

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

CURSO DE DIREITO

**REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO NORMATIVO BRASILEIRO**

Raphael Stella de Aliança

Presidente Prudente/SP

2019

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

CURSO DE DIREITO

**REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO
PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO NORMATIVO BRASILEIRO**

Raphael Stella de Aliança

Monografia apresentada Como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP

2019

A pena privativa de liberdade (como de resto de todas as penas) tem um vínculo umbilical com o próprio Estado que a criou. A pena é instrumento assecuratório do Estado, a reafirmação de sua existência, uma necessidade para sua subsistência. A pena surge quando fracassam todos os controles sociais, e por isso mesmo é mais que um controle: é expressão absoluta de seu caráter repressivo. E, dessa forma, como controle e como repressão do Estado, manifesta-se na especificação de determinadas relações concretas que aparecem desvaloradas pelo próprio Estado.

SÉRGIO S. SHECAIRA

Dedico este trabalho, à minha família, meus pais, Valter e Roseli, que tanto fizeram e fazem por mim, pelos quais sinto um amor incondicionado e eterno, e aos meus irmãos amados, Matheus e Filipe, por quem tenho profundo respeito e admiração.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, pela oportunidade de cada dia, e, pela condução do meu saber pautado, sempre, pela justiça.

Aos meus pais, Valter de Aliança e Roseli Stella de Aliança, por serem os mais dedicados e amorosos pais que um homem poderia querer, e também, por toda força e colaboração durante essa árdua caminhada. A minha vitória, não seria nada sem vossas ajudas.

Aos meus irmãos, Matheus e Filipe Stella de Aliança, pelos ensinamentos diários e por todos os conselhos.

Agradeço, ao meu orientador, Florestan Rodrigo do Prado, por todos os esclarecedores ensinamentos durante a graduação, e, por toda paciência e cuidado dispensados a mim durante o período de orientação.

E também, aos nobres e estimados professores e colegas da graduação, pessoas indispensáveis para formação do meu saber jurídico.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo principal analisar a teoria do Direito Penal do Inimigo e sua aplicação no Brasil, não preterindo à análise do Direito Penal em si, posto ser este o marco existencial desta teoria. No decorrer do trabalho destacam-se toda a evolução histórica do Direito Penal, com seus fundamentos e finalidades (Epistemologia), perpassando-se pelas principais escolas do Direito Penal, com ênfase nas duas maiores, precursoras de toda a cientificidade penal, quais sejam: escola clássica e positiva. Explanar-se-á ainda, inseridas no capítulo que versa sobre a dogmática penal, sobre o garantismo penal, principal opositor ao tema deste trabalho, expondo-se suas características, finalidades e méritos, e, posteriormente, discorrer-se-á sobre a “crítica” introduzida por Jesús-María Silva Sánchez no Direito Penal que versa acerca de sua expansão na história, separando-o por fases, reputando à teoria do Direito Penal do Inimigo, como manifestação da terceira velocidade de Direito Penal. Em última análise, por intermédio do método dedutivo, buscar-se-á explanar sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo e sua compatibilidade com o Estado de Direito e, ademais, a sua asseverada manifestação no ordenamento jurídico pátrio em vigência, utilizando-se para tanto, do método crítico-analítico.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Sociedade Contemporânea. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present work has as its main scope to analyze the theory of the Enemy's Criminal Law and its application in Brazil, not neglecting the analysis of the Criminal Law itself, since this is the existential framework of this theory. In the course of the work we highlight all the historical evolution of Criminal Law, with its foundations and purposes (Epistemology), passing through the main schools of Criminal Law, with emphasis on the two largest precursors of all criminal science, namely: Classical and positive school. It will also be explained, insert in the chapter that deals with the criminal dogmatic, the penal guaranteeism, main opponent to the subject of this work, exposing its characteristics, purposes and merits, and, later, will be discussed about the "Criticism" introduced by Jesús-María Silva Sánchez in Criminal Law that deals with its expansion in history, separating it into phases, reputing the theory of Criminal Law of the Enemy as a manifestation of the third speed of Criminal Law. Ultimately, through the deductive method, we will seek to explain the theory of criminal law of the Enemy and its compatibility with the rule of law and, in addition, its asserted manifestation in the legal system in force, using for this, the critical-analytical method.

Keywords: Criminal Law. Enemy's Criminal Law. Contemporary Society. Democratic State.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO PENAL	12
2.1 Sistemas de Aplicação ao Longo da História	13
2.1.1 Sistema primitivo	13
2.1.2 Sistemas adotados na Idade Antiga e Média	15
2.1.3 Sistema penal moderno	17
2.2 Das Escolas Penais	20
2.2.1 Escola Clássica	21
2.2.2 Escola Positiva	22
2.2.3 Das Escolas Remanescentes	26
2.3 Transformação Histórica do Direito Penal no Brasil	29
3 EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL	32
3.1 O Modelo Clássico	32
3.2 O Modelo Neokantiano	34
3.3 O Modelo Welzeliano	35
3.4 Funcionalismo Penal Segundo Roxin e Jakobs	38
3.5 Garantismo Penal.....	39
3.6 As Velocidades do Direito Penal e o Expansionismo Penal	42
4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO (<i>FEINDSTRAFRECHT</i>)	45
4.1 Base Filosófica e Conceito	45
4.2. Principais Características	49
4.3 Compatibilidade com o Estado de Direito.....	52
4.3.1 Compatibilidade em contraposição à sociedade atual.....	55
4.4 Asseverada Manifestação no Ordenamento Jurídico Pátrio.....	57
4.4.1 Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)	58
4.4.2 Lei nº 9.614/98 (Lei do abate)	60
4.4.3 Lei nº 10.792/03 (Lei do Regime Disciplinar Diferenciado)	61

4.4.5 Lei nº 12.850/13 (Nova Lei do Crime Organizado)	63
4.4.6 Lei nº 13.260/16 (Lei Antiterrorismo)	65

5 CONCLUSÃO	67
--------------------------	-----------

REFERÊNCIAS	70
--------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como ponto fulcral, perquirir a teoria do Direito Penal do Inimigo sob um enfoque crítico, consubstanciado pelo contexto brasileiro atual e, para isto, utiliza-se, sumariamente, do método histórico ao explanar sobre o Direito Penal, marco existencial para a referida teoria, manifestado por intermédio de seus sistemas de aplicação ao longo do tempo, culminando-se na fase contemporânea, somado a isso, ainda utilizando-se do método histórico, perpassaremos pelas principais escolas penais, a julgar pela sua importância para a definição do próprio Direito Penal, posto que visavam cristalizar a discussão envolta à pena, definindo suas correntes do pensamento quanto aos motivos e finalidades da mesma. Associado a isto, não preterindo uma análise consistente sobre o Direito Penal no Brasil transpor-se-á os heterogêneos períodos de sua aplicação, traçando-se um caminho lógico desde à influência portuguesa, até os dias atuais.

Posteriormente, dissertar-se-á sobre a evolução dogmática do Direito Penal, servindo-se para tanto, do método histórico e dedutivo, tratando-se dos principais modelos adotados ao longo da história, partindo-se da visão clássica a funcionalista, abrindo-se destaque ao modelo garantista, fruto do Estado de Direito e principal opositor à aplicação do Direito Penal do Inimigo no cenário atual, não somente no Brasil, mas nos demais países de tradição ocidental. Merece-se destaque ainda, a crítica introduzida por Jesús María Sánchez quanto às velocidades do Direito Penal, e sua consequente posição evolutiva ou não do Direito Penal como ciência do progresso.

No último capítulo, localizar-se-á o Direito Penal do Inimigo em profunda abrangência teórica, explanando-se sobre suas bases filosóficas constitutivas e justificadoras, perpassando-se em seguida, por suas principais características e, ainda, sua compatibilidade ao Estado de Direito previsto em nossa Constituição Federal, tendo em conta a observância da prevalência do direito à segurança frente aos demais princípios individuais ao caso *in concreto*, principalmente, no combate à criminalidade organizada, contudo, desde que pautados pela proporcionalidade, valendo-se para isso, dos métodos formais de pesquisa, dedutivo e comparativo.

Por fim, ainda inserido no último capítulo, mostra-se digno de destaque a asseverada manifestação em nosso ordenamento jurídico do Direito Penal do Inimigo, utilizando-se para tanto, do método crítico-analítico onde se discorrerá as razões da elaboração legislativa destas leis, as características que levam-se ao entendimento de forma de manifestação do Direito Penal do Inimigo e quais as suas finalidades em um Estado de Direito.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO PENAL

O Direito Penal Clássico, como instrumento responsável pela prevenção e contenção de delitos na sociedade contemporânea, tem se apresentado altamente improdutivo, e, somado a intensa crise institucional, econômica e, antes de tudo, moral, tem como resultado a maior taxa de homicídios na história do Brasil¹, não é para tanto, que o surgimento de diversas teorias que tem como escopo lançar à sociedade uma resposta adequada e eficiente no combate aos crimes graves, ganhem fôlego.

Nada obstante, perfaz-se de imperioso zelo a explanação sumária do Direito Penal e seus diversos sistemas de aplicação ao longo da história, uma vez que de suma importância para compreensão de sua relação com a sociedade, ademais, explicitar-se-á a correlação de ambos com a pena, instituto inerente à sociedade em seus mais diversos períodos da história.

À vista disto, faz-se mister analisarmos correntemente o início e os motivos da aplicação da pena, para que, posteriormente, possa-se adentrar à discussão fulcral deste trabalho, perscrutando em caráter resolutivo à sua eficiência no contexto atual frente aos enormes desafios da sociedade brasileira contemporânea.

Transcorrer-se-á neste capítulo a passagem histórica do Direito Penal e seus sistemas de aplicação, qualificando-os por subtópicos, permitindo-se uma análise mais concisa sobre o período. Veremos ainda, a mudança processada no raciocínio penal com o surgimento das escolas penais, reverenciando, de outro modo, sua importância qualitativa para o Direito Penal contemporâneo, tendo em conta que por intermédio destas, possibilitou-se ao Direito Penal a formação de sua sólida estrutura.

Em desfecho capitular, descortinar-se-á o avanço ocorrido no Direito Penal brasileiro contextualizando-o ao momento histórico vivido, enfatizando ainda, os Códigos Penais por nós empregues.

¹ <https://oglobo.globo.com/brasil/taxa-de-homicidios-cresce-em-20-estados-em-dez-anos-20777012>

2.1 Sistemas de Aplicação ao Longo da História

É pacífico na doutrina o entendimento segundo o qual a pena-punição percorreu diversas fases, ou sistemas, sendo imprescindível pontuar-se a tamanha interferência destes em suas sociedades, servindo por vezes, de resposta adequada aos anseios sociais, contudo, por outras, de legitimadores de abusos praticados contra os povos e minorias.

Conforme o ante exposto, neste capítulo, discorrer-se-á os principais sistemas de pena aplicados na história, até a existência da ciência penal e, conseqüentemente, da aplicação do Direito Penal. Mostrar-se-á que em momentos de completa ausência do Estado, legava-se aos particulares a aplicação da pena, e, em seguida, com o surgimento do Estado, transmuda-se a este a responsabilidade do exercício penal, do *jus puniendi*, evoluindo-se ao longo dos tempos de um exercício soberano ilimitado, à um poder de punição limitado pela adoção de princípios e regras, conteúdo este que se mantém em constante progresso ao longo dos anos.

2.1.1 Sistema primitivo

O primeiro dos sistemas utilizados, denominado de sistema primitivo, abarcava-se três fases distintas: primeiramente, da vingança divina; posteriormente, da vingança privada; e por último, da vingança pública. Na primeira manifestação do ser humano com a punição, esta era utilizada não como medida que visava a proteção da sociedade e ou do indivíduo com relação a outrem considerado ofensor, de forma preventiva ou até mesmo retributiva, como temos hoje, mas tão somente em busca à preservação ou purificação da comunidade e do infrator diante da divindade. Nesta fase, a sociedade visava evitar o colapso com à divindade punindo o infrator severamente por sua conduta desarrozoada, pautando-se, assim sendo, o senso de justiça apenas no sentimento religioso, teocrático e sacerdotal, punindo-se somente em razão das prescrições religiosas (BITENCOURT, 2016, p. 72 - 74).

Na fase da vingança privada, com o surgimento de grupos sociais rígidos, a punição passa a ser utilizada como forma de preservação do grupo mais forte, definindo-se mesmo que por intermédio de codificações, como o Código de

Hamurabi, a prevalência do exercício violento da punição, tentando-se trazer à vingança um senso de justiça particular, o que por certo, não seria imparcial suficiente para um correto exercício da punição.

É importante ressaltar, a incongruência deste sistema, ao transmitir a um agente particular o exercício da punição, erigindo a cada ofendido, desde que autoridade familiar para isso, ao posto de figura imparcial para atribuição da pena, algo eminentemente impraticável, fadando-se nas inconsequentes “vinganças de sangue”, haja vista que, seguida a agressão ou assassinato de integrante de um grupo social, uma guerra estar-se-ia estabelecida com o grupo ofensor, estes digladiar-se-iam até a morte. Em razão destas guerras de sangue, Cleber Masson (2016, p. 73) nos leciona o surgimento do ponto principal desta fase, que é o aparecimento da Lei de Talião, que, incumbida da missão de pacificação social, visava trazer um sentimento de retribuição para o grupo ofendido, sucedendo-se às vinganças particulares.

Apesar de a aplicação da Lei de Talião buscar dar um sentido “lógico” em vistas à proporcionalidade do resultado criminoso e da pena, a aplicação do seu lema: “olho por olho, dente por dente”, mostrava-se extremamente vil, geradora de uma quantidade incomensurável de inválidos, posto ter como praticas punitivas, a perda de membro, sentido ou função. É em razão da terrível mudança das condições em sociedade impingidas pela Lei de Talião, um meio alternativo, necessariamente, teria de ser aplicado, o que ensejou motivo para a criação de um instituto civil como forma de resolução dos conflitos, este, denominado de composição, consistia na reparação do dano entre ofendido e ofensor, ou familiares, resultante no pagamento de valor em pecúnia para o prejudicado, algo que denota-se um eminente avanço, posto que alteradora do sentido da punição, saindo da noção puramente retributiva corporal, de castigo, passando a ter como escopo, indenizar o ofendido.

Apesar dos avanços recém-introduzidos, com o surgimento do Estado a vingança privada foi estreitada, porém não extinta, coexistindo com a vingança pública de sua titulação, esta, por sua vez, dava maior força então ao novo poder existente, o poder político, mas sem deixar despojado o poder religioso, que ainda manteria muito tempo de atuação, isto, devido ao exercício do poder estatal estar vinculado a uma figura soberana religiosa, sendo a punição definida por este,

caracterizada por sua execução extremamente cruel e desumana, contudo, servindo-se de base inicial para alterações ainda mais profundas.

2.1.2 Sistemas adotados na Idade Antiga e Média

Em profundo avanço aos sistemas primitivos, contudo, ainda utilizando-se destes, a Idade Antiga compreende os sistemas grego e romano, sendo o grego considerado o ponto de partida para a discussão da ética, do Direito, da punição e dos fundamentos da pena, e em grande demasia sobre o senso de liberdade e justiça. Entretanto em que pese a sua magnitude, o sistema grego possuía uma visão centralizadora da humanidade, concebendo apenas a evolução da *polis*² como fator preponderante para o crescimento da humanidade, relegando ao indivíduo apenas a função de membro pertencente ao meio social, ou ao Estado, utilizando-se deste pensamento como legitimador para diversas barbáries, como a escravidão (MASSON, 2016, p. 75).

Por outro lado, o sistema romano é de longe a mais notável ligação do período antigo e moderno, isso em razão da sua grande solidez jurídica. É composto de fases internas, que buscavam considerar as diversas formas de governo praticadas durante toda existência do famigerado Império Romano (Reinado, República, Principado e o Dominato).

Das principais mudanças introduzidas pelo Direito Romano está a diferenciação do delito entre público e privado, sendo o primeiro aquele cometido contra o Estado ou a vida de homem livre, enquanto o segundo enquadraria todo tipo de delito visto como de menor importância pelo próprio Jurisconsulto estatal, como os delitos de ofensa à pessoa ou seu patrimônio, estes últimos conferiam ao ofendido a tutela de seu interesse pelo poder coercitivo do Estado romano contra o ofensor para o pagamento de valores, conforme os ensinamento do ilustre Moreira Alves (2016, pag. 579 - 580).

Com a elaboração da Lei das XII Tábuas, iniciou-se uma mudança da delegação da vingança privada para a pública, algo que só foi concluído com o advento do Cristianismo, resguardado ainda o caso do exercício do *jus puniendi* do *pater familiae*. Neste período, a função da pena mantém-se eminentemente

² Do grego, cidade.

retributivo, entretanto, iniciam-se profundas alterações no sistema vigente à época, difundindo-se de sobremaneira com a adoção de princípios penais, entre eles o da reserva legal.

Inserem-se no sistema difundido pela Idade Média, o sistema germânico e o sistema canônico, tendo como seus fundamentos, em grande medida, os trazidos pelo Direito Romano.

Sabido pertencer aos denominados “povos bárbaros”, o sistema penal germânico no seu princípio passa a vigorar na idade média como instrumento de violações extremas, ou como o próprio nome nos afirma, de barbárie, estando aquém aos sistemas já praticados nas sociedades mais desenvolvidas. Não possuía ainda leis positivadas, sendo pautado apenas na visão dos costumes da sociedade germânica. Existiam à época dois tipos de transgressões, conforme nos assevera Cleber Masson (2016, p. 77):

Caracterizava-se como direito consuetudinário, concebido como uma ordem de paz. Sua transgressão poderia assumir caráter público ou privado: se público, impunha-se a perda da paz, consistente na ausência de proteção jurídica, podendo o agressor ser perseguido e morto por qualquer pessoa; se privado o crime, o infrator era entregue à vítima ou a seus familiares para que exercessem o direito de vingança.

Por grande influência do Direito Penal romano ocorre uma alteração do seu sistema penal, transmuta-se da vingança de sangue para a composição obrigatória que, possuía como medida transitória à sua efetivação a composição voluntária.

Os grandes marcos das leis bárbaras estão coadunados ao tabelamento de taxas penais, que seria uma definição de graus de punição decorrente do grau de reprovabilidade do resultado, o que denota a influência da Lei de Talião; e o sistema de aferição probatória, as denominadas Ordálias ou juízos de deus, que consistia em “desafios” os quais o indivíduo acusado de crime deveria transpor com o intuito de provar sua inocência, estes desafios eram caracterizados por serem extremamente cruéis e absurdos, tendo em vista existirem poucos seres humanos capazes de superá-los.

Com o fortalecimento do cristianismo e, conseqüentemente da Igreja Católica Apostólica Romana, instaura-se um novo período para o Direito Penal, tendo inicialmente caráter disciplinar o Direito Penal Canônico aplicava-se apenas

aos seus membros, o que posteriormente foi alterado, passando a possuir aplicação à toda e qualquer pessoa, desde que o fato criminoso contivesse conotação religiosa, fundamento constituído para formação do período Inquisitorial.

É possível afirmar que o Direito Penal Canônico foi o primeiro na busca da ressocialização do criminoso, isso em razão do seu caráter religioso/humanitário, mesmo sendo o seu fundamento principal o retribucionismo.

A competência para aplicação da justiça eclesiástica dividia-se em dois grupos: em razão da pessoa e; em razão da matéria. Na primeira, destinava-se a qualquer religioso, membro da igreja, sendo competente para julgá-lo o Tribunal da Igreja, independentemente do tipo de crime. Já na segunda, referia-se à competência da Igreja Católica para julgamento de leigos, sendo possível nos casos de crimes que ofendiam o direito divino, ou o direito leigo e divino pelo mesmo fato, eventualmente se aplicavam aos casos que somente ofendiam à ordem laica, por interesse da Igreja.

Segundo Bitencourt (2016, p. 78 - 79) apesar do grande avanço mostrado pelo Direito Penal Canônico quanto às finalidades da pena, na prática o resultado mostrou-se diverso, admitindo punições extremamente cruéis como esquitejamento, afogamento, forca, entre outras, tendo sido um período sombrio para o Direito Penal. Não obstante os abusos praticados, o Direito Penal Canônico possui seus méritos no desenvolvimento da seara criminal, sendo o precursor da pena de prisão, justificava-se na busca da aproximação da alma do condenado a Deus com o intuito de purgar o pecado, a prisão então seria o meio adequado de pela solidão e sofrimento realizar tal feito.

2.1.3 Sistema penal moderno

Sucedâneo ao período sombrio, o período das luzes, tem como ponto de partida o movimento iluminista na Europa que culminou na Revolução Francesa, é neste momento da história que o homem europeu desenvolve o senso humanitário das penas e de sua aplicação, passando a defini-la como uma punição impingida ao criminoso, de forma justa e calcada na lei, segundo nos leciona Greco (2016, p. 24):

O período iluminista teve importância fundamental no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na "razão", o que outrora era praticado

despoticamente, agora, necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição.

O criminoso, passa a ser visto como ora violador do contrato social celebrado entre homens livres para a criação do Estado. Na visão de Rousseau (2015, p.24), todos concordaram em abrir mão do estado de natureza em favor da liberdade civil e da propriedade, não possuindo o direito de transgredir o pactuado. Entretanto, de forma um tanto quanto distinta à visão de Rousseau, em respeito aos direitos de todo e qualquer cidadão, deverão ser observados também, precipuamente, os direitos naturais, posto que concebidos anteriormente ao Estado, é então, com base neste equilíbrio desenvolvido pelo ímpar jurista, Cesare Bonesana, conhecido como Cesare Beccaria em sua obra “Dos delitos e das penas”(BECCARIA, 2016) que a sistemática penal alterar-se-á.

Beccaria e o movimento iluminista, são tidos como divisores de água no sistema penal, são o ponto de ebulição do Direito Penal da idade média e o nascimento do Direito Penal moderno. Punições mais justas passam a ser exigidas pela sociedade europeia moderna, com maior destaque para a França. Iniciam-se revoltas em busca à extinção dos suplícios ou ao menos sua drástica redução, com a conseqüente abolição da pena de morte, consoante nos leciona Michel Foucault (2014, p. 73):

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos *chapiers de doléances* e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do suplicado e do carrasco. O suplício se tornou rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o “cruel prazer de punir”. Vergonhoso, considerado da perspectiva da vítima, reduzida ao desespero e da qual ainda se espera que bendiga “o céu e seus juizes por quem parece abandonada”.

Ajustado aos anseios sociais, o Direito Penal perpassa por intensas mudanças estruturais, devotando-se a observar os princípios humanos ratificados pelo Estado em defesa do cidadão, iniciando-se sua fase liberal e de caráter

eminentemente republicano ao impor a si, a obrigação de tratamento isonômico aos cidadãos.

O sistema penal moderno em respeito às instituições passa, a partir deste momento, a tratar com estrito zelo um dos princípios mais importantes de sua nova sistemática penal, se não o mais importante, o princípio da legalidade, conforme nos assevera Beccaria (2014, p. 18):

A primeira consequência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar a pena de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.

Defende o mesmo que a lei deva prescrever taxativamente o delito em vistas a evitar à desinformação e discussão infundada sobre o conteúdo da lei, ademais que a pena deva ser justa, exclusivamente pública, rápida e proporcional à conduta praticada, de forma a criar um sentimento de segurança à sociedade (BECCARIA, 2014, p. 22 - 23).

Apesar dos esforços dedicados à modificação da estrutura penal, muitos outros fatores contribuíram para que rumos contrários fossem tomados, dando vasão à retrocessos na história, bastando termos como exemplo a própria França, onde guerras de grandes proporções estavam a poucos instantes à desencadear-se³, entretanto, cabe aqui ressaltar que são estes considerados períodos de exceção, onde não se vislumbra à aplicação do Direito Penal comum, motivo suficiente para afastar-se um recrudescimento, principalmente, da violência estatal infligida aos cidadãos, não tolerando-se a designação do Direito Penal comum em conjunto ao de exceção, como se fossem um, assim como se verá mais à frente com relação ao Direito Penal do Inimigo.

Por fim, cabe ressaltar o efeito do pensamento incutido pelos iluministas na sociedade moderna, em especial à europeia, porquanto grandes obras literárias foram escritas com o intuito de defender um Direito Penal e Processual Penal justos, obras como “O último dia de um condenado à morte”⁴, de Victor Hugo,

³ Referimo-nos às guerras napoleônicas, ocorrida entre os anos de 1803 a 1815, apenas pouco mais de uma década do fim da revolução francesa.

⁴ Publicada em 1829, é uma das principais obras contrárias à pena de morte, no mundo.

e, “O processo”⁵, de Franz Kafka, têm função importantíssima para a sociedade contemporânea ao nos expor às práticas autoritárias do Estado, denunciando seus abusos, resultando na promoção do conhecimento geral com relação aos limites da atividade estatal, prevenindo-nos de descomunais barbáries, que até então eram sistematicamente praticadas.

2.2 Das Escolas Penais

As escolas penais consubstanciam-se em agrupamentos de pensamentos, conceitos e ideias semelhantes entre seus membros, com o escopo de nortear o Direito Penal na conceituação da responsabilidade penal, dos delitos e suas respectivas penas, ademais, perfazendo-se na motivação e finalidade de sua aplicação entre outros assuntos.

Neste capítulo, explicitaremos as diversas exegeses utilizadas pelas diversas escolas do pensamento, dentre as mais importantes, figuram a escola clássica e a escola positiva, tendo estas, solidificado questões relativas ao caráter da pena, à sua etiologia e funções; servindo de base para que outras correntes do pensamento penal pudessem advir, desencadeando no surgimento de um largueado número de correntes do pensamento, resultante, primordialmente, na evolução epistemológica da ciência penal.

Em razão da ampla gama de escolas penais, abordaremos neste trabalho além das supracitadas, as escolas que com ela guardam uma intrínseca relação e que, outrossim, são de extrema importância para a compreensão do tema apresentado. Figuram entre as escolas remanescentes: a *Terza Scuola Italiana*, Escola Moderna Alemã, Escola Técnico-jurídica, Escola Correccionalista e Escola de Defesa Social.

⁵ Publicada em 1925, é uma das mais importantes obras contra à tirania do Estado e seu autoritarismo impingido ao cidadão comum.

2.2.1 Escola clássica

Inicialmente, contudo não de forma organizada, temos o surgimento da Escola Clássica, calcada no pensamento de “Dos delitos e das penas”, de Beccaria, e demais obras iluministas, tendo como propósitos: a delimitação da aplicação do Direito Penal pelo Estado, funcionando como uma defesa do cidadão frente a um Estado extremamente autoritário; a humanização da pena e o estabelecimento de princípios garantidores da liberdade individual; além da postulação de uma exegese penal liberal, definindo a responsabilidade individual, com base estritamente individualista, possuindo o livre-arbítrio como premissa máxima. Deste movimento filosófico surgem duas visões distintas: O jusnaturalismo e o Contratualismo.

Segundo nos ensina Bitencourt (2016, p. 97 - 99), o jusnaturalismo, teve Grócio como principal expoente e se baseava na ideia de um Direito natural, superior e eterno, que decorria da própria natureza humana. Enquanto o contratualismo, que tinha Rousseau como expoente, acreditava na aplicação do Direito pela celebração de vontades na formação do Estado, o que com o passar do tempo foi mostrando-se questionável, posto que um dos pilares desta corrente, o pressuposto de igualdade absoluta entre as pessoas, estava longe de ocorrer, deixando espaço para que críticos pudessem classificar o Direito como um legitimador das modernas tiranias, pela dominação da burguesia.

Possuía a Escola Clássica outras distinções filosóficas quanto à pena, dividindo-se em períodos, conforme nos assevera Bitencourt (2016, p. 99 - 100):

Tal como se desenvolveu na Itália, distinguiu-se em dois grandes períodos: a) teórico-filosófico – sob a influência do iluminismo, de cunho nitidamente utilitarista, pretendeu adotar um Direito Penal fundamentado na necessidade social. Este período iniciou com Beccaria, foi representado por Romagnosi e Carmignani; b) ético-jurídico – numa segunda fase, período em que a metafísica jusnaturalista passa a dominar o Direito Penal, acentua-se a exigência ética de retribuição, representada pela sanção penal. Foram os principais expoentes desta fase Pelegrino Rossi, Francesco Carrara e Pessina.

Pela sua notável importância nesta segunda fase, Carrara recebeu o reconhecimento histórico como o principal nome da escola clássica.

Em síntese ao seu posicionamento jusnaturalista a escola clássica atribui à prática do delito como um exercício do livre-arbítrio, o que significa dizer

que atribui ao resultado criminoso, como apenas uma escolha, tomada livre de quaisquer embaraços, ou seja, definido estritamente por vontade livre e consciente, motivo de severas críticas, pois torna evidente uma de suas principais falhas, relativa ao desconhecimento da apreciação do sentido etiológico do delito, isto é, as causas do comportamento criminoso, haja vista as vicissitudes da vida (GRECO, p.50).

Definia-se então o crime como um ato volitivo, por ser derivado puramente da vontade do agente, e em razão disto, viam os clássicos a pena como uma medida repressiva, de caráter pessoal, aplicável ao autor que tivesse agido com capacidade de querer e entender o fato criminoso, limitando-se entre os extremos do Direito Penal da imputabilidade e do retribucionismo. Denota-se disto, a aviltação praticada pela escola clássica com relação à figura do criminoso, pouco atendo-se a seus “elementos constitutivos”.

É imperioso ressaltar que, apesar das enormes críticas direcionadas à escola clássica, esta possui grande responsabilidade na evolução da ciência penal, posto que, em virtude das discussões por ela levantadas intensifica-se o debate quanto à pena e o Direito Penal, estimulando toda a evolução deste sistema, é o que nos afirma Bitencourt (2016, p. 102) ao engrandecer esta teoria:

Enfim, foram os clássicos sob o comando do insuperável Carrara, que começaram a construir a elaboração do exame analítico do crime, distinguindo os seus vários componentes. Esse processo lógico-formal utilizado pelos clássicos foi o ponto de partida para toda a construção dogmática da Teoria Geral do Delito, com grande destaque para a vontade culpável.

São os clássicos então, os responsáveis por um Direito Penal ao mesmo tempo que liberal, suficientemente preservador da soberania do Estado e defensor da sociedade.

2.2.2 Escola positiva

Devido as lacunas deixadas pelos clássicos, inicia-se um processo de estudos científicos ao redor do delito, corolário disto temos o surgimento da escola positiva, que coincide com os estudos biológicos e sociológicos, em especial com os trabalhos de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, todos italianos.

Inicia-se a fase positiva em 1876, com a publicação da obra “O homem delinquente” de Cesare Lombroso, trazendo consigo a aplicação do estudo científico ao delito, analisando as perspectivas biológicas, físicas e patológicas do criminoso. Seu estudo “compreendia um exame sistemático, somático, sensorial, anatômico de um grande número de criminosos; ademais contemplava um estudo da alma, costumes e paixões”, segundo Shecaira (2018, p. 93).

Ainda de acordo com Shecaira (2018, p. 94):

Lombroso afirmava ser o crime um fenômeno biológico e não um ente jurídico (como sustentavam os clássicos), razão pela qual o método que deve ser utilizado para o seu estudo havia de ser o experimental (indutivo) [...]

Lombroso afirmava ser o criminoso um ser atávico que representa a regressão do homem ao primitivismo. É um selvagem que já nasce delinquente.

Ele ainda completa nos dizendo (2018, p.95):

[...] O positivismo Lombrosiano é marcadamente de um determinismo biológico, em que a liberdade humana – o livre-arbítrio – é uma mera ficção. Não é preciso falar muito dessa teoria para imaginar a quantidade torrencial de críticas a que foi submetida. Censura-se Lombroso por seu particular evolucionismo carente de toda base empírica [...]

É evidente a falha da teoria Lombrosiana, ao supor que o crime está intrinsecamente ligado à patologia ou a elementos físico- biológicos, pela simples razão axiomática de não apresentarem todos os criminosos, ou a sua maioria que seja, ainda que deveras segura, estes elementos, comportando-se também análise em sentido contrário, posto que, ainda que identificadas tais características em indivíduos, é infinitesimal à prática de delitos, não extraindo-se disto, nenhuma base empírica sólida.

Contudo, apesar do fracasso de sua teoria, Lombroso foi importantíssimo para o desenvolvimento da sociologia criminal, sobretudo em razão dos seus escritos sobre as causas biopsíquicas do crime, em destaque aos fatores antropológicos, como nos ensina Bitencourt (2016, p. 105), abrindo espaço para outros pensadores em ascensão, muitos dentro de sua própria escola.

O segundo grande nome desta escola, Enrico Ferri, genro de Lombroso, foi o responsável por rechaçar as críticas dos clássicos às teorias de sua

escola. Buscou este diferenciar-se ao pensamento vigente, inclinando-se para uma análise sociológica do delito, agregando fatores sociais, econômicos e políticos à análise da delinquência, é o que nos leciona Rogério Greco (2016, p. 54), reputando à prática delitiva, uma responsabilidade pessoal suprimida, haja vista diversas formas de desvirtuação das habilidades cognitivas do homem, como problemas de ordem psíquica e social. Pois então, assim como Lombroso, Ferri não acreditava na existência do livre-arbítrio, considerando-o uma mera ficção, e em razão disso, definia a pena como uma defesa social, prezando pela prevenção antes que repressão.

Ferri, é marcadamente um grande nome na história da ciência penal, isso em virtude de sua criação da classificação dos tipos de delinquentes, onde definiam-se os diversos tipos de criminosos presentes na sociedade à sua época, sendo eles: nato, louco, habitual, ocasional e passional. O conceito de cada tipo criminoso nos é ensinado, de forma brilhante, por Shecaira (2018, p. 98 - 99):

Nato era o criminoso conforme a classificação original de Lombroso. Caracterizava-se por impulsividade ínsita que fazia com que o agente passasse à ação por motivos absolutamente desproporcionados à gravidade do delito. Eram precoces e incorrigíveis, com grande tendência à recidiva. O louco é levado ao crime não somente pela enfermidade mental, mas também pela atrofia do senso moral, que é sempre a condição decisiva na gênese da delinquência. O delinquente habitual preenche um perfil urbano. É a descrição daquele nascido e crescido num ambiente de miséria moral e material começa, de rapaz, com leves faltas (mendicância, furtos pequenos etc.) até uma escalada obstinada do crime. Pessoa de grave periculosidade e fraca readaptabilidade, preenche um perfil que se amolda, em grande parte, ao perfil dos criminosos mais perigosos. O delinquente ocasional está condicionado por uma forte influência de circunstâncias ambientais: injusta provocação, necessidades familiares ou pessoais, facilidade de execução, comoção pública etc.; sem tais circunstâncias não haveria atividade delituosa que impelisse o agente ao crime. 'No delinquente ocasional é menor a periculosidade e maior a readaptabilidade social; e, porque ele, na massa dos autores de verdadeiros e próprios crimes, representa a grande maioria, que se pode computar aproximadamente na metade do total dos criminosos'. Por derradeiro, encontramos o criminoso passional, categoria que inclui os criminosos que praticam crimes impelidos por paixões pessoais, como também políticas e sociais.

Admitia Ferri que os criminosos em sua grande maioria eram readaptáveis, sendo necessário para isto, que ocorresse uma vertiginosa mudança da realidade enfrentada por aquele indivíduo, divergindo ao posicionamento dos demais líderes da escola positiva, que não admitiam a possibilidade de readaptação, porquanto um indivíduo nasceria com o âmago criminoso, impenetrável na sua

essência, imodificável; contudo, Ferri prostrava-se em acordo à seus colegas em relação à impossibilidade de reabilitação do indivíduo para reintegração à sociedade, devendo pois, este ser mantido sob custódia do Estado, para fins de preservação da sociedade, não definindo prazo, dado sua compreensão de perenidade da periculosidade do indivíduo, estando, jamais, apto ao retorno social.

Rafael Garofalo, o terceiro nome mais influente da Escola Positiva, possuía uma análise mais resignada com relação ao criminoso, deixando transparecer de forma mais enfática a influência sofrida pela teoria Darwiniana da evolução das espécies, chegando ao ponto de defender a pena de morte aos delinquentes irreparáveis, encontrando-se respaldado no pensamento da Escola Correccionalista.

Garofalo (1888 apud SHECAIRA, 2018, p. 99) em sua obra, demonstra pouca admiração pela reparação do delinquente, sua análise individualizada do delinquente, foi responsável pela criação da teoria da temibilidade que, segundo Shecaira (2018, p. 99):

[...] implicava a perversidade constante do delinquente, bem como a quantidade de mal previsto que se deveria rezear por parte do individuo perigoso, configurando-se a medida de segurança seu instrumento de contenção; nascia a relação temibilidade – medida de segurança. Com a análise dos exames que constavam a inadaptabilidade social do delinquente, bem como seu perigo social, escolhia-se, na medida de tratamento, o fim profilático a proteger a sociedade. A temibilidade era a justificativa para a imposição de tratamento. Unificava os fins de proteção social e tratamento, alcançando a eficácia com a obstrução de novos delitos’.

Buscava-se então por intermédio de exames e outras análises, aferir o grau de periculosidade do delinquente para que assim, fosse possível dimensionar uma resposta penal à altura do mal presente “no indivíduo”, com a finalidade, claramente, em vistas à defesa social.

Têm os expoentes da Escola Positivista o ponto em comum a defesa do corpo social contra o criminoso, a perda do caráter moral da pena, a independência da vontade do agente para produção do resultado criminoso, a definição do agente criminoso por critérios extrajurídicos, como biológicos, físicos, patológicos e sociológicos. É neste período que o Direito Penal passa a ter ligações com os métodos de observação e investigação utilizados em outras disciplinas, como a Biologia e a Medicina, enfocando-se no estudo do criminoso, diferentemente

do que fazia a escola clássica, resultante no surgimento do critério científico, que visa larguear o estudo do delito, servindo de suporte ao sistema jurídico, como a Criminologia (BITENCOURT, 2016).

2.2.3 Das escolas remanescentes

Após o advento da Escola Clássica e da Escola Positiva, surgiram outras escolas do pensamento, merecendo destaque as principais, que são: *Terza Scuola Italiana*, Escola Moderna Alemã, Escola Técnico-jurídica, Escola Correccionalista e Escola de Defesa Social, que serão abordadas neste tópico.

A *Terza Scuola*, nasce com a incumbência de ser a corrente de pensamento eclética, agregando fatores de ambas as escolas (clássica e positiva), situando-se, muitas vezes, posicionada ao centro destas. De acordo com Bitencourt (2016, p. 107 - 108):

[...] também conhecida como escola crítica, a partir do famoso artigo publicado por Manuel Carnevale, *Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia*, em 1891. Integraram também essa nova escola, que marcou o início do positivismo crítico, Bernardino Alimena (*Naturalismo Critico e Diritto Penale*) e João Impallomeni (*Instituzioni di Diritto Penale*). A *terza Scuola* acolhe o princípio da responsabilidade moral e a conseqüente distinção entre imputáveis e inimputáveis, mas não aceita que a responsabilidade moral fundamente-se no livre arbítrio, substituindo-o pelo determinismo psicológico: o homem é determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável quem tiver capacidade de se deixar levar pelos motivos. A quem não tiver capacidade deverá ser aplicada medida de segurança e não pena. Enfim, para Impallomeni, a imputabilidade resulta da intimidabilidade e, para Alimena, resulta da dirigibilidade dos atos do homem. O crime, para esta escola, é concebido como um fenômeno social e individual, condicionado, porém, pelos fatores apontados por Ferri. O fim da pena é a defesa social, embora sem perder seu caráter aflitivo, e é de natureza absolutamente distinta da medida de segurança.

Movimento semelhante foi o desempenhado pela Escola Moderna alemã, tendo como principal expoente, o brilhante penalista austríaco, Franz Ritter von Liszt, que foi o responsável pela sistematização do Direito Penal, em razão da interdisciplinaridade com outras ciências, como a criminologia e a política criminal, conforme nos ensina Bitencourt (2016, p. 109). Ainda Segundo Bitencourt (2016, p. 110) as principais características desta escola, são:

a) *adoção do método lógico-abstrato e indutivo-experimental* – o primeiro para o Direito Penal e o segundo para as demais ciências criminais. Prega a

necessidade de distinguir o Direito Penal das demais ciências criminais, tais como a Criminologia, Sociologia, Antropologia etc.; b) *distinção entre imputáveis e inimputáveis* – o fundamento dessa distinção, contudo, não é o livre-arbítrio, mas a normalidade de determinação do indivíduo. Para o imputável a resposta penal é a pena, e para o perigoso, a medida de segurança, consagrando o chamado duplo-binário; c) *o crime é concebido como fenômeno humano-social e fato jurídico* – embora considere o crime um fato jurídico, não desconhece que, ao mesmo tempo, é um fenômeno humano e social, constituindo uma realidade fenomênica; d) *função finalística da pena* – a sanção retributiva dos clássicos é substituída pela pena finalística, devendo ajustar-se à própria natureza do delinquente. Mesmo sem perder o caráter retributivo, prioriza a finalidade preventiva, particularmente a prevenção especial; e) *eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração* – representa o início da busca incessante de alternativas às penas privativas de liberdade de curta duração, começando efetivamente desenvolver uma verdadeira política criminal liberal.

Diferentemente das demais escolas, a escola Técnico-jurídica tem como ponto principal ser uma metodologia de estudo do Direito Penal, buscando fundamentar o crime, como fenômeno jurídico, concedendo à independência da Ciência Penal, não confundindo-a com outras ciências, como faziam as demais escolas. Motivada em razão da ainda incompleta explanação do Direito Penal como ciência autônoma, e tendo em vista o imbróglio jurídico deixado pelas demais escolas, assim como pelos prejuízos por estas causadas, a escola Técnico-jurídica surge na Itália, pela conferência de Arturo Rocco, no ano de 1910, onde este sustentou que:

[...] o método de estudo deveria cingir-se à dedução dos princípios que constituem o sistema do direito legislado em face dos meios da técnica jurídica e não as abordagens limitadas aos comentários ou às críticas. Em sua perspectiva, o estudo do Direito Penal deve concentrar no direito positivo vigente como o único que a experiência indica para formar o objeto de uma ciência jurídica. O trabalho intelectual do penalista deve se voltar para a interpretação do texto vigente, ordenando a matéria em um plano de sistema e detectando os princípios jurídicos resultantes em forma de dogmas. O penalista deve proceder à crítica objetiva se for o caso e propor as modificações no próprio âmbito do Direito Penal, sobre a base de seus princípios e do seu sistema e não, subjetivamente, por influxo da Filosofia do Direito Penal e da Política Criminal (DOTTI, 2010, p. 237).

Remontava-se a noção do positivismo puro, assim como definido por Kelsen, trazendo consigo a ideia de livre-arbítrio para o centro da discussão mais uma vez, posto que aceito por esta escola como elemento integrante do tipo em uma análise *a posteriori*, estabelecendo como requisitos componentes deste, a capacidade para discernimento da conduta e seu querer na produção do resultado.

Assim como Rocco, Vincenzo Manzini fora um dos maiores expoentes da escola Técnico-jurídica, adotando este, muitas vezes, a inflexibilidade de sua dogmática, não admitindo a possibilidade do estudo do Direito Penal em conjunto à algumas ciências básicas de seu círculo interpretativo, como por exemplo, a Filosofia, sociologia e demais áreas do conhecimento humano, resultante, segundo nos afirma René Ariel Dotti (2010, p. 238), na definição dos críticos à esta escola como uma redução do Direito Penal a um “estéril verbalismo”.

A escola Correccionalista, como o próprio nome nos diz, busca a correção do delinquente, sendo este o fim único e exclusivo da pena. Tem sua origem na Alemanha, com a tese de Karl Roder, em 1839, possui esta escola, uma visão profundamente religiosa, baseada no Direito Natural do indivíduo, considerando este um transgressor que “limitado por uma anomalia de vontade, encontrando no delito o seu sintoma mais evidente, e, por isso, a sanção penal é vista como um bem (BITENCOURT, 2016, p. 112). Ao Estado caberia a função de zelar pela paz social, segregando o criminoso do meio social, ao mesmo tempo que, deveria dar condições para a correção do mesmo, contudo, apesar da aparente benevolência estatal, não estipulava-se razões para retorno deste à sociedade, posto que classificado como incapaz de exercício de uma vida jurídica, devendo permanecer em reclusão até que fosse cessada sua periculosidade.

Por fim, a escola da Defesa Social, apresentada no final do século XIX, mas que, contudo, somente em 1954, com a publicação da teoria de Marc Anel, nova defesa social, ganha expressão. Esta teoria, buscou trazer a Ciência Penal, novamente, próxima às outras ciências, tendo em vista o caráter humanitário contra o crime, e a favor das garantias do criminoso, prezava pela redução do Direito Penal, se necessário, para que o crime fosse resolvido pelas demais ciências. De viés, eminentemente, progressista, esta teoria foi encampada, principalmente, em razão das barbáries cometidas na guerra, e até mesmo antes dela, pelos países autoritários, como a Alemanha Nazista.

2.3 Transformação Histórica do Direito Penal no Brasil

O Direito Penal no Brasil possui algumas fases de aplicação, sendo genuinamente brasileiro apenas durante o Código Criminal do Império, entretanto, é de suma importância dissertar-se desde o princípio de sua aplicação.

A começar, na civilização primitiva utilizava-se a vingança privada no Brasil, condições em que inexistiam um Direito Penal na sociedade, regendo-se simplesmente por motivações dos grupos, como já citado anteriormente no tópico do sistema primitivo. Existiam então, regras de organização dos povos silvícolas que aqui habitavam, sendo a pura aplicação de um direito consuetudinário, que segundo Bitencourt (2016, p.89), era quase sempre dominadas pelo misticismo.

Num segundo momento, após o descobrimento do Brasil em 1500, passou-se a aplicar as ordenações portuguesas, apesar destas possuírem um caráter predominantemente político-administrativo e econômico, previam situações processuais penais e penais, segundo nos dispõe Raymundo Faoro (2012, p. 83). Começando pelas Ordenações Afonsinas, de 1446, consideradas o primeiro código europeu completo, sendo substituídas posteriormente pelas Ordenações Manuelinas, de 1521, ano que passou a vigorar, ambas em homenagem aos reis portugueses da época. Após o decurso do tempo, em 1569, passam a vigorar as Compilações de Duarte Nantes de Leão, determinada pelo rei D. Sebastião. Durante todo este período, o Brasil reviveu os tempos mais obscuros da humanidade, que na visão de Bitencourt (2016, p. 89):

Pode se afirmar, sem exagero, que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado de um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses.

Ainda durante o Brasil Colônia⁶ começam a vigorar as Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603, o mais forte código europeu até então, confirmado por Dom João IV, em 1640. A finalidade das Ordenações Filipinas se expressam por intermédio da centralização político-administrativa do reino de Portugal, destituindo quaisquer evidências de independência nos municípios, o

⁶ Durou do ano 1500 até 1822, com a independência do Brasil. Boris Fausto, História do Brasil. São Paulo, 2013.

reflexo na seara penal é claro, posto que as leis penais e processuais penais sofrem uma sobrecarga de crueldade, e passam ainda, mais à frente, a serem utilizadas como forma de punição as manifestações políticas contra o Estado Português pelos movimentos de independência, como temos, o exemplo, de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, no movimento que ficou conhecido como inconfidência mineira, em 1789, que resultou na sua morte por enforcamento e, posteriormente, esquartejamento de seu corpo e exposição de sua cabeça na praça de Ouro Preto, segundo os ensinamentos do esplendoroso historiador Boris Fausto (2013).

Com a difusão do movimento iluminista e o consequente desencadeamento de revoluções ao redor do mundo,⁷ necessitava o Brasil de mudanças tanto no seu espectro político, quanto no seu sistema organizacional, algo que somente haveria uma resposta com a ocorrência da independência de Portugal, perfazendo-se no ano de 1822, com a declamação do Imperador Dom Pedro I.

Pelo caráter visceral à soberania de um Estado, carecia o Brasil de uma Constituição própria, e em 1824, é outorgada a constituição brasileira, este ora aqui destacado como terceiro período, emerge como ponto divisor para a soberania nacional na aplicação criminal, posto que previsto pela própria constituição a imperiosa necessidade de elaboração de um código criminal, fato que culminou com o Código Penal do Império, em 1830, tendo este, as melhores inspirações para a época, como os Códigos Criminais da Áustria, França, Baviera e entre outros.

Das principais inspirações para o Código Criminal do Império, destacam-se também as discussões globais de cunho ético, moral, filosófico e religioso. Sendo, como já exposto, o Código Criminal Francês, uma das suas influências, denotando o caráter transmutativo do Direito Penal, no Brasil, uma vez aliando àquele às revoluções que passavam ao redor do mundo.

Entre as principais mudanças trazidas pelo Código Criminal do Império, assevera-nos Dotti (2010, p. 268):

O movimento de reforma do sistema criminal teve como característica básica no quadro das sanções a redução das hipóteses da pena de morte e a eliminação da crueldade de sua execução, bem como a supressão das penas infamantes, exceto a de açoites, aplicada aos escravos.

⁷ Referimo-nos às revoluções francesas e americana, que resultaram na proclamação da república em ambos os países, no primeiro como consequência da queda da monarquia absolutista (1789), e no segundo com a declaração de independência das ilhas britânicas (1776). É importante ressaltar, não ser menos importante a revolução industrial que estava ocorrendo na Inglaterra.

Em razão das disputas pelo Poder, entre elites divergentes, no dia 15 de novembro, de 1889, o Império brasileiro chega ao fim, entrando o Brasil, definitivamente, na fase republicana e com isso, repetidamente, demandam-se novas mudanças estruturais.

Não findado um ano do golpe republicano, entra em vigor o novo Código Criminal, sendo este anterior à própria constituição republicana (1891), e, apesar dos avanços da Ciência Penal no mundo, inclusive no Brasil, este Código mostra-se profundamente atrasado com relação à ciência penal aplicada, contendo graves erros técnicos, conseqüentemente sendo considerado o pior Código Penal da história brasileira, passível posteriormente, de indispensáveis correções.

Inúmeras foram as propostas para substituição deste código, entretanto, nenhuma prosseguiu, sendo apenas aceita, a proposta de Alcântara Machado, durante os anos da Ditadura do Estado Novo, entrando em vigor em 1942, vigendo até hoje, apesar, das profundas reformas.

É de suma importância, destacarmos a reforma introduzida pela Lei nº 7.209/84, responsável pela reformulação da Parte Geral do Código, instituindo um Direito Penal mais liberal, conseqüentemente, menos repressivo, com a adoção das penas alternativas à prisão, e ainda, a readoção do sistema dias-multa em nosso ordenamento.

Não obstante a aplicação de um Direito Penal liberal, de forma brilhante, nos expõe Bitencourt (2016, p. 92 - 95) que, a carência de suporte do Estado em garantir à efetiva aplicação das disposições de caráter preventivo e ressocializador, provoca um imediato crescimento da criminalidade e, conseqüentemente, da demanda social em busca da maximização do Direito Penal, vicissitude esta resultante na produção de leis extravagantes de caráter repressivo que, na visão do autor, representam profundos “retrocessos autoritários”, trataremos desta questão, pouco mais à frente, no quarto capítulo.

3 EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL

Compreendendo-se a evolução histórica do Direito Penal até os dias atuais, inclusive, em respeito às escolas penais, este capítulo abrangerá os diversos modelos epistemológicos do Direito Penal, em outras palavras, buscará definir os diversos postulados, métodos e conclusões da sistemática penal ao longo dos modelos percorridos, não olvidando a evolução sofrida pela teoria geral do delito.

Ademais, restar-se-á abrangido por este capítulo, *in fine*, a principal teoria contrária ao Direito Penal do Inimigo, expondo-se seus fundamentos e distinções, e, conjuntamente, se exporá a mais sistematizada crítica no Direito Penal quanto à teoria do Direito Penal do Inimigo.

3.1 O Modelo Clássico

De base estritamente positivista, o modelo clássico é produto da evolução dogmática influenciada pelos iluministas, ao ter como postulado máximo, o princípio da legalidade, iniciado, sobretudo, na segunda metade do século XIX. Essa orientação de cunho analítica, buscava afastar da ciência jurídica quaisquer outras valorações, como às filosóficas, sociológicas e entre outras. Passava-se então, a definir o delito por um aspecto evidentemente formal, não carecendo de análise das demais ciências pelo operador do Direito.

A doutrina clássica, ao definir divisões entre os elementos do delito, quais sejam: ação; excludente de ilicitude e; culpabilidade. Elaborava-se a partir de um caráter exclusivamente organizacional formalístico. Assim nos ensina Bitencourt (2016, p. 262):

[...] Assim, a *ação*, concebida de forma puramente naturalística, estruturava-se com um tipo objetivo-descritivo; a *antijuridicidade* era puramente objetivo-normativa e a *culpabilidade*, por sua vez, apresentava-se subjetivo-descritiva. Em outros termos, Von Liszt e Beling elaboraram o conceito clássico do delito, representando por um movimento corporal (*ação*), produzindo uma modificação no mundo exterior (*resultado*).

Necessitava-se assim de uma modificação de ordem exterior, ou seja, algum dano e, para isso, seria obrigatório que houvesse na conduta, vontade consciente, ainda que relativa, do agente para produção do resultado e o resultado

em si. A ilicitude e a exclusão desta, em casos específicos, também eram aferidos tendo como base questões de ordem objetiva, bastando haver enquadramento nos tipos definidos. Somente na análise da culpabilidade deveriam ser aferidas questões de ordem subjetiva, relativos ao agente, como dolo e culpa, modalidades de culpabilidade, não sendo elementos dela, viriam a ser definidos assim posteriormente; e antes disto, seria necessário comprovar que o agente é imputável, por restar definida a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade (GRECO, 2016, p. 485 - 486).

A principal justificativa da adoção deste modelo, está ligada à segurança jurídica da sociedade da época, posto que, definindo-se elementos de ordem positivada, dificilmente ocorreriam manipulações por aqueles exercentes de posições de poder, principalmente, reduzindo-se juízos de valor no momento de aplicação da pena, em razão disto, deve-se ressaltar o momento histórico vivido, onde imperava-se a desconfiança contra o responsável pela gestão do Estado francês, servindo-se pois então, de limitações ao seu uso indiscriminado da máquina estatal.

A contrário modo, outro grande expoente da corrente contratualista, Hobbes, definia a positivação como legitimadora do exercício do poder pela figura absolutista, defendendo que, o conteúdo de uma lei, é por si só, a redação da verdade universal e imutável, não restringindo-se a noção comum de justiça, uma vez que definia o conceito de justiça (BOBBIO, 2014, p. 60 - 64).

O positivismo jurídico, contudo, em razão de legitimar-se por intermédio do formalismo ao extremo, encontrou sérios problemas de cunho prático na história, sendo permissível na elaboração de Magnas Cartas extremamente violadoras de direitos, o que, conseqüentemente, permitiu a vigência nos demais instâncias do ordenamento jurídico de normas com conteúdo material invasivo e desrespeitoso, sendo produtor em grande massa de leis retrógradas (BITENCOURT, 2016, p. 261).

Em conclusão à sua incapacidade dogmática frente a algumas situações jurídicas, como por exemplo a conduta omissiva, ensejou-se o surgimento de outras correntes, culminando no abandono de maior parte do modelo, todavia, resguardando-se seu panorama de princípios protetores do indivíduo frente ao Estado.

3.2 O Modelo Neokantiano

Surgido no final do século XIX, este modelo foi o responsável por uma modesta evolução na dogmática da teoria do delito. Seu principal expoente, Immanuel Kant, buscou eliminar o caráter estritamente formal da teoria do delito clássico apresentado pelos positivistas, devido a isso, Kant aproximou àquela a noção do “dever ser”, entretanto, não lhe subtraindo à noção do “ser”⁸. Devendo ao operador do Direito debruçar-se além do estudo formal da norma jurídica, trazendo uma análise valorativa do sentido jurídico (BITENCOURT, 2016, p. 115 - 116).

Duas correntes advieram deste modelo, sendo elas: Escola de Marburgo, tendo Rudolf Stammler como maior representante e; Escola de Baden, Ocidental-Sul, apresentando Gustav Radbruch como principal expoente.

A Escola de Marburgo, segundo os ensinamentos de Stammler tencionava harmonizar os ideais de Direito e justiça, em consequência, passaria a pautar-se vislumbrando o fim almejado, condicionando-o ao meio, por intermédio de um plano resoluto e ininterrupto.

Diferentemente do posicionamento de Stammler e de sua escola, Radbruch e a Escola de Baden, traziam ao Direito conceitos valorativos, determinando-o com um sentido cultural, ou seja, eminentemente referenciado a valores.

Referenciar ao Direito Penal conceitos valorativos, e não mormente, positivados, representou uma excepcional evolução, assim nos é ensinado por Bitencourt (2016, p. 117):

Com efeito, a preocupação em oferecer um conteúdo material ao Direito Penal, de cunho valorativo, conduziu a uma mudança significativa na configuração do sistema penal. Como destaca Silva Sánchez, através do *método do neokantismo* o processo de conhecimento das categorias sistemáticas deixou de estar vinculado a uma compreensão *a priori* da realidade, e passou a estar diretamente condicionado pelas circunstâncias históricas, sociais e culturais de cada sociedade. Essa perspectiva produziu uma modificação essencial, como veremos no estudo da *teoria geral do delito*, possibilitando a compreensão *valorativa* da *causalidade*, a introdução de elementos subjetivos no tipo, a atribuição de conteúdo material à antijuridicidade e a elaboração da concepção *normativa* da *culpabilidade*.

O autor conclui mais a frente ao manifestar:

⁸ O “dever ser”, significa o mundo onde há alteração pela vontade humana; enquanto que, no “ser”, opera-se o mundo das leis naturais, e por isso, impossíveis de serem alteradas pela vontade humana.

Com essa orientação neokantiana, todos os elementos do *conceito clássico de crime* sofreram um *processo de transformação*, a começar pelo *conceito de ação*, cuja concepção, puramente *naturalística*, constituía o ponto mais frágil do *conceito clássico de crime*, especialmente nos *crimes omissivos*, nos *crimes culposos* e na *tentativa*, conforme demonstraremos logo adiante. A *tipicidade*, por sua vez, com o descobrimento dos *elementos normativos*, que encerram um *conteúdo de valor*, bem como o reconhecimento da existência dos *elementos subjetivos do tipo*, afastaram definitivamente uma concepção clássica do tipo, determinada por fatores puramente objetivos. A *antijuridicidade*, igualmente, que representava a simples *contradição formal* a uma norma jurídica, passou a ser concebida sob um *aspecto material*, exigindo-se uma determinada danosidade social. Esse novo entendimento permitiu *graduar o injusto* de acordo com a gravidade da lesão produzida. Dessa forma, onde não houver lesão de interesse algum, o fato não poderá ser qualificado de antijurídico.

[...] A culpabilidade, finalmente, também passou por transformações nesta fase teleológica, recebendo de Frank a “reprovabilidade”, pela formação da vontade contrária ao dever, facilitando a solução das questões que a teoria psicológica da culpabilidade não pode resolver (BITENCOURT, 2016, p. 265 - 266).

Em outras palavras, a ação passa a ter um sentido normativo em conjunto ao naturalístico, para que assim, pudesse ser explicado sentidos que antes não eram abarcados, como o omissivo. A tipicidade, começou a prever variações para uma concepção subjetiva, o que significa dizer que, passou-se a atribuir normativamente caráter próprio para condutas com viés subjetivo, definindo a ideia do *animus*. A antijuridicidade, revela-se não apenas como contrariedade ao Direito de uma maneira objetiva, devendo-se compor juntamente à danosidade social, trazendo um sentido material à sua formação.

Outra importante mudança introduzia na teoria geral do delito pela corrente neokantista, encontra-se na culpabilidade, inserindo a esta, a noção de exigibilidade de conduta diversa, ademais, passa a definir elementos de sua composição, o dolo ou a culpa, e, a imputabilidade, definidos antes como modalidades e pressuposto, respectivamente (GRECO, 2016, p. 488).

3.3 O Modelo Welzeliano

Somente no início da década de 1930, na obra “causalidade e ação”, escrita por Hans Welzel, que a corrente finalista da ação ganha proporção. Inaugura-se nesta fase, uma radical mudança na teoria geral do delito. Alterando-se a concepção da ação, é o que nos evidencia Rogério Greco (2016, p. 489), ao afirmar

que, “Redefiniu o conceito de ação de um ponto de vista ontológico, quer dizer, buscando as estruturas reais do ser. A ação, agora, não é concebida como mero ato voluntário que venha causar uma modificação no mundo exterior”. Parte-se então, da premissa de que a ação é uma conduta humana, consciente e voluntária, direcionada a uma finalidade.

Isso, pontualmente, nos é lecionado por Welzel (1987, p. 39 - 40):

Ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer 'final', não somente 'causal'. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, estabelecendo, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme o seu plano, a consecução desses fins. Em virtude de seu saber causal prévio, pode dirigir os distintos atos de suas atividades de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. Atividade final é um agir orientado conscientemente ao fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido ao fim, senão que é a resultante dos componentes causais existentes em cada caso. Por isso a finalidade é - dito em forma gráfica - vidente, a causalidade, cega.

Em virtude de seu posicionamento ligado à finalidade, emerge a questão relativa aos crimes culposos, e a dificuldade de sua explicação pela teoria finalista, uma vez que a conduta, nestes casos, não estaria sendo guiada a uma finalidade. Welzel, explica algumas destas brechas mediante um caráter, eminentemente normativo, modificando a perspectiva adotada, posto que insuficiente, definindo aos crimes culposos à perspectiva não de seu fim, mas sim, na maneira de execução do ato, abarcando assim a imprudência, a negligência e a imperícia.

Nada obstante sua incompletude, a teoria finalista ou Welzeliana, opera proeminentes mudanças estruturais na teoria geral do delito, principalmente, ao passar a definir a culpabilidade em um sentido estritamente normativa. Isto ocorre, pois ao definir na conduta o aspecto subjetivo do agente, ou seja, dolo ou culpa, para a produção do resultado, Welzel retira estes elementos da culpabilidade e os transporta somente à conduta, definida no bojo do fato típico (BITEENCOURT, 2016, p. 267).

Existem ainda, outras duas grandes conquistas introduzidas pela teoria finalista ao conceito da teoria geral do delito, conforme nos apregoa Bitencourt (2016, p. 268):

Em primeiro lugar, o finalismo contribui decisivamente para o descobrimento do *desvalor da ação*, como elemento constitutivo do injusto penal, e para

melhor delimitação da própria culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal. [...] Ademais, a *finalidade* representa apenas uma parte do *desvalor da ação*, porque, segundo a ótica do normativismo funcional, este consiste principalmente na criação de *um risco não permitido*, que independe dos fins do autor.

[...] Em segundo lugar, como o próprio Roxin reconhece, o *finalismo* possibilitou uma concepção mais adequada dos diversos tipos de crimes. O fato de o homicídio doloso representar um injusto penal distinto do de um homicídio culposo somente ganha esse destaque se a *finalidade* e o dolo forem integrados ao tipo, sendo irrelevante que a distinção entre homicídio doloso e culposo deva ser tratada como problema do injusto ou da culpabilidade. O *injusto* da *tentativa*, por exemplo, nem sequer chega a integrar um tipo penal se não levar em consideração a intenção finalista do autor.

Estas mudanças introduzidas pela teoria finalista, concederam ao operador do Direito, maior credibilidade à atuação, ao delimitar de forma equitativa às condutas praticadas, o desvalor da ação; garantindo à conduta, um justo enquadramento normativo, em vistas à proporcionalidade e o *Jus puniendi*.

Por efeito, o modelo Welzeliano, assegurou à análise do crime duas etapas distintas, subjetiva e objetiva, sendo plenamente possível que um crime seja objetivamente típico, mas subjetivamente atípico, como o caso do erro do tipo, onde o agente tem uma falsa percepção da realidade, e apesar de praticar uma conduta típica objetivamente, subjetivamente não o é⁹; como também, no caso de *aberratio ictus*¹⁰, onde o agente pratica o ato com erro na sua execução, poderá ele responder pelo fim pretendido se causada lesão à direito. É perfeitamente possível ainda que, um crime seja subjetivamente típico, contudo, objetivamente atípico, como no caso do crime impossível¹¹, onde o agente acredita que da pratica de sua conduta produzirá o resultado almejado, porém, é manifestamente evidente, que este não poderia ocorrer; aqui neste caso, nem crime será.

⁹⁹ Por exemplo, o agente acreditando estar levando seu celular para casa, pega o celular de outrem. Apesar, de ser objetivamente típica, a conduta não possui vontade consciente, e por isso, é subjetivamente atípica.

¹⁰ Por exemplo, o agente que ao tentar praticar homicídio contra um desafeto seu, erra a execução, e atinge outrem; este agente, poderá responder pelo resultado alcançado em outrem, como se tivesse atingido seu fim contra seu desafeto.

3.4 Funcionalismo Penal Segundo Roxin e Jakobs

Passado a completude de correntes epistemológicas distintas, eis que surge a corrente funcionalista, datada de meados do século XX, apresentando como base, a mesclagem das correntes ante expostas, modificando suas estruturas à adequação das políticas criminais, em outras palavras, o Direito Penal se guiará partindo de sua finalidade conciliada à política criminal.

Cumprir destacar, os dois posicionamentos surgidos por intermédio desta teoria, sendo eles, primeiro, o de Claus Roxin, e o segundo, de Günther Jakobs, conquanto verificam-se aspectos comuns entre ambos posicionamentos, como a definição de conceitos normativos mediante juízos de valor, e também, a orientação da sistemática penal voltada para fins de política criminal (BITENCOURT, 2016, p. 122). Contudo, a principal forma de caracterização de ambas as teorias consoma-se pela distinção analítica adotada, sendo que, “o *normativismo teleológico* (Roxin) preocupa-se com os *fins* do *Direito Penal*, enquanto o *normativismo sistêmico* (Jakobs) se satisfaz com os *fins* da *pena*, isto é, as consequências do Direito Penal” (BITENCOURT, 2016, p. 127).

O primeiro posicionamento, criado por Claus Roxin, emerge pela primeira vez nos anos de 1970, com a publicação da obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*¹², que, segundo nos leciona Bitencourt (2016, p. 123), tinha como finalidade a inserção de elementos de decisão político-criminais no sistema penal, garantindo a subsistência destes dois sistemas em conjunto, utilizando-se como exemplo, a não negação ao Estado de Direito, pelo Estado Social, conquanto, devam ambos agir em harmonia.

Sustenta ainda Roxin, que a aplicação das finalidades político-criminais e os princípios garantistas ocorram, sempre que houver incongruência na situação in concreto em razão das abstrações normativas, legando-se ao seu posicionamento, caráter eminentemente teleológico, o que segundo muitos, é demasiado tendente às críticas, pois se imperariam absurdos na prática, como violações à direitos básicos com o escopo de fazer-se cumprir as finalidades da política-criminal. Para furtar-se as críticas, Roxin passou a definir limites às finalidades político-criminais,

¹² Tradução: Política Criminal e sistema jurídico penal.

predominando-se sobre estas, conceitos humanos, que, ao menos teoricamente, consolidaram-se na sociedade ocidental (BITENCOURT, 2016, p. 271).

Ademais, o posicionamento funcionalista de Jakobs, denominado de sistêmico em razão à adoção por este a teoria dos sistemas de Luhmann, conteúdo explicitado no capítulo seguinte, segue uma divisão com viés radical do funcionalismo, abstraindo-se limites externos à ciência penal. O normativismo radical de Jakobs admite, segundo Bitencourt (2016, p. 125), que:

[...] encontre limites na realidade empírica e em critérios valorativos, a qual teria suas próprias exigências e condicionaria as construções jurídicas e as soluções a que deve conduzir; postula, ademais, uma dogmática do Direito Penal aberta a princípios *político-criminais* a partir dos quais se interpreta as normas jurídico-positivas. Jakobs, por sua vez, incorporando fundamentalmente a *teoria dos sistemas sociais* de Luhmann, concebe o Direito Penal como um *sistema normativo fechado*, autorreferente (autopoiético) e limita a dogmática jurídico-penal à análise *normativo-funcional* do Direito positivo, em função da finalidade de prevenção geral positiva da pena, com a exclusão de considerações empíricas não normativas e de valorações externas ao sistema jurídico positivo.

Jakobs, de forma distinta, define a finalidade do Direito Penal como sendo a restauração da própria norma ante a conduta lesiva, operando-se assim a sistematização do simbolismo penal, onde a aplicação da norma surge para garantir a estabilização da sociedade e, conseqüentemente, do Estado, não sendo cabível de definição pelo Direito Penal lesão à bem jurídico o crime sofrido por algum indivíduo, porquanto este, representa apenas algum bem da vida, mesmo que o crime ocorra contra a própria vida (ROCHA, 2011, p. 127 - 137).

Em suprema oposição à teoria funcionalista sistêmica, expande-se o modelo garantista, conforme expõe-se a seguir.

3.5 Garantismo Penal

Surgida em meio aos tempos modernos, especificamente após a publicação da obra “Direito e Razão”, de Luigi Ferrajoli, esta corrente vislumbra criar uma sistemática de respaldo abrangente ao acusado, baseado em um modelo clássico, amplificando os princípios da legalidade estrita, da materialidade e lesividade dos delitos, principalmente, um assunto muito discutido contemporaneamente, o princípio da presunção de inocência.

Para Ferrajoli (2002, pg. 29 - 31), os princípios aplicáveis por esta teoria possuem uma espécie de heterogeneidade, tendo em vista uma vasta possibilidade de aplicação, a depender exclusivamente ou não da finalidade pretendida para o mesmo, é o que se mostra evidente ao definir que o princípio da legalidade pode tanto fundamentar um Estado Liberal, quanto um Estado Positivista totalitário, restando pois então, a aplicação sistemática deste princípio, colimado aos preceitos fundamentais estabelecidos por um sistema coerente e unitário.

Isto é de tal modo definido por Ferrajoli (2002, p. 29) como sendo a configuração de:

[...] um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade

Define o autor, que o sistema garantista estará respaldado pela não volatilidade de sua própria aplicação, estabilidade gerada em razão da sistemática favorável à continuidade dos princípios garantistas.

No mesmo sentido de respaldo ao acusado, Ferrajoli define dez princípios axiológicos fundamentais como objetivos a serem alcançado pelos modernos Estados de Direito, sendo estes princípios:

I - princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; II - princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; III - princípio da necessidade ou da economia do direito penal; IV - princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; V - princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; VI - princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; VII - princípio da jurisdiccionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; VIII - princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; IX - princípio do ônus da prova ou da verificação; X - princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

É importante ressaltar que, o autor não condiciona a ideia de garantismo à aplicação de todos estes princípios, uma vez que estes funcionam quase que como desígnios finalísticos, e, quanto mais próximo da aplicação de todos estes princípios um Estado conseguir, mais bem definidas e melhores serão as garantias existentes para o acusado.

Para Ferrajoli, é possível distinguir três significados diversos para o “garantismo”, em um primeiro momento está restringido a estrita legalidade,

princípio-mor para a corrente garantista, limitando-se o exercício do *jus puniendi* estatal aos parâmetros definidos pelas normas. Em sua segunda acepção, o “garantismo” deve ser visto como um divisor da concepção de um ordenamento jurídico da validade e da efetividade, mantendo em dissonância a ideia do “ser” e do “dever ser”, criticando a atual miscigenação dos ordenamentos jurídicos com relação a esse viés funcionalista. Por fim, em sua terceira acepção, o garantismo penal, estará atuando precipuamente no combate à confusão entre o Direito e a Moral, que, segundo nos leciona Ferrajoli (2002, p. 686):

[...] Esta separação, elaborada nas origens do Estado de direito do pensamento iluminista, deve ser por esta tomada como tema em todo o seu alcance - epistemológico, teórico e político,-- como objeto privilegiado de investigação nos diversos níveis da análise jurídica: a meta-jurídica, da relação entre direito e valores ético-políticos externos; a jurídica, da relação entre princípios constitucionais e leis ordinárias e entre leis e as suas aplicações; e a sociológica, da relação entre direito no seu conjunto e práticas efetivas. Apenas o reconhecimento da divergência - insuperável porque ligada à estrutura deontica das normas - entre normatividade e efetividade permite, precisamente, impostar análises dos fenômenos jurídicos, evitando a dúplice falácia, naturalista e normativa, da assunção dos fatos como valores ou, ao contrário, dos valores como fatos. Esta dúplice falácia está na base de muitas regressões ideológicas que caracterizam a história da cultura não apenas penal mas, inclusive, e em geral, jurídica: seja das filosofias da justiça, porquanto concernentes à relação entre ser e dever ser do direito e por isso o problema da justificação externa ou política; seja das teorias do direito, porquanto concernentes à relação entre ser e dever ser no direito e por isso o problema da validade interna ou jurídica.

É interessante ressaltar que esta teoria, atualmente, é vista como o maior contraponto à corrente defensora do Direito Penal do Inimigo, porquanto mostra-se evidente a oposição dos valores adotados, os divergentes meios de aplicação e alcance do resultado pretendido, sendo adotada de maneira predominante pelos maiores críticos de um Direito Penal punitivista.

3. 6 As Velocidades do Direito Penal e o Expansionismo Penal

Apresentada pela primeira vez por Jesús-María Silva Sánchez, em sua *magnus opus* “A expansão do Direito Penal”, as denominadas velocidades do Direito Penal visam distinguir a sistemática penal aplicada historicamente na sociedade

moderna e contemporânea, evitando-se assim, segundo o próprio autor, a concentração de um único Direito Penal moderno, e para isso, Sánchez conceitua o que em sua visão significa o Direito Penal em velocidades, ou fases. Segundo o autor:

[..] Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal "da prisão", na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção. A pergunta que há que elaborar, enfim, é se é possível admitir uma "terceira velocidade" do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais (SÁNCHEZ, 2002, p 148).

Deste seu conceito é possível extrair uma pujante análise da mudança de paradigmas históricos alçados ao Direito Penal, com a preclara alteração de suas finalidades, entretentes, elevando-se ao Direito Penal à função de máximo garantidor da segurança da sociedade, e portanto, meticuloso quanto às modificações ocorridas no seio da sociedade moderna, representando na evidente e inevitável expansão de seu campo de atuação, restando à teoria do Direito Penal do Inimigo, como manifestação desta terceira velocidade do Direito Penal, a responsabilidade pela equalização, ainda que para determinados casos de uma maneira radical, desta "simbiose jurídica" entre Direito Penal do Cidadão e do Inimigo em prol de uma política criminal efetiva, mas ao mesmo tempo, preservadora das garantias estabelecidas como fundamentais para os cidadãos

Ainda nos leciona Sánchez, os motivos elementares resultantes na expansão do Direito Penal, algo que, segundo o autor, está intimamente ligado ao surgimento da denominada "sociedade de risco" (*Risikogesellschaft*), conseqüência da sociedade pós-industrial, posto que, com o aumento da sensação de insegurança social, principalmente nos países desenvolvidos, motivada, majoritariamente, pelo avanço tecnológico e informacional, robustecida pela facilidade na difusão de informações por intermédio dos meios de comunicações, o que na visão de Jesús-María Sánchez (2002, pg. 35), resulta em prejuízo, na medida em que vislumbra-se a carência de apresentação fidedigna da mesma, convergindo para a dificuldade de assimilação do perigo objetivo, haja vista a criação de obstáculos emanados das falsas informações difundidas, ou até mesmo, de informação real, porém não inserível na realidade do receptor da informação, em outras palavras, não significa

dizer que não haja este perigo definido, em alguns casos, realmente inexistente, mas sim, que este risco não seja emanado pelo caráter objetivo (fático), mas apenas resultante do imiscuído tormento causado pela informação mal distribuída, ou mal interpretada.

O autor continua a nos expor sua interpretação dos fatores geradores de um Direito Penal em expansão (SÁNCHEZ, 2002, pg. 36 - 45), e em sua visão, outro grande fator deve-se à modificação estrutural da sociedade pós-industrial, com a abolição da noção de “risco permitido”¹³, abolida pelo nascimento do Welfare-State (Estado de Bem Estar-Social)¹⁴, o que ao longo dos anos resultou em uma sociedade de “sujeitos passivos”, estes, seriam aqueles em que o Estado incumbesse de ampará-los, como por exemplo, pensionistas, desempregados e pessoas que de alguma forma sobrevivem às custas do Estado. A consequência final desta sociedade, na visão de Sánchez, está na criação de indivíduos ativos (aqueles que produzem) desvalorizados, reduzindo-se o seu número ao longo do tempo, enquanto os sujeitos passivos, não deixariam de crescer, alterando-se o *mindset* da sociedade para a prevalência da segurança, diante da liberdade de ação, corolário do princípio de liberdade em suas diversas acepções, o que desembocaria na ideia de plena atuação do Direito Penal para proteção da sociedade e seus indivíduos, posto estarem estes, no ápice da fragilidade individual.

Para Sánchez (2002, p. 50 - 51), a mudança ocorrida, como reflexo da sociedade pós-industrial, subverte a ordem preexistente do Direito Penal, alterando-se seus postulados máximos, isso fica evidente ao nos ensinar que:

[...] Com efeito, nesse plano se está produzindo uma alteração progressiva na concepção do Direito Penal subjetivo (*ius puniendi*): de uma situação em que se destacava sobretudo ‘a espada do Estado contra o delincente desvalido’, se passa a uma interpretação do mesmo como ‘a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos’. Isso provoca uma transformação consequente também no âmbito do Direito Penal objetivo (*ius poenale*): em concreto, se tende a perder a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado. E, desse modo, a concepção da lei penal como ‘Magna Charta’ da vítima aparece junto à clássica da ‘Magna Charta’ do delincente; e isso sem prejuízo de que esta última possa ceder prioridade àquela

¹³ Esta teoria, segundo o próprio autor nos adverte, fundamentava a evolução da sociedade industrial, em vistas à evolução, erros seriam cometidos, vidas seriam perdidas, entretanto, baseando-se na ideia de prévia noção, perdas inevitáveis ou até justificáveis seriam admitidas.

¹⁴ Aparece pela primeira vez em meados da década de 1930, em oportuna quebra de paradigma com o Estado Liberal, em razão do Crash da Bolsa de Valores Americana em 1929. Para esta forma organizacional do Estado, caberá a este a promoção da Justiça Social, devendo para este fim, possuir poder de intervenção na economia.

Denota-se disso, a transmutação do Direito Penal Clássico para um Direito Penal mais ativo, tendo a defesa das vítimas como finalidade primordial, fazendo as vezes de uma “*Carta Magna* da vítima” (SÁNCHEZ, 2002, pg. 52). Ademais, é certo que a concorrência da criminalidade organizada (narcotráfico, terrorismo etc.) e dos crimes denominados de colarinho branco, praticados por grandes autoridades e empresários brasileiros nas mais altas instâncias do poder público, corroboram para a insatisfação social (ainda que sensitiva), fazendo surgir em primeiro plano, discussões envolvendo uma maior repreensão para estes delitos, porquanto, praticados pelos poderosos.

Por último, é possível elencarmos como fator preponderante para a expansão do Direito Penal a “descrença” da sociedade com os demais institutos jurídicos e suas ciências como formas de resolução dos graves problemas sociais (caráter preventivo) e de justiça (caráter repressivo), uma vez que as demais ciências, principalmente o Direito Administrativo, somado a imensa morosidade e burocracias em excesso, conjuntamente à corrupção, ou simplesmente pela impropriedade do estudo, como o Direito Civil em relação à prevenção ao crime, mostram-se ineficazes, assoberbando ao Direito Penal à função *mater* de prevenção e combate ao delito, o que outrora se trataria de um absurdo, pelo princípio da *ultima ratio*, passa-se à habitualidade.

4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO (*FEINDSTRAFRECHT*¹⁵)

Considerando todo o arcabouço científico referenciado a esta teoria criada por Günther Jakobs, em 1985, que abrange vertentes do simbolismo penal e do punitivismo expansionista, infindáveis posicionamentos surgiram em decorrência de uma interpretação de caráter subjetivo, ideológica e política, preterindo à análise dos fatos, ainda que caracterizado pela dedução. Neste capítulo, buscar-se-á elucidar de uma forma inteligível toda o alcance desta teoria, expondo seu conceito, suas características e finalidades, e sua aplicação no Brasil, tendo em conta as dificuldades vividas, atualmente, na seara criminal¹⁶.

4.1 Base Filosófica e Conceito

Em caráter preliminar, devemos ter em mente que esta teoria apresenta perspectivas filosóficas claras, definidas ademais por seus postulados básicos, outrossim, por intermédio do resultado almejado. Sendo a primeira delas o Contratualismo, seu sumo postulado, tendo como principal expoente Rousseau com a sua *magnus opus* “O contrato social” que, defendia a transmutação do estado de natureza ao estado civil mediante a celebração de um acordo social entre os indivíduos, algo que segundo o autor, ocorreria de forma espontânea, em defesa coletiva contra os inimigos comuns. Rousseau definia como inimigo aquele que se portasse de modo a violar o contrato social, transmutando-se este para estado de guerra, onde restaria desprovido de direitos essenciais ao cidadão, “devendo ser morto mais como inimigo do que como cidadão” (ROUSSEAU, 2015, p. 19 - 22).

Outro autor do Contratualismo, Fichte expõe que ao estar lesionando o contrato social, o indivíduo estaria relegando-se ao estado de natureza, porquanto, estaria desprovido de quaisquer direitos e garantias, podendo ser tratado da forma mais adequada à “segurança social”, não definindo nem mesmo como pena, sua declaração de morte, mas como um imperativo em defesa social (JAKOBS, 2018, p. 25).

¹⁵ Do original, em alemão.

¹⁶ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/taxa-de-homicidios-cresce-em-20-estados-em-dez-anos-20777012> acesso em: dia 09/06/2019.

Entretanto, de forma um tanto quanto distinta de Rousseau e Fichte, mas ainda de base contratualista, Jakobs aproxima-se do pensamento Kantiano e Hobbesiano, uma vez que estes definem um enquadramento pela reprovabilidade do perigo imposto pelos inimigos. Isto se confirma ao expor:

Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, *de per se*, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é. Kant, que fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã (JAKOBS, 2018, p. 26 - 27).

Completa o autor ao dizer que Kant, em seu escrito “Sobre a paz eterna”, define os limites para aplicação de modo hostil aos denominados inimigos, expondo sua justificativa como estritamente contratualista, posto que autorizada ao se vislumbrar lesado o contrato social celebrado.

Para Kant, a função da pena sob o enfoque punitivista é de, meramente, fazer justiça, sendo passível ao criminoso à pena de morte (BOBBIO, 2004, p.151).

Distingue-se por óbvio o conceito adotado por Jakobs na definição do inimigo, porquanto este, resguarda-se à utilização do Direito Penal do Cidadão aos que, por caráter normativo, não se enquadrem como inimigos, com o fim de evitar maiores injustiças na aplicação da pena, respaldando-se no princípio da proporcionalidade e necessidade.

Em um segundo momento, é de suma importância expormos em conjunto à corrente contratualista, a teoria dos sistemas sociais de Luhmann, teoria esta que, busca trazer um sentido lógico dos sistemas e suas complexidades com a denominada “sociedade de risco”, considerando esta como o estado sensorial em que se encontram os indivíduos na sociedade, corroborando à noção da evolução da criminalidade na sociedade pós-industrial, quer dizer, o crescimento da sensação de insegurança em sua acepção simples. Para isto, faz-se uso do Direito como sistema autopoiético pertencente ao meio social (complexo), onde vários outros sistemas, como a economia, a política e entre outros, tenham um diálogo restrito com o Direito, buscando dirimir frustrações futuras.

Para Luhmann, a função do Direito é atender às expectativas sociais, reduzindo sua complexidade, com o fim de manutenção da estrutura sistêmica

estável, estando desautorizado a relacionar-se estritamente a outros sistemas como forma de engenharia social, uma vez que assim agindo pudesse criar falsas esperanças à sociedade (ROCHA, 2011, p. 88 - 92).

Como nos ensina Alexandre Rocha (2011, p. 96):

O que diferenciaria o sistema jurídico será sua estrutura, ou o que Luhmann denomina 'código operativo' – lícito/ilícito ou direito/não-direito. A identificação do código, como se verá, permitirá saber se uma informação transmitida por outro sistema, como o Político, é capaz de ser efetivamente processada pelo sistema jurídico e se essa percepção diminuirá as frustrações. Exemplificando: seria plausível alçar ao sistema do Direito Penal o fim de 'ressocialização das penas'? O Direito, com sua limitação estrutural (código lícito/ilícito), por si só, seria capaz de garantir a ressocialização de um criminoso ou isto seria tarefa de outro sistema como o Político (através da adoção de políticas públicas, penitenciárias etc.)?

Neste ponto, o autor nos esclarece que a pretensão de Luhmann é definir os verdadeiros responsáveis pelas ações realizadas, enquadrando-as em seus devidos sistemas, acarretando-se em desembaraços ao operador do Direito à função de criação e interpretação do sistema jurídico, algo semelhante ao proposto por Kelsen, em sua "Teoria pura do Direito", entretantes, aplicado nesta análise exclusivamente à ciência penal.

Da conjugação da teoria sistêmica de Luhmann com o espírito pragmático-funcionalista em voga, emerge para o Direito Penal o denominado funcionalismo sistêmico, compreendendo-se a exata vertente elaborada por Jakobs, que possui o condão de aliar à ciência penal a pragmática utilitária, devendo aquela ser fundada com um fim pré-determinado, servindo como instrumento máximo para preservação do bem jurídico da pena, que aqui, não mais representaria os direitos individuais violados, mas tão somente a própria norma violada.

Entende Jakobs (1998) apud Alexandre Rocha (2011, p. 134):

[...] especificamente partindo da premissa de que a função da pena é (re)afirmar a vigência da norma em favor da estabilização do sistema social – considera que a culpabilidade constitui "uma falta de fidelidade ao direito", justificando, pois, a imposição da pena. Assim, o autor de um fato antijurídico, afirma o jurista alemão, tem culpabilidade quando tal atuação antijurídica não só indica uma falta de motivação jurídica dominante – por isso é antijurídica – como também quando o autor é responsável por essa falta.

Fazendo-se ciente disto e partindo-se deste ponto interpretativo de Jakobs com relação à culpabilidade, a crítica demonstrou-se concisa quanto à legitimidade para normatização do elemento da culpabilidade, posto que definido pelo Estado e executado pelo mesmo, gerando ensejo a uma noção de regresso ao Estado Absolutista, dado que, legitimado para legislar aos interesses da política criminal própria, ocorrendo-se então a alteração da concepção normativo-subjetiva de culpabilidade para uma função eminentemente de prevenção geral positiva, pressupondo-se esta como aquela que “representará, segundo Jakobs, a função manifesta da pena, e a distinção entre funções latentes e manifestas será de suma importância, eis que cada uma das suas funções se dirige a um tipo de destinatário” (ROCHA, 2011, p. 162).

Entretanto, a argumentação massivamente utilizada pela crítica, mostra-se manifestamente rasa, superficial em sua essência, sendo duramente rechaçada por uma posição independente, autônoma à teoria do Direito Penal do Inimigo, porquanto as perspectivas adotadas pelos próprios críticos não restringirem a aplicação nefasta da função da pena nas suas mais variadas vertentes, não limitando-se ao Direito Penal do Inimigo em específico, pois a possibilidade de excessos, segundo nos é instruído por Rocha (2011, p. 171), mostra-se cristalina na posição adotada pelos críticos àquela, uma vez que a função da pena firmada na prevenção especial, se vislumbraria uma grave lacuna interpretativa, possibilitando desse modo, uma execução em sentido contrário ao pretendido em sua função, haja vista que “a pretexto de recuperar o delinquente, imprima medidas de segurança ou penas indeterminadas até que se constate a sua efetiva ressocialização”. Admite-se por óbvio, a ocorrência de abusos na efetivação de suas vertentes, contudo, não resta justificar-se por intermédio de uma falha teórica em detrimento da tese central, ademais, reduziria a discussão a um verbalismo superficial.

É preciso ressaltar-se que, por força desse prisma argumentativo, existem as mais variadas alegações possíveis em defesa da função geral positiva da pena, tanto quanto críticas, contudo, a ideia do presente trabalho é não trafegar em meio a este solo infértil de discussões polarizadas, que desagregam a um estudo racional da ciência penal em seus diversos aspectos.

Ademais, em conclusão ao subtópico, após firmado entendimento quanto às suas bases filosóficas e dos fundamentos da teoria do Direito Penal do Inimigo, perfaz-se necessária a apresentação de seu conceito, para isso, é

imprescindível partir-se do princípio da distinção de sistemas do Direito Penal segundo Jakobs, tendo em vista que para o autor, com o advento normativo do Direito Penal do Inimigo, conseqüentemente, deveria “advir” o Direito Penal do Cidadão, sendo o primeiro, aplicável aos considerados ‘Inimigos’ do Estado, enquanto que o segundo, seria responsável por reger os delitos “normais”, excluindo-se destes os que por fundamento normativo, disposto em consonância a teoria do Direito Penal do Inimigo assim o entendesse; são exemplos destes crimes: Os crimes de terrorismo, tráfico internacional de drogas, os denominados crimes do colarinho branco entre outros.

Assim sendo, o Direito Penal do Inimigo tenciona a criação de um regramento jurídico distinto, próprio para o combate aos denominados ‘Inimigos’, estes, considerados como sujeitos que afastam-se de modo permanente do Direito, impossibilitando-se à sociedade a mínima crença em seu restabelecimento como ‘pessoa’, em razão de sua incapacidade cognitiva, pois então, vale-se o Estado em defesa daquela, da relativização de alguns princípios de direito material e processual, o que entretanto, pronuncia-se de uma forma obscura em um Estado de direito, e nada obstante, é objeto de massivos debates doutrinários. Não furtando-se à análise desta questão, o subcapítulo seguinte visa explanar de uma forma mais equânime as características desta teoria e, posteriormente, sua compatibilidade com o Estado de Direito.

4. 2 Principais Características

Posteriormente a fase de conhecimento desta teoria, faz-se necessário explanarmos acerca de suas principais características, perpassando-se invariavelmente pelas críticas a estas expostas, posto que elementos fulgurantes à formação da síntese-lógica do conhecimento.

As principais características do Direito Penal do Inimigo, nos são esboçadas de forma crítica por Cancio Meliá (2018, p. 90), ao nos asseverar que:

Segundo Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em

segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Destes elementos extrai-se a crítica ao Direito Penal do Inimigo como vertente do Direito Penal do Autor, em perfeito contraste ao Direito Penal do Fato adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para determinação da responsabilidade penal do agente criminoso, uma vez que propõe-se a analisar, em caráter exclusivo, o agente que praticou ou que poderá vir a praticar um delito, mediante a aferição de seu grau de periculosidade, por isto, é considerada uma análise prospectiva, tendo como enfoque o futuro, diversamente do Direito Penal do Fato, que estar-se-á analisando o fato praticado, ciência retrospectiva.

De outro modo, desta crítica consagra-se ao Direito Penal do Autor uma provável, mas não única, aplicável concepção de Lombroso sobre o atavismo criminal, definida como a existência de homens delinquentes, estabelecidos por motivações biológicas e patológicas advindas de seu gene, evidenciando-se por características físicas, e por isso, pelo que “o agente é”, e não pelo que “o agente fez”, merecendo tratamento diverso pelo ordenamento jurídico.

Sem embargo, vislumbra-se corrente aplicação do Direito Penal do Autor ínsito em nosso ordenamento jurídico ao definir no Código Penal (BRASIL, 1940), em seu artigo 59 e incisos o seguinte texto:

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

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Disto entende-se, a adoção pelo legislador do Direito Penal do Autor para consagração da fase da dosimetria da pena, envolvendo-se limites legais para aplicação da pena ao criminoso, utilizando-se da avaliação das características pessoais do mesmo, posteriormente, para fins de ressocialização e proteção social.

As principais referências feitas ao Direito Penal do Inimigo como manifestação de um Direito Penal do Autor, apresentam-se, sobretudo, com o intuito de associação a uma ideia de marketing negativo, isso se deve, em razão da carga negativa trazida em seu bojo pela nomenclatura “Inimigo”, que por conseguinte, evidencia-se de fácil associação ao período trágico vivido pela humanidade com o advento de regimes totalitários na Europa Ocidental nas décadas de 1930 e 1940, representados pelo Nazifascismo, o que, indubitavelmente, direciona-o ao descrédito institucional acadêmico da teoria, sentido que não deve prosperar ao sobressair-se à figura do agente para aferição da periculosidade, pautando-se sim também por este, todavia, tendo como núcleo o fato penal praticado ou em vias de o ser.

Nada obstante, de forma aparente, intui-se pelos escritos dos mesmos críticos¹⁷ que estes omitem-se à análise da gravidade do caso in concreto passível de abrangência por esta antecipação da punibilidade, qual seja, a punição por atos preparatórios de delitos de intensa gravidade como os de terrorismo e tráfico de drogas, alçando-se para tanto em defesa de vossos posicionamentos, a indisponibilidade de garantias fundamentais de todo cidadão, fixando-os como absolutos.

Esta tese, entretanto, apresenta-se como evidentemente controversa quando em conflito com outros princípios constitucionais, notadamente o direito à segurança, neste sentido nos leciona o ilustre ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (2016, p. 93):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

¹⁷ Em referência, Zaffaroni, em sua obra “O inimigo no Direito Penal”.

Depreende-se disto, a interpretação conforme à constituição, segundo o qual suas balizas normativas não podem servir de “escudo” para a continuidade delitiva organizada e ou de graves proporções, destilando-se uma sobrepujança de ilegalidades em nosso sistema, pois assim o sendo, apresentar-se-iam nocivas ao próprio Estado de Direito consagrado em seu artigo 1º, relegando-se à população a um estado de calamidade pública institucionalizada.

Cumpram ainda observar, a indisponibilidades de limites inerentes ao Estado de Direito para a uma adequada e eficiente executividade do Direito Penal do Inimigo, evitando-se assim a prevalência de abusos para a consecução de seu objetivo máximo, servindo estes limites, como limitadores da adoção de uma política-criminal institucional maniqueísta, atuante conforme os interesses dos governos, posto que para um combate efetivo à criminalidade, deve-se, de antemão, ser adotado como política de Estado, e não de governo.

com esse fim, explicitar-se-á no subcapítulo subsequente, a compatibilidade da teoria do Direito Penal do Inimigo com o Estado de Direito, inclusive, em face à sociedade atual.

4. 3 Compatibilidade com o Estado de Direito

Para compreendermos a importância do enfrentamento desta problemática, primeiro devemos ser capazes de julgar pelo que se entende Estado de Direito e qual sua influência jurídica sob o Direito Penal. Com esse fim, encontramos em Bobbio (2004, p. 40) uma definição acurada do que se tem como Estado de Direito, diante disso, “Chamamos de ‘Estados de direito’ onde funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem”, disto se extrai a concepção de um Estado legalista, fundado em garantias fundamentais resguardadas aos cidadãos, remontando-se a um dos primordiais princípios do Direito Penal, quiçá o principal, o princípio da legalidade, obtido por intermédio de intensas lutas na história, conforme exposto anteriormente neste trabalho no subtópico referente ao sistema penal moderno¹⁸, mas mais do que isto, depreende-

¹⁸ Vide fls. 14 – 16.

se a aplicação de procedimento justo e adequado para a concretização de direitos, pautados, precipuamente, no senso de justiça.

Em consonância ao ante exposto, em um Estado de Direito onde impera-se a força da lei, o monopólio da segurança é exercido pelo Estado, e não é para tanto que este deve utilizar-se das medidas necessárias para a consecução de seu objetivo, contudo, é imprescindível o exercício de suas funções em respeito às garantias fundamentais inerentes ao cidadão, previstos em nossa Constituição Federal e demais estatutos que a este venham a colacionar-se, como é o caso dos Tratados Internacionais, posto que fundamentado no âmago do Estado de direito, previsto no artigo 1º, da carta constitucional.

Nesse sentido, despontam-se dúvidas quanto a real capacidade de franqueamento da teoria do Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito, a julgar pelos limites inerentes a esta que, guardadas as devidas proporções, não restariam consagradas no exercício prático daquele. Dito isso, temos como um dos grandes críticos o ilustre Magistrado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Raúl Zaffaroni, grande defensor da observância estrita das garantias fundamentais em seus mais amplos aspectos, e, para este, a postulação prática da teoria do Direito Penal do Inimigo é incongruente ao sistema Constitucional moderno, porquanto, existir intensa incompatibilidade em suas essências, o que desencadearia em “inevitável quebra do Estado de Direito” (2017, p. 163).

Segundo Zaffaroni, as definições trazidas por Jakobs quanta à aplicação do Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito, mostram-se deveras impraticáveis, exatamente por apresentar como fundamento o instituto da ‘necessidade’, que significa dizer que a esta aplicação, não podem ser interpostos obstáculos derivados de “um conceito abstrato do Estado de Direito”, neste caso, a única forma de limitação ao mesmo deve ocorrer por quem possui capacidade para tal, o que na visão de Jakobs, recai sob a figura do soberano, pois é ele quem possui a determinação do *jus puniendi*. Diante disso, nos assegura Zaffaroni (2017, p. 164):

O Estado de Direito *concreto* invocado pelo professor de Bonn – isto é, o que fica consignado nos fatos entregues ao juízo sobre a necessidade que o soberano tenha e ao espaço de poder real de que ele disponha – anula o Estado de direito *abstrato*, ou seja, cancela o próprio princípio do Estado de Direito, ficando o limite do poder em mãos de um soberano que individualiza *inimigos* por decisão política e contra quem não se pode oferecer resistência. A prevalência de uma pretensa razão instrumental – cuja base

empírica, aliás, é falsa – leva à *razão de Estado* e à consequente negação do Estado de direito.

O resultado disso, segundo Zaffaroni está na consequente expansão do Direito Penal do Inimigo para todos indistintamente, operando-se diversamente do prometido como postulado básico para sua execução, qual seja: a sua não expansão além da dimensão já integralizada.

Outro grande crítico, Muñoz Conde, expressa em sua obra intitulada “Direito Penal do Inimigo” um profundo sentimento de ojeriza à teoria fundada por Jakobs, portando-se extremadamente inflexível quanto à compatibilidade da mesma com o Estado de Direito, rechaçando por completo a possibilidade de flexibilização de direitos fundamentais pelo instituto da necessidade, isso nos fica evidente, ao asseverar:

Se admitirmos qualquer exceção ao mesmo, temos que admitir também coerentemente a quebra de todo o sistema, com todas as consequências que dela derivam. Ninguém nega, pois a existência do Direito Penal do Inimigo, o que se questiona, no entanto, é sua compatibilidade com o sistema do Estado de Direito e o reconhecimento e respeito dos direitos fundamentais (CONDE, 2012, p. 28).

Para Conde, o Direito Penal do Inimigo é um mal que assola a sociedade em toda a sua história, no entanto, compreende a inevitabilidade da difusão desta teoria ao redor do mundo, tendo em vista o desenvolvimento massivo da criminalidade especializada e dos crimes graves. Nada obstante, supõe ser impossível a convivência harmônica com um Estado de Direito, posto julgar como da essência do Direito Penal do Inimigo a expansão do Direito Penal, e consequentemente, da força do poder estatal e do próprio Estado, sendo-o em sua visão, agudamente compatível a um Estado Totalitário.

Em apreço à argumentação jurídica, deve-se o leitor cercar-se do conhecimento indispensável para uma análise profunda desta discussão, para isso, perfaz-se necessário a digressão de alguns temas de extrema importância para definir essa coligação do Direito Penal do Inimigo com o Estado de Direito ou não.

Em um primeiro momento, apresenta-se fundamental atinarmos à ciência jurídica uma concepção não autopoietica, apesar de assim quererem alguns, como por exemplo, Luhmann e Jakobs, carecendo de análise de valores extrínsecos ao Direito, uma ciência pois então, não matemática, onde necessariamente haverão conflitos entre seus valores e estes deverão ser regidos ao caso in concreto de

forma justa e equilibrada, com o intuito de uma adequada aplicação da lei, característica mais acentuada na lei penal, em razão de suas finalidades e interesses metaindividuais.

Conquanto, o estabelecimento de uma cosmovisão laxista do Direito Penal, com a instauração de garantias imutáveis simultaneamente a um Direito Penal tido como ineficiente, produz uma crise escabrosa em todo o sistema, deslegitimando o exercício do poder estatal desde seu ponto mais básico, comungando a sociedade para uma convulsão social, objeto de extrema preocupação das autoridades públicas.

Assim sendo, faz-se necessário afastarmo-nos de uma análise simplista e reducionista da compatibilidade ou não do Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito, ademais, é de extrema relevância a evolução das políticas criminais para um combate racional ao crime organizado. Para tanto, Rocha (2011, p. 295), brilhantemente nos pontua:

[...] a busca do equilíbrio – de uma política criminal *pro societate*, moldada pelo bom senso e racionalmente apta a analisar a legitimidade de um 'Direito Penal do Inimigo' – somente se inicia com o conhecimento deste contexto contemporâneo: o mundo pós-moderno, pós-industrial e (pseudo) globalizado. Fugir ao debate ou procurar deslegitimar a concepção de Jakobs com simples menção de princípios e interesses tutelados pela Constituição aparenta ser, como se verá, inócuo.

E não é para tanto, colimado a acertada visão de Alexandre Rocha discutiremos no seguinte tópico acerca da sociedade brasileira atual, como fonte legitimadora da aplicação do Direito Penal do Inimigo no Estado de Direito brasileiro.

4. 3. 1 Compatibilidade em contraposição à sociedade atual

Com o avanço progressivo da criminalidade organizada e dos crimes graves, acentuados pelo apelo midiático, seus efeitos fazem-se sentidos por todos, indistintamente, resultando no clamor às legislações por vezes sensacionalistas, de cunho eminentemente simbólico, motivo de maior insatisfação pelos operadores do Direito.

Todavia, deve-se salientar o estado calamitoso em que se encontra a segurança pública no Brasil, onde constantemente preenchem os jornais de grande

circulação crimes muitas vezes cinematográficos¹⁹, cometidos ao arripio da segurança institucional do Estado e da sociedade, dando-se mostras da crescente periculosidade destes criminosos, que não mais sentem-se intimidados pela política criminal do Estado, e a isso, não atém-se exclusivamente a ideia da simbologia da pena, mas também, às práticas empregadas nas operações policiais, um conseqüente reflexo da legislação e das políticas institucionais adotadas pelo Estado brasileiro como combate à criminalidade organizada.

Não é para tanto, que uma resposta adequada e efetiva deva ser oportunizada livre de amarras ideológicas existentes na prevalente hermenêutica jurídica nacional, posto que em um momento em que o descrédito sistemático às instituições e aos Poderes do Estado brasileiro imperam, orientando-se a sociedade brasileira em um total descompromisso com às instituições democráticas do Estado de Direito.

Segundo nos ensina Rocha (2011, p. 329 - 330):

[...] discutir a legitimidade e necessidade de um Direito Penal de terceira velocidade vai além da busca de fundamentos constitucionais ou legais. O debate deve se pautar pela serenidade, sem juízos precipitados e sem radicalismos sectários. Além disso, deve iniciar-se com a aceitação da ideia ilustrada por DIP, no sentido de que todos reconhecem que, em verdade, a crise do Direito Penal é, antes, '*crise da filosofia, crise de princípios, crise das almas*', uma crise refletida no Direito Penal que esconde o caminho que se deve buscar.

A legitimação de um Direito Penal de exceção, parece por demais absurda para alguns, contudo, mais coerente para outros. O que entretanto, não se permite olvidar a carente necessidade da sociedade de uma resposta à altura para os crimes dos "poderosos", garantindo uma real efetividade da lei penal como aparente forma de manutenção da estabilidade social e a convivência harmônica em sociedade, conteúdo este, que se propõe o Direito Penal do Inimigo.

A tentativa de negar a concorrência de um Direito Penal do Inimigo nas legislações alienígenas e no ordenamento jurídico interno, externa-se demasiadamente leviana, posto que carente de sólida base argumentativa a questão real de como se combater efetivamente a criminalidade, e não é para tanto, que este

¹⁹ <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2019/10/17/suspeita-de-assalto-ao-aeroporto-internacional-de-viracopos-em-campinas-mobiliza-pf-ha-informacoes-de-tiroteio.ghtml>.

apresenta-se manifesto em nosso ordenamento há alguns anos, não obstante, aquém ao valor substancial mínimo caracterizado pelo sua teoria.

Com o intuito de dar solidez aos argumentos ora apresentados, resguarda-se ao próximo tópico à importância de indicação das leis introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com viés de política-criminal alicerçada no Direito Penal do Inimigo, fazendo-se para demonstração das mesmas, seus institutos em consonância àquela.

4. 4 Asseverada Manifestação no Ordenamento Jurídico Pátrio

Inúmeras são as leis criadas com o intuito de combate à criminalidade ao redor do mundo, entretanto, destacam-se neste conglomerado legislativo o “*USA Patriot Act*”, promulgado pelo Senado estadunidense ao final de outubro de 2001, logo após ao atentado às torres gêmeas, e o “Combatente Inimigo”, também desenvolvido pelos Estados Unidos, que permitia ao Presidente da República dos Estados Unidos e às autoridades competentes definidas pela legislação, manter um indivíduo suspeito de terrorismo preso indefinidamente, privando-o de todos os direitos possíveis perante à Justiça Civil, inclusive, o direito fundamental à um causídico (ROCHA, 2011, p. 236).

Outros exemplos são notórios da recorrente aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, e não haveria possibilidade do nosso país furtar-se à análise desta manifestação em razão de sua intensa produção legislativa, outrossim, merecendo posição de destaque no presente trabalho.

Neste subcapítulo e em suas subsecções, perscrutar-se-á as diversas leis desenvolvidas no ordenamento pátrio com o escopo de combater a figura do “Inimigo”, ou ao menos as que com essa finalidade tenham sido editadas, seguir-se-á para tanto, uma ordem cronológica quanto à sua aprovação legislativa, não esgotando-se sua abrangência, tendo em vista a imensidão de tal discussão.

4. 4. 1 Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)

A Lei nº 8.072/90, denominada Lei dos Crimes Hediondos, externa-se reflexo de uma acentuada mudança na sociedade brasileira ao final da década de oitenta, caracterizada pela disparada do número de crimes violentos e crimes graves, conforme nos orienta Gabriel Habib (2016, p. 19):

Iniciou-se a década de 90 e o Brasil vivia um momento crítico, com a instalação de uma onda de violência, com um crescente número de estatísticas de criminalidade, inclusive com o aumento dos crimes graves, nomeadamente aqueles que possuem violência ou grave ameaça à pessoa, como o homicídio, o latrocínio, a extorsão mediante sequestro etc.

Em consequência a isto, e também em razão do mandamento constitucional previsto no artigo 5º, XLIII, ao dispor sobre a inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça e anistia aos crimes hediondos não os definindo, o legislador pátrio elaborou e aprovou a presente lei em caráter de urgência.

Não demorou muito para que as críticas surgissem com relação às modificações introduzidas por esta lei, ganhando ainda mais força no ano de 1997, ou seja, apenas sete anos da entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos em virtude da aparente antinomia de normas, uma vez que a Lei 8.072/90 previa em seu artigo 2º, § 1º, o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado para os crimes por ela abrangidos e aos equiparados a hediondo, enquanto que, a Lei nº 9.455/97 que dispunha sobre o crime de tortura, passou a prever em seu artigo 1º, § 7º, o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, possibilitando-se discussões quanto a derrogação desta quanto àquela em seu parágrafo referente ao cumprimento de pena (GRECO, 2016, p. 599).

Magistralmente nos leciona Rogério Greco (2016, p. 599 - 600), que:

Em virtude dessa nova redação, que impunha tão somente como inicial o regime fechado, vozes abalizadas se levantaram no sentido de apregoar que a lei de tortura, posterior à Lei nº 8.072/90, havia derogado esta última no que dizia respeito ao regime de cumprimento de pena. A partir daquele momento, seria obrigatório o regime inicial fechado. Contudo, aberta estaria a possibilidade de progressão, já que a Lei nº 9.455/97 determinava que a pena seria cumprida inicialmente em regime fechado, dando a entender pela possibilidade da progressão, ao contrário da Lei nº 8.072/90. Em sentido contrário, outra corrente se formou, afirmando que a possibilidade de progressão era específica para os crimes de tortura, não se dirigindo às demais infrações penais previstas pela Lei nº 8.072/90.

Posteriormente, no ano de 2007, devido às discussões formadas com relação ao cumprimento de pena para os crimes hediondos, foi promulgada a Lei nº 11.464/07, que passou a prever a obrigatoriedade do cumprimento de pena privativa de liberdade em regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados, modificando o artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, autorizando, entretanto, a progressão de regime desde que cumpridos 2/5 da pena para réu primário e 2/3 da pena para reincidentes.

Mais à frente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 11.464/07, em sede do HC nº 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 27.06.2012, noticiado no informativo 672, concedendo regime semiaberto para condenado por tráfico de drogas por pena privativa de liberdade inferior a 8 anos, sob o fundamento de violação do princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, no entanto, a mesma corte reconheceu a constitucionalidade do artigo 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97, que prevê o cumprimento de pena privativa de liberdade obrigatoriamente em regime inicial fechado para o crime de tortura, no julgamento do HC nº 123.316/SE, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 09.06.2015, noticiado no informativo 789, deixando em evidência valorações diversas atribuídas pelo órgão máximo do poder judiciário brasileiro (MASSON, 2016, p. 633 - 634).

Merece ainda destaque, o artigo 3º da Lei dos Crimes Hediondos ao prever como característica elementar para o cumprimento de pena em estabelecimentos penais de segurança máxima, àqueles considerados criminosos de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponham em risco a ordem ou incolumidade pública, restando em evidência o caráter funcionalista sistêmico da teoria do Direito Penal do Inimigo.

À produção legislativa prevalece o respeito ao ordenamento jurídico vigente e aos sumos postulados do Estado de Direito, cabendo, entretanto, balancear os mesmos aos anseios sociais, com o intuito da preservação da ordem e da segurança jurídica social. Com essa função a Lei nº 8.072/90 foi instituída no ordenamento jurídico pátrio, garantindo à sociedade um pleno funcionamento das instituições estatais no combate à criminalidade organizada e aos crimes graves, o que houve-se por alterada posteriormente, referendando-se ademais, uma aplicação ainda que mitigada, do regime de pena integralmente fechado para inicialmente

fechado, preservando-se uma distinta aplicação do regime de cumprimento de pena para os criminosos abrangidos pela sua competência.

4. 4. 2. Lei nº 9.614/98 (Lei do abate)

Indubitavelmente, a maior manifestação do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento jurídico, motivo de intensos debates, e não é para menos ao expor à relativização o direito máximo à vida, alçando-o em conflito com o direito à segurança pública, premindo-se necessário se pautar pela proporcionalidade.

Segue-se a redação dada pela Lei nº 9.614/98:

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.614, de 5.3.1998)

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório. (§ 2º renumerado e alterado pela Lei nº 9.614, de 5.3.1998)"

Luiz Flávio Gomes (2009), em artigo intitulado “Lei do abate: Inconstitucionalidade” expõe as maiores críticas à lei, tendo como fundamento principal a impossibilidade de relativização de um direito da magnitude como o direito à vida em um Estado de Direito, ainda mais em tempos de paz. Não obstante e com a devida vênia, a profundidade do trabalho mostra-se deveras superficial, carecendo de análise crítica satisfatória, conteúdo este bem apresentado no trabalho de Rodrigues Filho, denominado “A legislação do abate de aeronaves. Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas”, onde ele nos leciona:

Nesse caso, vencidas as condições de controle, a que já nos reportamos, a legislação do abate orienta, inspirada na violência mínima, aquela suficiente e bastante para o superação do perigo, que haja disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade precípua de *provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil*, tudo isto após o cumprimento dos procedimentos que *previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra*, o que denota o caráter protecionista da segurança pública e do território nacional (RODRIGUES FILHO, 2004).

Importa-se então, o caráter eminentemente necessário e suficiente para a ocorrência de tal feito, sendo a *ultima ratio* manifesta, estando inclusive

abrangido pelo disposto no artigo 23 do Código Penal ao assentar como o exercício regular de um direito como excludente de ilicitude.

Não vislumbra-se aqui, estender uma maior abrangência à relativização de um direito da magnitude como o direito à vida, todavia, a interpretação rígida dos princípios fundamentais previsto na constituição demonstra-se patentemente equivocado, submetendo-se a coletividade ao risco, o que, entretanto, não significa dizer que estes casos tornar-se-iam banalizados, haja vista a previsão de responsabilidade penal à autoridade que, portando-se com espírito emulatório ou com excesso para a consecução do objetivo maior deste gênero de operação, qual seja, a detenção dos criminosos e interrupção da pratica delitiva, viessem a causar dano desproporcional ao necessário.

4. 4. 3. Lei nº 10.792/03 (Lei do Regime Disciplinar Diferenciado)

Motivo de intensas discussões doutrinárias, inclusive à época de sua edição, a Lei nº 10.792/03, denominada Lei do regime disciplinar diferenciado, possui a polêmica em sua essência, vista por alguns quando de sua elaboração como um ‘golpe reformador’, pois utilizada como pretexto para alteração da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), não em sentido a melhorá-la, mas sim e tão somente, legitimar os abusos praticados no sistema penitenciário brasileiro, encabeçando este entendimento temos as lições de Bitencourt (2016, p. 649):

[...] em vez de o governo melhorar a sua política penitenciária, para adequar-se aos preceitos legais – muitos deles inclusive inculpidos na própria Carta Magna -, adota a posição inversa: já que não pode ou não quer atender a tais mandamentos, simplifica tufo: não muda a política penitenciária para atender às previsões da Lei de Execução Penal, mas muda referida lei – piorando-a, isto e, suprimindo aqueles preceitos que já vinha descumprindo – para, assim, adequá-la à sua péssima administração penitenciária, caótica, desumana e altamente criminógena, ou seja, uma verdadeira fábrica produtora de delinquentes.

De outro modo, denota-se de suma importância ressaltar-se quando de sua elaboração as acintosas e pesarosas mortes de Antônio José Machado Dias, Juiz-Corregedor da Vara de Execuções Penais de Presidente Prudente (SP), em 14 de março de 2003, e de, Alexandre Martins de Castro Filho, Juiz da Vara de

Execuções Penais em Vila Velha (ES), em 24 de março do mesmo ano, apenas dez dias após o primeiro atentado; sendo ambos, responsáveis por processos ligados à chefes de facções criminosas²⁰. Depreende-se destes fatos, uma resposta em sede de política-criminal de combate ao fortalecimento das organizações criminosas no Brasil, em estrito basilar da “necessidade”, alcunha correspondente ao Direito Penal do Inimigo.

Faz-se por certo que este instrumento de punição está intimamente relacionado ao efeito dissuasório da pena, uma tentativa institucionalizada de contenção do criminoso, ou até mesmo da organização criminosa, quanto a continuidade da prática delitiva, reiterativa da conduta, maximamente, do chefe da organização.

A discussão que paira envolta à esta lei, está relacionada a suposta violação à dignidade da pessoa humana, por aplicação de pena cruel. Nada obstante, segundo os ensinamentos de Cleber Masson (2016, p. 676 - 677):

O regime é severo, rígido, eficaz ao combate do crime organizado, mas nunca desumano. Muito ao contrário, a determinação de isolamento em cela individual, antes de ofender, assegura a integridade física e moral do preso, evitando contra ele violências, ameaças, promiscuidade sexual e outros males que assolam o sistema penitenciário.

O tratamento legal mais rigoroso está em sintonia com a maior periculosidade social do seu destinatário. Quem busca destruir o Estado, criando governos paralelos tendentes ao controle da sociedade, deve ser enfrentado de modo mais contundente. Não se pode tratar de igual maneira um preso comum e um preso ligado a organizações criminosas. Além disso, o interesse público exige a proteção das pessoas de bem, mediante a efetiva segregação de indivíduos destemidos e incrédulos com a força dos poderes constituídos pelo Estado.

Observa-se então, uma maior atenção do legislador quanto a figura do criminoso de alto risco à ordem, estando em consonância com a Lei nº 10.792/03, especificamente em seu artigo 52, que apresenta o seguinte texto:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características (grifo nosso):

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

²⁰ <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,machadinho-foi-morto-por-faccao-em-sp-imp-,757913>

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (grifo nosso).

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (grifo nosso).

Destes grifos, extrai-se a corrente aplicação do Direito Penal do Inimigo manifesta nesta lei, ao asseverar a aplicação diferenciada do rigor de punição à indivíduos que devido ao seu grau de periculosidade ou envolvimento em determinados grupos, assim o permitam, posto que harmonizado ao princípio constitucional da proporcionalidade em defesa da segurança pública.

Nos Tribunais Superiores, prevalece o entendimento quanto a constitucionalidade da referida lei, tendo em vista a possibilidade de relativização dos princípios constitucionais quando em conflito com outros da mesma carta, atendendo-se no presente caso, o disposto pelo princípio da proporcionalidade, em estrito respeito à efetividade do direito à segurança pública, posto o avanço severo da criminalidade nos estados brasileiros (LIMA, 2019, p. 154).

4. 4. 4. Lei nº 12.850/13 (Nova Lei do Crime Organizado)

A lei nº 12.850, de agosto de 2013, trouxe uma relevante modificação no ordenamento jurídico referenciado às organizações criminosas, haja visto ter sido a primeira lei a dispor de uma forma completa sobre as organizações criminosas, operando-se a derrogação da Lei nº 9.034/95, que previa os procedimentos aplicáveis para os meios operacionais de prevenção e repressão das ações destas organizações, e demais estatutos sobre o tema.

Vislumbra-se um fato curioso no cenário nacional estritamente ligado à previsão das organizações criminosas, porquanto, previsto na Lei nº 9.034/95, os procedimentos para prevenção e repressão das ações destas organizações criminosas, todavia, sem trazer o conceito de organização criminosa, o que somente

veio a ocorrer com a incorporação da Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado, conhecida como Protocolo de Palermo, por intermédio do Decreto nº 5.015/2004 (BITENCOURT, 2013).

Perdurou-se a vigência do protocolo de palermo até a entrada em vigor da Lei nº 12.694/12, o primeiro regramento autenticamente nacional a prever o conceito de organizações criminosas, que também veio a ser derogado, segundo parte da doutrina, pela Lei nº 12.850/13, especificadamente no quis diz respeito a conceituação de organização criminosa, prevalecendo o disposto em seu artigo 1, § 1º:

[...]

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Há um debate na doutrina quanto a existência de duas leis regendo as organizações criminosas, levantando-se a questão referente a revogação da Lei nº 12.694/12 pela Lei nº 12.850/13, contudo, não vislumbra-se como objeto de análise do presente trabalho, onde analisar-se-á a lei 12.850/13 à luz da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Se entrevem da essência da nova lei do crime organizado a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, isto manifesta-se evidente ao prever um regramento jurídico diferenciado para os crimes por ela abrangidos, quais sejam, os praticados por organização criminosa, conferindo aos órgãos responsáveis por sua investigação procedimentos específicos, dentre eles, devem-se destacar os meios de obtenção de prova, ademais, pela observância dos seguintes aspectos: a) possui em seu bojo, especificamente em seus artigos 1º e 2º, e incisos, a configuração típica de seus crimes, com preceitos secundários acima da média da legislação; b) a antecipação da punibilidade, manifestada claramente em seu § 1º, do artigo 1, e; c) a relativização de algumas garantias processuais do investigado, principalmente às relativas ao sigilo das comunicações e financeira, conforme prescrito pelo artigo 3 e incisos, juntamente ao artigo 15, que passa a prever a possibilidade do Delegado de Polícia e do representante do Ministério Público, obterem acesso independentemente de autorização judicial aos dados cadastrais do investigado,

desde que informadores apenas da qualificação pessoal, a filiação e endereços mantidos junto à instituições.

4. 4. 5. Lei nº 13.260/16 (Lei Antiterrorismo)

Recente produção legislativa, a Lei nº 13.260/16, visa coibir práticas terroristas em nosso território, sua motivação está amplamente ligada aos atentados em massa praticados ao redor do mundo, principalmente na Europa²¹, e também, a morte do cinegrafista Santiago Andrade, em fevereiro de 2014, no estado do Rio de Janeiro, durante a cobertura de uma reportagem sobre as manifestações ocorridas no citado ano, onde este veio a ser alvejado por rojão disparado por um dos manifestantes²².

A previsão deste regramento de política-criminal, encontra-se de acordo com o estabelecido pela Constituição Federal, em seu artigo 5, XLIII, transferindo-se ao legislador infraconstitucional a responsabilidade quanto a elaboração da referida lei, com a respectiva delimitação de sua abrangência, posto que considerado crime equiparado à hediondo.

A descrição de terrorismo trazida pelo legislador é concebida de forma translúcida em seu artigo 2, o seguinte texto:

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 terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Deste conceito, depreende-se a importância da configuração da finalidade de “provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública” para caracterização do tipo penal, podendo-se citar, a título de exemplo, os atentados ocorridos no Brasil, no ano de 2006, notadamente no estado de São Paulo, atribuídos à facção criminosa,

²¹ <https://internacional.estadao.com.br/blogs/radar-global/10-atentados-mais-recentes-realizados-na-europa/>

²² <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/policia/onu-condena-morte-de-cinegrafista-da-band-no-rio-de-janeiro,54b9e6bfc4224410VgnCLD200000ec6eb0aRCRD.html>

autodenominada Primeiro Comando da Capital (PCC)²³, que tinham como intuito causar o pânico generalizado na sociedade, como forma de retaliação a decisão do governo do estado de São Paulo de isolar líderes da facção criminosa em presídios de segurança máxima, inclusive, fazendo-se uso do Regime Disciplinar Diferenciado, trazido pela Lei nº 10.792/03²⁴, com o objetivo de desarticulação da organização.

Cumpre-se fixar a relação fulcral da Lei nº 13.260/16 com o Direito Penal do Inimigo ao prever, em seu artigo 5, disposições autorizadas da punição de atos preparatórios de terrorismo, desde que presente o propósito inequívoco de consumação do fato, algo que expressa-se em impecável sintonia aos ensinamentos de Jakobs (2018, p. 51 – 53).

Para Jakobs (2018, p. 61 - 62):

O Direito Penal dirigido especificamente contra terroristas tem, no entanto, mais o comprometimento de garantir a segurança do que o de manter a vigência do ordenamento jurídico, como cabe inferir do fim da pena e dos tipos penais correspondentes. O Direito Penal do cidadão e a garantia da vigência do Direito mudam para converter-se em – agora vem o termo anatemizado – Direito Penal do Inimigo, em defesa frente a um risco. Desta maneira, responde-se também a questão colocada no início: a “luta” contra o terrorismo não é somente uma palavra, mas sim um conceito. Trata-se de uma empresa contra inimigos.

Para o autor, o terrorismo é um crime de exceção e deve ser atacado com um Direito Penal de exceção, fazendo-se uso das medidas necessárias para consecução de seu objetivo, alterando-se até mesmo a noção da finalidade da norma jurídica, do conceito de segurança do próprio ordenamento jurídico conduzindo-se para a defesa da segurança social, tendo em vista a gravidade da ação, outro fator importante na visão de Jakobs, é o desenvolvimento e fortalecimento da inteligência no combate a esses inimigos, o estabelecimento de “uma empresa contra inimigos”, como principal elemento para um combate sério e efetivo, devendo-se manter constantemente em atividade.

²³ <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,veja-a-cronologia-dos-ataques-do-pcc-em-2006,1732401>

²⁴ Assunto tratado no tópico 4.4.3.

5. CONCLUSÃO

Antes de mais nada, perfaz-se necessário esclarecer-se que o Direito Penal a constante mudança paradigmática do Direito Penal ao longo de sua história, com sua conseqüente obtenção de direitos em defesa do cidadão, alargados em grande escala pelos movimentos pós-iluministas, encontra-se em perfeita sintonia ao Direito Penal da atualidade, não restando-se ameaçada de forma alguma pelo tema central deste trabalho, tendo em consideração o respeito às normas constitucionais e internacionais consagradas pelo pacto social, extraindo-se para a correta consecução de seus objetivos, direitos e garantias de direito material e processual, passíveis de mitigação em um Estado de Direito, em vistas à defesa da sociedade em um momento de exceção.

Resta-se evidente na sociedade atual, um profundo descontentamento com um Direito Penal ineficiente no combate ao progressivo aumento da criminalidade organizada e dos crimes graves, isto intensifica-se com o exorbitante trabalho midiático sobre estes mesmos crimes, e também, pelo descrédito que gozam às instituições brasileiras, principalmente, os órgãos dotados do exercício do poder máximo da nação, recaindo-se de sobremaneira, no Legislativo, maior alvo de operações no combate aos crimes do colarinho branco, crimes tão bárbaros, quanto os praticados por organizações criminosas, porquanto, atingirem um número incomensurável de pessoas, pondo-se em risco a própria estabilidade social e do Estado.

Diante disso, emergem-se questões referentes a uma adequada resposta à criminalidade, fazendo-se por óbvio, destaque à teoria do Direito Penal do Inimigo, como fonte indispensável para tal, haja vista à adoção de funções e finalidades de política-criminal sistêmica, reduzindo-se de forma rigorosa a impunidade existente no sistema penal contemporâneo, com a utilização de elementos antes não passíveis de contemplação em um Direito Penal Clássico, como a antecipação da punibilidade para certos crimes, como no caso do terrorismo, em que entende-se que o conflito entre os princípios constitucionais garantidos ao indivíduo (terrorista) e os princípios constitucionais em defesa da sociedade estão em conflito, fazendo-se prevalecer os desta última posto que afeiçoados à garantia da manutenção do Estado de Direito.

Com estas questões, temos como resultado uma acentuada produção legislativa no sentido de tentativa de combate aos criminosos contumazes e organizações criminosas, algo que, por sua vez, mostra-se de difícil posituação adequada em nossa seara infraconstitucional, ou até mesmo constitucional, por motivações ideológicas dos próprios legisladores e não em razão dos limites imposto pela Magna Carta brasileira, uma vez que consagrados os institutos da necessidade no direito à segurança e da proporcionalidade.

No Brasil, várias são as leis que surgiram com esta finalidade, merecendo-se destaque às introduzidas em nosso sistema, com grau de urgência, após períodos trágicos vividos, como é o caso da Lei do Regime Disciplinar Diferenciado, que passou a produzir efeitos benéficos imediatos à sua vigência, punindo-se como maior severidade os grandes criminosos, líderes de facções criminosas em todo o país, dissolvendo-se outras possíveis operações criminosas, e também, a Lei Antiterrorismo, que intensificou a segurança social no combate a estes crimes, punindo-os por atos preparatórios, desde que fundamentadamente evidenciados a finalidade delitativa, comprovando-se de forma intensa o nexos causal, além de outras normas como o fim profilático aos crimes de elevada periculosidade social.

Disto entende-se, a consubstanciação do Direito Penal do Inimigo em um Direito Penal Clássico com altas doses de garantismo, extraindo-se uma completa confusão das funções e das finalidades da pena em nosso sistema penal atual, onde portar-se-ão em conflito os fins ressocializadores da pena e o retribucionismo penal, confundindo-se “cidadãos e inimigos”, algo que por deveras, segundo Jakobs, ter-se-ia solucionado com a instituição do Direito Penal do Inimigo em codificação própria, com seu próprio regime jurídico.

Ademais, mostra-se de grande importância ressaltar que, com a adoção do Direito Penal do Inimigo em um regime jurídico próprio, manifestado em codificação adequada, ter-se-á a conservação do Direito Penal Clássico, ou segundo a visão de Jakobs, do Direito Penal do Cidadão, àqueles que delinquem em sociedade não portando-se de modo suficientemente à enquadrar-se na aplicação do primeiro, haja vista a busca pela proporcionalidade tanto para fins de investigação, quanto para fins de pena.

As críticas referidas à aplicação de um suposto Direito Penal sombrio, onde valores não seriam preservados, pois conceitualmente definidos e limitados

pelo Estado não mostram-se sufragadas, a julgar pela necessidade cristalina de sua adoção apenas de modo taxativo e claro, e ainda, em respeito aos princípios constitucionais não passíveis de mitigação em seus efeitos, vedando-se pois então, a adoção de tipos penais abertos, normas penais em branco etc. Posto que evidentemente violadores do instituto da proporcionalidade no Direito Penal.

A efetiva garantia à sociedade de um Direito Penal justo e adequado, tem-se como medida precípua em um Estado de Direito, devendo-se por óbvio, oferecer uma resposta compatível em defesa à sua própria existência, posto que, passível de sobreposição pelos estados paralelos, estes que, não mais sentem temor a punição, conduzem-se, reiteradamente, de forma a institucionalizar o medo e o caos, pondo em risco à sociedade e ou, o Estado.

Por último, com o fim de agregar a noção de compatibilidade do Direito Penal do Inimigo contemporaneamente, desponta-se a necessidade, como já ante exposto, do reconhecimento de critérios lógico-analíticos para esta corrente definição de inimigos, não podendo-se ser manejado por manobras políticas, a bel-prazer do Estado, por isto, impõe-se estrita observância de um rijo processo legislativo e, ademais, devendo-se sujeitar ao controle de constitucionalidade e convencionalidade, quando por vias adequadas ao ordenamento, na máxima segurança jurídica da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte geral*. Vol.1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Primeiras reflexões sobre organização criminosa: anotações à Lei 12.850/13. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/39149211/dpp-cezar-bitencourt-primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa-lei-12850>. Acesso em: 26 out. 2019.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista; apresentação de Alaôr Caffé Alves. 5 ed. São Paulo: Edipro, 2014

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

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

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 08 abr. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9455.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.614, de 05 de março de 1998. Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9614.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 01 dez. 2003. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 29 mar. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 16 mar. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte geral*. 3 ed. Companhia Editora Forense, 1967.

CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. *Política criminal contemporânea e a questão do direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010.

CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. Juruá, 2012.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte geral*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14 ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 42 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei do abate: inconstitucionalidade*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 29 outubro. 2009. Acesso em: 20 out. 2019.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>. Acesso em: 14 de julho de 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte geral*. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HABIB, Gabriel. *O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos*. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

HUGO, Victor. *O último dia de um condenado*. 1 ed. Estação Liberdade, 2002.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado – Parte geral*. vol.1. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional – 32. Ed.* São Paulo: Atlas, 2016.

Normalização de Apresentação de Monografia e Trabalhos de Curso – Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2017.

RABELO, Julio Cesar do Nascimento. *O direito penal do inimigo: uma análise do expansionismo penal na sociedade contemporânea*. 2016. 95 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Aracaju: UNIT, 2016.

ROCHA, Alexandre. *Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES FILHO, José Moaceny Félix. *A legislação do abate de aeronaves. Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 444, 24 set. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5735/a-legislacao-do-abate-de-aeronaves>. Acesso em: 20 out. 2019.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. 2 ed. Edipro, 2015.

SHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7 ed. Ver., atual. E ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o terrorismo: o <<progresso ao retrocesso>>*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2016.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yafies Pérez. Chile: jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2017.