

BREVE ANÁLISE SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Raphael Stella de Aliança¹

Florestan Rodrigo do Prado²

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, perpassando-se pelas escolas do Direito Penal. Em última análise, por intermédio do método dedutivo, buscar-se-á explicar a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo ao ordenamento jurídico pátrio em vigência.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Direito Penal. Criminologia.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: raphaelalianca@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: florestan@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca explicar acerca da teoria do Direito Penal do Inimigo, objetivando trazer à luz sua discussão, considerando o incomensurável preconceito existente, combinado com a intensa oposição à sua aplicação, ademais agravado pelo período de exceção atual, resultado do massivo desenvolvimento da criminalidade. E para isto, vale-se, primariamente, da exposição dos motivos da criação e aplicação do Direito Penal, apresentando-o por intermédio do método histórico, perpassando-se por demasiados grupos sociais.

Ao dissertar sobre as escolas penais, tem como propósito, apresentar as diversas fundamentações, finalidades e intervenções do Direito Penal objetivando traçar a etiologia criminosa, tese que servirá de apoio para que, somada a teoria, possa combater efetivamente os “Inimigos do Estado”.

Mediante a utilização dos métodos dedutivo e indutivo, buscar-se-á provar que a aplicação do Direito Penal do Inimigo, não contraria as normas positivadas, muito menos as subjacentes, tendo em vista ser o Direito Penal do Inimigo colimado ao Direito Natural, em certa medida.

Por fim, interessa-nos o enquadramento de sua aplicação no Sistema Penal atual, caracterizando-se suas funções e finalidades.

2. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO PENAL

O Direito Penal como instrumento capaz de conter os desvios praticados na sociedade tem se mostrado um dos mais antigos e eficientes em prol da pacificação, coincidindo seu período inicial com o da própria humanidade, posto que a história desta, está intimamente ligada a aplicação da pena e, conseqüentemente, do Direito Penal. Por conseguinte, faz-se mister analisarmos de imediato o início e os motivos da aplicação da pena, para que após, possamos adentrar à discussão fulcral deste trabalho, perscrutando em caráter resolutivo, relativo à sua eficiência no contexto atual, frente aos enormes desafios da sociedade brasileira contemporânea.

2.1. Sistemas de Aplicação ao Longo da História

É pacífico na doutrina a ideia qual a pena-punição percorreu diversas fases, ou sistemas, sendo imprescindível que saibamos que estes sistemas foram utilizados para atender aos anseios e necessidades de seu tempo. Veremos que em momentos de completa ausência do Estado, o sistema penal aplicava-se entre particulares, posteriormente, após o surgimento do Estado, adotou-se algumas regras e limites para sua aplicação, conteúdo este que progrediu ao longo dos anos em diversas sociedades.

2.1.1. Sistema primitivo

O sistema primitivo abarca três fases distintas: primeiramente, a vingança divina; posteriormente, a vingança privada; e por último, a 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 às 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 a divindade punindo o infrator severamente por sua conduta desarrozoada, o senso de justiça baseava-se apenas no sentimento religioso, teocrático e sacerdotal, somente se punia pelo caráter religioso, assim nos é ensinado por Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 72 - 74).

Na fase da vingança privada, com o surgimento de grupos sociais rígidos, a punição passou a ser usada como forma de preservação do grupo mais forte, aconteciam casos de indivíduos pertencentes a um grupo que assassinavam outrem pertencente a outro, fator desencadeador de inúmeros assassinatos entre estes dois grupos; um massacre estava predestinado à ocorrer sucessivamente a qualquer crime. Segundo Cleber Masson (2016, p.73) o ponto principal desta fase, é o surgimento da Lei de Talião, que visava trazer um sentimento de retribuição para o grupo ofendido, tencionando reduzir as chamadas “vinganças de sangue” entre os mesmos, haja vista estar a população sofrendo uma grave redução.

Apesar de a aplicação da Lei de Talião buscar dar um sentido “lógico” em vistas à proporcionalidade do fato criminoso e da pena, a aplicação do seu lema: “olho por olho, dente por dente”, mostrava-se geradora de uma quantidade imensurável de inválidos, posto ter como praticas punitivas, a perda de membro, sentido ou função. Em razão da drástica mudança das condições em sociedade causadas pela Lei de Talião, um meio alternativo, necessariamente, teria de ser aplicado, ensejando motivo para a criação de um instituto civil como forma de resolução dos conflitos, denominado de, composição, consistindo na reparação do dano entre ofendido e ofensor, ou familiares, resultante no pagamento de valor em pecúnia.

Apesar dos avanços introduzidos, com o surgimento do Estado a vingança privada foi estreitada, porém não extinta, passando a existir a vingança pública titulada pelo Estado em concomitância, esta 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. Devido ao exercício do poder estatal estar vinculado a uma figura soberana religiosa, a punição era a definida por este, sendo ainda extremamente cruel e desumana, contudo, foi a base inicial para alterações ainda mais profundas.

2.1.2. Sistemas adotados na idade antiga e média

A Idade Antiga compreende os sistemas grego e romano, sendo o grego considerado o ponto inicial 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*³ como fator preponderante para o crescimento da humanidade, o indivíduo era apenas um membro pertencente ao Estado, utilizando-se deste pensamento como legitimador para diversas barbáries, como a escravidão (MASSON, 2016, p. 75).

³ Do grego, cidade.

Conquanto, o sistema romano, é de longe a mais notável ligação do período antigo e o moderno, isso em razão da sua grande solidez jurídica. Sendo composto de fases internas, que buscam abranger 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, é o que nos dispõe 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 retributivo, contudo, começam a haver alterações, ainda mais com a adoção de princípios penais, entre eles o da reserva legal.

Em razão de 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 vistos em sociedades mais desenvolvidas. Não possuindo ainda leis positivadas, era pautado apenas na visão dos costumes da sociedade germânica, existiam à época dois tipos de transgressões conforme nos ensina 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 a vingança de sangue para a composição obrigatória, possuindo como transição a composição voluntária.

Os grandes marcos das leis bárbaras estão coadunados ao tabelamento de taxas penais, que basicamente operaria a 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 passar com o fim de provar sua inocência, estes desafios eram caracterizados por serem extremamente cruéis e absurdos, tendo em vista existir poucos seres humanos capazes de superá-los.

Com o fortalecimento do cristianismo, e conseqüentemente, da Igreja Católica Apostólica Romana, instaurou-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 levado para que se formasse o período da Inquisição.

É possível afirmar-se 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 penal.

Dividia-se a jurisdição eclesiástica em dois grupos: em razão da pessoa e; em razão da matéria. Na primeira, destinava-se ao religioso membro da igreja, que deveria ser julgado por um Tribunal da Igreja não importando o tipo do 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.

Segundo Bitencourt (2016, p. 78 – 79) apesar do grande avanço mostrado pelo Direito Penal Canônico quanto à finalidade da pena, na prática o resultado mostrou-se diverso, admitindo punições extremamente cruéis como esquartejamento, afogamento, forca, entre outras, tendo sido um período conturbado na sua aplicação. 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

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, passando a defini-la como uma punição ao criminoso 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 natural em favor da liberdade civil e da propriedade, não tendo direito de transgredir o pactuado, compartilha desta tese o ímpar jurista, Cesare Bonesana, conhecido como Cesare Beccaria em sua obra “Dos delitos e das penas”.

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 nascimento do Direito Penal moderno. É a partir deste momento que o Direito Penal passa a pautar-se na lei, observando princípios humanos ratificados pelo Estado em defesa do cidadão, 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 ainda o autor, que a lei deve prescrever taxativamente o delito em vistas a evitar a 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.

2.2. Síntese das Escolas Penais

As escolas penais consubstanciam em agrupamentos de pensamentos, conceitos e ideias semelhantes entre seus membros, com o escopo de nortear o Direito Penal na definição dos delitos e penas aplicáveis a estes.

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, que buscava delimitar a aplicação do Direito Penal pelo Estado tendo em vista os abusos praticados, trazendo ainda a humanização das penas. Deste movimento filosófico surgem duas visões distintas: O jusnaturalismo e o Contratualismo.

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, conforme asseverado por Bitencourt (2016, p. 97 – 99).

Possuía a Escola Clássica outras distinções filosóficas quanto à pena, dividindo-se em períodos, é o que nos afirma 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 criminoso o crime como uma escolha tomada livre de quaisquer embaraços, caracterizando uma de suas falhas, ao deixar de apreciar o sentido etiológico do delito, isto é, as causas do comportamento criminoso, haja vista as vicissitudes da vida (GRECO, 2016, 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.

Em virtude das discussões levantadas pela escola clássica intensificava-se o debate quanto à pena e o Direito Penal, estimulando toda a evolução deste sistema, sua importância é engrandecida por Cezar Roberto (2016, p. 102) ao nos afirmar:

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, 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 intrinsicamente ligado à patologia ou a elementos físico- biológicos, pela simples razão de não apresentarem todos os criminosos, ou uma maioria que fosse, estes elementos, ou ainda que, pessoas que apresentem tais caracteres, pratiquem algum crime.

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).

O segundo grande nome desta escola, Enrico Ferri, genro de Lombroso, foi o responsável por rechaçar as críticas dos clássicos as 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 diz Rogério Greco (2016, p. 54). Não acreditava ele no livre-arbítrio, considerava-o uma ficção, definia a pena como uma defesa social, prezando pela prevenção antes que repressão. Ferri passa a incrementar os tipos de delinquentes, sendo eles: nato, louco, habitual, ocasional e passional. É o que nos expõe 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, divergindo ao posicionamento dos demais líderes da escola positiva, e como já exposto, Ferri passa a defender a responsabilidade pelos atos criminosos não apenas como do próprio delinquente, mas conjuntamente do meio social em que é inserido.

Rafael Garofalo, o terceiro nome mais influente da Escola Positiva, transparece mais enfaticamente a influência pela teoria Darwiniana, chegando ao ponto de defender a pena de morte aos delinquentes irreparáveis, indo ao encontro do pensamento da Escola Correcionalista, mostrando Garofalo 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):

'A temibilidade 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, obter o grau de periculosidade do delinquente para que se pudesse dar uma resposta penal à altura do mal que este possui com 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, independe a vontade do agente para produção do resultado criminoso, a definição do agente criminoso por critérios 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, o que resulta no surgimento do critério científico, que não só Direito em si, para o estudo do delito, 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 consequente distinção entre imputáveis e imputáveis, 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).

Assim como Rocco, Vincenzo Manzini fora um dos maiores expoentes da escola Técnico-jurídica, adotando este, muitas vezes, a inflexibilidade de sua dogmática, não aceitando que pudesse o Direito Penal ser interpretado em conjunto à algumas ciências básicas de seu círculo interpretativo, como por exemplo, a Filosofia, que, segundo nos diz René Ariel Dotti (2010, p. 238), fez com que os críticos definissem esta escola como uma redução do Direito Penal, ao 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. Têm 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, sendo 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, retirando este indivíduo do meio social, ao mesmo tempo que, deve dar condições para correção do mesmo, entretanto, não se estipula razões para retorno deste à sociedade, uma vez classificando-o como incapaz de exercício de uma vida jurídica.

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.

3. DIREITO PENAL DO INIMIGO

Considerando todo o arcabouço científico em volta à esta teoria, criada por Gunther Jakobs, em 1985, que abrange o simbolismo penal e o punitivismo expansionista, infundáveis posicionamentos surgem em decorrência de uma hermenêutica de caráter subjetivo, preterindo à análise dos fatos, ainda que caracterizado pela dedução. Inicialmente, devemos saber que esta teoria tem como questão principal a flexibilização de princípios constitucionais, penais e processuais penais tencionando o combate aos denominados “Inimigos do Estado”, estes, considerados a partir de alguns conceitos definidos pelo próprio autor, seriam submetidos à legislação própria, haja vista sua grande ameaça ao Estado e a paz social.

Jakobs, constitui sua teoria com base filosófica, principalmente iluminista, apoiando-se primordialmente nas obras e autores da época. Utilizando-se do *magnus opus* “Do Contrato Social” de Jean Jacques Rousseau, Jakobs busca tracejar sua teoria na ideia da liberdade da celebração do contrato entre todos os membros da sociedade.

Assim, como afirmava Rousseau, em que um indivíduo ao violar direito alheio, viola não somente o bem ofendido individualmente, mas também a sociedade como um todo, visto que por todos foi, ainda que tacitamente, aceito o contrato social, Jakobs define diferentemente daquele ao acautelar que, a violação não pode tratar-se de um ato isolado, devendo representar uma repetições deste à medida do desconforto social, ou seja, a contumácia é *conditio sine qua non* para esta teoria, além também da gravidade do crime, ou reprovação social do fato, como será exposto mais à frente.

Capítulo o autor outras correntes de pensamento para justificar sua teoria, como por exemplo, a visão Hobbesiana, em que dispõe que não bastaria ainda a recorrência em crime comum, para que pudesse ser tolhido o status de cidadão de um indivíduo, dever-se-á pautar, cumulativamente, na gravidade do delito, pois a ofensa deve ser tal, suficiente a gerar insegurança no meio social.

Fundamenta ainda o autor sua teoria com base no pensamento delineado por Fichte e Kant, considerando o primeiro em proximidade ao exposto por Rousseau, trazendo o sentido de que o delinquente por si, já será considerado inimigo, e Kant ao definir:

[...] 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. Imediatamente, coloca-se a seguinte questão: o que diz Kant àqueles que não se deixam obrigar? Em seu escrito “Sobre a paz eterna”, dedica uma extensa nota, ao pé de página, ao problema de quando se pode legitimamente proceder de modo hostil contra um ser humano, expondo o seguinte: ‘Entretanto, aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva... (da) segurança (necessária), e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (ato), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (injusto), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança’ (JAKOBS, 2018, p. 26 – 27) [...]

Pela interpretação kantiana, definimos então aqueles que não aceitam um estado-comunitário, como indivíduos desprovidos de qualidades cidadãos, e por isso, imediatamente se encerram como inimigos.

Entretanto, fundamenta Jakobs que sua interpretação, apesar de se calcar na ideia de segurança efetiva oferecida pelo Estado à sociedade, no combate a seus inimigos assim como Kant, aquele não acredita que uma pessoa, pelo simples fato de se relegar ao estado-comunitário, perder-se-ia seus direitos cidadãos, ou ainda, que um criminoso comum o-pudesse, haja vista o dano por eles causado à vigência da norma, não ser relevante, sendo passível de correção pela própria norma vigente, além do mais defende o autor que até mesmo o inimigo não pudesse ter declarada a perda total de seus direitos (JAKOBS, 2018, p. 28 – 29).

Pois então, assevera Jakobs requisitos necessários para aplicação desta legislação própria (fundada nesta teoria), a julgar ser esta uma medida mais drástica em defesa social, do contrário, aquiescer-lhe-ia o autor a implantação de um regime autoritário, sob a justificativa do combate à criminalidade, dando causa ao desmantelamento do Estado Democrático de Direito.

Mantém esta teoria estrita ligação ao Estado Democrático de Direito, respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos, faz-se ainda por intermédio desta teoria um acautelamento legal, ao criar uma legislação própria e de forma clara para sua aplicação, mostrando-se conforme nos expõe Jakobs (2018, p. 47) “Um Direito Penal do Inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo”, que esta legislação “mesclada”, como é utilizada no Brasil atualmente, ofende a garantia de um Direito Penal justo, posto não deixar

claro que estamos buscando combater, restando à sociedade a escuridão em vistas à melhora.

A legitimidade para aplicação de um Direito Penal do Inimigo, atualmente, está em evidência, entretanto, antes de tudo é necessário que limites sejam postos à execução. Em observância à razão deve alicerçar-se seus limites, o Estado deve estar amparado pelos seus postulados para que possa agir, de outra maneira, não significa que respaldado na teoria do Direito Penal do Inimigo o Estado será legitimado à perseguir quaisquer delinquentes, ou que serão impostas severas penas, apenas com base em indícios e ou suspeitas.

A performance do Estado deverá estar adstrita aos limites impostos por lei, é preciso levar em conta que, este só terá legitimidade por um processo legislativo, e como tal, possibilita o controle pelos poderes. Pela lógica adotada por Jakobs, a legitimação de sua aplicação está ligada à segurança social e do Estado, não obstante os atos aqui enquadrados são suficientes não somente a causar um desconforto no ordenamento, e sim, subverter o ordenamento e a ordem social e por isso, estaria justificada uma resposta à altura do dano provocado.

O Direito Penal do Inimigo surge para garantir à sociedade uma resposta adequada ao “estado de coisa” em que se encontram muitos estados do nosso país, tomadas pelo crime organizado e pelo acentuado crescimento do número de crimes violentos⁴. Atua este em obediência a função retributiva da pena, em vista disto vem sendo cunhado de “neo-retribucionismo”, este baseado nas medidas da “*Order and Law*” aplicada nos Estados Unidos, na década de setenta, pregava o aumento acentuado da imposição policial e judiciária, encarceramento em massa, além de endurecimento de todas as medidas possíveis no combate aos delinquentes.

Os críticos desta teoria olvidam, entretanto, que os danos causados pela confusão dos institutos do “Direito Penal do Cidadão” e do “Direito Penal do Inimigo” são enormes, motivo de instabilidade e desconforto doutrinário quanto à função real da pena. Seria suficiente que a segmentação de tais institutos fosse clara, para que, mormente pudessem ser exigidos os resultados pretendidos. Não servindo então esta teoria contrariamente à função preventiva da pena, entretanto, resguarda-se a prevenção especial, aquela que busca a ressocialização do indivíduo para o “Direito Penal do Cidadão”, enquanto que, o “Direito Penal do Inimigo” atenderia a função

⁴ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/taxa-de-homicidios-cresce-em-20-estados-em-dez-anos-20777012> acesso em: dia 09/06/2019.

retributiva (punir o indivíduo) e da prevenção geral (coagi-lo psicologicamente pelo rigor da pena à não praticar o delito) com maestria, uma vez estando com o enfoque justamente nestas funções (JAKOBS, 2018, p.117 – 118).

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou trazer os pontos elementares da teoria do Direito Penal do Inimigo, expondo em caráter preliminar, o liame entre o Direito Penal com a pena e sua finalidade em um prisma histórico, culminado com os diversos pensamentos aplicáveis à sociedade com relação a esta, papel desempenhado pelas escolas penais.

Com a evolução da sociedade, criou-se um novo sistema de crimes, algo como um novo *modus operandi*, organizado e com foco, este irrompe não somente em face do cidadão, mas também, contra toda a ordem jurídica preexistente, não sendo mais capaz de ser combatido pelo Direito Penal Clássico, sobrevém então a necessidade de um Direito Penal eficiente frente à este novo sistema criminal, por esse motivo a teoria do Direito Penal do Inimigo ganha proporções, exatamente por ter como proposta o combate efetivo, pormenorizado e rápido dos inimigos.

É dever do Estado, delineado no caput do art. 5º, da Constituição Federal, assegurar o direito à segurança, cabendo a ele ampliar os mecanismos de proteção direcionados à redução da criminalidade, merecendo maior atenção, especialmente, o combate ao crime organizado, ainda que isto signifique um distanciamento do Direito Penal Mínimo, tendo em vista ser o Estado o monopolizador da segurança pública.

A aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo reflete o abismo social, cultural e filosófico em que se encontra a sociedade brasileira, contudo, não serve este como motivo à sua não aplicação, considerando-se deveras tétrico o profundo abismo que nos leva a continuidade da aplicação de um Direito Penal ineficiente frente ao inimigo, agravando-se ainda mais a situação.

O preconceito existente contra a teoria do Direito Penal do Inimigo é insustentável do ponto de vista lógico e utilitário, considerando-se motivação inidônea doutrinariamente o endurecimento do Direito Penal Clássico ao grau do Direito Penal do Inimigo, uma vez que malgrado em razão das distintas finalidades. Aqueles que

se manifestam pela não aplicação de um Direito Penal do Inimigo, olvidam o sentido de numerosas leis aprovadas em nosso país, com o fim de combater os inimigos, como a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), Lei nº 13.260/16 (Lei Anti-Terrorismo) entre outras. O que se pretende produzir com a aplicação desta teoria, é o fortalecimento das funções primordiais da pena em seu grau máximo, distinguindo-se por grupos de aplicação, conferindo um sentido claro às suas finalidades.

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.

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

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

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.

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

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

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo: Noções e Críticas**. 6 ed. Livraria do Advogado, 2012.

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

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

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

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.

Disponível em:

https://public.tableau.com/profile/fbsp#!/vizhome/ocorrencias_letais_novo_03/Dados
em tabelas acesso em: 09/06/2019.