º, inciso XXXIX da Constituição de 1988.

Entretanto, Luiz Luisi (2003, p. 19), entende que a melhor origem é a de Hans H. Jescheck que deu para o cânone da reserva legal, embasado na teoria do contrato social do iluminismo e ainda “pregando esta teoria a construção do Estado como se tivesse origem em um contrato social, faz do Estado um mero instrumento de garantia dos chamados direitos do homem”.

De tal modo, tudo aquilo que não estiver inserido na norma penal incriminadora, é considerado como legal, ou seja, lícito.

Outra característica muito importante é que a incriminação aqui discutida é em seu sentido formal, ou seja, a única lei que tem o poder de definir uma conduta como sendo criminosa é a lei em sentido formal e dando maior validade a esta informação, o art. 61 da nossa Carta Magna determina que somente lei ordinária e lei complementar podem criar norma penal incriminadora.

O professor André Estefan, (2013, p. 125) nos informa que quanto aos “costumes, ademais, podem atuar como fonte mediata do direito penal, ao auxiliar na compreensão de determinados elementos (normativos) do tipo penal, como ocorre com a expressão ‘ato obsceno’, prevista no art. 233 do CP”.

Logo, para o direito penal, os costumes de uma determinada região ou até mesmo suas peculiaridades, não podem embasar a validade de uma norma incriminadora, independentemente da profundidade do costume ou uso.

3.1.3 Princípio da intervenção mínima

Mesmo com o princípio da legalidade, bem como da reserva legal, impondo limites ao Estado, não impede que este, venha a prever normas com conteúdo totalmente arbitrário e penas desproporcionais.

O princípio da intervenção mínima, conhecido pela doutrina como *ultima ratio*, no entendimento de Cesar Roberto Bitencourt, (2016, p. 54) “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta, só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes”.

Isto posto, o direito penal é uma das ramificações do direito que será atingido quando for estritamente necessário, devendo ser demonstrada sua utilização adequada e recomendável para salvaguardar o bem jurídico.

De outro modo, o direito penal é atuante como *ultima ratio*, dos demais ramos do direito, como o civil, o administrativo, o tributário, o trabalhista, entre outros, deverá ter maior preponderância e preferência, buscando a proteção do bem jurídico, mas se essa tutela se mostrar ineficiente, terá então a atuação do direito penal.

Luiz Luisi (2003, p. 41) anota sobre o tema:

a verdade é que a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram demasiadamente, ao ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais.

Isso faz com que o descrédito nas normas e sanções penais, tenha uma redução drástica em sua força normativa, onde tal fenômeno é conhecido pela doutrina como “inflação legislativa”, estimulando graves consequências para a sociedade.

3.1.4 Princípio da culpabilidade

Nulla poena sine culpa, como é conhecido, em apertada síntese, pode ser entendido como uma proibição da responsabilização objetiva.

Este princípio tem três vertentes como a doutrina informa, onde o primeiro deles, se traduz na ideia de um juízo de valor, ou seja, permite uma

atribuição de responsabilidade do agente que veio a praticar o fato delituoso, culminando em uma pena.

Por conseguinte, para que o agente infrator da norma jurídica venha sofrer uma pena, se faz necessário o preenchimento cumulativo dos requisitos, sendo eles o da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude o ato, bem como a exigibilidade de conduta adversa, como ensina Bitencourt, (2016, p. 64), dizendo

Que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, e que deverão ser necessariamente valorados para, dependendo do caso, afirmar ou negar a culpabilidade pela prática do delito.

Como dito acima, os requisitos são cumulativos, ou seja, na ausência de somente um deles, não será mais possível a imposição de uma pena ao réu.

Uma segunda vertente do princípio em análise é a culpabilidade, consistente em dar uma maior proporcionalidade ao fato, impondo uma sanção adequada ao caso concreto em consonância com a gravidade do delito.

E finalmente, o terceiro entendimento deste princípio, é a interpretação contrária na imposição da responsabilidade objetiva, ou seja, ninguém poderá ser condenado por algo que não tenha a intenção de cometer, ao menos com dolo e culpa.

3.1.5 Princípio da humanidade

Conhecido como princípio da dignidade da pessoa humana, tem sua origem no § 2º do artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, preconizando que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Dessarte, o princípio da humanidade, é o que determina a proibição de tratamentos não compatíveis com direitos lapidados pelo homem ao longo da história e previstos nas normas jurídicas.

Diante da importância deste princípio é que, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, têm insculpido que aos presos são assegurados o respeito a sua integridade física e moral (XLIX) e ainda que não haja pena de morte, salvo em

casos de morte declarada, de caráter perpétuo, as de banimento e as cruéis, conforme inciso XLII do mesmo artigo.

Anotação de mérito é a informação que nos traz Eugenio Raul Zaffaroni (1997, p. 179) no que tange a abrangência deste princípio.

Entendemos que o princípio da humanidade das penas tem vigência absoluta e que não deve ser violado nos casos concretos, isto é, que deve reger tanto a ação legislativa – o geral 0 como a ação judicial – particular -, o que indicaria que o juiz deve ter o cuidado de não violá-lo. Comprovados os extremos fáticos que conduziriam a uma violação de tal princípio no caso concreto, entendemos eu a sentença, como ato que “diz o direito” (jurisdicional, de *juris dicere*), não pode dizer o antijurídico, ou seja, não pode violar o princípio de humanidade.

Demonstrando grande sabedoria, nos ensina que este princípio jamais deve ser violado, nem pelo juiz, ao analisar o caso concreto, nem mesmo pelo poder legislativo, criando brechas para situações específicas, devendo ser estritamente respeitado seus termos.

3.1.6 Princípio da personalidade

Com previsão Constitucional no art. 5º, inciso XLV, impõe que “nenhuma pena não passará da pessoa do condenado”, já que a pena não é uma forma de reparação econômica, não devendo assim, a condenação afligir a terceiros ainda que vinculados ao apenado.

Segundo Luiz Flávio Gomes, (2007, p. 560) preconiza “que esse princípio tem total correlação com o princípio da responsabilidade pessoal, que proíbe a imposição de uma pena por fato de outrem”.

O exemplo clássico que a doutrina traz é que um filho não pode responder pelos crimes cometidos por seu genitor, bem como a mãe, que não pode receber uma punição pelo filho.

Buscando decrescer os problemas oriundos dos delitos, bem como seus efeitos colaterais que a ausência do apenado possa a refletir em seus entes próximos, a Lei de Execução Penal, Lei 7.210 de 1984, em seu art. 23, inciso VII, impõe orientação e amparo, quando se fizerem necessários, tanto para a família do réu, quando para a vítima, por parte da assistência social.

3.1.7 Princípio da individualização da pena

Com previsão constitucional, mais precisamente no art. 5º inciso XLVI, prevê que “a lei regulará a individualização da pena”, sucedendo-se em três momentos.

A primeira etapa é realizada através da Lei, preconizando tipos penais e suas penas correspondentes, buscando com isso, dar uma proporcionalidade para cada bem jurídico, bem como os regimes de pena respectivos, possibilidade de cumulações ou não de medidas, substituições e tudo mais que possa influir na punição.

Sucessivamente, se dá à individualização por meio do judiciário, onde o juiz competente, analisando o caso concreto, deverá fixar a dimensão de pena, bem como a espécie da pena, podendo ser aberto, semiaberto ou fechado, se é cabível a substituição ou não, e ainda, a maneira de execução desta pena.

Fundamentando isso, temos o art. 59 do Código Penal, determinando que “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias, e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá” uma pena, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Por último, a terceira fase da individualização, conhecida também como individualização administrativa se recai sobre o apenado, todo o peso da condenação, já que até então, não passava de meras conjecturas, passando para o plano da realidade que o atinge diretamente.

Corroborando estas afirmações temos vários artigos da Lei nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal, prevendo que condenados ao adentrarem no sistema carcerário, serão classificados segundo seus antecedentes e personalidade, buscando uma real individualização.

Outrossim, temos o art. 8º da mesma lei, que os réus condenados a cumprirem suas penas no regime fechado, deverão ser “submetidos ao exame criminológico, para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”.

Percebemos assim, que tanto a Lei, quanto o Poder Judiciário, cumpre formalmente o que lhe compete, qual seja respeitar o princípio da individualização da pena.

3.2 Dos Princípios Penais

Para aprofundarmos o estudo que é tema deste trabalho, precisamos ainda observar um pouco mais os princípios que estão em nosso ordenamento jurídicos, podendo ser encontrados de forma implícita ou explicitamente

3.2.1 Princípio da irretroatividade da lei pena mais grave

Também conhecido por sua interpretação antônima, entendido como retroatividade da lei mais benéfica, tem previsão tanto em nossa Carta Magna quanto no Código Penal.

Com previsão constitucional no art. 5º, inciso XL, prevendo que a “lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. tamanha importância deste princípio, que no art. 2º do Código Penal também o encontramos, porém com redação diferente, vejamos.

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Aqui, podemos ainda notar, que mesmo uma sentença, tendo sido declarada transitada em julgada, quando advier uma lei que deixa de considerar crime o que foi objeto da sentença, deve se retroagir.

Estudando as regras abstraídas destes textos, podemos destacar, que a lei penal não retroagirá.

Percebe-se a clara ligação com o princípio da legalidade, uma vez que determina a necessidade de penalização de condutas, previstas em lei, conforme já estudamos (item 2.1.1)

Tal princípio nos traz uma maior segurança jurídica, tendo em vista que é vedado que uma conduta praticada no pretérito venha ser considerada como crime posteriormente, por força de lei, atingindo-a.

Entende-se ainda, que a retroatividade é válida e como bem observa André Estefan (2013, p. 132), tratando-se de uma questão de lógica jurídica.

A retroatividade benéfica, entretanto, não é proibida, já que não abala a confiança do Direito Penal e, ademais, justifica-se como medida de isonomia. Não teria sentido que alguém cumprisse pena depois de uma lei considerar a conduta pela qual foi condenado como penalmente irrelevante, sob pena de, em não sendo assim, conviverem ao mesmo tempo, alguém cumprindo pena pelo fato enquanto outros praticam sem sofrer qualquer consequência penal.

Algumas observações devem ser feitas antes que avancemos para o próximo tópico.

A primeira é que esse princípio deve ser aplicado também nos casos em que é imposta uma medida de segurança. Outra observação é que as regras processuais, sendo elas mais gravosas ou não, devem ser aplicadas, atendendo ao mandamento do art. 2º do Código de Processo Penal, conhecida como *Tempus regit actum*, ou seja, o tempo rege o ato.

3.2.2 Princípio da insignificância

Sabemos que as condutas geram um resultado e algumas dessas ações, se moldam perfeitamente ao tipo penal, sendo então consideradas como atitudes criminosas.

Pois bem, para que o sujeito seja apenado, deve ser analisada a profundidade do ato, ou seja, se a conduta realizada pelo sujeito foi capaz de atingir o bem jurídico tutelado e em qual proporção foi essa lesão.

Dessa maneira, temos que uma conduta pode ser enquadrada em um tipo penal e não necessariamente atingir o bem tutelado, com isso nasce a insignificância.

Consiste ela em valoração da profundidade do dano, ou se ele realmente foi atingido pelo réu com a prática de sua conduta.

Conforme bem orienta Luiz Regis Prado e Cesar Roberto Bitencourt (1995, p. 51), declarando que deve-se ter enorme cuidado com a aplicação deste princípio, posto que não cabe ao arbítrio do poder Judiciário, mas sim do poder legiferante, vejamos.

Deve-se ter presente que a seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem atribuição do Poder Legislativo, sendo vedado aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. Agir

diferentemente constituirá violação dos sagrados princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos poderes

Podemos então concluir, que para a aplicação da insignificância ou bagatela, como também é conhecido, deve ter previsão não podendo ser aplicado conforme inteligência singular de cada um.

Isto posto, podemos vislumbrar um caso concreto, onde um indivíduo comete um crime de menor potencial ofensivo, entretanto, isso não quer dizer necessariamente que tal conduta se enquadre na insignificância deixando de ser aplicado.

3.2.3 Princípio da alteridade ou transcendentalidade

Consiste, referido princípio, na não punição de atitudes subjetivas, ou seja, não se pode punir condutas que não chegam a lesionar terceiros, logo, não se pode punir aquilo que só atinge o autor.

Exemplo disso é a autolesão, que não é incriminada e conseqüentemente não havendo punição, salvo no intuito de fraude de seguros.

Outra situação é a tentativa de suicídio, onde a pessoa não é submetida a punição, mas somente àquele que auxilia.

3.2.4 Princípio da ofensividade

Tem sua origem no brocardo latino *nullum crime sine injuria*, que consiste basicamente, na efetiva lesão ao bem jurídico, não sendo admitida a punição do crime de perigo abstrato, apesar de a jurisprudência ter admitido a punição destes delitos por constituírem, essas ações, delitos na sua modalidade inicial.

André Estefan (2013, p. 133) diz que em decorrência deste princípio resulta “serem inconstitucionais os crimes de perigo abstrato ou presumido, nos quais o tipo penal, descreve determinada conduta sem exigir ameaça ao bem jurídico tutelado”.

Informa-nos ainda, Luiz Flávio Gomes (2007, p. 481) que por força deste princípio e possuir o axioma *nulla lex sine injuria*, “não pode haver lei sem

ofensa, ou seja, não pode haver lei penal sem que ela descreva com clareza a ofensa ao bem jurídico”.

Portanto, necessariamente a lei deve conter ditames claros e de fácil entendimento, para que todos possam compreender quais condutas são consideradas proibidas pelo texto normativo.

3.2.5 Princípio da fragmentariedade

Apesar de parte da doutrina considerar esse princípio na realidade uma característica do ramo do Direito Penal, é utilizado também como limitador do poder estatal.

Consiste ele, na ideia de o direito penal interferir somente nas situações em que realmente houver a necessidade, e punir, bem como prever a tipicidade de uma conduta, quando for considerada de intenso significado e relevância anexo ao contexto social.

3.2.6 Princípio da adequação social

Por este princípio podemos conceituar como limitador ou parâmetros para o legislador atuar no meio social.

Este princípio determina que o legislador deva tomar cuidado quando da edição de suas leis, tendo em vista que nem toda atitude ou ação humana deve considerada crime, como no caso dos costumes sociais.

Assim, uma conduta socialmente aceitável para a sociedade não pode se enquadrar como crime, devendo o legislador moldar a norma jurídica em função da sociedade e não o contrário.

Caso assim não o fosse, normas penais incriminadoras poderiam surgir das mais simples situações, desde a doação de alimentos, roupas ou até dinheiro a pessoas necessitadas.

Diferentemente ocorre com situações toleráveis pela sociedade, como a venda de CD's ou DVD's pirateados. Outro exemplo trazido pela doutrina é o jogo do bicho, alegando que tais condutas fomentam atitudes criminosas como o crime organizado por exemplo.

3.2.7 Princípio do *bis in idem*

Consistente na vedação da dupla punição por um único fato, tal princípio tem várias vertentes.

A primeira delas é se refere à instauração de processos por fatos idênticos, gerando a litispendência e quando há uma sentença com trânsito em julgado, ocorrerá lesão a coisa julgada, com previsão no art. 95, III e V.

Outro aspecto que se origina deste princípio norteador, é destinado ao legislador, onde não pode haver mais de uma lei que preconize aquela conduta como criminosa e o seu último aspecto e de maior relevância, é o que tange a dosimetria da pena, ou seja, o magistrado não pode usar a mesma circunstância para agravar a pena do réu, devendo utilizá-la somente uma única vez.

3.2.8 Princípio da proporcionalidade

Tem sua origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, onde preceitua que “a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias” e também na Convenção Americana de Direitos Humanos no item 20, dizendo que “um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude”.

Em análise, tal princípio determina que crimes mais graves sejam punidos de maneira mais gravosa, assim como os delitos que não tenham tamanha relevância e gravidade, seja, punidos de forma menos rigorosa.

A doutrina nos esclarece ainda, que este princípio possui desdobramentos, sendo a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre a adequação, nos ilumina André Estefan (2013, p. 138)

Deve-se verificar se os meios utilizados pelo legislador são idôneos para a consecução do fim perseguido pela norma. No campo penal, tal adequação se dará quando ficar evidenciado que a norma regula um comportamento socialmente relevante e referido expressa ou implicitamente em algum valor constitucional.

Em outras palavras, tem de ser verificado se os meios que levaram tanto quanto a incriminação, quanto os meios de constatação dos atos foram realizados dentro da legalidade em observância aos procedimentos e mandamentos previstos na lei.

Quanto ao quesito da necessidade, ou exigibilidade, como também é conhecido, deve ser analisado se pelo legislador foram escolhidos, nos dizeres de André Estefan, (2013, p. 138) os “meios eficazes e cabíveis à espécie”, ou seja, o meio que foi utilizado era realmente necessário para atingir o fim, ou ainda, se não haveria outro meio para resultar no mesmo escopo.

E por fim, a inspeção da proporcionalidade em sentido estrito, se confunde e utiliza os mesmos fundamentos do princípio da insignificância, ou seja, tem o cuidado de examinar se a conduta realizada pelo autor tem uma sanção de igual peso.

Tais vertentes são conhecidas pela doutrina como teste de proporcionalidade, mas há dois subprincípios os quais analisaremos a seguir.

3.2.8.1 Princípio da proibição do excesso e proteção deficiente

Seu conceito e aplicação se confundem com outros, porém, novamente se apega ao princípio da insignificância, ensinando que não se deve tutelar de maneira excessiva sob pena de ferir o princípio da proporcionalidade.

Exemplo trazido pela doutrina é o beijo lascivo, que se enquadra no art. 213 do Código Penal (estupro), porém a jurisprudência apena como corrupção de menores (art. 218, CP), ficando dentro da proporcionalidade, já que o estupro tem reclusão de 06 a 10 anos, enquanto a previsão do art. 218 do CP, inicia a pena em 02 anos, limitando em 05 anos.

No que se refere à proteção deficiente, é apregoadado que não se pode proteger de menos, ou seja, não se protege com descuido, bem juridicamente relevante em matéria penal.

Com sua ocorrência, o embate direto ao princípio da proporcionalidade é evidente, uma vez que a proteção deficiente é uma das ramificações deste princípio. Dessa forma, conseguimos analisar a grande maioria dos princípios necessários para dar continuidade ao estudo.

4 SISTEMAS PENAIIS

Eugenio Raul Zaffaroni (1997, p. 70) conceitua o que venha ser sistema penal.

Chamamos 'sistema penal' ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de 'sistema penal' em sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução penal.

Logo, compreendemos que sistema penal é a somatória de todas as ações e processos de todos os envolvidos direta ou indiretamente com o direito penal.

A doutrina tem ensinado que existem quatro espécies de sistemas penais, sendo eles o clássico, neoclássico, finalista e o funcionalismo, que serão estudados a seguir.

4.1 Sistema Clássico

Esse sistema possui como fundadores e contribuidores, Gústav Radbruch, Ernest Beling e Fran von Liszt, que o denominaram como clássico, datado no final do século XIX, foi considerado pela doutrina como uma revolução no Direito Penal.

Nesse diapasão referido sistema buscava explicar de maneira clara e de fácil compreensão a estrutura do crime, assim como fundamento, dados verdadeiros e comprováveis de maneira empírica, conquanto outros ramos das ciências, como a biologia, física e etc., firmavam e comprovavam utilizando os mesmos métodos.

Surgiram então duas teorias, a causal ou naturalística e a psicológica ou da culpabilidade.

Sobre o assunto, André Estefan (2013, p. 180) leciona.

O sistema clássico incorporou duas importantes teorias: *a teoria causal ou naturalística* (ação como inervação muscular, produzida por energias de um impulso cerebral, que provoca modificações no mundo exterior – Von Liszt); e *a teoria psicológica da culpabilidade* (culpabilidade como vínculo psicológico que une o autor ao fato, por meio do dolo ou da culpa).

Assim, temos que, para a teoria naturalística consiste na ação voluntária que acaba produzindo um resultado no mundo exterior, ou seja, o mundo real. Já a teoria psicológica, tem como ponto principal o elo entre autor e fato, considerando isso como um nexos de causalidade.

Porém esta não foi a única teoria desenvolvida para este sistema, onde com extrema perspicácia nos ensina Luiz Regis Prado (2014, p. 190).

A relação de causalidade é aferida com lastro *na teoria da equivalência das condições* (ou da *conditio sine qua non*). Essa teoria – criada por Glase e sistematizada por Von Buri – afirma que *causa* é a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. Todo efeito ou resultado é produto de uma série de condições equivalentes, do ponto de vista causal. Tudo o que concorre para o resultado é causa dele, sendo decisivo ‘que sem essa condição o resultado não pudesse ocorrer como ocorreu’. Para a identificação do antecedente causal, utiliza-se a fórmula conhecida como processo ou método dedutivo hipotético de eliminação, de açoitado com o qual é causa de um resultado toda condição que, suprimida mentalmente, faria desaparecer o resultado. Não há distinção entre causa e condição.

Podemos abstrair deste conceito que a teoria da equivalência das condições consiste em se observar mentalmente o caso em concreto, o contexto fático do ocorrido, bem como as circunstâncias e ir eliminando toda e qualquer situação, onde eliminando o fato, elimina o resultado, resultando então no fato causador.

Por outro lado, analisando a teoria da equivalência dos resultados, se analisado o fato e eliminado determinada circunstância e mesmo assim, o fato persistir, seria então parte da equação.

Toda via, a teoria clássica entendia que crime era a junção das duas teorias, naturalística e psicológica, deixando de lado à observância da tipicidade, bem como da culpabilidade.

Com isso, surgiram duras críticas sobre o sistema clássico.

Os doutrinadores clássicos davam uma definição de ação ampla ou aberta, considerando tanto a ação positiva quanto a ação negativa, ou seja, a omissão.

Isso causou um grande problema, posto que por serem intimamente ligados a teoria da causalidade, a omissão não deveria gerar consequências penalmente relevantes, e comentando sobre o assunto, André Estefan (2013, p. 182) afirma que “o não agir não constitui causa real e efetiva de algum evento.

Aquele que não age, quando muito, deixa de interferir numa reação de causalidade preexistente, mas não cria uma por si só”.

Logo, o não agir, ou seja, a omissão tem de ser normatizada, e por consequência fundamentada em lei ou mesmo em um dever jurídico, devendo então ser afastada da causalidade por não ser uma ação positiva, mas sim negativa.

Outra crítica sofrida, é a da análise do dolo e da culpa, como bem nos demonstra André Estefan (2013, p. 183).

Os clássicos, portanto, analisavam a conduta de maneira objetiva, sem se preocupar com a intenção do agente ao realizá-la. Este método não é considerado correto, desde o finalismo, por separar em teoria o que, na realidade, não se dissocia. Como ponderou Welzel, todas as pessoas, em função de seus conhecimentos prévios sobre as relações de causa e efeito, podem antever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de seus atos e, desta forma, os dirigem a uma dada finalidade. A conduta humana penalmente relevante não pode ser analisada sem a intenção que a moveu.

Temos então que, analisar o dolo e culpa dentro da culpabilidade, tendo em vista que deve ser analisado o objetivo, ou seja, a finalidade da intenção do agente para uma real apuração do ato.

Caso contrário não se poderia chegar ao real objetivo do direito penal, onde se puniria inadequadamente o infrator ao exemplo de um agente, surpreendido com a vítima em seu poder, onde aquele de posse de objeto cortante, levando-a à lugar deserto, iria cometer um estupro ou lesão corporal, ou cárcere privado ou homicídio, tudo na forma tentada, dada a interrupção.

Mais uma crítica trazida pela melhor doutrina, é a ausência de previsão justa para os casos de coação moral irresistível ou obediência hierárquica, tendo em vista que analisando o caráter objetivo do tipo, se encontrariam preenchidos os requisitos do tipo, podendo ser punidos como autores do delito.

Podemos concluir que crime, para esse sistema, era o injusto penal (fato típico e antijurídico) somado com a culpabilidade (aspecto objetivo do crime mais aspecto subjetivo do crime, respectivamente).

Diante das falhas, se fez necessário o surgimento de um novo sistema penal, que veio a ser denominado como sistema neoclássico, objeto do próximo tópico de nosso estudo.

4.2 Sistema Neoclássico

Apesar de não haver uma conclusão quanto a datas, a doutrina diz que sua origem remonta do ano de 1907, tendo como edificadores Reinhard Frank e Edmund Mezger.

Influenciados pelo neokantismo e sua filosofia de valores, buscaram dar rumos diferentes para o sistema, até então chamado clássico, porém, com novas definições, mas não se distanciando muito dos conceitos pregados por aquele sistema.

Há ainda, duas teorias consideradas como fundamentais para esse sistema sendo denominada como teoria causal ou naturalística da ação, apresentando como precursor ainda Von Liszt e a teoria normativa da culpabilidade de Frank, também conhecida como psicológica-normativa.

Segundo o doutrinador André Estefan (2013, p. 184), informa que foi de grande inovação as ideias de Frank, vejamos.

De acordo com este autor, a aplicação de uma pena somente se justifica quando o agente, podendo agir de outro modo, decidiu cometer o crime. Não seria justo, por outro lado, impor a pena se o sujeito, no momento do fato, não possuía condições psicológicas de comportar-se de modo distinto (das as pressões externas irresistíveis que sofrera). Não se pode considerar reprovável (ou culpável) o ato de alguém que, nas circunstâncias concretas, agiu de uma forma que qualquer pessoa mediana, em face da situação, não teria agido.

Para essa teoria, que foi muito importante para o mundo penal, havia resolvido o problema para os crimes cometidos com coação moral irresistível, já que não haveria cerne da conduta, a culpabilidade, mesmo tendo o agente praticado um fato típico e antijurídico, já que não há a opção de escolher entre ambos, ou seja, desprovido de dolo ou culpa.

Isso fez com que um novo elemento se juntasse a culpabilidade, qual seja a exigibilidade de conduta diversa, somado com o dolo e a culpa.

No que tange a teoria psicológica-normativa, nos orienta o professor Antônio Carlos da Ponte (2001, p. 21).

Para os adeptos da teoria psicológica-normativa, a culpabilidade é um juízo de valor sobre uma situação fática de ordinário psicológico, e seus elementos psicológicos, quais sejam, dolo e culpa, estão no agente do crime, enquanto seu elemento normativo está no juiz.

Podemos então dizer que o sistema neoclássico, tinha como conceito analítico de crime o injusto, ainda composto por fato típico de antijurídico, culpável.

Essa antijuridicidade está intimamente atrelada à tipicidade, onde esta pressupõe que aquele está preenchida, ou seja, houve o cometimento de um fato antijurídico, em outras palavras, não houve nenhuma ação justificadora.

André Estefan (2013, p. 186) conclui asseverando sua análise de crime dizendo “o fato típico continha os mesmo elementos, isto é, conduta (ação ou omissão) somando-se a tipicidade”

Entretanto, uma ressalva merece ser feita. Do mesmo modo no conceito de crime no sistema clássico, nos crimes materiais, ou seja, aquele crime que “para a consumação é indispensável a produção de um resultado separado do comportamento que o precede”, segundo Bitencourt (2016, pag. 281), deve haver necessariamente a comprovação tanto desse resultado apartado da ação, quanto do nexo causal ou nexo de causalidade, como a maioria da doutrina aborda.

Apesar dos esforços dos doutrinadores da época, em lapidar uma teoria que resolvesse os problemas enfrentados, suas teorias não se vislumbraram livres das críticas.

Uma das críticas fundou-se na análise da intenção do agente no cometimento da ação, se mostrando primordial para um real diagnóstico do caso concreto.

Ou seja, a análise do aspecto subjetivo do crime, ou seja, a culpabilidade se mostrava de grande relevância na hora de se verificar a ocorrência de uma conduta tipificada como crime.

Exemplo trazido pela doutrina é o indivíduo que vestido de médico toca a região íntima de uma mulher. Porém a depender de sua intenção poderá ser considerado como crime ou não.

Se o escopo do agente é simplesmente satisfazer sua lascívia, poderia ser enquadrado em violência sexual mediante fraude, entretanto, se o real objetivo era constatar algo, com fins médico, estaríamos perante de uma conduta atípica.

Outra crítica sofrida pelo sistema em estudo foi o dolo normativo, onde tinham a finalidade de solucionar as questões de erros de proibição, informando que o erro passara a ser composto de voluntariedade e conhecimento de ilicitude.

Entretanto, ainda não se tinha resolvido totalmente a questão, como bem aponta André Estefan (2013, p. 187).

No sistema clássico não se dava solução satisfatória para tal solução. Com o escopo de dar uma resposta a esse problema, alguns autores integrantes do sistema neoclássico “ressuscitaram” a teoria do *dolus malus* e, com uma roupagem atualizada para a época, criaram o chamado ‘dolo híbrido ou normativo’, acima mencionado. Segundo tal concepção de dolo, não bastava a consciência da conduta e a vontade de realizar o ato, e exige-se, para tais fins, que o agente tenha *consciência da ilicitude do comportamento*. Assim, aquele que age sem ter consciência da ilicitude de sua conduta não atua dolosamente.

De tal modo, não pode ser punido um agente que encontra um celular perdido, e absolutamente crente que não se trata de um tipo penal previsto em lei, se apodera do aparelho celular, por total ausência do dolo.

Imaginemos ainda, outra situação fática. Um indivíduo, já de idade avançada, morador de região afastada e de difícil acesso, como no interior do nosso país, nas regiões de floresta, cultiva droga para seu uso. Ao se mudar para região mais populosa do país, é preso por cultivar substâncias entorpecentes. Este agente na realidade não deveria sofrer qualquer punição por total ausência de dolo, ou consciência da ilicitude do comportamento.

Podemos então perceber a falha que se instala nesse sistema, qual seja, a impunidade de criminosos habituais ou ainda o indivíduo que utiliza da infração penal, seu meio de subsistência.

Foi então que surgiu em 1931, o finalismo, tendo como precursor Hans Welzel, objeto de estudo do próximo item.

4.3 Sistema Finalista

Como dito no item anterior, esse sistema foi originado por Hans Welzel, que se deu com a publicação de seu trabalho que levou o nome de Causalidade e Omissão, no ano de 1931.

Entretanto, Luiz Regis Prado (2014, p. 199-200) informa na realidade que, Welzel teria se fundado na teoria desenvolvida por Pufendorf e na teoria de Aristóteles informando ainda que:

A concepção de Welzel revisa o conceito de ação, demonstra a incoerência e a fragilidade dos conceitos de ação propostos pelos sistemas clássico e neoclássico e, ademais, questiona a dicotomia causalista entre elementos internos (subjetivos) e externos (objetivos) ao conceber a ação como uma unidade dialética de momentos objetivos e subjetivos.

O primeiro grande fator diferenciador, se deu com a implementação da teoria finalista, que tinha como fundamento dados empíricos, como leciona André Estefan (2013, p. 188).

O finalismo tem como ponto de partida dados empíricos, isto é, constatações colhidas da realidade, que funcionam como realidades pré-jurídicas imutáveis. Nesse contexto, Welzel estruturou seu conceito de ação a partir da constatação de que *todo comportamento humano é movido por uma finalidade*. O próprio autor dizia que a finalidade é a espinha dorsal da conduta humana

Para o fundador dessa teoria, a finalidade da conduta, ou seja, seu escopo ou seu objetivo é o ponto fulcral da conduta humana, já que toda ação tem um motivo, em outros termos, uma finalidade, com base em um conhecimento já pré-determinados.

Segundo Claus Roxin, (1997, p. 199) traz com outras palavras os dizeres supramencionados.

Su punto de partida es una concepto de acción distinto del de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho más rico en contenido. Para esta teoría la 'esencia' de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo, es decir, lo 'supradetermina de modo final'.³

Dessa maneira, o primeiro ponto divisor das teorias clássicas e neoclássicas, é o conceito dado para ação, tendo como ponto maior, a antecipação mental e a pré-visualização do conseqüente resultado esperado.

A título de esclarecimento podemos citar o exemplo do agente que realiza um furto de uma carteira, o faz de maneira finalisticamente, ou seja, visando atingir um resultado.

Logo, se mostrou equivocada nas teorias anteriores, analisar o elemento volitivo, ou seja, o querer, somente no interior da culpabilidade, e Welzel, entendeu ser necessária a reformulação dos conceitos de ação e dolo.

³ Seu ponto de partida é um conceito de ação distinto das anteriores concepções sistemática e muito mais rico em conteúdo. Para esta teoria, a "essência" da ação, que determina toda a estrutura sistemática, é que, mediante sua antecipação mental e a correspondente seleção dos meios, o homem controla o curso causal, dirigindo para um determinado objetivo, quer dizer, o 'supra determina modo final'. (Tradução literal).

Retirar o dolo da análise dentro da culpabilidade resultou com que o sistema ficasse mais célere e justo, para tanto daremos um exemplo muito difundido pela doutrina e que melhor se enquadra a título de esclarecimento.

Se uma mulher, gestante, faz a ingestão de algum remédio ou outra substância que vem a causar um aborto, pela corrente clássica e neoclássica, deveria ser denunciada pelo ente do Ministério Público, sendo levada a júri e somente aí deveria ser afastada a culpabilidade. Entretanto, pelo finalismo de Welzel, por ter como fundamento que a gestante não tinha a intenção de causar aborto, tipificado pelo art. 124 do Código Penal, não poderia receber uma punição, por não haver sanção para o autoaborto na modalidade culposa. André Estefan (2013, p. 188).

Destarte, a exclusão dos elementos subjetivos da culpa, passando a integrar o cerne do conceito do crime, resultou na criação de tipos dolosos e culposos e ainda fez com que dentro da culpabilidade, restassem somente elementos normativos (exigibilidade de conduta diversa, potencial consciência da ilicitude e imputabilidade). André Estefan (2013, p. 189).

Então temos como estrutura do crime, como sendo um injusto, composto por fato típico e antijurídico, culpável, adotando-se como “teoria tripartida”.

Porém, o fato típico, além do dolo e da culpa, pelo resultado naturalístico e o nexo de causalidade nos delitos materiais, mas no que se refere ao dolo, fora percebido por Welzel que não se encaixaria neste requisito a consciência da ilicitude, que seria mantida então, dentro da culpabilidade e dentro do dolo, a consciência e voluntariedade.

Mas no que se refere a antijuridicidade, destaque merecido é que também sofreu uma mudança, onde além dos requisitos objetivos, passou a ter a necessidade dos requisitos subjetivos para seu enquadramento.

Essa teoria não passou despercebida das críticas, onde uma delas bem anota André Estefan, (2013, p. 192).

Com esse dolo acrômico, sob o ponto de vista ético-jurídico, os finalistas não vacilam em chegar a conclusão paradoxal de que os próprios inimputáveis (o louco, o idiota, a criança, o ébrio) poderiam praticar crimes dolosos, pois mesmo eles são capazes de ação finalística. O que até agora se chamou ‘culpabilidade’, cujas formas são o dolo e a culpa *stricto sensu*, não seria mais que a reprovabilidade da conduta e a consciência da contrariedade ao direito ou da ilicitude jurídica

Apesar de superado este sistema, alguns doutrinadores não concordam com o funcionalismo que será objeto de análise no próximo item, onde alguns desejam a perseverança filosofia do sistema em estudo, onde outros, por sua vez, consideram que o finalismo é superior ao funcionalismo, então, passemos a este estudo.

4.4 Funcionalismo

O funcionalismo por sua vez, surgiu após várias críticas sofridas pelo finalismo de Welzel, que busca na realidade uma ideia totalmente diferente do que até então se entendia por crime, sendo Gunther Jakobs e Claus Roxin seus predecessores.

Podemos perceber que dos estudos anteriores, todos buscavam resolver problemas ontológicos, ou melhor, a essência das coisas como, por exemplo, da ação, da causalidade, antijuridicidade e etc.

Afinal, do que se trata o funcionalismo? O professor Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 125) nos esclarece acerca do tema.

Trata-se de uma metodologia que, marcada pela preocupação pragmática e tida como reação à excessiva abstração do finalismo, em especial ao seu ontologismo, pretende orientar a dogmática penal segundo as funções político-criminais exercidas pelo Direito Penal, tornando-a funcional ou funcionalizando-a

Não obstante, podemos compreender que o escopo desse sistema buscava dar um fim útil ao Direito Penal, tendo como fundamento a sua essência, já que não poderia ter somente uma conclusão do fato, ou seja, várias as observações possíveis, bem como o resultado dessas análises.

De forma acertada, o autor supramencionado nos esclarece quanto ao tema (2011, p. 125).

A questão 'o que é o Direito?' deu lugar ao dilema 'para que serve o Direito?'. Logicamente, essa transformação também se deu no Direito Penal, que passou a ter seus objetivos na busca da eficácia e eficiência. Com efeito primordial dessa mudança, o foco passou a ser o direito de punir e a busca da prevenção da criminalidade, pano de fundo do Direito Penal da 'normalidade' ou da descrição do 'Direito Penal do Cidadão', segundo a concepção de Jakobs.

Isso demonstra que, com o advento do funcionalismo, houve uma guinada na forma de se vislumbrar o Direito Penal, passando a ser visto como parte de um conjunto, qual seja, o Direito.

Todavia, duas teorias de peso surgiram com esse sistema. A primeira, delas é a teoria de imputação objetiva do tipo, que tem por significado, em apertada síntese a atribuição do resultado de uma conduta que fora criado em um perigo, concreto ou abstrato, que se moldam ao tipo penal.

No que se refere esta teoria, suas bases remontam a filosofia, onde Aristóteles entendia como sendo “uma ação somente poderia ser imputável se submetida ao âmbito de controle daquele que atua, de forma que poderia ter agido de outro modo” Segundo Luiz Regis Prado (2014, p. 171), ou seja, apenas se pode imputar uma conduta à alguém, quando este indivíduo possuía a possibilidade de escolha da ação de forma voluntária, caso contrário, isto não poderia ser concebido.

Fundamentado nessa ideologia, o filósofo Samuel Pufendorf determina uma conceituação de imputação, como leciona Luiz Regis Prado (2014, p. 173).

Através do conceito de imputação, busca-se circunscrever as ações humanas, delimitando-as ante os acontecimentos fortuitos. Para tanto, afirma-se que apenas os resultados que dependam da vontade humana ou sejam domináveis por ela podem ser imputados ao homem como obra sua. O conceito de imputação depende, portanto, da vontade.

Assim, a vontade do agente é primordial para se moldar a teoria de imputação, devendo a ação humana, estar impregnado de sua livre ânsia de agir.

A segunda teoria, diz respeito ao conceito que culpabilidade, que sofreu uma mudança, como leciona André Estefan (2013, p. 195)

Expansão do conceito de culpabilidade para um ideia de responsabilidade, resultando daí que aquela, como condição indispensável para imposição da pena, deve aliar-se a necessidades preventivas da sanção penal (a culpabilidade e as exigências de prevenção limitam-se reciprocamente, e alguém só será penalmente responsável, se ambas concorrerem simultaneamente)

Como dito acima, o funcionalismo teve dois autores principais, mas em um determinado momento, acabaram divergindo quanto ao escopo do Direito Penal.

O doutrinador Claus Roxin, ensina que a tutela dos bens juridicamente protegidos era o fator principal, mas por outro lado, Gunter Jakobs, fundamentou seu

pensamento na defesa de bens jurídicos, mas com um grande diferencial, no sentido de que as normas deveriam ser respeitadas por sua vigência.

Mas então, como ficou o conceito de crime? Ainda considerado como injusto e culpável, onde dentro da primeira característica, se encontram fixados o fato típico (acrescido de dolo e culpa) e antijurídico

Porem, André Estefan (2013, p. 196) observa de forma muito interessante a que se refere à antijuridicidade, merecendo transcrição.

A antijuridicidade é, em parte, esvaziada, isto é, tem seu conteúdo reduzido, uma vez que diversas situações tradicionalmente solucionadas sob seu manto (como os casos de consentimento do ofendido, violência desportiva e intervenção médico cirúrgico) são analisadas à luz da teoria da imputação objetiva, como hipóteses em que o comportamento do agente é penalmente atípico por gerar riscos permitidos

Já no que tange a culpabilidade, se desvincula do caráter de reprovação da conduta, passando a ser imantado com a ideia de responsabilidade, entretanto, teoria da imputação objetiva, sua metodologia utilizada na concretização desta teoria, até mesmo a ponderação da política criminal e seu papel não ficaram imunes às críticas.

5 FUNÇÕES E OBJETIVOS DA PENA

Sobre o tema, informa-nos, Cesar Roberto Bitencourt (2016, p. 131), que as penas nunca tiveram o mesmo fim ou os mesmos meios, sempre acompanhando o desenvolvimento da sociedade, as ideologias filosóficas e até mesmo políticas, vejamos.

O Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica. Estado, pena e culpabilidade foram conceitos dinâmicos inter-relacionados, a tal ponto que a uma determinada teoria de Estado corresponde a uma teoria de pena, e com base na função e finalidade que seja atribuída a esta, é possível deduzir um específico conceito dogmático de culpabilidade. Assim como evolui a forma de Estado, o Direito Penal também evolui, não só no plano geral, como também em cada um dos seus conceitos fundamentais.

Podemos então compreender, dentro de uma análise simples, que o Direito Penal tem um vínculo estreito com sua teoria das penas e os efeitos que elas devem atingir, levando-se em consideração, o contexto social do referido período.

Tendo como base a afirmativa de Bitencourt (2016, p. 131), “a pena justifica-se por sua necessidade”, estudaremos nos próximos tópicos as teorias da pena.

Essas teorias que iremos analisar neste capítulo, buscam estudar o sentido, a função e finalidade da pena, onde a doutrina aponta três teorias em destaque, denominadas como absolutas, relativas e as unificadoras.

5.1 Teoria Absoluta ou Retributiva da Sanção Penal

Em apertada síntese, trata-se de uma retribuição ao mal causado pelo autor do fato tipificado, ou seja, imposição no sentido de castigar aquele que feriu a norma penal, daí o sentido retributivo da pena.

Na antiguidade, era observada uma mistura entre religião e Estado, bem como a moral, a política e demais fatores que acabavam por influenciar o Direito como um todo.

Nessa orientação, em tempos mais pretéritos, o rei era o centralizador dos poderes e somando-se com a ideia da pena que se tinha neste período da história humana, segundo a doutrina, o Estado era considerado absolutista, haja

vista que a imposição das penas que submetia a quem agia contra o soberano ou até mesmo contra o próprio Deus, uma vez que o Direito se encontrava impregnado do aspecto religioso, conforme já estudado.

Para Bitencourt (2016, p. 133), o Estado era ainda uma transição de períodos sobre os quais passava a população.

O Estado absolutista é conhecido também como um Estado de transição. É o período necessário de transição entre a sociedade da baixa Idade Média e a sociedade liberal. Ocorre nesse período, um aumento da burguesia e um considerável acúmulo de capital. Obviamente, diante do efetivo desenvolvimento que essa nova classe social estava experimentando, fazia-se necessária a implementação de meios para proteger o capital, produto da pujança dos novos capitalistas.

Logo após o surgimento do mercantilismo, o Estado absolutista acabou perdendo força, ocasionando ainda um desmembramento entre Estado e o soberano e ambos com relação a Deus, resultando em um Estado Burguês que possuía fundamentos diferentes de seu predecessor, surgindo com isso a superioridade do povo para com o Estado e a separação dos poderes.

Diante do quadro que surgia, a pena não poderia ter mais o mesmo caráter, qual seja a retribuição do mal, passando para uma ideia de retribuição ao abalo as normas jurídicas, tendo como escopo a restauração do equilíbrio da ordem que a ação antecessora retirou.

Podemos então concluir, que com a nova ideologia apresentada para o fim da pena, avançou grandemente, já que se descolava da ideia de um fundamento religioso, passando para um fundamento Estatal.

Esse novo Estado tinha como fundamento o contrato social, que consistia na busca de se evitar conflitos entre indivíduos que se reuniam por um ideal social.

Por tal fato, aquele que acabava por infringir o contrato social imposto pelo Estado, era rotulado como um traidor, já que sua atitude era totalmente contrária ao contrato, passando a ser enquadrado como alheio àquele grupo, ou seja, era separado de seus pares para receber uma retribuição pela conduta que era a pena.

Aqui então tem um paralelo de difícil elucidação, já que de um lado se tinha a pena como único fator possível de ser realizada a justiça e a autonomia de vontade do agente para eleger entre o justo e o injusto.

Em verdade, o pano de fundo da teoria retribucionista da pena está intrinsecamente ligado a filosofia ética que supera barreiras de ordem física, almejando o encontro com um ser supremo, conforme Bitencourt (2016, p. 135).

Então, nota-se que o estudo, mesmo que singelo destas teorias se faz necessário, mas esclarecendo que não há possibilidade de esgotar a análise da teoria que se seguirão.

5.1.1 Teoria de Kant

A doutrina aponta como idealizadores Kant e Hegel, mas para ambos demonstram terem fundamentos diferentes como bem aponta Luigi Ferrajoli (1995, p. 254), afirmando que “Las doctrinas absolutas o retribucionistas se fundamentan todas em la máxima de que es justo “devolver mal pelo mal”⁴.

Para Kant, a Lei penal era considerada uma ordem de suprema importância tendo como base a ética, onde o transgressor, não só podia como deveria ser castigado de forma severa.

Segundo o filósofo alemão, a norma penal deveria ser seguida com o objetivo de que se tornasse um mandamento universal e entendia que o Direito era “um conjunto de condições através das quais o arbítrio de um pode concordar com o arbítrio de outro, seguindo uma lei universal ou geral” Bitencourt (2016, p. 136).

Mas ainda, o doutrinador supracitado nos esclarece sobre as proposições do que seria realmente o Direito Penal para o filósofo em estudo, ou nos dizeres deste o “Direito de Castigar”, segundo Kant (1983, p. 85) apud Bitencourt (2016, pag. 137)

Não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinquido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real.

Logo, o homem não pode ser instrumento de qualquer objetivo que seja, em outras palavras, a punição de um ser humano jamais poderá ter como

⁴ As doutrinas absolutas ou retribucionistas se fundamentam todas na máxima de que é justo devolver o mal pelo mal. (Tradução literal).

objetivo disciplinador, ou seja, não se pode punir alguém, objetivando que outros, ao observarem a pena e o sofrimento do agente, venham a não cometer crimes.

Kant prega que aos delinquentes deveria ser necessariamente empregada a norma de talião ou *ius talionis* utilizando como fundamentação que “o mal não merecido que fazes ao teu semelhante, o fazes a ti mesmo; se o desonras, desonras-te a ti mesmo; se o maltratas ou o matas maltratas-te ou te matas a ti mesmo”, entretanto, tais corretivos demandam ponderação, quantificação e classificação de acordo com os delitos realizados pelo próprio agente conforme Bitencourt (2016, p. 137-138)

Podemos então concluir que para Kant, o réu deveria ser apenado simplesmente por ter atuado contra a norma penal, pouco importando as demais funções da pena, seja ela qual for, até mesmo, distanciar da ideia de ensinar algo ao delincente.

5.1.2 Teoria de Hegel

Hegel, outro filósofo considerado como precursor do pensamento em estudo, entende que o ponto inaugural está intimamente ligado a ideia de Estado.

Para este pensador, a pena tem sua legitimidade já que almeja a estabilização ou a volta da estabilidade da vontade geral, ou seja, a norma jurídica, já que tais normas eram a vontade de um povo, vontade geral.

Nesse sentido, Hegel apud Bitencourt (2016, p. 138), declara que adotou-se um mantra com os dizeres “o que é racional é real e o que é real é racional”.

Seguindo essa linha de raciocínio, o indivíduo era capaz de ponderar, conseqüentemente possui liberdade de manifestação e atuação, mas devendo estar em consonância com a vontade geral, a Lei.

Logo, atuar de maneira contrária as normas, ou a vontade geral, implicava em irracionalidade do ser, que atuando de forma contrária as normas legais, negava implicitamente o Direito

Esclarecendo-nos sobre o assunto, Bitencourt (2016, p. 138) informa

Na ideia hegeliana de Direito Penal, é evidente a aplicação de seu método dialético, tanto que podemos dizer, neste caso, que a ‘tese’ está representada pela vontade geral, ou, se preferir, pela ordem jurídica; a

'antítese' resume-se no delito como a negação do mencionado ordenamento jurídico, e por último, a 'síntese' vem a ser a negação da negação, ou seja, a pena como castigo do delito.

Por consequência o atuante da contrariedade das normas era então submetido às penalidades previstas nos tipos penais e demais normas, para que se restabelecesse o Direito que até então se encontrava lesionado.

Diante de tais pensamentos, podemos concluir que para este intelectual, a pena não era exclusivamente um mal em si, mas resultante de um mal que o precedia.

Logo, ambos os pensadores desta teoria retribucionista tinha como pano de fundo a norma talional, mas dando valorações diferentes, onde para Hegel, a pena era uma lesão que buscava uma compensação por um dano causado anteriormente.

5.1.3 Demais teorias retribucionistas

Apesar de ambos os filósofos anteriores serem considerados como precursores da teoria em análise, não são os únicos que se debruçaram sobre o tema buscando elucidá-lo, onde passaremos analisar.

Carrara foi outro grande defensor da teoria retribucionista e de forma semelhante a Hegel, pregava que a pena deveria ser imposta não somente pela ofensa ao ordenamento jurídico, mas também, por diminuir o sentimento de segurança que determinadas leis causavam à sociedade como um todo.

Binding quanto Mezger, por sua vez, entendiam que a pena deveria ser cumprida independentemente de qualquer finalidade das sanções, mas demonstrando a supremacia do Estado ante o cidadão.

Contudo, outras teorias surgiram neste momento histórico, mas não tiveram grande destaque, o que não necessariamente lhe retira o mérito, como por exemplo, a teoria de Jescheck, onde se vinculava a teoria da retribuição da pena dentro de uma ótica religiosa, onde se buscava punir o fato que era conceituado como criminoso, ou na linguagem religiosa, pecado.

5.1.4 Contemplação da retribuição

A máxima de Kant, no que tange a teoria retribucionista da pena, tem sua grande relevância quando observamos com atenção seus dizeres de que o homem é um fim e si mesmo e não pode, sob nenhuma hipótese, ser utilizado como meio para fins escuso.

Isso demonstra uma limitação por parte do Estado, onde este não poderia, de forma alguma, apenar um infrator objetivando que este não venha a delinquir, ou que venha se tornar um exemplo para demais criminosos em potencial, entre outros.

Já no pensamento de Hegel, podemos vislumbrar enaltecimento do princípio que hoje é considerado como basilar para Direito moderno, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, e segundo Bitencourt, (2016, p. 141), tal princípio mostra sua aplicabilidade, concomitante com o princípio da culpabilidade uma vez que a sanção imposta pelo Estado teria sua justificação como retribuição do crime cometido, de forma mais acertada.

Ainda, Bitencourt (2016, p. 141), assevera que o ponto fulcral da teoria retribucionista, reside na limitação estatal no que tange a imposição das penas, “como garantia do indivíduo frente ao arbítrio estatal”

5.2 Teorias Preventivas

Dentro das teorias que iremos estudar a seguir, contrariamente do que se baseiam as teorias absolutistas, qual seja a retribuição do fato prático pelo agente, as teorias relativas, ou preventivas, como também são conhecidas, tem um objetivo contrário.

Segundo Bitencourt (2016, p. 142), a teoria preventiva tem que “a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática”.

Desta maneira, podemos compreender que a intenção desta teoria não é retribuir o mal pelo mal, segundo os filósofos das teorias anteriormente estudadas, mas sim, apenar o infrator com o objetivo de que este não venha mais a delinquir.

Luigi Ferrajoli (1995, p. 263) afirma que as doutrinas “pueden por consiguiente ser diferenciadas com arreglo a dos criterios: el que se refiere a la esfera de los destinatarios de la prevención, que puede ser especial ou general⁵”.

Segundo a doutrina, a prevenção se divide em dois grupos, onde o primeiro consiste na prevenção geral e o segundo na prevenção especial. A primeira prevenção que iremos analisar caracteriza-se por ter seu objeto, a coletividade como um todo, enquanto a especial, o agente que incorreu em crime.

5.2.1 Prevenção geral

Para a doutrina, esta prevenção geral tem a finalidade impedir que delitos, sejam cometidos pela sociedade como um todo. Já no que se refere ao vislumbrar o objetivo desta prevenção, devesse estudar suas subdivisões sendo elas a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva.

5.2.1.1 Prevenção geral negativa

Esta prevenção tem como fundadores, Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer entre outros nomes de grande vulto, porém destacando-se entre todos, Feurbach.

Para Feurbach e sua teoria da coação psicológica, entendia-se como uma necessidade da existência do direito penal que era realizada em dois momentos. Em um primeiro momento, a ameaça principiológica desta teoria, se fundava em um medo antecipado para toda a coletividade, ou seja, que seria aplicada uma pena. Por outro lado, não se bastava nisto, já que tinha uma ideologia secundária que era a própria imposição do cárcere.

Bitencourt (2016, p. 144) nos mostra sua fundamentação esclarecendo que essas ideias “tiveram como consequência, levar o Estado a fundamentar a pena utilizando os princípios que os filósofos do Iluminismo puseram ao absolutismo, isto é, Direito Natural ou de estrito laicismo: livre arbítrio ou medo”.

⁵ Podem por conseguinte ser diferenciadas com liquidação a dois critérios: o que se refere a da esfera dos destinatários da prevenção, que pode ser especial ou geral. (Tradução literal).

Assevera ainda Bitencourt (2016, p. 144-145), que essa prevenção possui duas ideias fundamentadoras, quais sejam a intimidação que é realizada através do temor e a ponderação da consciência do ser homem.

Destaca-se com isso, uma ideia muito forte no sentido de não realizar condutas penalmente puníveis sob pena de se produzir uma consequência indesejada pelo indivíduo.

Porém, ainda a doutrina, aponta uma falha nesta teoria da prevenção geral negativa, qual seja a plena convicção que tem psicologicamente o agente que não será descoberto.

Isso deveria bastar para uma não realização das condutas típicas, ao menos no que se refere aos homens de conhecimento mediano e plena capacidade de suas ações e raciocínio.

Mas ainda, segundo esta teoria em análise, não se vislumbra uma clara explicação para os criminosos que atuam de maneira recorrente, os delinquentes profissionais ou ainda aqueles conhecidos como criminosos habituais, que acabam ainda por utilizar, o crime, como uma maneira de subsistência.

Criticando essa teoria, Ferrajoli (1995, p. 277) afirma que não tem a capacidade de realmente persuadir o infrator, vejamos.

Decir que la prohibición penal tiene la función de disuadir es como decir que una prescripción tiene la función de persuadir. Ésta es en general la función pragmática propia de todas las normas: orientar los comportamientos estableciendo efectos jurídicos agradables o desagradables para su omisión.⁶

Além desta crítica de Ferrajoli, Bitencourt (2016, p. 145-146) corrobora o afirmando que existem outros problemas, onde podemos apontar um, em particular, que seria o conhecimento do texto normativo por seu destinatário.

Esse discernimento da norma penal, encontra seu desígnio dentro da prevenção o conhecimento não somente da norma jurídica penal, mas também o necessário conhecimento da execução penal, o que muitas das vezes acaba ocorrendo de maneira extremamente falha e imprecisa pelo indivíduo.

⁶ Dizer que a proibição penal tem a função de dissuadir é como dizer que a prescrição tem a função de persuadir. Esta é em geral a função pragmática própria de todas as normas: orientar os comportamentos estabelecendo efeitos jurídicos agradáveis ou desagradáveis para sua omissão. (Tradução literal).

A título de conhecimento, a doutrina ainda aponta que a motivação do destinatário da norma jurídica penal deve ser efetiva para que ocorra o real discernimento entre as normas, e ainda, a idoneidade dos meios preventivos, objetivando com isso, uma equidade entre o delito cometido e uma sanção penal correspondente que não seja vultosa, já que grandes penas têm seu papel aterradorizante, mas não se pode aplicar de maneira desmedida.

5.2.1.2 Prevenção geral positiva

No que tange a prevenção geral positiva, consiste em abranger o objetivo anterior, alcançando aqui a coletividade como um todo, não se restringindo somente ao delinquente que veio cometer um ato considerado como crime pelo ordenamento vigente.

Para Bitencourt (2016, p. 147), a prevenção geral positiva, passou por uma mudança “assumindo uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico”.

Ainda, há na doutrina uma divisão dentro do tópico em questão, qual seja, a prevenção geral positiva e sobre o assunto, Claus Roxin (1997, p. 91) afirma.

Em realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: ‘el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; ‘el ejercicio en la confianza Del derecho’ que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; Y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, em virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.⁷

Apesar da grande discussão sobre o assunto, muitas divergências se fizeram presentes, mas Bitencourt (2016, p. 148), afirma que tal prevenção tem suas bases inspiradas no pensamento hegeliano (ciência da lógica) “que pressupõe a

⁷ Em realidade, na prevenção geral positiva se podem distinguir por sua vez três fins e efeitos distintos, se bem imbricados entre si: o efeito de aprendizagem, motivado socialpedagógicamente; o exercício na confiança do direito que se origina na população pela atividade da justiça penal; o efeito da confiança que surge quando o cidadão vê que o direito se aplica; e finalmente, o efeito pacificador, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção sobre o quebrantamento da lei e considera solucionado o conflito com o autor. (Tradução literal).

existência de uma comunidade ética de valores, ou de uma consciência jurídica comum que deve ser reforçada ante a prática de um delito”.

Nomes como Welzel, Hassemer, Kaufmann e outros tiveram grande relevância para tal teoria, mas um nome que iremos estudar em seguida teve um destaque ainda maior, dado a relevância de seu trabalho, e segundo a doutrina ficou conhecida como prevenção geral positiva fundamentadora.

A prevenção fundamentadora tem sua origem em Jakobs que fundado nos pensamentos ético-sociais de Welzel, tinha uma objetividade em reintegrar a sociedade por meio de normas jurídicas, que acabou por resultar em uma fidelização reafirmativa em que a sociedade deposita sua confiança.

Jakobs, que além de se fundar nos pensamentos de Welzel, também se respalda no entendimento do sociólogo Niklas Luhmann e suas teorias, concluindo dessa maneira, que o direito era na realidade uma norma de orientação, aconselhadora, que além de tudo, tinha o escopo de harmonizar as relações da sociedade.

Apesar então da realização de uma conduta tipificada como criminosa para o sistema jurídico penal e para toda uma sociedade, a norma em si não perderá sua eficácia, tão pouco sua vigência, mas sua confiança restaria abalada.

Nos dizeres de Bitencourt (2016, p. 150), “enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração”.

Várias críticas surgiram após a idealização dessa teoria, onde destacaremos algumas.

Mir Puig (1985, p. 54) apud Bitencourt (2016, p.150), critica, afirmando que se a norma é uma orientação para a coletividade, por qual razão se faz necessária a imposição de uma norma jurídica, indo além, culminando em uma pena, se o que se almeja seria o amedrontamento.

Bitencourt (2016, p. 151), assevera sobre os problemas apontados pela doutrina.

A teoria da prevenção geral positiva na versão fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado social e democrático de Direito.

Ainda o mesmo autor (2016. 151) continua, corroborando seus pensamentos dizendo que “É igualmente questionável a eliminação dos limites do *ius puniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática”.

Logo, podemos perceber que apesar de ser uma evolução nos pensamentos, ainda tem em seu íntimo, abrigado muitas problemáticas de difíceis elucidações, mas que necessitam de desenvolvimento para uma verdadeira aplicação na sociedade contemporânea.

5.3 Prevenção Especial

A prevenção especial, por sua vez, se difere das prevenções estudadas anteriormente, já que segundo a doutrina, a teoria em estudo objetiva que o delinquente se quer venha a cometer o crime.

Diferentemente das teorias anteriores, esta se destaca por ser direcionada ao infrator penal, para que não venha a cometer os erros já cometidos ou até mesmo que não os comenta pela primeira vez.

Santiago Mir Puig (1984, p. 94) nos demonstra haver uma diferenciação entre a prevenção geral e especial, vejamos.

A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Cuando se persigue mediante la pena, se refiere al sujeto que ya há delinquido: la pena busca, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. La prevención especial no puede operar, pues, como la general, em el momento de la conminación legal, sino em los de imposición y ejecución de la pena. Como esta clase de prevención no se dirige a la generalidad de los ciudadanos, sino a individuos ya determinados, los ya delincuentes, también se denomina a veces prevención individual.⁸

Logo, para Mir Puig, o objetivo desta teoria especial está ligado intimamente com o indivíduo e não com a sociedade, buscando que aquele não venha a cometer delitos e ainda, não venha a reincidir nas mesmas falhas já

⁸ A diferença da prevenção geral, que se dirige a coletividade, a especial tende a prevenir os delitos que podem proceder de uma pessoa determinada. Quando se persegue mediante a pena, se refere o sujeito que tenha transgredido: a pena busca, segundo ela, evitar que quem a sofre volte a delinquir. A prevenção especial no que pode operar, em seguida, como a geral, no momento da cominação legal, mas na imposição e execução da pena. Como esta classe de prevenção se dirige a generalidade dos cidadãos, mas a indivíduos já determinados, já delinqüentes, também se denomina as vezes prevenção individual. (Tradução literal).

cometidas, utilizando para tanto a imposição de uma pena bem como a execução da reprimenda.

Entretanto, há uma subclassificação da prevenção especial, onde segundo Ferrajoli (1995, p. 264-265), pode ser dividida em especial positiva e especial negativa, conforme se abstrai da leitura seguinte.

Finalidades de la prevención especial, la positiva de la reeducación Del reo y la negativa de su eliminación o neutralización, que por consiguiente no se excluyen entre si, sino que concurren acumulativamente en la definición Del fin de la pena como fin diversificado según la personalidad, corregible o incorregible, de los condenados.⁹

Podemos então perceber que para Ferrajoli, a prevenção especial positiva se destina a uma reeducação do infrator, enquanto a negativa, tem o objetivo de eliminar e ainda neutralizar o infrator considerado como perigoso.

Entretanto, Bernardo Feijoo Sanchez (2007, p. 167-168), leciona que “A diferencia de lo que sucede com la prevención general, em la exposición no se realizará una distinción entre una prevención especial positiva y una prevención especial negativa (en su vertiente intimidatoria o inocuizadora)”.¹⁰

Isso demonstra que tal diferenciação entre prevenção especial positiva ou negativa seria inócua, tendo em vista que a sociedade não admite penas de eliminação ou até mesmo de neutralização.

No entanto, para a melhor doutrina, o entendimento mais adequado seria o de Von Liszt, onde leciona que a pena deve ser sopesada de acordo com a intenção de ressocializar e ainda de reeducar aquele que se mantém na atuação de crimes.

Contudo, há mais um detalhe que deve ser observado sobre sua teoria. Para Liszt, as penas também têm um papel de intimidação dos cidadãos que não se precisassem de se ressocializarem, mas ainda, almeja neutralizar o delinquente contumaz.

⁹ A finalidade da prevenção especial, a positiva da reeducação do réu e a negativa de sua eliminação ou neutralização, que por conseguinte não se excluem entre si, mas concorrem cumulativamente na definição do fim da pena como fim diversificado segundo a personalidade, corrigível ou incorrigível dos condenados. Tradução literal.

¹⁰ A diferença do que se acontece com a prevenção geral positiva, na exposição não se realizará uma distinção entre uma prevenção especial positiva e uma prevenção especial negativa (em sua vertente intimidadora ou inocuizadora). (Tradução literal).

Bitencourt (2016, p. 153) assevera a amplidão do dano causado pelo crime na sociedade.

O interesse jurídico-penal, já não será o de restaurar a ordem jurídica ou a intimidação geral dos membros do corpo social. A pena, segundo esta nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social, e o delinquente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem.

Buscando esclarecer, então, a doutrina entende que esta prevenção especial não tem como espoco a intimidação de uma sociedade, ou até mesmo seu amedrontamento, quiçá um efeito retributivo, mas busca apenas, atingir o indivíduo transgressor.

Ainda, possuem uma determinação diferente para o que se entende sobre pena, onde teria um entendimento implícito de que o indivíduo infrator, teria a capacidade de usufruir de seu livre arbítrio, ou seja, capacidade de raciocinar.

Entretanto, a doutrina busca não a pena para este indivíduo, mas sim uma medida, que estaria adequadamente harmônico, com um sujeito anormal, tendo em vista que não se trata de um sujeito comum, e devendo ser levado em consideração sua periculosidade

Logo, podemos perceber que o real objetivo seria, em um primeiro momento, a correção do indivíduo e conjuntamente, sua reintegração ao corpo social, mas na possibilidade de falha das alternativas anteriores, a incapacitação do indivíduo que demonstrasse ser incorrigível.

Bitencourt (2016, p. 154), ainda demonstra a grande problemática do estudo em análise.

Assim como acontece com a prevenção geral, também a prevenção especial é alvo de grandes objeções doutrinárias. Com efeito, uma pena fundamentada exclusivamente em critérios preventivo-especiais termina por infringir importantes princípios garantistas, especialmente a necessidade de proporcionalidade entre o delito e a pena, e deriva num Direito Penal de autor difícil de sustentar.

E continua Bitencourt (2016, p. 154), demonstrando a imperícia no que tange a ressocialização:

Com efeito, os pressupostos sobre os quais se apóiam as medidas de ressocialização são imprecisos, as técnicas de prognóstico são mutáveis e

inseguras, sem que até hoje se haja demonstrado a eficácia empírica do fim reeducacional.

Diante de tudo o que fora exposto, percebe-se a grande problemática que temos em mãos, que necessita urgentemente de respostas.

5.4 Política Criminal

Para entendermos o que viria ser Política Criminal, necessitamos de responder o que é política.

O termo política vem grego *politiké*, significando uma ciência de governar de forma proveitosa.

Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes, em seu dicionário De Plácido e Silva, (2012, p. 1054), conceitua o termo política.

Na acepção jurídica, o mesmo sentido filosófico, em que é tipo, designa a ciência de bem governar um povo, constituído em Estado. Assim, é seu objetivo estabelecer os princípios, que se mostrem indispensáveis à realização de um governo, com o cumprimento de suas precípuas finalidades, em melhor proveito dos governantes e governados.

De forma semelhante, o dicionário de Ruth Rocha (1996, p. 482), conceitua política como sendo o “ramo das ciências sociais que trata da organização e do governo dos Estados. Arte de dirigir as relações entre os Estados. Princípios políticos: maneira ágil de agir”.

Podemos entender então que o termo política é um ramo da ciência que busca estudar a melhor maneira de governar um Estado, visando o melhor para seus governados.

Mas, no que tange a política criminal, Zaffaroni, (1927, p. 132), nos aponta sobre o que viria a ser.

Podemos afirmar que a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Corroborando o tema, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 37), vejamos.

Política criminal é uma maneira de raciocinar e estudar o Direito Penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento.

Assim, política criminal viria ser uma eleição de direitos que deveriam ser tutelados, ou seja, protegidos pelo Estado, bem como, buscar os meios de efetivar, ou realizar, a proteção aos bens que se buscar proteger, elegendo formas de se lograr êxito.

Esse pensamento político surgiu na década de 1980, tendo em vista uma grande mudança nos fatores econômicos e políticos, e com isso, surgiu de igual forma, novos governos liberais economicamente, mas que tinha um caráter conservador no aspecto social

As referidas mudanças ocorreram principalmente no campo econômico, nos campos demográficos, das tecnologias e ainda, nas taxas da criminalidade e na política propriamente dita.

Sobre o tema, aborda Santiago Mir Puig (2007, p. 62/63).

A mediados de La década de 1980, los gobiernos neoliberales empezaron a reconocer que eran incapaces de luchar de forma eficaz contra las causas de La delincuencia. Debido a ello, El sistema penal decidió redefinirse, asignándose nuevas, - y modestas – funciones.

¹¹

E prossegue Santiago Mir Puig (2007, p. 62/63) abordando o tema, assinalando:

Concretamente, em lo que respecta al miedo al delito, desde década de 1970, el ciudadano vê las elevadas tasas de delincuencia como algo normal, aumentando lo que Garland denomina el “miedo difuso” por el delito, que cada vez es mayor, incluso em aquellas épocas em las que La tasa real de delincuencia había descendido¹².

¹¹ Em meados da década de 1980, os governos neoliberais começaram a reconhecer que eram incapazes de lutar de forma eficaz contra as causas da delinquência devido a ele, o sistema penal decidiu redefinir-se, alocando novas, - e modestas – funções. Tradução literal.

¹² Concretamente, no que se refere ao medo do delito, desde década de 1970, o cidadão vê elevadas taxas de delinquência como algo normal, aumentando no que Garland denomina como “medo difuso”, para o delito, que cada vez é maior, inclusive em aquelas épocas em que a taxa real de delinquência havia reduzido. (Tradução literal).

Isso demonstra que o medo social da criminalidade e da violência propriamente dita, são os instrumentos necessários para legitimar uma criação de normas penais que por sua vez, buscam criminalizar condutas.

Contudo, para que determinada vontade de uma sociedade seja considerada como norma, deve estas serem estudadas, analisadas, debatidas para somente então, após seu acolhimento por toda a sociedade, ter sua força mandamental.

Crítica abordada por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 317), demonstra o atual quadro que nossa sociedade se encontra sobre a política criminal adotada.

A anunciada crise de modernidade, cujo exemplo pode ser sintetizada na busca de um “Direito Penal do Inimigo” como política criminal da última hora, nada mais representa senão a omissão do Estado, a crise de valores sociais, a crise das demais instâncias de controle social, enfim, um retrato da própria crise do homem.

Assim, nas palavras de Eugênio Raul Zaffaroni (1927, p. 133) informa que “a norma é filha da decisão política, leva sua bagagem genética, mas o cordão umbilical entre a decisão político-penal e a norma é cortado pelo princípio da legalidade, ao menos no que concerne à extensão punitiva”.

Logo, toda norma, tem em seu íntimo uma decisão política sobre determinado forma de atuação que o Estado busca ter, demonstrando assim, uma tradução da vontade política do próprio Estado.

Winfried Hassemer (1993, p. 24), Apud Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 317) traz uma abrangência dessa política criminal, analisemos.

Política criminal exige não tanto concentração nos fundamentos teóricos, mas muito mais a sensibilidade para uma ‘ciência penal total’, aí compreendidos os dados empíricos da realidade sancionatória ou do desenvolvimento e controle sobre as condutas desviantes, aí compreendido também o interesse por modalidades novas ou alternativas de sanção, pela ação conjunta do Direito e processo penal, pela integração de Direito Penal, Direito Trabalhista e previdenciário, política habitacional, políticas da juventude e da saúde pública.

Mas, a função da política criminal, em verdade é a prevenção do crime, ou seja, busca maneiras de evitar que os crimes acabem ocorrendo, não havendo mensuração de esforços para que se atinja o determinado objetivo.

Enrico Ferri (1999, p. 81) compara a política criminal como a “arte do legislador em utilizar, adaptando-se às condições de próprio país, conclusões e as propostas que a ciência dos crimes e das penas lhe apresenta”.

Neste sentido, e explicando o quadro em que se encontra o Brasil, diante da adoção das políticas criminais, Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 419).

A política criminal do Estado não inclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser uma política criminal positiva do Estado, existe, de fato, como meta política penal negativa instituída pelo Código Penal e leis complementares: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal

Assim, conclui Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 318).

A complexidade e a profundidade do problema tornam essenciais sugestões que envolvam uma política criminal reacional para a modernidade, de modo que, diante inevitabilidade do momento, se delimite um Direito Penal do Inimigo, com regras claras e bem fixadas, evitando a contaminação de todo o sistema

Posto isso, percebemos que apesar de políticas criminais obscuras que se objetivam em lutar contra o inimigo, e deve ser realizada de forma clara e delimitada para que não se confunda ou não se misture com os demais sistemas do nosso ordenamento jurídico.

6 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Primeiramente, para compreendermos o que venha a ser o Direito Penal do Inimigo, devemos estudá-lo de forma subdividida para que possamos ter uma melhor compreensão do tema abordado.

6.1 Origem do Direito Penal do Inimigo

O direito penal do inimigo tem como idealizador Gunter Jakobs, sendo considerado pioneiro no assunto em questão e ainda, discípulo de Hans Welzel, tendo como base a Teoria dos Sistemas de Luhmann, dando finalidade, a reafirmação da norma vigente.

Mas para entendermos o que seria essa Teoria de Luhmann, necessita-se de considerações quanto ao tema, sendo o primeiro apontamento histórico, realizado por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 83).

Até o final do século XIX e início do século XX, questionava-se o conceito de Direito, tema que, até então, Kelsen solucionara muito bem. Tradicionalmente, o Direito sempre foi estudado como instrumento de controle social. Contudo, os upgrades exigidos pela sociedade moderna e complexa têm distorcido os efetivos limites do Direito, sobretudo do Direito Penal, que passou a ser visto como instrumento apto a transformações sociais com enfoques estranhos ao sistema jurídico

Logo, os fatores sociais têm grande propriedade e influência sobre o Direito como um todo, onde deve ter o cuidado para macular o objetivo de determinada área do direito, como acontece com o Direito Penal, conforme apontado acima, que acabou sendo utilizado como uma forma de instrumentos de mudanças sociais.

Somando a isso, temos que o fator da sociedade ser dinâmica e sempre estar em transformação, que por sua vez, se faz necessário uma maior cautela e controle dos institutos, ainda mais pela influência política e econômica, no sistema jurídico, se torna cada vez mais evidente, e Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 84) demonstra.

O que se vê é um Direito Penal às voltas com a solução de problemas econômicos (ligados à maximização de riquezas do Estado e à insuficiência econômico do Poder Público) e políticos (como o cumprimento de políticas

públicas – responsabilidades típicas do Estado), confundindo ainda mais os seus limites já tão tênues.

Tais fatores trouxeram uma instabilidade jurídica que por consequência, necessitava de mudanças imediatas, principalmente no que tange as políticas, ocorrendo lenta e progressivamente.

Então, no início do século XXI, tais mudanças se fizeram ainda mais urgentes, dado a necessidade de enfrentamento de conflitos até então desconhecidos pela sociedade, ocasionando com isso, no surgimento de medo, cumulado com insegurança, conhecido como Sociedade de Risco.

Com isso, destaca Pablo Rodrigo Alflem da Silva (2004, p. 87-88), apud Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 85), a consequência desta situação.

Surge a emergência da noção de prevenção, entendendo-se como tal atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (...): cada pessoa vê ser-lhe reconhecido um direito generalizado à segurança (...): na terceira fase da história do risco, fala-se do risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes

Aqui, demonstra o que tanto se temia, ou seja, o medo da perda do controle do Estado, de ver-se apartado do poder a qualquer momento, e indo mais longe, atingindo o íntimo dos cidadãos, já que o referido medo, encontra-se presente a todo momento.

Conforme a sociedade progrediu, o crime acabou por desenvolver-se conjuntamente transpondo as barreiras das sociedades, estados e nações, e, por conseguinte, necessitando de aprimoramento no combate destes crimes complexos.

Esta situação gerou uma problemática muito séria, qual seja, o crescimento exponencial das normas penais incriminadoras, que por consequência, resultou na elaboração de micro-sistemas que pudessem gerir essa nova demanda de legislativa.

Isso fez com que a visão sobre o Estado, tivesse uma reviravolta, onde passou a ser utilizado como meio de controle da sociedade, devendo ainda ser o garantidor de todas as necessidades dessa mesma sociedade, podendo ser desde o emprego até saúde, educação dentre outros.

Assim, a Teoria dos Sistemas de Luhmann, segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 88) é “a adoção de ações individuais, contanto que sejam de forma ideal, isto é, levando-se em conta a relação dos indivíduos entre si”, onde se fundamenta no conceito de sociedade moderna.

Ainda Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 88) observa o motivo de tal teoria, influenciar tanto o mundo jurídico.

O ordenamento jurídico da atualidade é um edifício de estrutura complexa. Essa complexidade deve englobar, segundo Luhmannm todas as possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido. No caso do Direito, essa relação de sentido significa não só considerar as ações legalmente permitidas, como também as legalmente proibidas, quando relacionadas ao Direito de modo direto.

De tal modo percebe-se que tal incumbência é lenta e gradativa, onde a criação de micro-sistemas pode refletir negativamente para a sociedade, uma vez que a qualidade dessas normas penais incriminadoras deixa a desejar, em questão de conteúdo e muitas vezes busca sanar problemas de forma genérica.

Então, para darmos continuidade ao tema, devemos compreender qual é o conceito de Direito Penal do Inimigo.

6.2 Conceito de Direito Penal do Inimigo e Características

O conceito de Direito Penal do Inimigo é o antônimo do Direito Penal do Cidadão, como veremos posteriormente.

Assim, o Direito Penal do Inimigo, segundo André Estefan (2013, p. 52) busca combater os delinquentes considerados de alta periculosidade, conforme vemos.

O infrator, não é tratado como pessoa, mas como inimigo a ser eliminado e privado do convívio social. Podem ser citados como exemplos de legislação típica desse setor do Direito Penal o Patriot dos EUA (Lei Patriótica), em que se autorizou, entre outras disposições, a detenção de pessoas por tempo indeterminado, se suspeitas de envolvimento em atentados terroristas, e a violação a outros direitos individuais.

Ressalva de destaque é a realizada por Luiz Regis Prado (2014, p 138), onde nos afirma que apesar da ideia de o Direito Penal do Inimigo ser recente, sua ideologia principal de autoridade máxima, ou autoritarismo, já esteve presente

em outros tempos “há muito presente no desenvolvimento da civilização, além de apresentar determinados princípios e regras delineados em formulações bem mais antigas”

Mas para Günter Jakobs e Manoel Cancio Meliá (2009, p. 90) o Direito Penal do Inimigo possui três características fundamentais, sendo elas.

Em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – com é o habitual – retrospectivo (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira da punição não considerada par reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são realizadas ou inclusive suprimidas.

No que se refere ao conceito do tema em questão, é um tanto controversa, já que nos ressalva, o próprio Gunter Jakobs, que essa análise deve ser feita de forma generalizada, ou seja, ser estudado cada tipo da parte geral para somente então constatar-se o inimigo.

Contudo, de forma essencial, tem como inimigo o sujeito considerado perigoso para a sociedade e muitas vezes, criminoso contumaz que não são considerados como partes da sociedade e quiçá, cidadãos

Vejamos então o conceito dado por Gunter Jakos (2009, p. 95).

A essência deste conceito de Direito Penal do inimigo está, então, em que este se constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas

Isso, na visão de Silva Sanchez, apud Gunter Jakobs (2009, p. 91-92), denominado de velocidades do direito penal, abordando a existência de três velocidades distintas umas das outras, onde a primeira velocidade era considerada aquelas em que a norma penal, impunha uma pena de restrição de liberdade do indivíduo, onde a segunda velocidade se caracterizaria pela aplicação de penalidades mais brandas, se restringindo as penas pecuniárias e as restritivas de direitos.

Porém, a terceira velocidade do direito penal, para Sanchez, era o Direito Penal do inimigo onde “coexistiriam a imposição de pena privativas de

liberdade e, apesar de sua presença, a flexibilização, dos princípios políticos-criminais e as regras de imputação”. Jakobs (2009, p. 92).

Mas uma advertência se faz necessária, já que o Direito Penal do inimigo, apresentado originalmente em 1985, tinha um caráter mais abrangente, incluindo crimes menos gravosos, e posteriormente, no ano de 1999, apresentara sua nova concepção de inimigo do Direito Penal, sendo ela muito mais restrita e voltada para crimes de alta envergadura.

Dando prosseguimento ao estudo, vamos analisar a visão antagônica do Direito Penal do inimigo.

6.3 Direito Penal do Cidadão

Conforme dito no item anterior, o Direito Penal do inimigo é oposto do Direito Penal do cidadão, já que o primeiro considera o inimigo como sendo aquela pessoa criminosa de alta periculosidade, devendo ser tratada como uma não pessoa, então vamos entender essa outra vertente.

Nas palavras de André Estefan (2013, p. 52), entende que é o asseguramento da vigência da legislativa, vejamos.

Baseia-se no seguinte raciocínio: o indivíduo que comete o crime desrespeita a norma, a qual, por meio da pena aplica, mostra que permanece incólume (garantindo-se, desse modo, que ela continua valendo apesar da infração cometida). Em seu âmbito de aplicação, foram todos os direitos e garantias fundamentais.

Contudo, para Luiz Regis Prado (2014, p. 139), observa que entre o direito penal do inimigo e do cidadão, são totalmente distintos. Vejamos:

Entre o inimigo e o cidadão não há nenhuma comunicabilidade; são duas categorias inconciliáveis, que observam, respectivamente, a guerra e o diálogo, constituindo, pois, o Direito Penal do inimigo e do cidadão vias *puras* de regulação normativa: o primeiro atende ao objetivo de neutralização ou destruição do inimigo e o segundo, depurado de todos esses elementos, destina-se exclusivamente aos cidadãos.

Destarte, cidadãos são aqueles que agem dentro das regras impostas pelo Estado não se desviando muito destas, ou seja, mesmo que venha a cometer algo considerado como crime, não perdem o status de cidadão, já que não apresentam periculosidade ou não são considerados perigosos para o próprio

Estado, onde então passariam a ser considerados como inimigos, tendo tratamento jurídico diverso aos citados.

Abordagem interessante quanto ao tema, faz Luiz Regis Prado (2014, p. 144) quando se considera cidadão ou pessoa e em qual momento perde esse status, para o Direito Penal, vejamos.

Não se vislumbra um parâmetro que ofereça o mínimo de segurança a respeito da identificação do inimigo. De modo que é impossível determinar se essa seria uma condição inata ou se, ao contrário, poderia um cidadão perder sua condução de pessoa, transformar-se em inimigo e, ainda, em que momento preciso isso ocorreria ou quais os critérios que delimitariam essa qualificação.

Diante de tal conjuntura, é compreensível dizer que o direito penal do inimigo, acaba por mitigar determinados princípios penais que visam a segurança jurídica, como por exemplo, a legalidade, a taxatividade entre outros.

Outrossim, trata-se de uma verdadeira punição pelo autor e não pelo fato em si, já que possui como característica a punição antecipada.

Porém, daremos continuidade no estudo abordando agora o que viria a ser o Direito Penal do autor e do fato.

6.4 O Direito Penal do Autor e do Fato

Neste momento, buscamos respostas para diferenciarmos o que viria a ser estes dois institutos consagrados no direito penal.

Dando-nos uma ideia do que viria a ser o Direito Penal, Eugênio Raul Zaffaroni (1927, p. 119) nos orienta quanto ao tema.

O direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro como o ser delinquente sexual etc.

Corroborando tal pensamento sobre o Direito penal do autor e do fato, Claus Roxin (1997, p. 176-177) nos esclarece.

Por derecho penal Del hecho se entiende uma regulación legal, em virtud de La cual La punibilidad se vincula a uma acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de esse tipo) y la sanción representa sólo La respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de La vida del autor o a los peligros que em el futuro se esperam del mismo. Frente a esto, se tratará de um Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad Del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción¹³.

No mesmo sentido, Rogério Sanches Cunha (2015, p. 80) entende que o Direito Penal do autor, “consiste na punição do individuo baseado em seus pensamentos, desejos ou estilo de vida”, enquanto que o Direito Penal do fato, busca punir a prática do fato delituoso, “mas que considera circunstâncias relacionadas ao autor, especialmente quando da análise da pena”, previsto na nossa Constituição como individualização da pena.

Nesse seguimento, Rogério Greco (2015, p. 446) aduz sua opinião sobre o tema em tela.

No direito penal do fato analisa-se o fato praticado pelo agente, e não o agente do fato; no direito penal do autor, o enfoque e já não será precipuamente o fato praticado pelo agente, mas sim o agente que cometeu o fato. Nesta última hipótese, é a pessoa do agente que é levada em consideração, a sua particular forma de ser.

Contudo, apesar do fato ser observadas as circunstâncias em que levou o agente a praticar o delito e sua personalidade, não pode ser considerado como único meio de análise, já que se assim fosse, se puniria somente a pessoa e não o fato criminoso propriamente dito.

Sobre a mesma ideologia, aborda Zaffaroni e Pierangeli (1927, p. 119), delimitando as proporções adequadas.

Seja qual for a perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.

¹³ Por direito penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita típicamente (ou no máximo a várias ações desse tipo) e a sanção representa unicamente a resposta ao fato individual, e não a toda condução da vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Frente a isto, se tratará de um Direito penal do autor quando a pena se vincula a personalidade do autor e é sua asocialidade e o grau do mesmo que decide sobre a sanção. (Tradução literal).

Lembrando que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a punição do fato e não do autor, podemos então concluir que não pode ser admitido que se venha punir única e exclusivamente o autor de um delito, mas o fato em si.

Dando continuidade, vamos vislumbrar os movimentos apontados pela doutrina como enfrentamento do crime.

6.5 O Combate à Criminalidade Exemplificado

O combate ao crime sempre existiu em maior ou menor número, mas sua existência nunca fora questionada e havendo alguns exemplos apontados pela doutrina, merecendo destaque três, intitulados como “Lei e Ordem”, “Tolerância Zero” e ainda as “Janelas Quebradas”.

Desta forma, passaremos a analisá-las a seguir.

6.5.1 “Lei e ordem”

Basicamente, o “Movimento Lei e Ordem” têm por pano de fundo o Direito Penal máximo, onde seu rigorismo é evidente, acreditando-se ser esse direito a chave para os problemas da sociedade.

Esse movimento ocorreu nos Estados Unidos da América teve a mídia como primordial relevância, onde disseminava que o caminho para se resolver os problemas de uma sociedade, seria uma intensificação das normas penais de forma exacerbada.

Isso somente ocorreu por conta de uma sociedade fragilizada pelo medo e pela insegurança, somando-se a isso, os meios de comunicação que transmitem as informações, cada vez mais célere, onde muitas das vezes, as referidas informações são banalizadas e desmedidas, fazendo com que a sensação de que o crime encontra-se perto do telespectador, está muito mais próximo, do que na verdade está.

Articulando sobre o assunto, Rogério Greco (2009, p. 13) observa.

O convencimento é feito por intermédio do sensacionalismo, da transmissão de imagens chocantes, que causam revolta e repulsa no meio social. Homicídios, estupros de crianças, presos que, durante rebeliões, torturam

suas vítimas, corrupções, enfim, a sociedade, acuada, acredita sinceramente que o Direito Penal será a solução para todos os problemas.

E continua Rogério Greco (2009, p. 13) abordando sobre o resultado desta situação.

O Estado Social foi deixado de lado para dar lugar a um Estado Penal. Investimentos em ensino fundamental, médio e superior, lazer, cultura, saúde, habitação são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor repressivo. A toda hora o Congresso Nacional anuncia novas medidas de combate ao crime.

Esse e outros movimentos foram criticados severamente como bem observa Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 212) tendo em vista que os críticos dos movimentos “entendem que se trata de mera seleção e limpeza social, com exclusão do convívio dos mais pobres e marginalizados socialmente”.

Contudo, para entendermos melhor, daremos continuidade com o próximo movimento.

6.5.2 “Tolerância zero”

Essa política se deu nos anos de 1990, por meio de Rudolph Giuliani, na época prefeito da cidade de Nova York, havia assumido o cargo de chefe de polícia municipal e começou dar início, juntamente com William Bratton, uma reestruturação dos meios de segurança.

Seu objetivo, com esse movimento, era realizar uma diminuição do medo que a sociedade de classe média e alta, possuía dos menos afortunados, nos espaços públicos, visando uma limpeza dos referidos locais, utilizando um aprimoramento de todos os meios possíveis na parte policial ostensiva.

Nos dizeres de Rogério Greco (2009, p. 14).

A política de tolerância zero é uma das vertentes do chamado movimento de Lei e Ordem. Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento anti-social, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para isso, a vontade do legislador.

Desta forma, pode-se concluir que o Direito Penal máximo não tem sua efetividade, já que o Direito Penal não lhe comporta o caráter educacional, de uma determinada sociedade ou coletividade, onde referido direito máximo, possui uma quantidade de normas penais incriminadores em excesso, fazendo com que a punição dos infratores seja ínfima, dado sua quantidade.

Sobre o assunto já dizia Cesare Beccaria (1764, p. 113) afirmando que “a perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”, evidenciando que o ponto fulcral e intimidador é a punição e não a quantidade dela propriamente dita.

E ainda, corroborando o pensamento de Beccaria, Rogério Greco (2009, p. 18), afirma que a quantidade de normas penais influencia diretamente a criminalidade, senão vejamos.

Na verdade, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade

Por ultimo, verificaremos o que viria a ser a teoria das janelas quebradas.

6.5.3 Teoria das janelas quebradas

A teoria que iremos estudar a partir de agora, foi desenvolvida por James Q. Wilson, conjuntamente com George Kelling, psicólogo criminologista, onde no ano de 1982 sustentavam a ideia de segurança e vigilância.

A teoria de George foi fundada em uma pesquisa realizada por Philip Zimbardo, da Universidade de Stanford, consistente em deixar dois veículos em dois bairros distintos, onde um seria estacionado em um bairro nobre e o segundo em um bairro considerado como violento.

No caso do bairro violento, no Bronx, localizado nos subúrbios de Nova York, teve suas partes furtadas restando somente aquilo que não poderia ser levado, em cerca de 30 minutos.

Já o veículo localizado em bairro nobre, permaneceu intacto por uma semana, mas logo após Philip destruir uma de suas janelas e deixá-lo no mesmo

lugar em que se encontrava, também havia sido vítima de vandalismo e furto, pouco tempo depois.

De igual sorte, George sustentava que se uma janela de algum imóvel estivesse quebrada e não fosse concertada imediatamente, as pessoas daquela localidade que ali passavam, percebiam o vidro estilhaçado, entendendo que naquela região não havia alguém responsável pela manutenção e nem mesmo pela vigilância do ambiente.

O que acontecia era um apedrejamento compassado, mas contínuo do lugar, sendo destruídas as janelas remanescentes.

Isso faz com que a ideia de observação do ambiente seja diminuída de forma drástica, e com o passar do tempo, o mesmo sentimento se alastrasse para as regiões próximas, onde as pessoas de má índole, desocupados, imprudentes ou criminosas em potencial, tenha a preferência por se manterem em localidades do gênero, ou seja, desprovidos de fiscalização segundo Eduardo Luiz Santos Cabette.

Como consequências, as pessoas de boa índole, que não se comprazem com as atitudes de desequilíbrio, e ainda, não suportem a ideia de ausência de vigilância ou da ausência de supervisionamento, buscam outras localidades para residirem, abandonando completamente as localidades anteriores.

Como bem aponta Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 212) afirmando que a desordem leva a grandes desordens e problemas e por consequência aos crimes mais graves e ainda, aos de grande monta.

6.6 Periculosidade e Culpabilidade

Debate indispensável se mostra presente neste item, já que o Direito Penal busca punir o autor dos fatos considerados como criminosos, logo, o tratamento dado para estes, deve ser abordado, posto que referida argumentação, remete a debates entre as Escolas, como já fora estudado.

Zaffaroni (1927, p. 119), assevera de forma categórica que “todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou de “ato” (que é seu oposto)”.

No que tange a periculosidade do agente, Enrico Ferri (1998, p. 271) nos orienta.

Admitido o princípio da punição de um crime mediante um castigo proporcionado – “pois que o mal merece o mal” – é necessidade lógica concentrar a atenção e o exame sobre a entidade objetiva do mesmo crime. Admitindo o princípio da defesa social, é necessidade lógica atender sobretudo, e antes de tudo, ao autor do crime, para lhe deduzir a potência ofensiva, isto é, avaliar, além do dano produzido, o perigo que ele representa, quanto à probabilidade de repetir outras ações criminosas. A intuição empírica da “capacidade de delinquir” que ficou e é ainda um critério teórico e um guia prático, quer na avaliação dos indícios, quer na medida das penas, refere-se tanto ao momento que precede como àquele que sucede à consumação de um crime; é, por conseguinte, critério não só de defesa preventiva como de defesa repressiva.

Contudo, Garofalo (1908, p. 180) afirma que a melhor maneira de se educar é através do exemplo, incumbindo ao Estado essa tarefa fazendo por meio de uma “distribuição severa, imparcial, prompta e iniludível da justiça”

Assim, José Frederico Marques (1997, p. 203), acaba por conceituar a periculosidade como sendo a probabilidade da perpetração de uma lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal ao futuro.

Podemos então perceber que ao conceituarmos a periculosidade moderna, está se falando em verdade de um direito penal do inimigo com novo aspecto, porém, com o mesmo íntimo.

Então, na visão de Aníbal Bruno (1967, p. 187) a periculosidade é o mesmo que se falar em probabilidade de perpetração criminosa, vejamos.

Esse juízo de probabilidade assenta, como vimos, no conhecimento de que o indivíduo reúne condições de desajustamento social, de tal natureza e tamanho grau, que fazem prever que ele venha a cometer um fato punível. O juízo consiste no diagnóstico de um estado atual do sujeito, que permite, o prognóstico da prática provável de um crime.

Ainda no sentido de um perigo iminente, prossegue Aníbal Bruno (1967, p. 195-196).

Encaminha-se para um aproveitamento cada vez mais largo da noção do estado de perigo. Por um lado, já incluem os Códigos, para justificar a aplicação de medidas de segurança, atitudes que não chegam a configurar crimes nem sequer na fase de tentativas e apenas revelam o ânimo criminalmente perigoso do agente. Por outro lado, várias legislações com caráter de Direito Penal e conduzindo a uma decisão judiciária, já disciplinam casos de simples periculosidade ante *delictum*.

Percebe-se com isso, a linha tênue sobre a cisão do tema em inspeção e sobre o tema, aborda Basileu Garcia (1952, p. 605), asseverando que na

periculosidade, “se deve identificar – não a mera possibilidade, mas a probabilidade de que o indivíduo tornará a delinquir”.

Garcia (1952, p. 605) ainda afirma que diante de tais criminalidades, se fez necessário irromper métodos e tratamentos aos criminosos passando então a ser utilizada a medida de segurança como uma maneira válida e legal sendo ainda considerada recomendável sua aplicação quando das penas indeterminadas.

Giuseppe Bettiol, apud Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 225-226) leciona sobre a culpa e a periculosidade.

A valorização dos elementos subjetivos da antijuridicidade, o seu enfoque ‘personalista’, a intensificação de uma culpa pela conduta de vida, a afirmação do critério da capacidade de delinquir, a irrupção do conceito de periculosidade embora para fins preventivos são, sem dúvida, sinais determinados que nossa disciplina está adotando. Em lugar de uma fria e abstrata apreciação do fato em sua tipicidade imóvel, pretende-se a apreciação mais concreta, mais vital e dinâmica do homem delinquente.

Ressalva de mérito faz Gunter Jakobs (2009, p. 23) demonstrando a aplicação da sanção ao considerado inimigo.

No lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito Penal do Inimigo (neste contexto, Direito Penal ao menos em um sentido amplo: a medida de segurança tem como pressuposto a comissão de um delito) em vez de um Direito Penal do cidadão.

Nelson Hungria, (1955, p. 209-210), percebendo a ineficácia diante da situação que se versa sobre o Direito Penal do inimigo, declara a que o modelo de repressão ao meio criminoso se demonstra ineficiente, conforme podemos constatar.

É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas forças habituais. Ao lado disto existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou de custódia, senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia, foram instituídas, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidade, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regras *post delictum*, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamentos dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis.

Não obstante, Aníbal Bruno (1967, p. 13-14) aborda sobre a necessidade de uma luta mais eficaz contra uma criminalidade avançada, conforme segue.

As ideias modernas sobre a natureza do crime e as suas causas e a exigência prática de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, ao lado da velha reação punitiva, uma série de medidas que se dirigem, não a punir os criminosos, mas promover a sua recuperação social ou a segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irreduzível. São as chamadas medidas de segurança. Medidas que pertencem também ao Direito Penal. Com isso, alarga esse ramo do Direito a sua capacidade como instrumento da luta da ordem jurídica contra a criminalidade no sentido de tornar mais efetiva a prevenção geral e especial dos fatos puníveis.

Constata-se pois o motivo de tantos argumentos e críticas, tendo em vista a utilização de dois modelos distintos, quais sejam a escola clássica e a escola positiva, pena e medida de segurança respectivamente.

As maiores críticas a tal situação é a mistura de duas escolhas penais misturando-se a periculosidade e a culpabilidade em um Direito Penal do inimigo.

7 O TERRORISMO

Após longo estudo e detida análise dos temas, vamos adentrar no terrorismo, estudando desde sua origem, conceitos, modelos de terrorismo, entendimentos doutrinários, até a legislação aplicada.

A história do mundo e de seus habitantes possui um histórico de violência física e moral amplamente difundida e divulgada, tendo como fundamento ou até mesmo justificava das mais variadas, deslocando-se de uma ideologia religiosa até chegar em uma manutenção do poder.

Independentemente da justificativa dada pelos seus idealizadores e executores, barbáries das mais variadas foram impostas e praticadas sem o menor escrúpulo, tais como as torturas físicas, ameaças culminando no homicídio em massa e guerras.

7.1 Gênese Do Vocábulo Terrorismo

Segundo alguns historiadores, o termo terrorismo surgiu com a Revolução Francesa de 1789, onde o poder revolucionário destruiu o regime antiquado, que se organizavam em clero, monarquia e alguns privilégios nobres, dando lugar à burguesia que tinha como destaque à implementação da igualdade, liberdade e fraternidade.

Outros especialistas, no entanto, afirmam que o fenômeno terrorista teve início com o liberalismo na Europa Ocidental que acabou por determinar em mudanças no Estado de Direito. Aqui se tinha o escopo de separar os crimes políticos dos crimes comuns que ocorreu após a revolução francesa de 1830, trazendo uma escala para os delitos praticados, incumbindo o júri do julgamento dos delitos correccionais políticos

7.2 Concepção Atual do Terrorismo

A primeira tentativa de definição do terrorismo ou terrorista se deu na convenção de Varsóvia como sendo o emprego intencional de qualquer meio capaz de fazer ocorrer um perigo comum.

Segundo o dicionário Priberam, a terminologia terrorismo é o “uso deliberado de violência, mortal ou não, contra instituições ou pessoa, como forma de intimidação e tentativa de manipulação com fins políticos, ideológicos ou religiosos”.

O dicionário Michaelis, ensina que o terrorismo consiste em “ato de violência contra indivíduo ou uma comunidade, com o objetivo de provocar transformação radical da ordem estabelecida” –

Noberto Bobbio, em seu dicionário de política (Ed. 1998, p 1.243), compartilha do mesmo entendimento de Lenin onde considera que o terrorismo não passa de estratégia de grupos para dominação, vejamos:

O terrorismo é a estratégia a que recorrem grupos de intelectuais, separados das massas, nas quais, na realidade, não confiam e às quais estão organicamente ligados, de modo que a sua ação por caracterizar-se no sentido de uma desconfiança em relação à insurreição, quando faltam condições necessárias para desencadeá-la.

Fernando Capez, (2011, p. 712) traz um conceito de terrorismo de Sarah Pellet, sob um prisma diferente no que se refere o terrorismo:

Nenhuma convenção internacional definiu o termo terrorismo. Um estudo rápido destes diferentes textos permite afirmar que o terrorismo foi, frequentemente, abordado em função de suas consequências. Assim as diferentes definições não chegaram a explicar as múltiplas facetas do terrorista. A primeira Convenção de Genebra de 1937, previa em seu art. 1º, ‘Na presente Convenção, a expressão ‘atos terroristas’ quer dizer fatos criminosos dirigidos contra um Estado, cujo objetivo ou natureza é de provocar o terror em pessoas determinadas, em grupo de pessoas ou no público. Em seguida, esta convenção enumerou, em seu art. 2º, os fatos criminosos em causa. Mas se a enumeração foi vivamente criticada por alguns, ela simplesmente não explica completamente a noção de terrorismo. As convenções internacionais posteriores foram redigidas da mesma forma sem procurar definir tal noção.

Mesmo diante da clara ausência de uma definição objetiva do termo terrorismo, a Organização das Nações Unidas, buscou ao menos definir condutas que seriam abolidas, resultando em várias resoluções onde a de número 1.373 do Conselho de Segurança da ONU, logo após os atentados as Torre Gêmeas de 11 de setembro de 2001, esclarece ainda Fernando Capez (2011, p. 712)

Estabeleceu que “todo Estado membro tem a obrigação de abster-se de organizar, instigar, colaborar, ou participar de atos terroristas em outro Estado ou concordar com atividades organizadas dentro de seu território cujo objetivo seja a execução de tais atos.

Contudo, uma observação feita por Heleno Cláudio Fragoso (1981, p. 12) que a natureza do delito é o fato determinante para uma configuração terrorista.

Não existe uma específica figura de delito denominada “terrorista”. Essa designação se aplica a diversas espécies de crimes, que se caracterizam (a) por causa do dano considerável a pessoas e coisas; (b) pela criação real ou potencial de terror ou intimidação generalizada, e (c) pela finalidade político-social.

E prossegue Fragoso (1981, p. 12), abordando sobre as formas de configuração, segundo sua visão.

Dano considerável resulta de estragos e destruição, em geral decorrente de emprego de violência contra pessoas e coisas; o terror e a intimidação resultam do emprego de meios capazes de causar perigo comum (fogo, explosivos, emprego de gases tóxicos) ou que conduzam à difusão de enfermidades (microrganismos). O terror e a intimidação também surgem com a indiscriminação do atentado individual

Logo, percebemos que independentemente da fonte utilizada para a pesquisa da terminologia em estudo, as repostas são similares, ou seja, tem por fundo à violência de um ou mais indivíduos para com um estado, governo, ou sociedade, usando uma ideologia para fundamentar tais atos.

7.3 Modelos de Terrorismo

Paulo Sutti e Silva Ricardo (2003, p. 07), em seu livro “As diversas faces do terrorismo”, preceitua que há algumas formas de terrorismo, onde todas possuem características com atuação truculentas cujos “objetivos políticos em determinados grupos ou de pessoas que poderiam se opor aos governos”.

Diante de tais padrões de atuação se observa três classes de terrorismo segundo o autor supracitado (2003, p. 07), vejamos:

De estado, em que governos utilizaram genocídios, extermínios prisões, torturas e deportações, invocando razões de Estados (ou sua segurança), voltando-se contra minorias étnicas, religiosas ou políticas; de pessoas com o mesmo objetivo que se reúnem para praticar atos que levem temor aos governos ou populações; e de um único indivíduo, agindo sozinho, usando da prática do terror para seguir seus objetivos.

Contrariando tal pensamento, Norberto Bobbio (1998, pag. 1243) determina uma divisão um tanto diferente, apregoando que há na realidade duas formas de terrorismo sendo eles o revolucionário e o contrarrevolucionário.

Em síntese, enquanto o terrorismo revolucionário (se e quando aceitável) está com as massas, o terrorismo contra-revolucionário é contra as massas. O terror, por isso, não pode ser considerado uma forma de luta de classes. Em vista disso, até mesmo a tradição terrorista irlandesa deveria ser considerada, principalmente em termos burgueses e separatista, mais do que propriamente revolucionários, mesmo quando esta posição não significa liquidar um determinado movimento, mas a apelação para uma revisão do mesmo

Este primeiro tende estar contra à massa, pouco se importando com quem irá atingir quando da realização de sua conduta, enquanto o segundo, tem como princípio estar à favor da massa, tendo a cautela com seus atos buscando não alvejar seus aliados ou protegidos, representando isso, um elemento definidor de terrorismo revolucionário e contrarrevolucionário,

Contudo, há subdivisões quanto aos modelos, ou também como é conhecido pela doutrina, tipologia do terrorismo e no que tange o revolucionário, são conhecidos como, anarquistas, igualitário e pluralista.

Quanto aos considerados como anarquistas, esses se configuram pela forma mais genérica de terrorismo, onde tem como objetivo, a destruição ou eliminação integral do Estado, já que o considera seu inimigo, podendo ser considerados como exemplos a Fração do Exército Vermelho (RAF).

No que pese aos igualitários, Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro (2009, p. 24-25) conceitua-os como uma organização que vislumbram um novo sistema, fundamentado na equidistância e centralizações de força radical, buscando implementação de um novo governo, tendo como exemplos o Partido Comunista Malaio, o Exército Vermelho Japonês, o Exército Popular das Filipinas entre outros.

Porventura, distanciando-se dos dois últimos, o terrorismo considerado como pluralista, pode ser definido como grupos, que se empenham em desmantelar regimes ditatoriais ou até mesmo os coloniais, tendo como exemplos a resistência francesa, a apropriação nazista da Segunda Guerra Mundial.

Já os contrarrevolucionários, têm como característica o emprego de meios organizados de terrorismo, e de igual sorte comportam um fracionamento de sua classificação, as quais passaremos a analisar.

A primeira subdivisão é conhecida como Reformista, onde objetivam não a mudança de governos, sociedades ou sistemas políticos, mas sim, no empenho firme para conseguirem um aumento nos benefícios gerais para um povo.

A segunda divisão é conhecida como Preservacionista, que tem o objetivo claro de manter o sistema, governo, ou outro motivo vigente, ou seja, não aceitando uma reforma ou alteração na situação atual, onde podemos citar como exemplo o Movimento de Afrikaner, que ocorreu entre o regime sul-africano e o Nacional Africano.

O terrorismo Repressivo, por sua vez, tem como característica o emprego da “violência terrorista para dominar ou restringir certos grupos sociais, ou mesmo uma população inteira, considerados indesejáveis ou inadequados” segundo Vergueiro (2009, p. 27)

Vergueiro (2009, p. 28), ainda exemplifica os Repressivos conforme podemos vislumbrar.

Naturalmente se incluem nesta categoria as formas de instauração do terror popularizadas nos primeiros momentos da Revolução Francesa, conhecido como Terrorismo de Estado, mas também as manifestações sanguinárias de regimes ditatoriais, como o uso de armas químicas contra a população curda pelo então presidente do Iraque, Sadam Hussein, e a odiosa limpeza étnica promovida por milícias sérvias contra populações de fé islâmica na Bósnia-Herzegovina.

Pode-se aqui constatar que o terrorismo não é realizado somente por grupos que se unem com tal propósito, mas também o próprio Estado, que objetiva tal manifestação.

Uma quarta divisão dos terroristas, conhecido como Separatista, detém uma característica pavorosa, que é o emprego da violência em um grau extremamente acentuado, tendo como exemplos o IRA, a Frente de Libertação de Quebec, conhecida também por sua sigla, FLC entre outros grupos.

Interessante destaque é o pretexto utilizado por determinado grupo de terrorismo, que “buscar renunciar à comunidade política na qual estão formalmente inseridos os seus membros, com o fito de estabelecer nova comunidade, que pode ser dos mais variados matizes”, conforme Vergueiro (2009, p. 29).

Outro segmento é o Narco-Criminal, que de forma organizada, planta, cultiva, colhe, processa, transporta e distribui substâncias entorpecentes, onde os exemplos são dos mais variados desde as FARC (Forças Armadas Revolucionárias

Colombianas) até a ELN (Exército de libertação Nacional), podendo ainda tais grupos, serem ligados a atentados não só em sua área de atuação, mas pelo mundo afora, buscando única e exclusivamente o lucro de per si.

Já o terrorismo Religioso, tem fundação exclusivamente religiosa ou ancestral, contudo, seu escopo também é substituir o sistema de governo em atuação, tendo como exemplo o Aum Shinrikyo conhecido como Verdade Suprema, que acaba por utilizar de armas de destruição em massa, buscando realizar seus objetivos, podendo ser confundido com seitas religiosas.

Por ultimo, o terrorismo conhecido como guerra assimétrica, ou mesmo um terrorismo internacional, já que ultrapassa as fronteiras físicas de um determinado país.

O grande e consagrado exemplo, foi o atentado às torres gêmeas no dia 11 de setembro de 2001, ao World Trade Center e ao Pentágono, localizado em Washington, DC., que a ceifar uma infinidade de vítimas humanas, onde a ONU, concedeu autorização aos Estado Unidos da América, lutar contra essa nova forma de terrorismo de maneira que achasse conveniente.

Após muito trabalho de inteligência, os EUA ligaram os atentados ao grupo “Al Qaeda” chefiado por Osama Bin Laden, e precisamente na data de 12 de setembro de 2001, foi utilizado a Resolução 1.368 pelo Conselho de Segurança da ONU, embasados no art. 51 da Carta das Nações Unidas, foi autorizado o ataque ao Afeganistão.

Ocasionou um impacto global, tal medida, onde determinou a execução da Resolução 1.373 de 2001, também do Conselho de Segurança das Nações Unidas, obrigando ao Brasil, através do Decreto 3.976 de 18 de outubro de 2001, a cumprirem a Resolução 1.373/01, onde reafirma, entre outras medidas, a condenação dos ataques retro mencionados, a legitimação da defesa individual ou coletiva contra tais atos, e a necessidade de combatê-los.

Segundo Vergueiro (2009, p. 35) afirma que ocasionou no novo precedente jurídico e conceituação repercutindo de modo internacional, vejamos.

Introduziu-se oficialmente na Direito Internacional Público o denominado paradigma de guerra assimétrica, que já vinha sendo vagarosamente elaborado por esferas acadêmicas militares dos países desenvolvidos, mas sempre rechaçado nos meios jurídicos, dado o seu caráter nitidamente intervencionista, normalmente vinculado à percepção hegemônica das potências militares.

Desta feita, após esse apanhado geral, necessitado realizar um estudo do terrorismo aos olhos do mundo, o que será feito neste momento.

7.4 O Terrorismo e o Mundo

No momento presente, devemos analisar detidamente o fenômeno do terrorismo sob o enfoque de uma visão globalizada, principalmente para Conferências Internacionais, a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos.

7.4.1 Conferências internacionais

Abrindo este item, Nsefum (1985, p. 51), nos informa a importância das Conferências Internacionais para a unificação do Direito Penal, aduzindo que “mercen una especial consideración, ya que en ellas los primeros partidarios de dar autonomía al delito de terrorismo se esforzaron para lograr una definición iniversalmente aceptables”¹⁴.

Assim, a maior preocupação dessas Conferências foi então definir de maneira ampla o que viria ser o terrorismo, ficando conceituado como sendo o emprego intencional de qualquer meio capaz de gerar um perigo em comum, fazendo com que, três elementos essenciais sendo eles a intenção, meio e perigo, que se deu na primeira Conferência realizada em Varsóvia em novembro de 1927.

Contudo, de forma clara, a terminologia do terrorismo, veio ser apresentada somente na III Conferência que fora realizada em Bruxelas em junho de 1930 e em seu 6º artigo, segundo Chornet (1993, p.47) previa o terrorismo como “uso deliberado de cualquier tipo de medios capaz de causar un peligro común”¹⁵, surgindo além da figura do terrorista, a o bem jurídico protegido, devendo ainda, segundo determinação do artigo 4º da referida Conferência, ser posto à análise universal.

¹⁴ Merecem uma especial consideração, já que nelas os primeiros suportes para dar autonomia ao delito de terrorismo se esforçando para conseguir uma definição universalmente aceitável. (Tradução literal).

¹⁵ Uso deliberado de qualquer tipo de meios capaz de causar perigo comum. (Tradução literal).

Porém, foi somente na Conferência seguinte, realizada em dezembro do ano de 1931 que veio a definir o crime de terrorismo, em seu artigo 1º, conforme expõe Chornet (1993, p. 47).

Cualquiera que, com el propósito de aterrorizar a la población, utilice contra personas o bienes bombas, minas, explosivos, productos incendiarios, armas de fuego o cualquier tipo de enfermedad epidémica, epizootia, o cualquier otra calamidad, o que interrumpa o trate de interrumpir servicios públicos o de pública utilidad, deberá ser castigado¹⁶.

Contudo, ressalva feita por Nsefum (1985, p. 53) merece atenção conforme se abstrai.

La razón de que este artículo sustituyera el móvil político-social por el de aterrorizar, fue el temor a limitar la libertad de los ciudadanos y u derecho a combatir la organización política del estado. De otra parte, incluyó como novedad los instrumentos, la epidemias y epizootias y outro bien jurídico: los servicios públicos¹⁷.

Já no ano de 1934, veio a ser realizado em Madrid, a V Conferência, e segundo Chornet (1993, p. 48) afirmava que tal Conferência, tinha como relatores Roux e Lemkin, pretendendo fazer uma diferenciação entre o que viria ser o terrorismo e o terrorismo social, onde se conseguiu uma definição quanto ao terrorismo social, que se objetivava a destruir tanto a organização social ou aterrorizar a população, incorreria no crime de terrorismo.

Também merece notoriedade o alerta de Chornet (1993, p. 48) informando que o texto da primeira resolução, determinava a submissão dos crimes até então previstos ao julgo de uma jurisdição universal, onde ainda, tais resoluções, passaram a determinar a extradição em casos de terrorismo.

Adiante, no ano de 1937, a VIª Conferência realizada em Copenhague nos meses de agosto a setembro do mesmo ano, trouxe várias inovações quanto ao

¹⁶ Qualquer que, com o propósito de aterrorizar a população, utilize contra pessoas ou bens bombas, minas, explosivos, produtos incendiários, armas de ou qualquer outro instrumento de destruição, ou cause ou tente propagar qualquer tipo de enfermidade epidêmica, epizootia, ou qualquer outra calamidade, ou que interrompa ou trate de interromper serviços públicos ou de utilidade pública, deverá ser castigado. (Tradução literal).

¹⁷ A razão que este artigo seria substituir o móvel político-social pelo de aterrorizar, era o temor de limitar a liberdade dos cidadãos e o direito a combater a organização política do estado. De outra parte, incluído como novidade os instrumentos, as epidemias e epizootia e outro bem jurídico: os serviços públicos. (Tradução literal).

delito estudado e sobre o assunto nos ensina Nsefum (1985, p. 54), apontando as inovações citadas.

Después de un preámbulo que propone la inclusión em los códigos penales o leyes especiales de un capítulo titulado < De los atentados que creen un peligro común o um estado de terror > define em los artículos 1 y 2 uma serie de tipos penales de terrorismo, seguidos em los artículos 3 a 7 de lãs llamadas infracciones satélites. Esa serie, que sustituye al tipo único hasta entonces intentado, es la principal novedad que introduce. Relativa, puesto que em el número 4º. Y último del artículo 2 incluye uma fórmula de carácter general al estilo de lãs anteriores¹⁸.

Podemos então perceber que dentro dos encontros, o assunto fora abordado de forma exaustiva, criando vários avanços com o transcorrer do tempo e das Conferências.

7.4.2 Organização das Nações Unidas

Nos anos de 1970, a ONU começou a investir na repressão contra o terrorismo e com base nisso, foi dado início no combate aos delitos conceituados como terroristas de forma internacional, pelo Órgão.

Isso se deu de forma inédita com a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), já que houve a necessidade de uma repressão eficaz e imediata contra ações de sequestros contra as aeronaves, tendo em vista os altos valores econômicos e a grande capacidade de destruição tanto patrimonial quanto emocional.

Com base nisso, no mesmo ano, a OACI organizou uma assembleia, sediada na Suíça, objetivando tanto a criminalização quanto a prevenção de possíveis atos terroristas, demonstrando ainda, a extrema necessidade de cooperação dos próprios Estados-Membros em uma troca de informações e suporte, buscando o combate à violência na aviação civil, que resultou em um anexo à Convenção de Chicago de 1944, conforme Cretella Neto (2008, p. 562).

Tal situação serviu de base para outras medidas que vieram ser adotadas posteriormente pela ONU, como por exemplo, a Agência Internacional

¹⁸ Depois de um preámbulo que propõe uma inclusão nos códigos penais ou leis especiais de um capítulo intitulado <dos atentados que criem um perigo comum ou um estado de terror > define nos artigos 1 e 2 uma série de tipos penais de terrorismo, seguidos dos artigos 3 a 7 nas chamadas infrações satélites. Essa série, que substitui ao tipo único para então tentado, é a principal novidade que introduz. Relativa, posto que o número 4. E o último artigo 2 inclui a formula do caráter geral ao estilo das anteriores. (Tradução literal).

para Energia Atômica, que resultou na Convenção sobre a Proteção Física de Materiais Nucleares, em Viena no ano de 1980.

No mesmo sentido a OMI - Organização Marítima Internacional – após atentado ocorrido no ano de 1985 contra o navio Achille Lauro, acabou por originar no ano de 1988 a Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima, conjuntamente com um Protocolo de Proteção as Plataformas Marítimas.

Contudo, no que se refere a ONU, exclusivamente, no ano de 1970, conforme já mencionado, surgiu a declaração da Assembleia Geral da ONU, que delimitou os auxílios entre os países que fazem partes em um âmbito internacional, gerando a Resolução de número 2625 (Anexo A).

Posteriormente, no ano de 1973, mais precisamente no mês de janeiro, novamente a Assembleia Geral fora reunida em sua XXVII sessão, que por sua vez, veio resultar na Resolução 3.034 (Anexo B), criando um Comitê contra o Terrorismo, um grupo formado por 35 membros que tiveram a incumbência de estudar maneiras e métodos de prevenção e conceituação, bem como recomendações que foi discutido em sessão seguinte.

Sobretudo, após detido estudo, o consenso não era obtido, tendo em vista a grande dificuldade de conceituação e causas do crime em análise afirmando que acreditavam ter como possível ponto de origem do terrorismo, o colonialismo, bem como o racismo.

Por sua vez, em dezembro de 1994, a Declaração de Eliminação do Terrorismo Internacional foi aprovada pela ONU, através da Resolução de número 49/60 (Anexo C) onde busca, de forma precipite, aniquilar o terrorismo internacional em todas as formas e manifestações tendo em vista a persistência do mundo inteiro dos atos incluindo aqueles em que o Estado, de maneira direta ou indireta envolvidos, colocando em risco vidas humanas inocentes.

Seguida pela Resolução 51/210 (Anexo D) como forma de corroboração da resolução anterior e aprimoramento da referida, que se deu em dezembro de 1996, onde reitera, além de outras medidas, que não será admitido atos criminosos com fins políticos, que coloquem terror na população, seja filosófica, política, religiosa, ideológica e etc.

Aprovada sucessivamente, em janeiro de 1998, a Resolução de 52/164, buscava reprimir os atentados terroristas que tivessem como instrumento o

emprego de bombas para sua concretização, conceituando o que seria instalação pública, instalação de infraestrutura, artefato explosivo, forças militares de um Estado, lugar de uso público e transporte público, em seu artigo 1º (Anexo E).

A *posteriori*, a Resolução 54/109, de fevereiro de 2000, busca por sua vez, reprimir o financiamento do terrorismo determinando que cometerá o referido crime, aquele que direta ou indiretamente ilícita ou intencionalmente, fornece ou reuni fundos com a intenção de que sejam usados, ou sabendo que serão utilizados, no todo ou em parte, para cometer atos terroristas, conforme disposição do artigo 2 (Anexo F).

Por último, mas não menos importante resolução de merecido relevo, é a de número 57/273 (Anexo G), apontar maneiras e métodos a serem tomadas pela ONU, objetivando o fim do terrorismo, demonstrando que a ineficiência do sistema jurídico internacional e a ausência de conexão entre meios acaba por inviabilizar um combate efetivo. Logo o mesmo documento, ainda assevera que a solução seria utilizar da persuasão para com os grupos descontentes a não utilizarem de meios terroristas, lhes mostrando mecanismos para tanto, bem como uma cooperação internacional, conforme Lisiane de Almeida Pereira (2003, p. 33).

Asseverando sobre o envolvimento nos debates terroristas, Cretella Neto (2008, p. 565) nos proclama que provavelmente a ONU se envolverá cada vez mais nas referidas argumentações, com o intuito de erradicarem tais atos.

7.4.3 A Organização dos Estados Americanos

A Organização dos Estados Americanos, também conhecido por sua sigla OEA, se funda na democracia, nos direitos humanos, na segurança e ainda no desenvolvimento, buscando um estreitamento dos laços entres os países desta organização.

A OEA busca realizar seu trabalho da maneira mais eficaz possível maximizando com isso, os resultados, utilizando como ferramentas, o apoio entre os países, a comunicação política constante, cooperação jurídica e mecanismos de acompanhamento.

Esta organização pode ser considerada o grupo mais antigo regional do mundo, tendo como origem a Primeira Conferência Internacional Americana, que teve realização na capital dos E.U.A, Washington, D.C., no ano de 1951, com a

Carta da OEA, onde foi complementada com o Protocolo de Buenos Aires em 1967, e sucessivamente pelos Protocolos de Cartagena das Índias em 1985, Manágua em 1993 e Washington em 1992¹⁹.

O objetivo da OEA, conforme estipulação do art. 1 de sua Carta, é “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”, tendo hoje, a reunião de 35 Estados Membros permanentes e ainda, fora concedido a título de observação permanente a 69 Estados bem como a União Européia – EU.²⁰

Contudo, foi com a realização da Convenção em fevereiro de 1971, na cidade de Washington que veio buscar uma repressão efetiva, bem como, certa prevenção, quanto aos delitos considerados como terroristas, enumerando características do referido crime, conforme nos orienta Chonet (1993, p. 123-124) “secuestro, homicídio de personas a lãs que el Estado tiene deber de conceder una protección especial conforme al Derecho Internacional, atentados contra la vida y la integridad de lãs personas, así como la extorsión conectada a eses delitos²¹”.

Ainda, Chornet (1993, p. 124) destaca uma conceituação que fora determinada através do art. 4 da mesma Convenção.

Producen un efecto de terror o intimidación em los habitantes de um Estado o en parte de su población y provocan um peligro común para la vida, la salud, la integridad física o la libertad de lãs personas, mediante el empleo de métodos o médios que por su naturaleza pueden causar um daño extendido, una seria perturbación del orden público, uma calamidad pública, o que consistan em la toma de posesión por la violencia o en la destrucción de ua nave, aeronave, o cualquier outro medio de transporte internacional²²

Interessante destacar que este tal documento, segundo Chornet (1993, p. 124), veio reafirmar Convenção de Haia realizada em dezembro de 1970, que reprimia a captura ou sequestro de aeronaves, bem como o Convênio de Montreal,

¹⁹ Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/que_fazemos.asp

²⁰ Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp

²¹ Sequestro, homicídio de pessoas para que o Estado tem o dever de conceder acordo de proteção especial, conforme o Direito Internacional, atentados contra a vida ou a integridade das pessoas, assim como a extorsão ligados a esses delitos. (Tradução literal).

²² Produzam um efeito de terror ou intimidação nos habitantes de um Estado ou em parte de sua população e provocam um perigo comum para a vida, a saúde, a integridade física ou a liberdade das pessoas, mediante o emprego de métodos ou meios que por sua natureza possam causar um dano intenso, uma séria perturbação da ordem pública, uma calamidade pública, ou que consistam na tomada da posse por violência ou em destruição de uma nave, aeronave, ou qualquer outro meio de transporte internacional. (Tradução literal).

de setembro de 1971, que cerceava, por sua vez, os atos dirigidos contra a segurança da aviação civil.

Convênio de esmero, foi o de Estrasburgo, ocorrido no ano de 1977, onde, segundo Chornet (1993, p. 125), veio proporcionar alguns elementos conceituais do terrorismo, dando uma ênfase maior na utilização da extradição, focado na repressão e combate do terrorismo internacional, trazendo ainda uma série de condutas que poderiam ser considerados como atos terroristas.

Já no ano de 1996, no mês de abril, fora pactuada a Declaração de Lima (Anexo H), e de forma semelhante, outras Convenções e Declarações, se objetivam na prevenção e combate do terrorismo, onde, em seu preâmbulo, demonstrando a gravidade e a necessidade de sua repressão, incluindo entre as prioridades e utilizando dos mesmos mecanismos, contra o tráfico ilícito de entorpecentes e outros delitos que possam ser vinculados ao terrorismo.

Ressalta-se aos olhos, o Plano de Ação sobre Cooperação Hemisférica, que fora elaborado conjuntamente com a Declaração anteriormente mencionada, cobiça criminalizar o terrorismo pelos Estados Membros, buscando ainda impedir qualquer forma de financiamento que possa haver.

Posteriormente, foi criado o CICTE – Comitê Interamericano Contra Terrorismo, sigla do comitê criado pela OEA, em novembro de 1998, que por sua vez, originou a resolução AG/RES 1650 (Anexo I), determinando alguns princípios norteadores onde podem ser elencados como: a) estabelecer uma base de dados interamericana sobre questões relacionadas ao terrorismo; b) instituir uma proposta para auxiliar os Estados parte em elaborações de normas criminalizando o terrorismo, entre outras.

Mas, grande notoriedade e repercussão teve o atentado às Torres Gêmeas de Nova York, conforme citado anteriormente, e no mesmo dia deste atentado que veio a ceifar milhares de vidas, era realizada a Assembleia Geral na cidade de Lima, no Peru, onde se discutia a aprovação da Carta Democrática Interamericana.

Foi neste momento, que a OEA, aproveitando o acontecimento terrível que veio marcar a história, elaborou a Resolução 23/RES 1/01 (Anexo J) lamentando o acontecimento, veio a aprovar medidas mais drásticas no combate ao terrorismo, reconhecendo um clima de insegurança causado que geram esses

crimes, condenam, de maneira enérgica os ataques ocorridos no dia 11 de setembro de 2001.

O mesmo documento, manifesta as condolências e solidariedade ao povo e Governo dos E.U.A, em especial, os diretamente ligados àquela tragédia do fatídico dia.

Por último, breve análise deve ser feita sobre o documento AG/RES 1840 (Anexo K), que dentre outras, determina alguns instrumentos de combate e prevenção do terrorismo, bem como, o seu financiamento, previsto no artigo 4, utilizando-se para isso, de vigilâncias para com as instituições financeiras, podendo congelar, embargar e ou confiscar capital que esteja vinculado ao terrorismo, conforme se abstrai do art. 5 do já citado documento.

O art. 9 da mesma resolução prevê a assistência judiciária entre os Estados que fazem parte do mesmo grupo, buscando a prevenção, investigação, e processo dos delitos.

Merecido destaque é o artigo subsequente, onde prevê o traslado de pessoa sob a custódia de outro país e que esteja cumprindo pena, predetermina vários requisitos para sua ocorrência e em sua ausência não o concederá, os quais necessitam de transcrição.

Artigo 10

1. A pessoa que se encontrar detida ou cumprindo pena em um Estado Parte e cuja presença seja solicitada em outro Estado Parte para fins de prestar testemunho, ou de identificação, ou para ajudar na obtenção de provas necessárias para a investigação ou o processo de delitos estabelecidos nos instrumentos internacionais enumerados no artigo 2, poderá ser trasladada se forem atendidas as seguintes condições:

- a) A pessoa dê livremente seu consentimento, uma vez informada; e
- b) Ambos os Estados estejam de acordo, segundo as condições que considerem apropriadas.

2. Para os efeitos deste artigo:

- a) O Estado a que a pessoa for trasladada estará autorizado e obrigado a mantê-la sob detenção, a não ser que o Estado do qual foi trasladada solicite ou autorize outra medida.
- b) O Estado a que a pessoa for trasladada cumprirá sem delonga sua obrigação de devolvê-la à custódia do Estado do qual foi trasladada, em conformidade com o que as autoridades competentes de ambos os Estados tiverem acordado de antemão ou de outro modo.
- c) O Estado a que a pessoa for trasladada não poderá exigir do Estado do qual foi trasladada que inicie procedimentos de extradição para sua devolução.
- d) O tempo que a pessoa permanecer detida no Estado a que foi trasladada será computado para fins de dedução da pena que está obrigada a cumprir no Estado do qual tiver sido trasladada.

Os demais artigos, apesar de não serem comentados neste trabalho, merecem atenção dada sua grande relevância, uma vez que determina limites, emprega conceitos, deseja uma parceria entre os Estados Parte para que ocorra uma cooperação séria e um enfrentamento contra um perigo real.

7.5 O Terrorismo No Ordenamento Jurídico Brasileiro

Neste momento, após vislumbrarmos o que pode ser entendido como terrorismo, quais são os tipos de terrorismos existentes e os Órgãos Internacionais que se manifestam no sentido de erradicá-lo, passamos para uma análise do terrorismo à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

7.5.1 Previsão constitucional e infraconstitucional

Vislumbrando nossa Carta Magna, mais precisamente seu artigo 5º, inciso XLIII, informando-nos que:

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

Diante de tal mandamento de força constitucional, o legislador, pouco tempo depois, elaborou a norma que viria a reprimir tais delitos previstos no inciso XLIII do art. 5º da Carta Maior, conhecida como lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90).

Referida norma veio buscar dar cumprimento às ordens constitucionais, quais seja, impedir a concessão de fiança, a graça ou anistia para os crimes de terrorismo, tráfico de entorpecentes, tortura e demais crimes previstos da Lei específica, conforme disposição do art. 2º.

Contudo, a mesma norma manifestou-se quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, onde afirma no art. 2º, §§ 1 a 3, como sendo o regime fechado, prevendo ainda que sua progressão se dará após a satisfação de 2/5 da pena para o réu considerado primário e de 3/5 da sanção, quando fosse considerado como criminoso reincidente.

Isso demonstra o desejo do legislador em cumprir os acordos citados anteriormente, quanto aos pactos internacionais, convenções e tratados.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em sua Constituição Comentada²³, ao explanar sobre o 5º, XLIII da Carta Maior, o Relator Ministro Celso de Mello, demonstrando o compromisso assumido pelo Brasil, seu caráter e ainda, informa terem o cunho de aplicar o máximo rigor aos crimes ali previstos, vejamos.

O repúdio ao terrorismo: é um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, 4º, VIII) além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). A Constituição da República, presentes tais valores interpretativos (CF, art. 4º, VIII e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política. (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01/07/05)

Claro está o rigorismo empregado por parte do legislador quando da aplicação da norma ao crime que tenha o terrorismo como pano de fundo, afirmando ainda, de forma inequívoca que, apesar de não constar no rol taxativo do art. 1º da Lei 8.072/90, é considerado crime hediondo por equiparação, em virtude do mandamento constitucional do art. 5º, XLIII.

As primeiras aparições sobre o terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro foram através do Decreto-Lei nº 314/67, onde fazia alusão ao crime de terrorismo em seu art. 25, bem como o Decreto 510/69 e Decreto 898/69, onde posteriormente foi substituído pela Lei 6.620/78.

Contudo, devemos observar a Lei 7.170 de 14 de dezembro de 1983, intitulada como Lei de Crime Contra a Segurança Nacional, Ordem Política e Social,

²³ Constituição Federal Comentada pelo Supremo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em 22 jul. 2017.

que revogou a Lei .6.620/78, onde seu artigo 20 previa uma forma de terrorismo, conforme podemos constatar.

Art. 20 – Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas

Tal dispositivo legal, previa a punição com reclusão de 3 a 10 anos, e no caso em que resultasse lesão corporal de natureza grave, a sanção seria aumentada até o dobro, enquanto que no resultado morte, sua punição poderia chegar até o triplo.

Para o professor Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 454), entende que se trata da figura do terrorista, o tipo previsto no artigo 20 da Lei de Segurança Nacional, onde o considera como hediondo, afirmando, que em se tratando de “interpretação analógica é forma válida de se buscar o verdadeiro alcance e sentido de uma norma penal (...). Em suma, parece-nos que o delito de terrorismo está previsto no art. 20 da Lei 7.170/83”.

Contudo, o posicionamento do doutrinador Renato Brasileiro (2014, p. 55-56), onde afirma que, apesar de haver alusão a palavra “atos terroristas”, bem como descrever no *caput* do art. 20 da Lei 7.170/83, forma de terrorismo, não pode se considerado como tal, senão vejamos.

Apesar de parte da doutrina sustentar que o crime de terrorismo estaria previsto nesse dispositivo legal, no qual o legislador se vale de denominada interpretação analógica, já que, inicialmente, enumera forma de terrorismo como devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, etc., para depois fazer menção à expressão genérica atos terrorista, justificadas pelo inconformismo político ou para obtenção de fundos voltados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas, parece-nos que o elemento normativo atos de terrorismo constante do art. 20 da Lei 7.170/83 é tão vago e elástico que não permite ao julgador, por ausência de uma adequada descrição do conteúdo fático desse ato, enquadrar qualquer modalidade da conduta humana. Logo o crime do art. 20 da Lei 7.170/83 não pode ser tratado como terrorismo, sob pena de evidente violação ao princípio da taxatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)

Desta forma, percebe-se que tal entendimento não se encontra pacificado pela doutrina, porém, no dia 16 de março do ano de 2016, entra em vigor a Lei 13.260.

7.5.2 Lei antiterrorismo

Neste momento, irá se analisar os principais aspectos da Lei antiterrorismo, nº 13.260 de 16 de março de 2016.

Tal norma, busca disciplinar o dispositivo Constitucional do art. 5, XLIII, ou seja, o terrorismo, tratando ainda as medidas de investigação, os procedimentos que devem ser adotados e conceitos de organização criminosa, bem como, alterar outros dispositivos legais.

Essa nova norma resolveu um problema que até então encontrava-se sem solução, já que Tratados e Convenções Internacionais, mesmo dos quais o Brasil seja parte, não são considerados como fonte imediata para punições dentro do território nacional, mas há validade em âmbito, tão somente internacional.

Observando o artigo 2º da Lei 13.260 de 2016, podemos constatar que o legislador resolveu um contratempo que até então existia, ou seja, definiu o que vem a ser o terrorismo, conforme vislumbra-se.

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar o terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública

Entretanto, não foi somente o terrorismo que esse novo mandamento buscou conceituar, já que em no § 1º do art. 2, nos traz a noção do que vem a ser os atos terroristas.

Art. 2. § 1º - São atos de terrorismo
I – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;
IV – sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, de controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;
V – atentar contra a vida de alguém ou a integridade física da pessoa:

Tal dispositivo legal, conceitua de forma clara quais são os atos considerados como terroristas, determinando que a pena para as referidas ações, dar-se-á de doze a trinta anos de reclusão.

Conforme podemos abstrair o inciso IV do artigo supracitado criminaliza uma conduta um tanto nova para o direito criminal, qual seja o ciberterrorismo.

Isso se deu em razão da grande quantidade de tecnologia empregada, nos dias atuais em vários sistemas, tanto particulares, quanto governamentais, e buscando uma prevenção para que ataques aos sistemas, tais como de aeroportos, dos Tribunais de Justiça dos Estados, sistemas básicos como fornecimento de água, energia, comunicação telefônica ou via satélite entre outros, não venham ocorrer.

Porém grande ressalva faz o § 2º do mesmo artigo.

Art. 2º, § 2º - O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei

Logo, todo e qualquer tipo de manifestação que tenha um propósito desvinculado do art. 2º, e se moldar no parágrafo segundo do mesmo artigo, não poderá ser enquadrado como ato terrorista, mas não os eximem de sanções cabíveis, ressalvadas as proporções.

Na sequência, a inteligência do art. 3º, onde prevê que “promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista” punindo severamente, o mero vínculo que o indivíduo possa ter com uma organização terrorista.

Observação realizada por Leandro Santos Chaves (2016, p. 150), é que a nova norma penal, abrange atitudes realizadas tanto por agentes do Estado, quanto por particulares, conforme segue.

Val também ressaltar que os atos que constituem terrorismo, nos termos da definição exposta, podem ser praticados tanto por particulares quanto por agentes governamentais, o que é muito conveniente por abarcar tanto as formas de terrorismo praticadas contra o Estado quanto os atos terrorista levados a efeito pelo Estado e contra a população.

Conforme leitura do texto da lei em exame, vários artigos e incisos foram vetados, mas uma análise mais profunda se faz necessário do artigo 5º da norma, onde prevê a criminalização dos atos preparatórios.

Art. 5º - Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I – recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II – fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

Leandro Santos Chaves (2016, p. 152) assevera que intenção do legislador, foi em “adotar a teoria subjetiva da punição e das tentativas delitivas”, tendo em vista que para tal teoria, se leva em consideração a intenção do agente, ou seja, sua vontade, que se concretiza com a preparação e execução do crime.

Toda via, podemos destacar um grave equívoco cometido pelo legislador ao punir os atos preparatórios do terrorismo, já que tal conduta acaba por violar o princípio da legalidade.

Para a doutrina consolidada, o caminho do crime, ou *iter criminis*, tem como ponto de partida a mente do agente, conhecido como cognição, onde evolui para a realização dos atos executórios, onde a vontade de cometer o ato terrorista não pode ser considerada como crime, tendo em vista a ausência de potencial lesividade.

Aceitar tal violação ao princípio da legalidade seria adotar como mantra o direito penal do autor, caminhando de forma contrária ao que hoje, se considera consolidado pela doutrina, como sendo o direito penal do fato que deve imperar no caso concreto.

Nos dizeres de João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, em seu artigo publicado no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em julho de 2016²⁴, nos exemplifica o que viria ser atos preparatórios.

²⁴ Os atos preparatórios na nova Lei Antiterrorismo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 284 de julho de 2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5796-Os-atos-preparatorios-na-nova-Lei-Antiterrorismo. Acesso em: 24 de julho de 2017.

Os atos praticados, aqueles que antecedem a fase de execução, somente são puníveis quanto constituem um tipo penal autônomo, ou seja, quando possuem seu próprio *iter criminis*. Por exemplo, quando alguém adquire ilegalmente uma arma de fogo com o intuito de praticar um roubo, a aquisição dessa arma é punível com fundamento no Estatuto do Desarmamento, não como ato preparatório do roubo. E qual a razão da impunidade dos atos preparatórios? O Direito Penal não pode se antecipar à execução para punir, com a presunção de que o comportamento suspeito será o início de um ato ilícito. Enquanto não houver o início da execução, deve-se presumir que a conduta é lícita (princípio da presunção de inocência); tanto que se o ato preparatório, por si, representar um perigo a um bem jurídico, a própria legislação o reconhece como um tipo penal autônomo.

E prosseguem João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem (2016, s.p) ensinando sobre problemática:

Assim, em conservação ao princípio da lesividade, o mínimo que se exige para responsabilizar penalmente alguém é a maior proximidade de perigo ao bem jurídico tutelado. Para isso, é necessário que haja um bem jurídico definido, relevante e indispensável para a convivência harmoniosa em sociedade. Quando se fala em terrorismo, ocorre um primeiro problema: qual o bem jurídico tutelado? Há realmente um bem jurídico palpável a ser tutelado ou temos uma norma de precaução, que criminaliza determinados comportamentos apenas porque devem ser proibidos? Na hipótese de normas de precaução, nota-se uma elevação dos crimes de perigo abstrato, os quais presumem uma situação de perigo ao bem tutelado, este nem sempre definido ou palpável.

Assim, podemos perceber que apesar de haver uma delimitação de quais seriam as condutas do crime de terrorismo, os atos preparatórios se tornaram tipos penais abertos, já que determinados atos, podem ser enquadrados das mais diversas formas, onde nem sempre todas podem ser consideradas como delito de terrorismo.

Tomemos como exemplo um estudante que venha a realizar uma viagem ao exterior para debate sobre o “extremismo religioso” e busque dialogar pessoalmente com tais integrantes, ou ainda, alguém que deseja ardentemente conhecer como vivem tais extremistas e quais seus costumes, onde venha a conviver por determinado período com os referidos, poderá ser considerado como terrorista, podendo ser punido, mesmo que forma antecipada, em consonância com art. 5º da Lei 13.260/16.

Ainda no contexto da lei antiterrorismo, determina que os crimes previstos nela, serão de responsabilidade da Polícia Federal, no que se refere a

investigação, quando cometido contra o interesse da União, baseando-se no artigo 109, IV da Constituição Federal, conforme se extrai do art. 11.

Vários artigos foram vetados, sendo eles os incisos II e III do § 1º do artigo 2º, bem como §§ 2º e 3º do mesmo artigo, artigos 4º 8º e 9º, e parágrafo único do art. 11.

A Lei antiterrorismo, ainda veio alterar a Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989, onde autoriza a prisão temporária quando for considerado imprescindível para a investigação do inquérito policial, quando tiver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes previsto na Lei 13.260/2016, conforme art. 1º, incisos I a III e alínea “p”.

Com isso, dá-se por fim o estudo sobre o terrorismo no Brasil e, por conseguinte, passaremos as conclusões do trabalho.

8 CONCLUSÃO

Após toda reflexão e análise sobre diversos temas, pode-se concluir que o Direito é de suma importância para a sociedade, se fazendo presente desde as sociedades mais antigas, até os dias contemporâneos.

Pode-se notar ainda que em diversos momentos o Direito Penal, em si sempre, foi alvo de grandes discussões, tendo em vista, tratar-se do ramo do direito que lida com os bens mais valiosos para o ser humano, a vida e sua liberdade.

Dentro dessa sistemática, o criminoso fora tratado de diversas formas, sendo um instrumento de teste para o legislador, buscando a solução para delitos e crimes, seja privando sua liberdade, seja na imposição de penas desumanas, excruciantes e severas, conforme podemos vislumbrar com a história da humanidade e do direito penal, mais precisamente.

Porém, o criminoso sempre fora visto como um ser complexo de lidar, sendo rechaçado do convívio em sociedade, notando-se um padrão, que consiste, em considerar como crápulas, seres desprovidos de humanidade, verdadeiros inimigos da sociedade.

Destaque merecido é o da criminologia e das ciências que auxiliaram no aperfeiçoamento, passando desde as escolas penais, onde grandes pensadores do direito se debruçaram sobre o tema e discutiram exaustivamente, buscando uma solução para os conflitos que sempre existiram.

No que tange ao sistema funcionalista, percebe-se que, apesar de buscar solucionar a dicotomia entre a ação e a pena, não se conseguiu lograr êxito em uma eficácia no que diz respeito a seus objetivos, somente se alterando noções, mas permanecendo os crimes.

Porém, percebe-se que o direito penal hodierno, possui características tanto do funcionalismo, quanto do finalismo, já que o Brasil não adotou uma escola ou sistema a ser seguido, mas clara está a relação entre eles e a filosofia, não se esquecendo das demais áreas das ciências, como a psicologia, a sociologia, a criminologia, dentre outras.

Mas, mesmo diante das grandes discussões, o indivíduo continuou a delinquir, e no meio social em que convivemos, aparenta estar cada vez mais presente o crime no cotidiano.

Contudo, a atualidade começou a diferenciar e categorizar dois grupos distintos, sendo eles o cidadão e o inimigo.

O cidadão pode ser considerado sujeito de direitos e deveres, que apesar de haver cometido um deslize ou até mesmo, realizado um crime, não perde sua personalidade, sendo tratado ainda como cidadão.

O mesmo já não ocorre com os rotulados como inimigos, seja da sociedade, como do Estado, sendo considerados extremamente perigosos, muitas vezes reincidentes nos crimes de alta envergadura, considerado com isso, uma não pessoa, sendo, portanto, aplicado a este indivíduo, um direito penal muito mais rigoroso, intitulado como Direito Penal do inimigo

Nota-se ainda, que o Direito Penal do inimigo, tornou-se um meio educador da sociedade, adquirindo vastas e amplas normas jurídicas que buscam de todas as formas, reprimir e prevenir, mas também e principalmente sua aniquilação, especificamente no que se refere ao DPI.

De uma forma um tanto considerável, podemos perceber que o fenômeno do Direito Penal do Inimigo, está mais do que implementado em nossa sociedade e ordenamento jurídico, onde podemos citar como exemplo a Lei de Crimes Hediondos, o Regime Disciplinar Diferenciado, a Lei dos Crimes Organizados e dentre tantas outras que, tendo em seu íntimo, desde resquícios do DPI, até normas que deixam claro sua existência

O ordenamento jurídico nacional, não está distante das normas internacionais, já que diversos países o adotam e utilizam, bem como, Órgãos das mais altas cúpulas do poder a nível mundial, que manifestam seu ardente desejo no combate ao conhecido como “inimigo”.

O terrorismo, apesar de ser antigo em seu conteúdo e gênero, é recente em seu conceito e espécies, tendo em vista sua grande abrangência.

Contudo, sua evolução contínua e célere, faz com que o Estado, de forma frenética, desenvolva ferramentas para apenar condutas que começam a se tornarem mais comuns, deixando o ineditismo no pretérito.

Podemos perceber que, o terrorismo comporta muitas espécies, podendo ser praticado por um grupo determinado, ou indeterminado, que tenha um objetivo contra o Estado ou a favor do deste.

Mas não somente isso, já que as convicções religiosas, ideias liberais, momentos sociais, pró-democracia ou não, fanatismo e etc., são responsáveis pelo pânico que tem assolado a sociedade.

Não se conseguiu ainda, vislumbrar o real motivo pelo qual o ser humano, fundamenta-se em uma ideologia ou mesmo de um ideal, não se importa com sua segurança, de seus familiares, ou até mesmo de pessoas desconhecidas, colocando-as em perigo em nome de sua causa.

A capacidade de destruição dessa nova forma terrorista assusta não somente as sociedades, mas os próprios Estados, onde se percebe cada vez mais sua fraqueza, e em um destes momentos, a ONU em um ato um tanto afoito, concedeu carta branca aos Estados Unidos da América, em razão do atentado ao World Trade Center, portanto uma guerra contra o inimigo.

Em consonância com os tratados e convenções internacionais, principalmente os originários da ONU e da OEA, o Brasil, recentemente buscou incriminar a conduta do terrorismo, criando um tipo específico no ordenamento jurídico vigente.

A referida norma penal, qual seja a Lei 13.260 de 2016, conhecida como Lei Antiterrorismo, busca em seus mandamentos e previsões, prevenir e reprimir condutas tanto no perigo concreto, quanto no perigo abstrato.

A existência do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro é evidente, o que nos coloca em uma posição de cautela, já que não há uma delimitação fixa sobre quem é o inimigo de que tanto se fala, nem mesmo quem seria o terrorista, criando um medo desarrazoado.

Pode-se acreditar que, o terrorismo no Brasil pode ser praticado de forma diferente daquela que conhecemos, já que o conhecimento popular sobre o tema, reflete ser um grupo fortemente armado, com convicções um tanto extremistas que busca a concretização de uma ideológica.

Porém, no Brasil, o terrorismo pode ser visto sob outras vertentes, como por exemplo, os crimes organizados, que a cada dia se espalham continuamente no sistema carcerário, ou ainda, as invasões ocorridas nos sistemas de informações, haja vista que o avanço da tecnologia e suas facilidades, resultaram em uma implementação quase que total, fazendo parte dos Tribunais de Justiça, forças policiais, sistemas financeiros, funções básicas entre tantos outros.

Conclui-se que, apesar da Lei antiterrorismo, não ser o melhor texto jurídico já escrito, tendo em vista, deixar lacunas à interpretação, podendo ser considerado como um mal, porém um mal necessário, considera-se como um reflexo do Direito Penal do Inimigo.

Percebe-se ainda que, as ferramentas utilizadas são de extrema agressividade e causam um grande impacto em toda uma sociedade, mas principalmente no investigado sobre o delito do terrorismo.

Contudo, a referida lei carece de muito amadurecimento e debate, tendo em vista seu tempo de vigência, não demonstrou ser capaz para ampla discussão tanto doutrinária, quanto pelos Tribunais Superiores, sendo esta a conclusão que se pode chegar ao longo deste estudo.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, parte geral: volume 1.** 3ª ed. rev., ampl., a atual. São Paulo: Saraiva, 2003;

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. – 2.ed. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999;

BITERN COURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 1.ed. – Editora Revista dos Tribunais, 1993;

_____, Cezar Roberto. **Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Munõz Conde.** 1.ed. Rio de Janeiro. Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2008;

_____, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1.** 22 ed.rev., ampl., a atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. Matteucci, Nicola e Pasquino, Gianfranco. **Dicionário de política: V I.**; trad. Carmem C, Varriale. Tradução. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 1.ed. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998;

BRASIL. **Constituição Imperial** de 1824 (art. 179, n II). Brasília, DF. – Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 20 de abr. 2017;

_____. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de Dezembro de 1940 – Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017

_____. **Decreto-Lei 314** de 13 de março de 1967 – Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0314.htm>. Acesso em 22 de jul. 2017;

_____. **Decreto-Lei 1.004** de 21 de outubro de 1969 – Brasília, DF. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224150>> Acesso em: 17 abr. 2017;

_____. **Decreto-Lei 510** de 20 de março de 1969 – Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0510.htm>. Acesso em 22 de jul. 2017;

_____. **Decreto-Lei 898** de 29 de setembro de 1969 – Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0898.htm>. Acesso em 22 de jul. 2017;

_____. **Lei 6.620 – Segurança Nacional.** de 17 de dezembro de 1978 – Brasília, DF. – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6620.htm>. Acesso em: 22 de jul 2017;

_____. **Lei 7.170 de 14 de dezembro de 1983 – Lei de Segurança Nacional.** – Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm>. Acesso em: 22 de jul. 2017;

_____, **Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989 – Prisão temporária,** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm>. Acesso em: 24 de jul. 2017;

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de jul. 2017

_____. **Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Lei de Crimes Hediondos.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 20 de jul. 2017;

_____. **Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013. Organização criminosa.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 22 de jul. 2017;

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967. Tomo 1;

_____, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967. Tomo 2;

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **“A desordem e a teoria das janelas quebradas”.** - JusBrasil. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937294/a-desordem-e-a-teoria-das-janelas-quebradas>> . Acesso em: 16 jul. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial,** volume 4. 6. Ed – São Paulo: Saraiva, 2011;

CHAVES, Leandro Santos. **Direito penal do inimigo e o combate ao terrorismo .** 2016, 188 f. (Especialização em Direito Penal e Processo Penal. Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2016;

CHORNET, Consuelo Ramon. **Terrorismo y respusta de fuerza en el marco del derecho internacional.** 1.ed. Valência, Editora Tirant Blanch, 1993;

CRETELLA NETO, José. **Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto – combatente sem pátria.** 1.ed. Campinas, SP : Editora Millennium, 2008;

COBO DEL ROSAL, Manuel. ANTÓN, Tomás S. Vives. **Derecho penal parte general**.. 5.ed. corregida, aumentada y actualizada. Valência. Tirante lo Blanch, 1999;

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal: Parte general**. 4.ed. Valencia. Edita Tirant Lo Blanch, 2000;

Exposição de motivos. **Decreto Lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1962**. Revista de informações legislativas, v. 6, n. 24, p. 153-170, out./dez. 1969. PDF –Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224150/000349860.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 agos. 2017;

FEIJOO, Bernardo Sánchez. **Retribución y prevención general : un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal**. Buenos Aires. Editora IBdeF Montevideo , 2007;

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal : o criminoso e o crime**. Prefácio do prof. Beleza dos Santos; tradução de Paolo Capitanio. 2.ed. – Campinas: Bookseller, 1999;

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón : **Teoría del garantismo penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. 4.ed. Madrid. Editora Trotta, 2000;

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Terrorismo e criminalidade política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981;

_____, Heleno Cláudio, **Lições de direito penal: parte geral**. 11ª ed. rev. Fernando Graso. – Rio de Janeiro : Forense, 1987;

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6.ed. rev., ampl., a atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

GARCIA, Basileu, **Instituições de direito penal**. 1.ed. São Paulo. Max Limonad, 1952. Vol. I, Tomo II;

GAROFALO, Rafael. Criminologia : **Estudo sobre o delicto e a repressão penal**. Tradução Julio de Mattos. 2.ed. Lisboa. Livraria Clássica Editora, 1908;

_____, Rafael. **Criminologia : estudo sobre o delicto e a repressão penal : seguido de um appendice sobre os termos do problema penal**. Trad. Juio de Mattos. 2.ed. Lisboa. Livraria Clássica Editora, 1908;

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Crimes Hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura**. São Paulo: Saraiva, 2001;

GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: coordenação Luiz Flávio Gomes**. 2. Tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Volume II;

GRACIA, Luis Martíns. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. prefácio José Ignácio Lacasta-Zabalza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005;

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 1955. volume 1; Tomo 1;

JAKOBS, Günter. **Estudios de derecho penal**. Trad. Enrique Penaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles e Manuel Cancio Melia. Madrid. Editorial Civitas, S.A., 1997;

_____, Gunter. MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito penal do inimigo : noções e críticas**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4.ed. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2009;

JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho pena: parte generale**. 5 ed. Berlim: Duncker u. Humblot, 1996;

KEHL, Jones Mariel. **Direito penal (anti)terrorista : limites operativos para sua incriminação**. 2015, 146 f. (Mestrado em Direito Público). Universidade Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2015;

LISZT, Fran von. **La idea Del fin em El derecho penal**. 1ª ed. reim. – Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998;

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. ver. aument.– Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003;

LUTZ, Luciano Stumpf. **Terrorismo, direito penal do inimigo e complexidade: sobre os limites e as possibilidades do direito e da ciência jurídica na definição do terrorismo**. 2014, 142 f. (Mestrado em Direito). Universidade Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2014;

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 1.ed. atual. Campinas : Editora Bookseller, 1997. V 1, Título 1;

_____, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 1.ed. atual. Campinas : Editora Bookseller, 1997. V 2, Título 2;

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal parte general**. 7.ed. Buenos Aires: Editora IBdeF Montevideo, 2004;

_____, Santiago. MARTÍN, Víctor Gómez. **Política criminal y reforma penal**. Buenos Aires : Editora IBdeF Montevideo, 2007

_____, Santiago. Martín, Víctor Gómez. **Derecho penal: parte geral**. Barcelona: Editora Reppertor, 2011;

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo : a terceira velocidade do direito penal**. 1.ed. (ano 2008), 2ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2011;

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: São Paulo: Saraiva 2001. V 1;

NSEFUM, Joaquim Ebile. **El delito de terrorismo**: Su concepto. Madrid: Editora Montecorvo S.A., 1985;

“O objetivo da OEA – Organização dos Estados Americanos”, Disponível em: < Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 19 jul. 2017

Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. **“Os atos preparatórios na nova Lei Antiterrorismo”**.. Boletim 284 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5796-Os-atos-preparatorios-na-nova-Lei-Antiterrorismo>. Acesso em: 24 jul. 2017

PEREIRA, Lisiane de Almeida. **Enfoque jurídico-penal do crime de terrorismo no direito brasileiro**. 2003, 173 f. (Graduação de Bacharel em Direito). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2003;

PRADO, Luiz Regis. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995;

_____, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral: teoria jurídica do delito**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014 Volume II;

“Princípios”. De Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaid Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2012;

Protocolo de Buenos Aires em 1967, e Protocolos de Cartagena das Índias em 1985, Manágua em 1993 e Washington em 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/que_fazemos.asp>. Acesso em: 19 jul. 2017;

“Política”. De Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaid Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2012;

“Política”. Rocha, Ruth. **Minidicionário**. 7. ed. Rio de Janeiro Editora Scipione, 1996;

Resoluções das Nações Unidas. Disponível em: < <http://www.un.org/es/sections/documents/general-assembly-resolutions/>>, Acesso em: 20 jul. 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general : Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. 2.ed. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997;

_____, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Int. Francisco Muñoz Conde. 2.ed. Buenos Aires: Editora Hammurabi SRL, 2000;

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3.ed. Curitiba : ICPC : Lumen Juris, 2008;

_____, Juarez Cirino dos. **Direito penal – Parte geral**. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010;

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**. 1.ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. Tomo I;

SILVA, Gabriel Videira. **Terrorismo e duplo nível de legalidade na cultura jurídico-penal brasileira : da doutrina da segurança nacional à guerra ao terror**. 2014, 163 f. (Pós Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014;

SILVA, Jesus Maria Sanchez. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 1.ed. Zaragoza. J.M. Boshó Editor S.A., 1992;

SUTTI, Paulo. RICARDO, Sílvia. **As diversas faces do terrorismo**. São Paulo, Editora Harbra, 2003; (Ricardo e sobrenome)

PASSETTI, Edson. OLIVEIRA, Salete. **Terrorismo**. São Paulo: EDUC, 2006;

"**Terrorismo**", in: DICIONÁRIO de Língua Portuguesa. Priberam Informática, 1998. Disponível em: <<https://.priberam.pt/dlpo/terrorismo>>, Acesso em: 08 mar. 2017.

_____, in DICIONÁRIO de Língua Portuguesa. Michaelis, 2017. Disponível em:<<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=terrorismo>>. Acesso em: 08 mar. 2017;

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994;

VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. **Terrorismo e Crime Organizado**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009;

WELZEL, Hans, **Derecho Penal Aleman**. 4.ed. Chile: Editora Juridica de Chile, 1997;

_____, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista** trad., prefácio e notas Luiz Regis Prado. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

WUNDERLICH, Alexandre. **Política criminal contemporânea: Criminologia, direito penal e direito processual penal**: homenagem do departamento de direito penal e processo penal pelo 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. coord. Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008;

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal : parte general**. 1.ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 1995. Tomo I.

_____, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. – **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997;