**UNIVERSIDADE DE RIO VERDE (UniRV) - CAMPUS CAIAPÔNIA
FACULDADE DE DIREITO**

APARECIDO OLIVEIRA SILVA

**DA APLICAÇÃO E COMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO
INIMIGO COM ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CAIAPÔNIA, GOIÁS
2020**

APARECIDO OLIVEIRA SILVA

**DA APLICAÇÃO E COMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do
Curso de Direito da Universidade de Rio Verde –
Campus Caiapônia como exigência parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Priscila Rodrigues
Branquinho

CAIAPÔNIA, GOIÁS

2020

APARECIDO OLIVEIRA SILVA

**DA APLICAÇÃO E COMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde Campus Caiapônia (UniRV) como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Caiapônia, GO..... de..... 2020.

BANCA EXAMINADORA

.....
Prof. Esp. Priscila Rodrigues Branquinho (orientadora)
Universidade de Rio Verde (UniRV) Campus Caiapônia

.....
Prof. Esp. Nome do professor (membro 1)
Universidade de Rio Verde (UniRV) Campus Caiapônia

.....
Prof. Esp. Nome do professor (membro 2)
Universidade de Rio Verde (UniRV) Campus Caiapônia

Dedico, aos ávidos por conhecimento.

Aos que buscam aprender, que sentem fome de saber, que estão cheios de questões e não respostas.

Aqueles que estudam tudo, não importa o que, insaciáveis pela erudição, que quanto mais aprendem mais compreendem que pouco sabem, e mais desejam o saber.

Aos inquietos de espírito, cuja sagacidade o faz ir atrás do “por quê?” e do “como?”

Estes que abominam respostas definitivas e as certezas dos tolos

Questionadores, provocadores, que não apenas morderam a maçã, mas a engoliu por inteira.

Buscadores imparáveis da liberdade, Ícaros modernos, meus camaradas, a estes me interesse.

É a vocês que dedico este humilde estudo.

AGRADECIMENTOS

A parte mais complexa deste trabalho...

Pois, há tantos tenho gratidão, que se fosse citar cada um aqui se tornaria algo mais árduo e denso que escrever a própria monografia, todavia, não posso deixar de mencionar alguns nomes.

Primeiro, minha tia Eina (Fran), mulher de garra e calejada pela vida, que desde muito jovem fez grandes sacrifícios pela família. Pessoa a que tenho um enorme sentimento de gratidão, porquanto, além de ter sido uma mãe para mim, foi a pessoa que me lecionou diversas lições sem dizer uma palavra.

Em segundo lugar, faço um agradecimento a Organização das Voluntárias de Goiás (OVG), cuja bolsa integral, que tive a felicidade em ser beneficiário, foi um dos fatores principais para que eu pudesse concluir o curso de Direito.

De igual forma agradeço a Universidade de Rio Verde (UniRV), em específico a todos os professores e funcionários do Campus Caiapônia, que na medida do possível, buscaram auxiliar-me da melhor forma possível.

Por fim, a você, caro leitor, já que de nada serviria este estudo para ser engavetado, seria um rascunho inútil ao mundo, um amontoado de palavras e papel, por isso lhe agradeço imensamente, e espero, com sinceridade, que, ainda que minimamente, a leitura deste material seja proveitosa, mesmo que não mude a sua forma de pensar, mas que abale ou acrescente a está estrutura magnífica que é o conhecimento.

A todos, o meu muito obrigado!

Caminhante são teus passos o caminho e nada mais;

Caminhante não há caminho, faz-se caminho ao andar.

Ao andar se faz caminho, e ao voltar a vista atrás se vê a senda que nunca se voltará a pisar.

Caminhante não há caminho, mas sulcos de escuma ao mar.

Antonio Machado

RESUMO

O presente estudo tem como escopo investigar e explicar a teoria do direito penal do inimigo, criada por Günther Jakobs, com fulcro no funcionalismo radical proposto pelo mesmo autor, que devido a sociedade globalizada do século XXI, tem se tornado cada vez mais uma sociedade global de riscos, cujo os principais contornos são a criação de perigos em escala mundial, o que pode afetar sistemas, tanto em caráter global quanto os de caráter local, o que influi em rupturas evolutivas constantes em diversos aspectos, tanto individuais quanto sociais. E a partir disto que se desenvolveu a teoria de Jakobs cujo o cerne está em segregar os criminosos, onde para parte destes será aplicado a dogmática penal comum, e para outros, vistos como inimigos, ser-lhe-á aplicado um direito penal mais rígido, com menos garantias e direitos, pois em tese, este oferece mais riscos, por ter uma personalidade que afronta o corpo coletivo, e cujo os riscos que oferece, são maiores. Ocorre que por mais sedutora tal teoria seja, há de se levantar diversas questões, entre as quais está em quem será o responsável por decidir quem é ou não o inimigo, outro fator que leva ao rechaço do direito penal do inimigo está a sua afronta a conquistas humanitárias dos últimos séculos, que hoje encontram-se positivadas nas constituições de países que adotam o Estado Democrático de Direito como sustentáculo do Estado de bem estar social, onde há uma limitação no que tange ao punitivismo estatal. Diante disso, a aplicação do Direito Penal do Inimigo, no Brasil, não é positivada, todavia, é possível ver a sua incidência de maneira velada, onde as instituições oficiais acabam por se direcionarem para determinados grupos, relevando o estigma social ou institucional para executar a persecução penal.

Palavras-chave: Segregação; Direito prospectivo; Evolução social; Brasil;

ABSTRACT

The present study aims to investigate and explain the enemy's criminal law theory, created by Günther Jakobs, based on the radical functionalism proposed by the same author, which due to the globalized society of the XXI century, has increasingly become a global society of risks, whose main contours are the creation of dangers on a global scale, which can affect systems, both globally and locally, which influences constant evolutionary disruptions in several aspects, both individual and social. It is from this that Jakobs' theory was developed whose core is to segregate criminals, where for some of them common criminal dogmatics will be applied, and for others, seen as enemies, a more rigid criminal law will be applied, with less guarantees and rights, because in theory, it offers more risks, because it has a personality that defies the collective body, and whose risks it offers, are greater. It turns out that no matter how seductive such a theory is, several questions must be raised, among which is who will be responsible for deciding who the enemy is and who is not, another factor that leads to the rejection of the enemy's criminal law is his affront to humanitarian achievements of the last centuries, which today are positivized in the constitutions of countries that adopt democratic state as a support of the State of social welfare, where there is a limitation with regard to state punitivism. Given this, the application of the Criminal Law of the Enemy in Brazil is not positive, however, it is possible to see its incidence in a veiled way, where official institutions end up targeting certain groups, highlighting the social or institutional stigma to perform criminal prosecution.

Keywords: Segregation; Prospector right; Social evolution; Brazil;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 SOCIEDADE MODERNA VERSUS DIREITO PENAL E O EXPANSIONISMO PENAL GLOBALIZADO	14
2.1 GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DE RISCO	15
2.1.1 Teoria dos sistemas, sociedade global de riscos e o ordenamento jurídico ...	23
2.2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O EXPANSIONISMO JURÍDICO PENAL E A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO DIREITO PENAL DO RISCO MODERNO	24
2.3 DAS POLITICAS CRIMINAIS	27
2.4 DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	29
2.4.1 Teoria Abolicionista no Direito Penal.....	32
3 DA DOGMÁTICA PENAL	36
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	36
3.1.1 Vingança Divina.....	38
3.1.2 Vingança Privada	40
3.1.3 Vingança Pública.....	42
3.1.4 Período Humanitário	44
3.1.5 Período Criminológico	47
3.2 QUAL O CONCEITO DE DIREITO PENAL?	48
3.2.1 Quanto a Função do Direito Penal	49
3.2.2 Finalidade da Sanção Penal.....	52
3.3 ESCOLAS PENAIIS.....	55
3.3.1 Escola Clássica	57
3.3.2 Escola Positivista.....	60
3.3.3 Terza Scuola	63
3.3.4 Escola Moderna Alemã	63
3.3.5 Escola Técnico Jurídica.....	64
3.3.6 Escola Correcionista.....	65
3.3.7 Escola da (Nova) Defesa Social	65

3.3.7.1 Breves apontamentos sobre a defesa social nas escolas penais e a sua relação com o “Poder”	67
3.4 QUAL O CONCEITO DE CRIME?	68
3.4.1 Critério Material	69
3.4.2 Critério Formal	69
3.4.3 Critério Legal	70
3.4.4 Critério Analítico.....	71
3.5 DA CONDUTA	73
3.5.1 Teoria Causal.....	74
3.5.2 Teoria Neokantista	75
3.5.3 Teoria Finalista.....	76
3.5.4 Teoria Finalista Dissidente.....	78
3.5.5 Teoria Cibernética	78
3.5.6 Teoria Social.....	79
3.5.7 Funcionalismo Penal	80
3.5.7.1 Funcionalismo Teleológico	82
3.5.7.2 Funcionalismo Sistêmico	86
3.5.7.2.1 Breves apontamentos quanto ao Funcionalismo Sistêmico, conduta e a proteção do Direito Penal como finalidade precípua	87
4 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL	90
4.1 PRIMEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL.....	90
4.2 SEGUNDA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL.....	92
4.3 TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL	92
5 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	95
5.1 HISTÓRICO	95
5.2 CONCEITO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO	97
5.2.1 Quem é o Inimigo?.....	98
5.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA LABELING APPROACH	101
5.4 DA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	106
5.4.1 Lei 10.792/03 (Novo Regime Disciplinar Diferenciado).....	106
5.4.2 Lei 3.668/41 (Lei das Contravenções Penais).....	108
5.4.3 Lei 9.614/98 (Lei do Abate).....	109
6 OBJETIVOS	113

6.1 OBJETIVO GERAL	113
6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	113
7 METODOLOGIA.....	114
8 ANALÍSE E DISCUSSÃO.....	115
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	147
REFERÊNCIAS	149

1 INTRODUÇÃO

A teoria do Direito Penal do Inimigo, vem, nos últimos anos, alastrando-se de maneira vertiginosa, seja por ser bem fundamentada, ou por simplesmente corresponder aos anseios sociais por segurança e justiça (em teoria), no entanto, possui divergências com a atual dogmática do Direito Penal, pois não está amparada na prática da conduta delituosa, mas na periculosidade do agente e a “impossibilidade” deste em conviver em sociedade, o que leva a diversos debates filosóficos e jurídicos quanto à punição do indivíduo por “ser” e não por “fazer”, delimitando-se o tema quanto a compatibilidade e aplicação do Direito Penal do inimigo com o ordenamento jurídico brasileiro.

A questão levantada tem como escopo compreender os motivos que a tese do Direito Penal do Inimigo ter sido desenvolvida, seus principais elementos, os paradigmas que ele oblitera com sua eventual aplicação e em qual se tem como sustentáculo de validade, ademais, analisa-se também em um aspecto diverso, voltado para uma ótica mais descritiva que prática sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro.

Visto que no panorama mundial, em uma nova conjuntura globalizada, onde as relações entre nações e indivíduos se estreitaram de tal maneira, ao ponto de eventos distantes reverberarem em uma escala muito maior e mais intensa que nos séculos passados, levando a sociedade a um novo limiar de consciência, o sistema jurídico não poderia passar imune a tantas mudanças, tanto local quanto mundial, (acontecimento e resposta jurídica imediata), com isso, neste aspecto mais globalizado, comumente chamado sociedade pós moderna, estaria o Direito Penal do Inimigo sendo aplicado no ordenamento jurídico pátrio de forma mitigada em detrimento do garantismo penal adotado pela Constituição Federal de 1988?

O que levanta as seguintes hipóteses:

I - O ordenamento jurídico brasileiro está introduzindo, paulatinamente e de forma mitigada, o Direito Penal do Inimigo, e punindo o indivíduo por "ser" e não por “fazer”.

II - O Direito Penal está sendo usado, em alguns casos, para punir a pessoa por sua personalidade e periculosidade, e não pela conduta delitiva (que é a vertente admitida pela Constituição), alinhando-se assim ao Direito Penal do Inimigo.

III - Há uma divisão de tratamento dado para os transgressores, aplicando-se, ainda que de forma indireta, o Direito Penal do Inimigo para uns e o Direito Penal do cidadão para outros.

IV - Os exemplares na legislação pátria da aplicação do Direito Penal do Inimigo, se existentes, são totalmente tolerados juridicamente por se apoiar na vontade social e fortalecendo o sentimento de justiça não confrontando a Constituição.

Diante disso, esta monografia tem como principal intento abordar a teoria do Direito Penal do Inimigo, questionando se esta tese sendo empregada no Brasil, seja pelas vias institucionais formais ou materiais, ou ordinárias sociais.

Pois, em uma sociedade em que as constantes rupturas de padrões ocorrem com demasiada frequência, nota-se uma evolução do Direito em si, que vem adquirindo novos valores, rompendo com o paradigma anterior, moldando-se (ou sendo moldado) para os novos tempos. Isso decorreu da inquietação coletiva, resultante da evolução social, tecnológica, científica, e, atualmente, como fator primordialmente preponderante, a globalização, cuja as relações entre indivíduos, e mais ainda, entre culturas, se estreitaram de tal feitio que leva o ser humano a um novo limiar no que tange a convivencialidade e compreensão de mundo. Em uma pós modernidade que se denomina como “sociedade global de riscos”, tendo, como principal consequência, a inefetividade de mecanismos clássicos para acompanhar estes novos perigos (assincronia jurídica), muitas vezes invisíveis a olho nu, todavia, capaz de ser sentido por grande parcela, senão por toda a humanidade.

Com a denominada sociedade global de risco, cujo o sentimento de justiça encontra-se abalado, e a fé nas instituições praticamente inexistente, convivendo com medo constante, onde ocorrências, ainda que na outra parte do globo, culmina em um anseio, quase que imediato, do agrupamento social por adoção de sistemas mais “eficazes”, inclusive que seja capaz de prevenir o crime com fulcro no subjetivismo, não pelo grau de culpabilidade na conduta cometida (viés objetivo), mas por sua personalidade e periculosidade (viés subjetivo), indo de encontro, de maneira diametralmente oposta, aos princípios adotados nos países democráticos, pois o atual Direito Penal, de caráter garantista, tem, entre suas funções, limitar o poder estatal para com os indivíduos, no que se refere a punição, em sentido mais claro, proteger o cidadão dos arbítrios do Estado, entretanto, questionado por muitos se há viabilidade em manter-se imutável a sistemática penal “atual” de proteção de bens jurídicos e não dando preponderância a proteção da sociedade em si, visto que demonstra um grau de falibilidade no combate a criminalidade, não obtendo resultados tangíveis para grande parte da população.

De introito, a presente empreitada acadêmica busca definir a contemporânea conjunção de circunstâncias que transladam a constante sensação de medo e insegurança a

que os componentes do corpo social estão submetidos, e em como a globalização, que desagua na sociedade de risco, induz ao dinamismo ao qual a corpo coletivo está imerso, e se imergindo cada vez mais, de maneira autopoietica, que resulta em fatores reflexos locais, e, não obstante, em escala global, influenciando na relação do meio com os indivíduos, o que redundando em alterações ininterruptas, inclusive do ordenamento jurídico.

Posteriormente é desenvolvido um breve histórico do Direito Penal e a sua alteração de paradigmas desde seu surgimento, suas principais escolas de pensamento criminológico e o conceito de crime, como foi e qual é adotado atualmente, onde é possível constatar que a dogmática penal tem caráter não estática, mas evolutiva.

Com o breve explanado, pode-se adentrar no tema de forma mais profunda e aclarada no tema, e assim entender como se chegou no Direito Penal do Inimigo, o que é exatamente, quem é o inimigo para esta proposição, compreendendo, dentro da tônica, sua contraparte que a teoria do “labeling approach”, e, de maneira mais analítica, examinar sua provável incidência no ordenamento jurídico pátrio, tendo como embasamento algumas leis, como a lei 10.782/03 (Novo Regime Disciplinar Diferenciado) que modificou a lei 7.284/82 (Lei de Execução Penal), a lei 3.668/41 (Lei das Contravenções Penais), e da lei 9.614/94 (Lei do Abate).

Por fim, discutindo como tudo isso incide no ordenamento jurídico em conjunto com o Direito Penal do Inimigo, em como sua aplicabilidade pode afrontar o Estado Democrático de Direito.

2 SOCIEDADE MODERNA VERSUS DIREITO PENAL E O EXPANSIONISMO PENAL GLOBALIZADO

Nos tempos modernos, com novas tecnologias, maneiras de se comunicar, hábitos, comportamentos e uma infinidade de novas necessidades, e em paralelo, possibilidades para o indivíduo e para a sociedade, surgem também novos problemas, novos delitos, que, o Direito Penal, em sua forma “clássica” não consegue combater, ou pelo menos, apresenta severas dificuldades em acompanhar as constantes mudanças (anacronismo), e desta forma não alcança êxito efetivo, ao menos aos olhos da sociedade, ou ainda, como alguns apontam com fundamento na teoria do “labeling approach” (BARATTA, 2002), apenas exorta o cometimento de crimes.

Na sociedade contemporânea permanecem os perigos antigos e surgem novos não mais adstritos aos bens jurídicos, ou a uma sociedade em específico, colocando em risco ou lesando o próprio futuro da raça humana, o que se denomina “sociedade de risco”, como denomina Beck (2010).

Oliveira (2008, p. 5041) assinala que:

A sociedade de risco identifica-se por uma comunidade na qual os riscos produzidos referem-se a danos de larga envergadura lesiva, não delimitáveis, globais, sistemáticos e, com frequência, irreparáveis. Promovidos por decisões humanas, atinge a todos os cidadãos e podem ser capazes de exterminar a própria humanidade.

Nota-se, que aquilo que impõe uma fragilidade, ou prejudicialidade, em tal escala que seja capaz de colocar a existência da humanidade em perigo (BECK, 2011), pode ser vista como algo surgido da sociedade de risco, isso é, o mecanismo em questão deve ser suficientemente extenso para que, ainda que minimamente, seja capaz de colocar a humanidade em alerta, a exemplo, a globalização, que traz tantos benefícios, e riscos, onde o próprio Beck (2011) se distância de ideais utópicos advindos da mesma, demonstrando em seus estudos que é justamente o inverso que se deve esperar da sociedade pós moderna, vez que na medida que se avança, em diversos setores, concomitantemente avançam os riscos.

Assim, de acordo com o pensamento da sociedade de riscos, a sistemática prognostica adotada deve ser pautada na realidade, para tanto, se valendo de elementos não utópicos, de teor concretista, ainda que seja algo pessimista, valida-se pela preparação para isso, seguindo uma axiologia realista das condutas e acontecimentos a serem evitados para proteção humana.

2.1 GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DE RISCO

No que se refere a globalização e sua influência nas sociedades, é possível notar que sua extensão, é inegavelmente um dos fatores preponderantes de modificações, isso porquê seus efeitos não estão restritos a determinada localidade, principalmente os nocivos, cujo o alcance supera os adventos benéficos, como elucida Almeida (2017, p. 2), ao delinear como essa transformação se deu com:

O advento do século XX transformou a antiga concepção de sociedade industrial. Com efeito, o fenômeno da globalização modificou a compreensão dos fenômenos naturais e sociais: nenhum fenômeno está restrito ao lugar de sua ocorrência, pois eles produzem reverberações que podem ser sentidas do outro lado do planeta.

A globalização, como aponta Oliveira (2008, p. 5041), é “inevitável e impostergável”, e como bem se constata, por alguns nem querida, entretanto essa sociedade globalizada traz consigo não somente benefícios, mas malefícios, que, se antes não eram sabidos, ou se sabidos seu alcance era delimitado, o que na atualidade não mais é.

Resta uma óbvia alteração de contextos, desde seu aspecto geral a um específico, com uma interação constante entre os seus elementos (cultura, economia e etc.), que pode sinalizar tanto positivamente quanto negativamente para a sobrevivência e avanço da humanidade, como bem esclarecem Leves e Castro (2019, p. 178) ao apontarem que:

A globalização constitui-se como um dos fenômenos mais recentes e modificadores da sociedade humana. O processo de conexão entre diferentes culturas, economias e organizações sociais promoveu uma significativa e permanente mutação do cenário estabelecido no interior dos territórios nacionais. O século XX e, principalmente, o emergir do novo milênio assistem constantemente ao relacionamento de governos de diversos países e de indivíduos de distintas nacionalidades, cujas consequências apresentam-se em uma conjuntura de novas relações culturais, econômicas e políticas.

Uma nova inter-relação de caráter global pode ser visualizada, tanto nas conjecturas entre países (economia, política e etc.), quanto de eventos, como exemplo atual pode ser citado o COVID-19, que se iniciou na cidade de Wuhan, na China (Organização Mundial da Saúde, 2020), e se alastrou mundialmente interferindo, inclusive, nas legislações de vários ramos do Direito, como a Emenda Constitucional 106/20 conhecida como “orçamento de guerra” e movimentos de parlamentares para estender a influencia da pandemia ao Direito Penal a fim de tornar determinada conduta obrigatória como a Lei 14.019/2020 que obriga o uso de mascaras em locais públicos, e a PL. 1.291/2020 cuja a finalidade é transformar em

essenciais as medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar e outros tipos de violência cometidas contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública relativa à pandemia de COVID-19.

Nota-se que as relações ao se estreitarem, possuem um inegável caráter favorável, seja para as pessoas de maneira individual ou para seus países (aspectos econômicos e sociais), todavia há de considerar algumas consequências, que podem ter um grau elevado ou ignóbil de influência nestas mesmas pessoas e países, sentido por um maior ou menor número de indivíduos, como Fernandes (2002, p. 8) diz ao tratar o tema:

O sentimento difuso de insegurança ontológica é tributaria do ecossistema criado pelo homem E quando se passa à escala das sociedades globais, circunscritas aos Estados-nação, verificam-se, igualmente, manifestações, umas de alto e outros de baixo risco, embora expressas em morfologias diversas.

Essa fenomenologia não é algo tão recente, pode ser tanto creditado pelo avanço nas relações entre países, quanto pela difusão da informação por meios céleres (jornais, rádio, televisão e internet), uma serie de fatores contribuem para que haja um medo crescente (MENDES, 2015), não somente do que está perto geograficamente ou temporalmente, mas em uma escala global, Bedin (2011, p. 130), afirma o seguinte quanto ao tema, como colaborador para essa sensação de crescentes riscos, medos e insegurança, “à redução das distâncias, à aceleração do tempo, à quebra das identidades nacionais, à ruptura das fronteiras e à conformação de novas relações políticas”.

Embora atos criminosos estejam presentes na história da humanidade desde os primórdios, é inegável que o avanço das comunidades urbanas (entende-se agregação de um numero grande de pessoas em determinado espaço) faz com que o numerário de problemas aumente exponencialmente (BECK, 2011), o que acaba por justificar a criação de tipos penais, em grande parte, inócuos, com carregado efeito simbólico (MOURA, 2009).

Frente a este novo cenário de rupturas, a globalização se apresenta como um elemento determinante, que dicção de Almeida (2017), verifica-se a influência que tais ocorrências tem como influxo nos surgimentos dos riscos, senão por fator determinante destes.

O mundo globalizado não influenciou apenas a dinâmica da sociedade, mas também (e sobretudo), a produção dos riscos no processo de modernização. Antes confinados ao lugar de sua produção ou mesmo aos sujeitos que se encontravam geograficamente vinculados à sua matriz produtora, os riscos da modernização passaram a veicular consequências globalizadas. Nenhum indivíduo está completamente seguro contra as ameaças produzidas na nova sociedade que se revela nas últimas décadas do século XX. (ALMEIDA, 2017, p. 2).

Ocorrências, inicialmente distintas e distantes, podem afetar globalmente, reverberando e ganhando força a medida que aumentam seu alcance (ALMEIDA, 2017), sendo assim, nada mais correto que, para solucionar tais problemáticas advindas da globalização, recorrer a mesmas, a estratégias organizacionais conjuntivas para superar tais implicações, pois a sociedade deixa de ser um sistema isolado para ser um sistema interligado, para tanto existe a Organização das Nações Unidas (ONU, 2020) que tem, entre outras finalidades, a incumbência em buscar estratégias de ações de alcance global, a fim de proteger e alinhar os interesses em combater esses riscos, sejam já existentes, ou os que hão de surgir, sem ofender portanto a soberania dos países (OLIVEIRA, 2008). Já em um aspecto mais regionalizado, o Estado tem como atribuição este combate aos riscos, com uma atuação voltada a respeitar diversos aspectos culturais do povo que habita em seu território.

Todavia, ainda que haja um contrato social (ROUSSEAU, 2017), em que o cidadão, em troca de parte de sua liberdade, tem a proteção estatal, isso não impede que os indivíduos busquem por mecanismos de autoproteção, o que significa uma descrença nas instituições, e no próprio contrato social, como elucida Fernandes (2002, p. 872):

Adotam-se medidas de autoproteção que, enquanto tais, são indicadoras da quebra de confiança nas instituições e de diminuição do espaço de liberdade. Quanto mais espreita o medo do crime, mais se procura preveni-lo. A vitimização alastra e a sua dimensão é diretamente proporcional à frequência dos crimes e a incapacidade das instituições para os debelarem. As experiências de vitimização, próprias ou alheias, permitem a cada um medir os riscos reais ou putativos que corre e de avaliar a proteção de que necessita.

E neste novo panorama globalizado, muitos indivíduos, pra não afirmar Estados, sentem uma necessidade em antecipar sua proteção para eventuais ocorrências, que de acordo com Beck (2010, p. 31-32), a antecipação de riscos “dizem respeito à possibilidade de acontecimentos e desenvolvimentos futuros, tornam presente um estado do mundo que (ainda) não existe”, toda essa conexão leva o indivíduo a uma tentativa de antecipar os perigos, isso é, acontecimentos (por vezes excepcionais ou específicos de determinada região), que gera

medo e ansiedade em toda uma comunidade alheia ao ocorrido, seja geograficamente ou culturalmente.

Essa nova realidade, onde não há como prever os riscos sociais indesejados, a dimensão de sua lesividade ou de onde partirão (OLIVEIRA, 2008), acarreta em uma imprevisibilidade de riscos, e com ensejo de tornar a convivência um pouco mais pacífica e talvez previsível (MENDES, 2015), e, frente a este demasiado sentimento axiologicamente exasperado, recorre-se ao Direito Penal como meio de resposta aos anseios coletivos, ainda que parcialmente putativos, a fim de pacificar e dar segurança aos cidadãos, mesmo que essa segurança seja de percepção momentânea (ALMEIDA, 2017).

Nota-se que essa expansão do medo é devido a estreita relação entre os países e culturas, se deu predominantemente após a revolução industrial, onde a conveniência em cingir as relações tem um inegável caráter comercial, oferecendo tanto benefícios, como a quebra da segurança, Machado (2005, p. 29), afirma o seguinte:

O fenômeno da globalização marca o período pós-industrial, designado por Ulrich Beck de “sociedade de risco”, regida por um conceito de modernização reflexiva que, longe de significar uma violenta ruptura do processo de desenvolvimento industrial, significa a evolução da modernidade simples, irreflexiva e **auto-destrutiva**, em direção à racionalidade que possibilite a compatibilização dos riscos às garantias individuais e coletivas.(grifo nosso)

Ocorre que, diferente de ideais utópicos, de uma pacificação mundial por meio da globalização, Beck (2011) é mais pragmático ao pensar em como a sociedade global será no futuro, pois ele considera que há inevitavelmente uma evolução em diversos aspectos, tecnológicos, científicos, sociais, porém, traz consigo uma série de consequências equivalente de riscos, e sua ressonância se torna tão extensa quanto a própria globalização.

Mendes (2015, p. 212), ao analisar a profundidade da teoria da sociedade de risco, consegue definir o seguinte ponto no que se refere aos danos:

O ponto de partida na teoria de Ulrich Beck é o da modernização reflexiva. Contrariamente a um evolucionismo utópico característico das diferentes teorias da modernização, Beck propõe uma visão mais sombria, aquilo a que chamou de “vulcão da civilização”. Para Beck, as consequências do desenvolvimento científico e industrial são um conjunto de riscos que não podem ser contidos espacial ou temporalmente. Ninguém pode ser diretamente responsabilizado pelos danos causados por esses riscos, e aqueles afetados não podem ser compensados, devido à dificuldade de cálculo desses danos. Além dos riscos ecológicos, assiste-se a uma precarização crescente e massiva das condições de existência, com uma individualização da desigualdade social e de incerteza quanto às condições de emprego, tornando-se a exposição aos riscos generalizada. (MENDES, 2015, p. 212).

Recorrendo novamente as palavras de Mendes (2015), identifica-se que a percepção de riscos tem um enorme caráter subjetivo, onde tais perigos podem ser visualizados em maior ou menor escala, não significando, porém, que correspondem à realidade fática.

A consideração de que existe um cumulativo de fatores psicológicos, sociais e culturais que influenciam a percepção do risco a que se associa uma representação cognitiva do perigo decorre, segundo Paul Slovic, de um conjunto de atitudes e julgamentos principalmente intuitivos, [...] de processo psicológicos não mediados pela experiência do perigo. (MENDES, 2015, p. 29).

Nesse contexto, há uma parcimônia inconcussa, que é justamente a incapacidade de acompanhar os riscos globais, seja pela celeridade que surgem, ou pela percepção que cada um dá, e com isso, não sendo possível identificar seus causadores ou mensurar seus danos, mesmo pelos estados vistos como fortes, pois a realidade evolutiva da sociedade, consigo, cria os riscos em conjunto com seus avanços, o que resulta em uma propensão autoritária, como bem denuncia Mendes (2015, p. 212):

Dois argumentos de Beck são de especial pertinência: a presença cada vez maior de estados de exceção relacionados com os riscos; e os limites dos seguros e da controlabilidade dos riscos. Quanto ao estado de exceção, conceito trabalhado por Giorgio Agamben, Beck afirma que, devido ao impacto dos riscos globais, os Estados, mesmo no ocidente, estão mais autoritários mas são ineficientes quando se trata de lidar com as diferentes ameaças e perigos globais, constituindo-se como “Estados falhados fortes

A teoria da sociedade de risco surge com a percepção dos perigos que a cerca de maneira muito mais abrangente que as sociedades anteriores, sejam elas de ordem tecnológica, científica ou social, e se distanciando de ideais utópicos, (BECK, 2011), que inevitavelmente vão de encontro mudança da estrutura da sociedade, e, ao mesmo tempo, nas relações entre os indivíduos, o que traz consequências nas relações interpessoais, seja do meio entre si ou com seu entorno (LUHMANN, 2006), o que leva a um crescimento (e criação) dos

tidos riscos, ainda que inominados ou não tangíveis, mas perceptíveis, pois existe uma convergência de fatores que os fazem surgir, por isso há uma problemática em nomeá-los (ou acompanhá-los) se não conhecidos, somente esperados, que segundo Leves e Castro (2019, p. 6):

A humanidade, nesse contexto, enfrenta inúmeros perigos de ordem mundial, os quais se encontram articulados irrestritamente, na atual sociedade de risco globalizada, com os processos técnicos e científicos. Evidencia-se, pois, que os riscos assumiram dimensões globais, mas, muitas vezes, podem provocar manifestações em âmbito local, com efeitos nocivos, imprevisíveis e incalculáveis. Tais fatores fazem com que os mecanismos, bem como os instrumentos construídos pela sociedade, tornem-se insuficientes para a identificação e o controle dos perigos que assolam a realidade.

Beck (1992), afirma que a sociedade de risco se relaciona a danos em larga escala, não há de se olvidar que frente a globalização, há uma inegável modificação na maneira de cometer crimes menores, principalmente os mais comuns, como crimes cibernéticos, que há uma dificuldade em identificar seus autores ou de onde se partiu o ataque para assim definir a competência, a exemplo o recente ataque aos sistemas do Superior Tribunal de Justiça que afetou milhares de processos em trâmite naquela instância (UOL, 2020). Crimes hodiernos que acabam por prejudicar toda uma cadeia de um determinado sistema, disfuncionando-o, levando a crença de ineficiência estatal (MOURA, 2009).

Com ensejo (ainda que simbolicamente) de atuar frente a estes novos riscos, os governantes utilizam-se do Direito Penal de forma larga, irrestrita e imoderada, demonstrando uma severa expansão punitivista a fim de combater os novos riscos, como aponta Moura (2009, p. 149) ao discorrer que:

Não poderia o sistema jurídico passar imune por esta turbulência. Com efeito, podemos identificar uma profunda e crescente “tripla crise do Direito” (legalidade, Estado social e Estado nacional), que assola inclusive os países de democracia mais avançada e pode ser sintetizada na “crise da democracia”.

Frente a sociedade global de riscos, em que a população vive em constante estado de alerta (MENDES, 2015), alguns Estados buscam apaziguar os ânimos, e para tal finalidade utilizam-se da função simbólica do Direito Penal, inclusive com severa inclinação, cada vez mais, para um viés coercitivo e autoritário, que tem como fulcro a prevenção do ilícito por meio do medo do quantitativo da pena, ao que é conhecido como “direito penal preventivo

negativo”, ou simplesmente “função preventiva negativa da pena”, como bem adverte Osna (2008, p. 264):

Em um raciocínio lógico-dedutivo, poder-se-ia afirmar, então, que, aceitar a pena como uma prevenção geral negativa, voltada ao desestímulo de condutas delituosas, agravar as sanções penais corresponderia a aumentar o temor existente na sociedade e, por consequência, reduzir a quantidade de condutas lesivas à ordem jurídica. Essa engrenagem pode parecer perfeita, e o questionamento sobre as melhorias a serem trazidas pelo asseveramento das penas solvido. Não se trata, entretanto, da realidade;

Diversamente das novas concepções, ou somadas a estas, a coletividade recorre a instrumentos e institutos que foram úteis no passado, sem considerar, porém, que a sociedade não é mais a mesma (BECK, 2011). Esse desejo social pelo asseveramento da punição faz com que, paulatinamente, o paradigma sustentáculo “atual” perca força e um “novo” surja, (ou “ressurja”), como bem aponta Almeida (2017, p. 15).

Tais mudanças são efetuadas com o fito de alinhar o Direito Penal às exigências práticas do combate à nova criminalidade que surge com o advento da sociedade pós-industrial. Não adiantaria reformulações meramente teóricas, se estas fossem incapazes de responder às demandas inéditas que o novo modelo social impõe.

Silva Sánchez (2002, p. 76) aduz que “a globalização dirige ao Direito Penal demandas fundamentalmente práticas, no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade”, dessarte, que um certo imediatismo toma conta, com a necessidade de uma eficiência instantânea, o que para uns justifica o sacrifício de determinadas garantias e a crescente tendência em retomar o punitivismo. Silva Sánchez (2002), continua ao pontuar que este imediatismo, que a coletividade almeja, não possui efetividade concreta, funcionando somente como um efeito de satisfação momentânea, suplantando o sentimento de injustiça, ainda que por um breve período.

Essa ampliação revela-se por meio de políticas criminais, que buscam suplantar a sensação de insegurança da coletividade frente a novos problemas, e por meio da função simbólica, onde, Masson (2017, p. 11), delineia como sendo “Inerente a todas as leis, não dizendo respeito somente às leis de cunho penal. Não produz efeitos externos, mas somente na mente dos governantes e cidadão.”

Desta forma, este cenário com severa dilatação punitivista, caracterizada por uma pura dogmática positivista com a intenção de obter sujeição da coletividade e evitar o crime por meio de um “efeito placebo”, utilizando-se da fé do cidadão nas leis, crendo este que mais leis

e maior punição resolverão os riscos, leva os governantes a se utilizarem de diversas leis penais, hipertrofiando assim o sistema jurídico penal (MASSON, 2017). Neste procedimento de expansão do ordenamento penal, no que se refere a “hipertrofia penal”, vislumbra-se dois fenômenos: o “direito penal simbólico” e o ressurgimento do “punitivismo”.

Todo este cenário contribui para que, nesta crença inocente de que as leis resolverão os riscos, e de que a punibilidade sempre fica aquém do que deveria ser, coloca em voga não somente a conduta, mas o indivíduo que a pratica, tornando a personalidade do agente transgressor, no que tange ao Direito Penal, altamente relevante (OLIVEIRA, 2008).

Nucci (2019), define a personalidade como sendo a “somatória de diversos fatores no decorrer das fases da vida”, todavia, para a atual dogmática, não há preponderância, não de forma legalmente expressa, tendo peso em determinadas fases no que se refere a culpabilidade, e não na conduta (NUCCI, 2019, p. 1031):

É imprescindível, no entanto, uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência.

De fato, utopicamente, o ideal é a reprimenda mais severa ao indivíduo que não tinha motivos para transgredir, porém transgrediu, e uma admoestação inferior ao que por fatores externos e internos o levaram a cometer o ilícito, entretanto, não é o que ocorre hodiernamente, muito pelo contrário.

E meio a toda essa discussão surge à teoria do Direito Penal do Inimigo, proposição que tem como pretexto demonstrar a necessidade de separar os indivíduos justamente por suas personalidades, um pragmatismo fundado na prevenção do ilícito por meio do punitivismo exacerbado (ou ideia de que a punição desproporcional é justa no que se refere a determinados indivíduos) (GONÇALVES, GONÇALVES, ROCHA, 2019). Poucas temáticas nos últimos anos se propuseram a culminar em debates tão fervorosos quanto à teoria de Jakobs, cujo cerne não está na conduta (retrospectiva) mas na periculosidade (prospectiva) do indivíduo (NUCCI, 2020). Seu fundamento principal, além dos caracterizados pelo senso comum, está o de “atualizar” o paradigma penal para que possua palpabilidade social e corresponda anseios de proteção e justiça da população (ALMEIDA, 2017).

O inimigo, como menciona Nucci (2019, p. 881), de acordo com a teoria de Jakobs: “Não merecem do Estado às mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra não

respeita os direitos individuais”. Neste aspecto, alguns delinquentes, não devem ser tratados como outros, havendo um critério subjetivo para estrear transgressores com relevância na sua personalidade.

De fato, uma “nova sociedade”, com novos hábitos, comportamentos e em constante mudança e uma grande complexidade nas relações interpessoais, utilizar-se do Direito Penal “clássico”, sem uma atualização, acaba por ser ineficaz, possibilitando que novas correntes surjam a fim de solucionar esses novos comportamentos, lesivos ou perigosos, até então desconhecidos, que ganham força na medida que a insatisfação social ganha massa.

2.1.1 Teoria dos sistemas, sociedade global de riscos e o ordenamento jurídico

Neste cenário, existe, incontestavelmente, um liame entre a globalização e as mudanças criminais crescentes dos últimos anos, pois há ocorrências interligadas que alteram a maneira de conviver em sociedade, isso é, todo este mecanismo comunicativo entre indivíduos e culturas acabam por se alterar para tentar acompanhar as modificações que ocorrem, para Luhmann (2006), a sociedade é um composto complexo, afirmando que a mesma possui uma interdependência entre sistemas, ainda sim que dependam uns dos outros são independentes (desenvolvimento autorreferente), demonstra que há uma relação heterogênea, porém, sempre se influenciando (LUHMANN, 2006, p. 44):

[...] o surgimento do sistema a partir da diferenciação deste em relação ao seu entorno. Esclarece que a dependência e a independência são características que coexistem na relação entre o sistema e o meio. A dependência deriva do fato de o sistema emergir do meio, entretanto, o sistema adquire independência em razão do seu desenvolvimento, pautado na inclusão de relações autorreferenciais, produzindo uma espécie de auto-organização. Significa dizer que a formação de um sistema surge do meio que lhe cerca e deste se destaca ao adquirir autonomia. Desse modo, o sistema depende do meio sem, todavia, estar determinado por ele, uma vez que constitui a sua própria forma de organização.

Em uma sociedade de risco, sistemas surgidos em outros sistemas pretéritos, se destacando ou não destes, ainda que possuam uma determinada gama de liberdade para se adequarem aos novos compostos complexos, não significando que essa alteração irá de fato ser viável, apenas que transcorre, mas em caso de alta modificação e de forma acelerada, ou até mesmo rupturas imediatistas, não há portanto o que se questionar quanto a sua continuidade quando deixa de exercer suas principais funções, não significando porém seu total abandono. Isso é, há uma correlação entre sistemas que se alteram, e que a depender dos

elementos alterados, pode representar um fator que influenciará os demais, sem, portanto, igualá-lo e padronizar, autorreferenciando-se, todavia, referenciando a criação de novos sistemas que não dependerão do mesmo, a não ser no que se refere a surgimento (PORTUGAL, 2013).

Isso no que tange a globalização, exerce um caráter perceptivo evolutivo imediatista, ou seja, o risco posto para um determinado sistema pode ser replicado em outro, sendo referência para seu surgimento (PORTUGAL, 2013), o que pode afetar o todo, e o Estado, pode naquele momento, não ter meios eficazes de supressão, o que leva a uma constante sensação de insegurança.

Cornelius Prittwitz (2004, p. 32), ao correlacionar a sociedade de risco e o Direito Penal afirma o seguinte: “O direito penal do risco reflete a mudança do modo de compreender o direito penal e de agir dentro dele, produto estrutural e irreversível de uma época, cujo ponto de partida já é fato dado, encerrando tanto oportunidades como riscos”.

Neste diapasão, a sociedade de risco desponta de maneira vertiginosa, não somente influenciando alterações, mas impondo, de maneira que o sistema jurídico tenta acompanhar as modificações, todavia recorrendo ao simbolismo penal para tanto, defenestrando os demais ramos que poderiam ter uma efetividade prática em detrimento do punitivismo do Direito Penal.

2.2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O EXPANSIONISMO JURÍDICO PENAL E A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO DIREITO PENAL DO RISCO MODERNO

O Direito Penal tem uma atuação mais drástica em comparação aos demais ramos do Direito, cuja a interferência central, na maioria das vezes, recai na esfera de liberdade do indivíduo, ou seja, aplicação de pena privativa de liberdade, que, em um panorama hipertrófico, se torna a opção preferida do legislador para coibir condutas, e ao mesmo tempo, passar para a sociedade uma sensação de tranquilização, de que, o violador do bem jurídico, já não está no meio social e que o Estado fez sua parte, o que revela o sua função simbólica (MASSON, 2017).

Moura (2009, p. 5) faz a seguinte proposição sobre o tema:

A atual crise do Direito Penal é produto de sua expansão verificada nas últimas décadas. Neste contexto, a discussão sobre os limites normativos da política criminal se perde em meio a diversos modelos teóricos de (des)legitimação que são insuficientes para explicar e valorar a totalidade do complexo e polifacético fenômeno expansivo. Em meio a este mar de dúvidas a única certeza é a necessidade de conciliar as novas exigências de prevenção na luta contra a moderna criminalidade e as insuperáveis demandas axiológico-normativas veiculadas pelas garantias jurídico-penais tradicionais. Afinal, “garantismo” significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda contra os interesses da maioria, é o fim justificador do Direito penal.

Ao inflacionar demasiadamente o Direito Penal com normativas que poderiam fazer parte de outros ramos, ocorre um fenômeno de descredibilizar o Direito Penal por meio deste severo cenário expansionista, efeito não é imediato, mas vagaroso, e cada vez mais a sociedade clama(rá) por mais normas, seja com maior rigor das mesmas ou/e uma maior punibilidade de determinadas condutas (criação de tipos) (MOURA, 2009).

Com isso, ao alterar o “centro” da discussão do bem jurídico para a proteção da “sociedade” utilizando-se do expansionismo penal, ainda que frente aos novos riscos, há, inexoravelmente, uma alteração do próprio Direito Penal, pois, atualmente, e pelo menos em tese, este tem como preponderância bens jurídicos e não a defesa social, pois, indiscutivelmente existe um caráter coletivista em dar garantias e direitos ao transgressor, ao alterar o questionamento de qual a finalidade protetora da dogmática penal, há então uma alteração axiológica do paradigma que o funda (ALMEIDA, 2017).

Oliveira (2008, p. 5044) traz firmamento pontual a temática com o seguinte explanado:

O direito penal transforma-se em direito penal do risco quando coloca a criação ou o aumento dos riscos no centro das reflexões dogmáticas promovendo a mitigação das regras de imputabilidade, bem como quando toma para si a função de tornar segura a sociedade. Concentra-se na chamada criminalidade organizada, materializada nas infrações penais perpetradas pelos poderosos e caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas igualmente políticos e sociais.

Isso leva a sociedade a rejeitar o Direito Penal atual de caráter protraio, que atua após a ocorrência do delito (repressivo e posterior ao fato) tendendo para uma atuação antecipada (preventivo e pretérito ao fato), desta forma há severas e pontuais alterações do que se entende por bem jurídico merecedor de proteção da tutela penal e o momento de atuação do Direito Penal (OLIVEIRA, 2008).

Esse “novo” fundamento, tem como consequência ensejar uma nova finalidade da pena, isso é, a reprimenda vai além justificar-se como punição para o crime, mas em reduzir a criminalidade em geral, funcionando como um meio coercitivo com a sua função preventiva geral, Roxin (2002), um dos pensadores mais influentes do Direito Penal, formula quanto a pretensão preventiva da pena, e conseqüentemente do Direito Penal, onde este último, deve ser funcional, corresponder a um objetivo de ser efetivo na solução dos problemas. Como descreve Libe (2006, p. 442):

ROXIN parte de considerar que el Derecho penal se justifica por su efectividad en la solución de los problemas de la realidad social. En este sentido, el Derecho penal tiene sentido a fin de evitar o reducir a límites razonables la criminalidad; por ello, su concepción del Derecho penal es eminentemente preventivo: prevenir y evitar el crimen, de lo que deriva que el fin de la pena no puede ser retribuir o castigar, sino prevenir nuevos delitos.

Na medida que a sociedade cresce, os crimes aumentam em quantidade e, por vezes, em novas metodologias e brutalidade, como consequência do avanço, isso faz com que a coletividade se sinta cada vez mais insegura, levando o poder regente a buscar medidas, ainda que meramente alegóricas, de atenuar este sentimento, onde, intuitivamente as pessoas, clamam por uma retribuição mais áspera não somente ao delito, mas para o delinquente, acreditando que uma maior reprimenda tem o liame de combater a criminalidade, nesse sentido, Rossatto (2012) aduz que:

Existe um grande clamor social pela atuação do direito penal, o qual decorre principalmente da impossibilidade do controle através dos outros meios, podendo ser afirmada aqui a incompetência política de gestão. Pode-se perceber que toda essa dificuldade de controle dos novos riscos apresenta-se nas propostas de expansão do direito penal.

Esta expansão, vista por alguns como um direito penal de emergência (VELAZQUES, 2005), vai contra os postulados de uma política criminal justa, para esse fim, efetua “remendos” ou acrescenta a crimes já existentes uma maneira qualificada, e, em outros casos, endurece a pena para dizer as pessoas que os seus bens jurídicos violados serão “vingados”, porém, não passando de uma sensação, dificilmente concretizada na realidade, como arremata Oliveira (2008 p. 5055):

Nada obstante, o tratamento ministrado ao delito vem se mostrando altamente populista e ineficaz. Contempla-se o delito com um enfrentamento formal, simbólico e direto entre dois rivais – o Estado e o infrator -, que lutam entre si solitariamente, como lutam o bem e o mal, a luz e as trevas. Neste duelo, o grande perdedor é o Estado Democrático de Direito que se vê obrigado a se curvar frente a interesses oportunistas e eleitores de legisladores inabilitados a discutir juridicamente e com parcimônia a questão criminal.

O expansionismo, neste aspecto, é visto como um material simbólico a fim de agradar a população, com o fito subjetivo dos detentores do poder, em que estes consolidem a sua visão fazendo uma alegoria de que estão dando corpo a vontade social (CHOMSKI, FOUCAULT, 2014), mas na realidade possuem objetivos eleitorais, ou, obscuros para a grande maioria da sociedade.

Significando que a inflação legislativa não é um evento isolado, mas desejado e utilizado com bastante frequência, e seu efeito simbólico, é um elemento consciente, senão a finalidade preponderante.

2.3 DAS POLITICAS CRIMINAIS

De forma despreocupada, pode se afirmar que, é a política criminal é uma sistemática que estuda o Direito Penal, com finalidade de apontar seus defeitos, acertos e propor alterações, isso é, um conjunto sistemático de princípios e regras, que o Estado se vale, para definir os rumos da dogmática penal ou até mesmo traça-os de forma a corresponder as necessidades do agrupamento social, Nucci (2019, p. 80), que reforça o conceito nas seguintes linhas:

Para uns é ciência; para outros, apenas uma técnica ou um método de observação e análise crítica do direito penal. Parece-nos que política criminal é um modo de raciocinar e estudar o direito penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como visando à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento.

Mir Puig (2014, p. 3), ainda vai além com os seguintes dizeres: “Todo Direito penal responde a uma determinada Política criminal, e toda Política criminal depende da política geral própria do Estado a que corresponde”. Ainda que o poder punitivo estatal seja limitado pelo Direito Penal, há autores que versam sobre utilizar-se deste ramo com uma guisa mais interventiva não somente para garantir a proteção dos bens jurídicos mais relevantes (JAKOBS, 2010), mas com fito central de proteger o cidadão, com forma de prevenir futuras

práticas delitivas de maneira a coibir a prática criminosa, (que reforça a posição de Mir Puig no que tange a reflexo ideológico político) (MARCONDES, HULSE, 2020).

Pois ao traçar crimes e cominar sanções, não somente respeita o cidadão, mas também o coage a agir em conformidade com lei penal e não contra ela, e um intervencionismo penal, teria em tese a capacidade de influir a uma prevenção de crimes, criminalizando o indivíduo, antes mesmo do cometimento do ilícito, e trazer tal pensamento para uma seara mais coletivista (em detrimento do Direito Penal Clássico, de caráter individual), norteia tal atuação (preventiva), que para alguns é mais eficaz, ainda que torne-se cada vez mais interventiva e punitivista, Lima (2018), apresenta o seguinte referindo-se a temática em detrimento do expansionismo:

Normas penais surgem para fazer a tutela eficaz. À medida em que a sociedade se torna mais complexa, a necessidade de intervenção punitiva, com razão, se expande. O Direito Penal tradicional tutelando valores individuais, enquanto o Direito Penal Econômico protegendo bens supraindividuais

Batista (2003, p. 23), por sua vez, afirma que “A política criminal é o substrato do pensamento dos Poderes de Estado para o combate à criminalidade.” O pensamento da autora corrobora com o de diversos outros, pois, para estes, o Direito Penal representa não uma proteção, mas um meio pelo qual o Estado deve combater o crime, seja como for.

Libe (2006, p. 437-438), em seu estudo sobre o pensamento de Claus Roxin, pontua o seguinte referente ao tema:

Para ROXIN la pena, ultima ratio en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, presenta fines preventivos generales y especiales, y en su Concepción humanitaria llega a propugnar la adopción de medidas político-criminales tendentes a la sustitución de la pena de prisión por otras que supongan una menor injerencia en las personas —y por otra parte no menos eficaces que la misma en orden a la prevención—, en el caso de delitos menos graves y leves, centrando su atención, al mismo tiempo, en la necesaria atención a la víctima del delito y en la reparación del daño.

As políticas-criminais possuem grande gama de atuação, entre elas está a de não adentrar gravosamente na esfera pessoal do infrator, optando-se por maneiras de reparar o dano causado, de forma mais voltada ao sentimento de satisfação da vítima, não somente para o Estado e sociedade, não servindo, a pena, somente como forma de revalidar o poder do Estado, mas como forma reparadora direta ou indiretamente para os lesados, (LIBE, 2006).

Além disso, atuam de forma a prevenir novas reincidências, porquanto, com uma admoestação não estigmatizante, o indivíduo pode absorver o caráter pedagógico da pena, e evitar a prática de novos delitos.

2.4 DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Adentrando, inicialmente, em um patamar histórico frente ao princípio da intervenção mínima, Nucci (2020), demonstra que tem-se como origem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8º instituiu que a lei só deve prever penas estritamente e evidentemente necessárias, por isso alguns denominam como princípio da necessidade.

Fazendo breves apontamentos, no que se refere ao princípio da intervenção mínima, princípio este que se concerne a atuação estatal (NUCCI, 2020), nota-se que a lei penal não deve ser vista como a primeira opção para reprimir condutas (*prima ratio*), sendo justamente o inverso, dado que deve-se tentar coibir condutas com sustentáculo na lesividade, podendo recorrer a esferas menos gravosas que o Direito Penal, pois a este deve se reservar condutas com lesividade a bens jurídicos essenciais para a vida em comunidade, como bem pontua Garcia (1995, p. 35) que “o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade”.

Significa que o Direito Penal atua de maneira minimalista, ou seja, sua atuação deve respeitar determinados parâmetros de maneira a ser o menos invasivo possível na convivencialidade dos cidadãos, garantindo mais a liberdade que o encarceramento (NUCCI, 2020), vez que sua atuação na retirada da primeira, deve estar adstrita a bens jurídicos relevantes para a sociedade, o que de sucedâneo, garante o prestígio das leis penais.

Isso ressalta o caráter subsidiário do Direito Penal frente aos demais ramos, na ineficácia de proteção do bem jurídico por determinado ramo, adentra-se no Direito Penal para inseri-lo e assim dar maior ênfase em sua tutela, diante disso, Masson (2017), nomeia o Direito Penal como “soldado de reserva”.

Para o referido princípio, o Direito Penal só deve atuar quando houver lesividade, não para refletir concepções ideológicas do poder dominante e de seus detentores, mas para

salvaguardar a liberdade dos cidadãos, sendo o encarceramento algo excepcional, Machado (2012, p. 113) defende que:

Na verdade, na mais recente definição de bem jurídico, independentemente da diversidade de formulações, o ponto de partida é o de que o bem jurídico possui natureza social e o de que o direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidades transcendentais [...] premissa de base continua a ser a de que o hodierno Estado de direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, daqui se deduzindo, ainda mais uma vez, que a pena estatal não pode ser legitimamente aplicada para impor o mero respeito por determinadas concepções morais. Desta orientação axiológica do sistema constitucional derivaria, pois, um princípio vinculante de política criminal: o direito penal tem por função apenas preservar as condições essenciais a uma pacífica convivência dos indivíduos-cidadãos, só nesta medida logrando, pois, legitimidade a intervenção jurídico-penal

O Estado não deve se preocupar com conduta insignificantes cuja a lesão ao bem jurídico possa ser solucionada por outra área, levando a questão do princípio da fragmentariedade, cuja a discussão doutrinaria se divide em sua autonomia frente aos demais, ou sendo um princípio corolário ao da intervenção mínima (NUCCI, 2020). Nucci, optando-se por este último posicionamento, esclarece que o referido princípio adentra na seara da ingerência mínima, vez que se consubstancia na não intervenção do Direito Penal em todas as lesões, ocupando-se somente das lesões mais gravosas e não com todas.

Nucci (2020) vai além, ao trata-lo como sinônimo princípio o da ofensividade, onde o Direito Penal deve atuar com maior eficiência e não em mais delitos, como verifica-se a seguir:

[...] o princípio da ofensividade (ou lesividade), outro consectário da intervenção mínima, demonstra ser indispensável a criação de tipos penais incriminadores, cujo objetivo seja eficiente e realístico, visando à punição de condutas autenticamente lesivas aos bens jurídicos tutelados. (NUCCI, 2020, p. 78).

Tal princípio é importantíssimo para os Estados não totalitários, vez que uma das características destes é moldar a vida de seus cidadãos de maneira extremamente interventiva, utilizando-se do Direito Penal para punir a menor das condutas que afronte a ideologia dominante dos detentores do poder (MASSON, 2017).

Recorrendo novamente as palavras de Masson (2017), que aponta serem os principais destinatários legisladores e interpretes do direito, o primeiro no que tange a criação de normas, credibilizando o Estado como atuante em prol da proteção de seu povo, todavia, respeitando a liberdade das pessoas com uma atuação menos invasiva possível, o segundo

para dar maior ou menor efetividade para a norma, não devendo este segundo recorrer ao direito penal quando puder resolver determinada situação concreta em outra seara menos gravosa e invasiva, correspondendo a tutela ao ato lesivo de acordo com a proporcionalidade.

Rosa e Carvalho (2017, p. 8), contribuem com a seguinte afirmação quanto a (não) intervenção estatal:

Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir além do necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica. De modo que, qualquer intervenção nessa área deve ser proporcional, obediente à dignidade humana e à igualdade, uma vez que, o bem jurídico tutelado deve ser tão importante, ou mais, do que a liberdade que será cerceada com a intervenção da ingerência penal

Com isso, é possível visualizar uma atuação quase que ignóbil do Direito Penal na regulação da sociedade quanto a suas condutas lesivas a bens jurídicos, vez que se determinada conduta puder ser resolvida em outra seara, não há motivo para se utilizar deste ramo, permitindo que ele atue com maior ênfase em condutas mais gravosas, (NUCCI, 2020), mas, no que se refere ao Direito Penal, mesmo diante de uma lesividade. E, ainda que haja leis que cominem em reclusão ou detenção (retirando a liberdade), por vezes é possível “barganhar” com o Estado, para que se pondere em diversos seguimentos e aplique-se uma penalidade não tão gravosa, tais como multa e restritiva de direitos (MASSON, 2017).

A possibilidade de aplicar penas alternativas a privativa de liberdade é um dos postulados de política-criminal, que tem, entre outras, a finalidade de não encarcerar aqueles cuja a conduta não foi minimamente lesiva (MASSON, 2017).

Embora a norma determine prisão, a própria norma permite que as permutas sejam amplamente utilizadas como alternativa ao encarceramento, pois a pena privativa de liberdade trata-se de uma forma mais acentuada de punir, Lazari e Junior (2017, p. 63), ao associar o funcionalismo de Claus Roxin com o princípio da intervenção mínima, tecem o seguinte comentário ao sistema finalista:

Numa análise da teoria de Claus Roxin, essa se apresenta como uma síntese entre o pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos). Defende-se, assim, que o Direito Penal somente deve atuar nos casos em que o bem jurídico venha a ser violado, de modo que se não for, deverá ocorrer à incidência do princípio da insignificância como forma de excludente material de tipicidade. Ademais, defende ainda que mesmo o fato sendo típico, ilícito e culpável, há outras formas mais eficazes e oportunas do que a sanção penal, por isso segure a inserção da necessidade de pena nos elementos do crime. Cabe a essa teoria a ideia de entender para que a pena funciona e se esta atinge sua finalidade, levando como base o princípio da intervenção mínima, caso a caso.

Posto que isso exprime que, o Direito Penal, para melhor atender a sua finalidade, não deveria ser instrumento legislativo para satisfação de uma eficiência penal acima de tudo, iniquamente como guisa, não dos fins da pena, mas arremates alheios a este, em que a satisfação populacional em ter cada vez mais leis se sobrepõe sobre as políticas-criminais.

2.4.1 Teoria abolicionista no Direito Penal

O termo abolição ou abolicionismo, a princípio é visto com qualidade negativa, por propor uma alteração na sistemática em que já estar-se inserido e acostumado, como foi com a abolição da escravatura, em que a sociedade da época estava acomodada e habituada com a ideia de escravizar outro ser humano com a finalidade de facilitar o seu modo de viver, todavia a história mostrou que o termo possui, na realidade, uma carga positiva, como é perceptível tanto com a abolição da escravatura, como a abolição de castigos corporais, no que tange ao Direito Penal, especificamente, Crespo (2004, p. 3), pontua excelentemente o seguinte:

O pensamento abolicionista em sentido amplo é o nome que se dá, principalmente na Europa ocidental, a uma corrente teórica e prática que efetua uma crítica radical de todo o sistema de justiça penal e sugere a sua substituição. Podem ser mencionados como precedentes do atual abolicionismo, em primeiro lugar, o movimento para a abolição da escravatura nos Estados Unidos, que se inicia no último terço do século XVIII, momento no qual com a introdução da ideia de indivíduo como sujeito da história é entendido como um movimento moral. Em segundo lugar, temos o movimento de abolição da pena de morte, e também desde o século XIX a corrente para a abolição da prostituição. Também não pode ser esquecido o movimento abolicionista dos castigos corporais, cujo êxito trouxe como consequência o nascimento da instituição carcerária, que é precisamente o alvo fundamental dos atuais movimentos abolicionistas.

A corrente teórica abolicionista apregoa que o sistema penal atual está falido, a tal ponto que não tem a capacidade de ressocializar ninguém, somente estigmatizar o indivíduo apenado, o que para os defensores do abolicionismo somente exorta a prática delituosa (SOTO, 2011), desta forma tem como premissa central o total abandono do sistema de justiça atual, que nas palavras de Estefam e Gonçalves (2020, p. 60-61) é:

O abolicionismo penal é um movimento que tem como premissa a conclusão de que o sistema penal encontra-se falido e de que a pena não ressocializa o infrator, e sim o estigmatiza perante a coletividade. Os seguidores deste movimento argumentam, ainda, que a pena privativa de liberdade, além dos altos custos inerentes à sua implantação e manutenção, atua como verdadeira “escola do crime”, agravando a questão da criminalidade.

Bem, como diversas correntes teóricas, esta se subdivide em duas linhas principais, uma moderada que apregoa a descriminalização de condutas menos lesivas, ou seja, delitos leves de gravidade social ignóbil, com a ação de métodos pedagógicos, indenizatórios, e de conciliação, para seus defensores, tais recursos surtiriam maiores efeitos positivos no combate a criminalidade, já no que se refere a delitos mais graves a adoção de penas alternativas a privativa de liberdade, por considerarem que muitos indivíduos ao adentrarem no sistema, além de se tornarem estigmatizados pelas instituições, as prisões são centros de aprendizagem e desenvolvimento criminoso e não ressocializativo, Estefam e Gonçalves (2020, p. 61), esclarecem que:

Dentro de uma linha mais moderada, o abolicionismo defende a descriminalização de condutas ilícitas de menor gravidade, em relação às quais deveriam ser adotados métodos conciliatórios, indenizatórios e pedagógicos, e a adoção de penas alternativas em relação aos delitos mais graves, em substituição às penas privativas de liberdade.

Já na vertente radical da teoria abolicionista, cujo o objetivo é obliterar todo o sistema de justiça com a justificativa de que a criminalidade é fruto do mesmo, Crespo (2004 p.3) argumenta que:

No caso do pensamento abolicionista o método é a luta pela abolição de todo o sistema penal, e o objeto é o que precisamente busca eliminar. Da perspectiva da teoria do conhecimento "a teoria abolicionista se encontra dentro de um contexto epistemológico que pode ser caracterizado pela sua atitude não positivista ante o conceito de verdade". Com efeito, para o abolicionismo a maneira de aproximar-se da verdade consiste na crítica permanente do que está mal, sem pretender em nenhum momento uma reconciliação entre o intelecto e o status quo.

O viés mais radical do abolicionismo, crê, que o sistema como um todo foi idealizado para o mal, ou seja, seu caráter retributivo ao injusto causado, desta forma não é possível

conceber isso dentro de um sistema humanitário algo cuja as raízes permeiam esse pensamento punitivo, ainda, nas palavras de Crespo (2004, p. 3), ao citar a motivação dos defensores do abolicionismo:

Entendem que o sistema penal está especificamente concebido para fazer o mal, que é uma resposta violenta e publica suscetível também de incitar a violência, e que ademais é uma instituição que cria e alimenta de modo falso a ideia de poder proporcionar as vítimas ajuda e proteção efetivamente. O pensamento abolicionista radical reclama um entendimento totalmente diferente do universo penal a partir de três ideias: O dano e a sua compensação, os conflitos interpessoais, e os acordos no processo penal, reivindicando a devolução do conflito aos seus protagonistas e a recuperação da vítima com parte deste em todo caso, as teorias abolicionistas, como propostas radicalmente alternativas ao Direito Penal, não tiveram êxito nem é provável que tenham no futuro, dado que não parece que os Estados estejam dispostos de alguma maneira a renunciar ao uso do direito penal, mas sim todo o contrário, promovendo cada vez mais a sua expansão.

Apesar de ser composto por um ideário teórico interessantíssimo, muitos autores apontam que o sistema abolicionista, seja em sua vertente radical ou moderada, teorias puramente utópicas, vez que a aplicação de sanções leves, ou sua não aplicação, poderia acarretar em um incentivo para a prática criminal ou até mesmo a retomada da vingança privada vez que o sistema punitivo, em alguns casos inexistirá, reforçando o sentimento de injustiça, como bem explica Nucci (2020, p. 519), “O abolicionismo é uma utopia, impossível de ser praticada nos dias de hoje, pois a sociedade não tem preparo para desfazer-se das normas e sanções penais, que ainda representam forma eficiente de controle geral”.

Esse posicionamento denota em dois predicados, um primeiro que sinaliza a dependência da sociedade para com as normas e das sanções, e um segundo que consiste na necessidade, ainda que momentânea, em manter-se amparado neste sistema legislativo, utilizando-se ainda que simbolicamente, de uma percepção de atuação do Estado para com a criminalidade por meio das leis.

Estefam e Gonçalves (2020, p. 61), reafirmam o explanado com o seguinte:

As críticas feitas a esse movimento são muitas, já que a prática quase nunca reflete as expectativas dos teóricos sendo muito provável que a adoção do abolicionismo provocasse um severo incremento da criminalidade como consequência de sanções brandas demais em alguns casos e até mesmo da total ausência de punição em outros, o que poderia, inclusive, gerar revoltas e até mesmo o retorno da vingança privada.

Para os seus defensores, todo o aparato estatal (leis, justiça, polícia e etc.) contribuem para que se perpetue a criminalidade, a versão radical opta pela abolição de todo o sistema,

para os moderados a abolição de tipos e de penas de delitos vistos como menos graves e meios alternativos de punição com ensejo de não estigmatizar os “apenados” (CRESPO, 2004).

Em ambas as correntes, nota-se que é inviável a adoção do sistema abolicionista, não somente pela confiança exacerbada que a população deposita nas leis, mas, também, pelo Estado não se colocar em posição de se desfazer delas como mecanismo de controle social, e de validação do poder estatal.

3 DA DOGMÁTICA PENAL

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A história da civilização humana está fortemente ligada ao Direito, isso torna-se mais expressivo quando trata-se do Direito Penal, pois este esteve presente desde os primeiros contatos humanos, seja interno (no próprio grupo) ou externo (outros grupos), como o próprio Masson (2017, p. 126) afirma em seu estudo que “Pode se afirmar, com segurança, que a história da pena e, conseqüentemente do direito penal, embora não sistematizado, se confunde com a história da própria humanidade.”

Ainda que não consciente ou normatizado expressamente, o ser humano primitivo estabeleceu regras mínimas para conviver em grupo, vez que um ou vários indivíduos quebravam essas regras havia uma penalização, que é chamada neste início de vingança.

Malinowsk (1995) traz, que, ainda que a sociedade de determinado período seja chamada de “primitiva” ou “selvagem”, não significa que seja totalmente livre de normas que regulem o convívio de seus componentes.

O selvagem se converteu não só em um modelo de cidadão cumpridor da lei, mas também se tomou como axioma que, ao submeter-se a todas as regras e limitações de sua tribo, o selvagem não faz mais do que seguir a limitação natural de seus próprios impulsos. [...] sente uma reverência profunda pela tradição e aos costumes, assim mostra uma submissão automática a seus mandatos. Os obedece ‘como um escravo’, ‘cegamente’, ‘espontaneamente’, devido a sua ‘inércia mental’, combinado com o medo da opinião pública ou de um castigo sobrenatural. (MALINOWSK, 1995, p. 27-28).

Pode se afirmar então, que, se uma sociedade é definida por regras, as regras deram início a sociedade e desde que o homem passou a (con)viver em coletividade, sempre esteve presente a ideia de punição pela prática de atos que atentassem contra algum indivíduo, isoladamente, contra o próprio grupo social, ou contra as entidades transcendentais as quais o agrupamento cultuava (MASSON, 2017).

Essa punição não era originária de leis formais (que não existiam naquela época), mas sim de regras costumeiras, culturais, destinadas a satisfação de um sentimento inato de justiça, e, também, com a finalidade de preservar o próprio corpo social, pois as “regras”, ainda que não postas, determinava a pacificação do grupo social (MASSON, 2017).

Percebe-se que essas regras de convivência, durante grande parte da história humana, não foram resultado de postulados democráticos, mas sim de interesses individuais dos mais fortes sobre os mais fracos, pois as sociedades primitivas eram hierarquizadas desta maneira, fortes dominando os fracos (MALINOWSK, 1995).

O período das vinganças, ainda que não uniforme, visto que verifica-se que devido a cada sociedade ter evoluído de certa maneira, constata-se que enquanto umas já adotavam um “novo” modelo penal, outras ainda permaneciam com o anterior, ficando alheia a evolução dogmática penal, ainda sim, o Direito Penal pode ser dividido em três, vingança divina, vingança privada e vingança pública, como bem aponta Noronha (1973) que:

Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado.

Como já apontado, não foi algo uniforme e nem houve uma ruptura cronologicamente definida e igual em todo o mundo de um sistema punitivo para o outro, mas observa-se uma certa evolução nas “vinganças de sangue” no que se refere a forma de punir, de quem deve punir e do porquê da punição.

O que difere o período das vinganças do período humanitário, entre outras distinções, é a forma em que cada uma punia, pois a vingança centrava a punição no corpo do condenado, pensamento que só abandonado no período humanitário, onde os novos pensamentos iluministas abdicaram da violência contra o corpo, passando a almejar algo além da punição pela punição (FOUCAULT, 1983), pois a violência nos períodos da vingança é de um caráter extremamente desproporcional a lesão, tendo como enfoque flagelar o transgressor, como bem aponta Felippo Gramatica (2002, p. 10):

As tribos primitivas, uma vez esgotada a zona onde viviam, na luta pela sobrevivência própria, eram impulsionadas pelo instinto de conservação da espécie a mudar-se a outros lugares e a buscar alimentos. Quando encontravam outros grupos ou aglomerações, havia sempre o conflito, não se podendo estabelecer com precisão quem vencida a luta: o grupo vencedor exterminava o vencido ou disponha dele a seu bel-prazer. Demonstrava mais valor o grupo que fazia mais vítimas que o outro, surgindo a ‘faculdade’ de apropriar-se de mais escravos e do melhor saque. Surge o embrionário conceito de propriedade e a referida ‘faculdade’ transformou-se em ‘direito’; e o direito, para ser defendido, necessitou de uma tutela, denominada norma, moldando, finalmente, o castigo e, também, a ‘pena’.

As vinganças de sangue possuíam diversos objetivos no transcorrer da história, o que pode ser chamado de evolução, entretanto o alvo principal das punições eram o corpo humano, e não é por mero acaso que são chamadas de vingança de sangue, porquanto a desproporcionalidade e violência com que agiam para punir era constantemente satisfeita com o sangue do infrator, ou se seu grupo.

3.1.1 Vingança Divina

Este sistema tinha como principais fundamentos dois elementos, “totens” e “tabus”, pois visualizavam a punição como uma necessidade divina e não social, caso contrario o grupo poderia vir a ser punido pela transgressão, por não regular as normas como algo consciente e causal, como afirma Masson (2017, p. 127), “Essa visão mágica e contraditória do mundo era nutrida pelos totens e tabus, os quais marcava presença nas diversas modalidades da pena, com nítido e singular caráter expiatório”.

Para Sigmund Freud (1999), totem era tudo aquilo que fosse objeto de veneração para determinado grupo, em maioria representado por um animal e raramente um objeto ou vegetal. Em geral o totem era um passado comum da tribo, algo ou alguém que marcou o imaginário de seus componentes, sua historia, e por isso digno de veneração, espírito este que protegia ou auxiliava, em contrapartida exigia que regras fossem cumpridas, e se não obedecidas “punia” o coletivo.

A significação do totem era algo comum a todos, arraigado de um profundo simbolismo para um grupo, não necessariamente compartilhado com os demais, por isso a sua punição, em grande parte das vezes, era conecta ao símbolo (FREUD, 1999).

Já tabus são as regras, como Masson (2017, p. 127) aduz que se tratam de “proibição dos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou dele se aproximarem em virtude de seu caráter sagrado”. Não era uma violação para com os seus iguais, mas com o transcendente, o sagrado instituído por ele que era o objeto violado, geralmente algo menos concreto, com grande carga axiológica para o grupo.

A violação dos tabus acarretava, na visão do grupo, em uma punição a todos, não restrita aquele que transgrediu, o que levava os componentes a buscar apaziguar a ira divina com uma punição exemplar a aquele que quebrou o tabu, fossem se afastando dele (expulsão do grupo), o que nos primórdios podia significar a morte, para que uma punição ocorresse

somente com o transgressor, ou a próprio comunidade o punia como forma de antecipar-se ao castigo do ser transcendente e como forma de executar sua vontade.

Masson (2017), corrobora ao apontar que uma das principais penas aplicadas neste período era a expulsão do individuo do grupo, pois aquele que se tornava inimigo dos deuses, estes se tornavam inimigos do grupo, e está exclusão acarretava em morte por aquela pessoa não conseguir viver fora de um grupo a mercê das demais “tribos”.

Como bem apresenta Nucci (2020, p. 114), se “Não houvesse a sanção, acreditava-se que a ira dos deuses abrangeria todo o grupo”, isso na relação totêmica, instituiu a punição quando houvesse a quebra de algum tabu (proibição sagrada, ligada às religiões primitivas), desta forma, o sustentáculo da punição era, a priori, a vontade do transcendente, e indiretamente, a proteção do grupo deste ser transcendente.

Daí que se origina o termo “vingança divina” devido a crença dos seus praticantes, que caso não punissem severamente aquele que transgrediu o totem ou o tabu, o grupo sofreria uma vingança pelas entidades protetoras, seja por meio de uma colheita ruim, tempestades e etc. A relação do homem primitivo com seu meio ainda era de estranhamento, dando nuances sobrenaturais a eventos que hoje compreendemos como naturais.

Embora tais sociedades vistas como primitivas não possuam uma organização tão tangível quanto a atual, ainda sim possuíam um grau de hierarquização, e como o povo antigo tinham uma reverencia gigantesca para com o transcendente, o sacerdote era a representação de sua divindade, este em muitas sociedades era o responsável pelo caráter penalístico, ou seja, incumbido de acusar e até punir aqueles que eram vistos como transgressores, como bem elucida Brandão (2019, p. 3).

Na sociedade primitiva, o Direito Penal tinha um caráter sacerdotal e teocrático. Essa confusão entre Direito Penal e religião é própria da cultura da época, na qual todos os valores, quer políticos quer religiosos, bem como todas as normas da ética e da honorabilidade popular formavam um conjunto entrelaçado⁶. Isto posto, a aplicação da pena era feita pelos sacerdotes visto que o crime era sempre a violação das normas sagradas. Deve-se salientar que o sacerdote gozava de ampla competência penal, porque funcionava como intermediário entre os homens e a divindade; ao aplicar a pena o sacerdote evitaria a ira desta, elidindo o seu castigo sobre o grupo humano.

Brandão continua (2019) apontando o quanto a quebra de um tabu para a sociedades primitivas era algo visto como grave, digno de ser punido, pois a reverencia que tinham para com as normas era religiosa, ou seja, acreditavam que estas eram a vontade de seus deuses, e associando qualquer evento que ocorresse, como a punição do transcendente, crendo que o

castigo infligido sob o culpado pelo sacerdote, ou até mesmo pelo grupo, era capaz de evitar uma cólera derramada sobre a tribo.

A pena primitiva era ligada a violação do tabu. Essa palavra, de origem polinésica, significava a um só tempo o sagrado e o proibido. Os tabus, enquanto proibições de caráter mágico ou religioso, eram leis dos deuses que não deveriam ser infringidas para não retirar o poder protetor da divindade. A sociedade primitiva acreditava que a violação do tabu deveria ser punida neste mundo, e não no mundo existente “após a morte”. Quando um tabu era violado a ira da divindade poderia recair sobre a tribo, causando malefícios a todos os seus membros. A pena primitiva, portanto, tinha por função afastar a ira da divindade e garantir a continuidade do bem estar dos habitantes da tribo que se abstinham de violar o tabu. (BRANDÃO, 2019, p. 4).

A violência, por vezes aplicada na pena, não pode ser vista somente como uma expressão da selvageria sem uma vontade específica, mas como uma exarcação ritualística com ensejo de aplacar a ira dos deuses sobre a tribo, Brandão (2019) explica que na visão de Hans von Henting, a pena é aplicada ao criminoso de maneira ritualística e violenta, não apenas por ser no sentido em si, mas com uma finalidade de protecionismo da tribo, como se demonstrassem a sua reverencia ao sua entidade na figura do sacrificado, cuja a finalidade do ritual era que a oferenda fosse aceita, por isso a violência, ainda que organizada, tinham um caráter desproporcional com o crime cometido.

[...] todos os ritos que acompanham a execução de uma condenação à morte na sociedade primitiva pode-se encontrar um traço evidente da transformação de um sacrifício humano em uma punição jurídica: os deuses ameaçadores, dos céus, castigarão não somente aquele que cometeu o crime, mas toda a tribo; a pena evitaria o castigo sobre a tribo, tornando-se um meio de sua defesa em face do perigo comum. O criminoso, portanto, por ser um inimigo dos deuses da tribo, tornava-se um inimigo da própria tribo. (BRANDÃO, 2019).

O transgressor, neste período, já ostentava o signo de inimigo, pois aquele que violava uma normativa divina, violavam e afrontavam os deuses, sendo, portanto, inimigos destes e de seus protegidos, o que legitimava a punição.

3.1.2 Vingança Privada

A modificação de paradigma da fase anterior para a vingança privada defenestra os totens e tabus como cerne da discussão da legitimidade, colocando o direito de retaliação do ofendido, seus parentes ou seu grupo como legitimador da punição, seja contra o próprio transgressor ou sua comunidade, pois neste sistema o vínculo não é frente a uma abstração no

passado dos indivíduos (totens e tabus), mas se refere a um vínculo sanguíneo, como aponta Nucci (2019, p. 114). “O vínculo totêmico (ligação entre os indivíduos pela mística e mágica) deu lugar ao vínculo de sangue, que implicava a reunião dos sujeitos que possuíam a mesma descendência”. Nesse novo sistema, a preponderância era a proteção dos consanguíneos, o que justificava a pena neste momento aplicada por seus parentes, caso o próprio ofendido não tivesse como executá-la.

Se na sistemática anterior a punição tinha como principal objetivo apaziguar os deuses, o que é superado pelo sentimento de necessidade de justiça da comunidade afrontada, não obstante, as punições permanecem carregadas de violência e desproporção, na realidade, ainda mais bestiais, pois abandona seu atributo ritualístico, passando a ser muito mais irracional e brutal (MASSON, 2017).

Muitos autores apontam que neste período é mais correto falar em um não Direito Penal, vez que este ramo do Direito não é apenas algo sancionador e penalizador, mas garantidor, cuja busca, entre outras, é a proteção dos bens jurídicos essenciais para que assim seja possível uma convivência harmônica e pacífica, ao mesmo tempo em que garante aos indivíduos o protecionismo do próprio Estado, entre estes autores está Nucci (2019, p. 115), que defende o seguinte:

Falar de direito penal, nessa época, é o mesmo que especular e apontar um não direito, pois inexistiam regras precisas, nem protetoras dos direitos individuais. Prevalcia a lei do mais forte e, quando agrupados em tribos, do mesmo modo era a vontade do chefe supremo a ditar as sanções e, pior, o que seria crime modo que se estava bem distante daquilo que, hoje, denominamos direito penal.

Isso se dá pela subjetividade de tal período, pois o que era “transgressão” não mais se pautava por algo conhecido, mas sim por aquilo que o mais forte definisse como violação, caso se sentisse afrontado, utilizava-se da força para punir aquele que o ofendeu, não havendo, portanto, um limite definido, algo que norteasse a conduta (BRANDÃO, 2019).

A concepção de Direito Penal vigente na atualidade, para Damásio de Jesus (2017, p. 47), o termo é algo recente, tendo sido chamado de “Direito Criminal pelo Código Criminal de 1830 por se relacionar mais ao crime do que com a pena, mas outros também denominam como Direito Protetor dos Criminosos, Direito de Defesa Social, Princípios de Criminologia e Direito Repressivo”.

Aprecia-se, desta maneira, que a noção de Direito Penal como algo que irá proteger o cidadão, não somente de outros conviventes, mas, do próprio Estado, é recente, pois há um

estabelecimento de regramento básico de maneira antecedente a ser seguido, não adentrando em subjetivismo do mais forte, mas em um objetivismo positivado.

Porém essa noção atual de Direito Penal não se aplica na vingança privada, neste sistema inexistia um conceito aclarado de crime, muito menos de pena, o “Direito Penal” neste período não protegia o cidadão, mas o grupo, a visão de comunidade era maior, por isso na busca da pacificação do grupo a pena atingia não só o transgressor, mas todos aqueles que de alguma maneira relacionavam-se com ele, desta forma, dando sustentáculo para que a comunidade da vítima atuassem como juízes e carrascos, aplicando a pena, pois em tese a violência também era contra o grupo.

3.1.3 Vingança Pública

A vingança publica surge, não menos violenta que os demais sistemas, mas acontece que neste período o ofendido altera-se para a figura do soberano, não mais uma vítima cujo o bem jurídico foi ferido.

Em razão de ser o príncipe o criador das leis e legitimado para tanto, ao infligir a norma, é como se atacasse diretamente o soberano, dado que as leis eram vistas como o “corpo do rei” (FOUCAULT, 1983).

Diante disso, a punição era, a um mesmo tempo, como uma demonstração de quem o criminoso havia ofendido, e um reflexo do crime.

No livro *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault (1983), tem-se um relato pormenorizado de como se dava o chamado suplicio, forma de punição ao transgressor que é uma espécie de Talião, vez que impunha como castigo um “espelhamento” do próprio crime, como o segue o apanhado do referido livro:

Uma criada de Cambrai, que matara sua senhora, é condenada a ser levada ao lugar do suplício numa carroça usada para retirar as imundícies em todas as encruzilhadas; lá haverá uma forca a cujo pé será colocada a mesma poltrona onde estava sentada a senhora Laleu, sua patroa, quando foi assassinada; e sendo colocada lá, o executor da alta justiça lhe cortará a mão direita e em sua presença a jogará ao fogo, e lhe dará imediatamente depois quatro facadas com a faca utilizada por ela para assassinar a senhora Laleu, a primeira e a segunda na cabeça, a terceira no antebraço esquerdo, e a quarta no peito; feito o que, será pendurada e estrangulada na dita forca até à morte; e depois de duas horas seu cadáver será retirado, e a cabeça separada ao pé da dita forca sobre o dito cadafalso, com a mesma faca que ela utilizou para assassinar sua senhora, e a cabeça exposta sobre uma figura de vinte pés fora da porta da dita Cambrai, junto ao caminho que leva a Douai, e o resto do corpo posto num saco, e enterrado perto do dito poste, a dez pés de profundidade. (FOUCAULT, 1983).

Foucault (1983), esclarece que a penalização não era fundamentada em uma selvageria desmedida, apesar do caráter manifestadamente punitivo, e claramente brutal, não obstante o que diferencia é a sua “organização”, como numero de chicoteadas, partes a serem atezadas, por quanto tempo o individuo sofreria o suplício até ter a vida ceifada. Isso demonstra que há uma, pequena, porém, distinção com as fases anteriores, como bem acentua Masson (2017, p. 129) “A finalidade dessa fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito penal então vigente”.

Além do mais, a vingança pública é assim denominada não somente pelo Estado na figura do soberano chamar para si o “ius puniendi”, mas pelo fato de que este ato de punir torna-se uma maneira de defender o soberano Foucault (2014).

Reunindo-se a isto, o suplício era uma espécie de atração para a sociedade, onde todos da localidade compareceriam ao local e hora determinados, inclusive anunciados pela imprensa local, para assistir o “espetáculo de sangue”, sendo uma maneira de mostrar aos cidadãos que o crime foi punido, para que não cometam ilícitos, e, que o rei (mesmo não indo pessoalmente, se fazia presente pelo grande e ostensivo corpo de guardas uniformizados) era severo (FOUCAULT, 1983).

De certa maneira, como Foucault (1983, p. 88), revela, o “príncipe” se fazia presente em todas as punições ainda que não lá estivesse fisicamente, o grande número de guardas que lá estavam para manter a organização do suplício, representavam-no, como função primaria:

Ora, esse cerimonial meticuloso é, de uma maneira muito explícita, não só judicial, mas militar. A justiça do rei mostra-se como uma justiça armada. O gládio que pune o culpado é também o que destrói os inimigos. Todo um aparato militar cerca o suplício: sentinelas, arqueiros, policiais, soldados. Pois importa, evidentemente, impedir qualquer evasão ou ato de violência; importa prevenir também, da parte do povo, um movimento de simpatia para salvar os condenados, ou uma onda de indignação para matá-los imediatamente: importa igualmente lembrar que em todo crime há uma espécie de sublevação contra a lei e que o criminoso é um inimigo do príncipe. Todas essas razões — quer sejam de precaução numa determinada conjuntura, ou de função no desenrolar de um ritual — fazem da execução pública mais uma manifestação de força do que uma obra de justiça; ou antes, é a justiça como força física, material e temível do soberano que é exibida. A cerimônia do suplício coloca em plena luz a relação de força que dá poder à lei. (FOUCAULT, 1983, p. 88).

A vingança pública, era vista como eficiente, considerando que o Estado, na figura do soberano, possuía mais meios que seus antecessores, não obstante causou revolta, e em determinado ponto, com os ideais iluministas ganhando notoriedade na Europa do século XVII, iniciou-se uma transformação no pensamento referente a punição, o que sobrepujou a violência das penas aplicadas até então, tendo, entre outros, como um dos marcos preponderantes a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão), originada na Revolução Francesa, que, inebriada em ideais revolucionários cedeu diversos direitos as pessoas, entre estes, a presunção da inocência que tem como efeito uma alteração de paradigma.

3.1.4 Período Humanitário

Rompendo com o período violento antecessor, visto que as vinganças já não mais representavam o querer do ser humano, passou-se a um período em que as penas tornaram-se menos cruéis e de caráter menos punitivo, buscando que o castigo obtivesse algo além do que apenas retribuir e visualizando o ser humano no indivíduo condenado, o suplício deu lugar a pena de prisão, como explica Brandão (2019 p. 281):

É digno de menção se notar que a evolução da norma penal se deu com o distanciamento desta realidade: a norma penal procurou com o seu desenvolvimento valorizar a dignidade humana e romper com esse período de terror. Somente com a valorização da dignidade humana o Direito Penal passa a ser regido por um componente: a humanização.

Este rompimento se deu a diversos fatores, principalmente devido a divulgação de ideais de diversos pensadores daquele período, que ficou conhecida como períodos iluminista,

fazendo com que a população adquirisse aversão ao suplício que até então era admitida e até mesmo com um certo grau de participação popular nas punições, seja como expectador passivo do “espetáculo”, seja desempenhando algum papel ativo, como Greco (2017, p. 54) discorre acerca, com o seguinte explanado:

Até basicamente o período iluminista, as penas possuíam caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado. Os olhos eram arrancados, os membros mutilados, o corpo esticado até se destronar, sua vida esvaía-se numa cruz, enfim, o mal da infração penal era pago com o sofrimento físico e mental do criminoso. Sobretudo a partir do final do século XVIII, as penas corporais, aflitivas foram sendo substituídas, aos poucos, pela pena de privação de liberdade, que, até aquele momento, com raras exceções (a exemplo do que ocorria com a punição dos monges religiosos em seus monastérios, cuja finalidade era levá-los a refletir sobre a conduta praticada, ou ainda com as casas de correção criadas a partir da segunda metade do século XVI na Inglaterra = *housesofcorrectionebridewells*– e na Holanda – *rasphuis* para os homens e *spinhuis* para as mulheres), era tida tão somente como uma medida cautelar, ou seja, sua finalidade precípua era fazer com que o condenado aguardasse, preso, a aplicação de sua pena corporal.

Acresce a ideia de “expição” na pena, não mais punir para demonstrar a força de um soberano sobre seus súditos a fim de refletir em seu corpo o crime, mas o castigo passa a ter uma finalidade além, isso é, passa a visualizar a necessidade de recuperar o indivíduo (e a possibilidade disso) que transgrediu de uma forma não mais corpórea e cruel, que muitas vezes resultavam em morte, que, ainda nas palavras de Greco (2017, p. 54), demonstra que até mesmo na pena de morte há modificações para torna-la mais humana e menos sofrível.

Mediante um raciocínio jusnaturalista, passou-se a reconhecer direitos inatos ao ser humano, que não podiam ser alienados ou deixados de lado, a exemplo de sua dignidade, do direito a ser tratado igualmente perante as leis etc. Até mesmo no que dizia respeito à pena de morte, algumas formas de aplicação foram sendo aperfeiçoadas, com a finalidade de trazer o menor sofrimento possível ao condenado, como ocorreu com a utilização da guilhotina, sugerida por Ignace Guillotin, pela primeira vez no dia 25 de abril de 1792, que consistia em fazer com que a morte ocorresse rapidamente por meio de um golpe seco, produzido por uma lâmina afiadíssima e pesada, que pendia sobre a cabeça do executado. (GRECO, 2017, p. 54).

Não mais um espetáculo, ainda que a população estivesse presente, a pena diminui em elementos de sofrimento para o acusado, que devido a rapidez com que ocorria, mitigava enormemente uma possível sensibilização por parte da população, pois não mais havia uma ferocidade em aplicar a pena sobre o corpo do transgressor, Moreno Castillo (1997, p. 93), em sua obra sobre o pensamento de Beccaria, afirma o seguinte sobre o referido período.

O livro de Beccaria, da mesma forma que teve grande acolhida, também foi objeto de duras refutações e censura, entre as quais podemos mencionar as realizadas por Fachieri, que, em 1766, escreveu *Notas e Observações sobre um livro intitulado Dos delitos e das penas*, no qual imputa ao anônimo autor 23 acusações de impiedade e 7 de sedição, por opor-se às máximas das escrituras. Impiedade por ‘acusar de cruel a Igreja Católica’ e sedição por ‘tratar de cruéis a todos os Príncipes e soberanos do século [...]’. Também Mouyart de Vouglans publica *Refutações ao Tratado dos delitos e das penas*, em que sustenta que as propostas de Beccaria lhe parecem irrealizáveis, inimigas do sentido comum, da tranquilidade pública do Estado e da Religião.(tradução nossa).

Ainda que o contexto daquele período não favorecesse o pensamento iluminista, pois, muitas obras se contrastavam e até combatiam, baseando-se em critérios religiosos ou em verdades, naquele momento, vistas como universais, fossem científicas, filosóficas, que a igreja, que dominava o pensamento na época (MORENO CASTILLO, 1997), ainda sim houve um rompimento com o período das vinganças, abandonando, não por completo, mas com a crueldade e desproporcionalidade das penas, ainda que vagarosamente, sendo substituída, por um pensamento iluminista, mais humanista, voltando-se para a pessoa, não como ser a ser punido somente por transgredir, mas como alguém a ser recuperado (GRECO, 2017).

Mesmo em oposição ao pensamento dominante da época, Beccaria, entre outros pensadores, obtiveram sucesso em fazer uma leitura de sua realidade punitivista e expor ela de modo a influenciar que outros modificassem o pensamento quanto a pena e crime, como demonstra Greco (2017, p. 57):

O tempo passou e Beccaria foi reconhecido e louvado por ter escrito esse livro revolucionário, que evidenciava tudo o que de mais terrível ocorria na sociedade de sua época. Suas ideias refletiam o sentimento de um povo cansado de ser oprimido pelos governantes inescrupulosos, cruéis e corruptos, desprovidos de legitimidade para administrar a res publicae.

A doutrina maior defende que o período atual penal consiste no estado humanitário, pois os Estados Democráticos de Direito, regidos por Constituições, cede garantias a população a fim de limitar o poder punitivo estatal, e, na necessidade de punição, a fazem em respeito a postulados humanitários, sempre em vista de uma recuperação, independentemente do indivíduo ou do crime por ele cometido, curvando-se diante a dignidade da pessoa humana e outros princípios que tem como centro de discussão o ser humano. Neste ponto, nota-se uma guinada na discussão e conseqüentemente do paradigma fundamentador da dogmática penal, tomando como ponto de partida o valor da dignidade humana.

3.1.5 Período Criminológico

O período criminológico, é conhecido como o período mais intenso de estudo sobre o Direito Penal, surgindo diversas maneiras de pensar o crime, o criminoso, a reação social, inclusive a reação da própria vítima, isso é, uma análise não do sistema positivado, mas do Direito Penal como um todo, que, de acordo com os ensinamentos de Molina (2014, p. 59), “a atual denominação (criminologia) desta disciplina tem sua origem, ao que parece, no antropólogo francês Toppinard, se bem que somente adquiriu força graças à célebre obra de Garofalo, publicada seis anos depois, em 1885.”

Greco (2017, p. 85), ao tentar conceituar o que é criminologia afirma o seguinte:

Embora não se possa atribuir uma definição única ao termo *criminologia*, pode-se defini-la como uma ciência interdisciplinária que tem como objeto o estudo do *comportamento delitivo* e a *reação social*. Interdisciplinária porque, embora sugestivo o seu título – criminologia –, não somente as ciências penais se ocupam do seu estudo, sendo este, inclusive, mais aprofundado em outras áreas, a exemplo da sociologia, da psicologia, da psiquiatria, da antropologia, da medicina forense, dentre outras.

Em suma, neste período, a criminologia alçou teorias, que por sua vez, influenciaram e influenciam severamente o ordenamento penal, sendo inclusive uma maneira de se aplicar políticas criminais a depender de viés ideológico que se adota para determinado local e tempo.

Ainda, nas palavras de Greco (2017, p. 86):

No que diz respeito às ciências penais propriamente ditas, serve a criminologia como mais um instrumento de análise do comportamento delitivo, das suas origens, dos motivos pelos quais se delinque, quem determina o que punir, quando punir, como punir, bem como se pretende, com ela, buscar soluções que evitem ou mesmo diminuam o cometimento de infrações penais. O estudo do criminólogo, na verdade, não se limita ao comportamento delitivo em si, visto que vai mais longe, procurando descobrir sua gênese, retrocedendo, como um *historiador do crime*, em busca das suas possíveis causas.

Não se trata de buscar saber somente o motivo, mas além, as consequências para delinquente e vítima, e principalmente uma solução para evitar que futuramente outros crimes em iguais condições, possam ocorrer ou os transgressores sentir-se tentados a delinquir. Entender o crime, seus antecedentes, e o resultado, não numa óptica monocular, mas para diversas “direções” como para a vítima, criminoso e sociedade (GRECO, 2017).

Além do que foi pontuado, tão importante quanto tais fatores está um que é voltado a sociedade, o criminólogo busca compreender a reação social, ou seja, o que aquele crime gera verdadeiramente no âmbito da coletividade, seja formal ou informal, como bem explicita Greco (2017, p. 86):

A reação social dá origem a um controle pela própria sociedade, que pode ser entendido como *formal* ou *informal*. Tem-se como *formal* o controle que é exercido pelos meios oficiais de repressão, a exemplo da Polícia, do Ministério Público, da Magistratura. *Informal* é o controle exercido pelo próprio meio social onde o agente está inserido, a começar pela sua família, a escola, os vizinhos, os meios de comunicação etc.

Verifica-se caso a caso, desde pequenas reprimendas na infância, a maiores admoestações que podem, por sua vez, ter desencadeado determinados comportamentos na vida adulta (HASSEMER, MUÑOZ CONDE, 1989).

Por ser um ramo sincrético, ou seja, com uma interdisciplinariedade gigantesca, ainda sim há quem aponte que se trata de uma subespécie do período humanitário, vez que estes estudos derivam de idéias surgidas neste período, tendo a sua apresentação aqui significado meramente exemplar.

3.2 QUAL O CONCEITO DE DIREITO PENAL?

Há diversos conceitos que buscam delinear o que o Direito Penal, o mais admissível é de que o “direito penal é o conjunto de normas e princípios que tem como finalidade limitar o poder punitivo do Estado, instituindo previamente crimes e sanções correspondentes para cada um” (NUCCI, 2020).

Assim, faz-se necessário trazer outros conceitos, como o de Filippo Gramatica (1941, p. 21), que sugere que o Direito Penal é um ramo que se destaca dos outros ramos pelo seu caráter expressamente coercitivo, representando a máxima sanção aos seus transgressores:

Diferenciando-se dos demais ramos do Direito, o penal se caracteriza pelo seu valor coercitivo. Representa a máxima sanção de todo ordenamento jurídico, tanto em relação aos interesses submetidos à exclusiva tutela do Direito Penal como daqueles bens jurídicos que, mesmo protegidos por outros ramos do Direito, querem assegurar-se, em suma, baseando-se num critério de necessidade, com a eficácia de uma sanção punitiva. (GRAMATICA, 1941, p. 21).

Nucci (2019), por sua vez, traz que o Direito Penal pode ser conceituado em um aspecto distinto, como sendo:

O conjunto de normas jurídicas que, mediante a cominação de penas, estatuem os crimes, bem como dispõem sobre seu próprio âmbito de validade, sobre a estrutura e elementos dos crimes e sobre a aplicação e execução das penas e outras medidas nelas previstas.

Constituindo como fruto de uma evolução histórica, o Direito Penal tem taxonomia impar na sociedade pós moderna, cuja a necessidade se torna cada vez mais visível para os novos problemas, criados/surgidos na sociedade global de riscos, todavia, seu uso para solucionar toda e qualquer problemática acaba por abala-lo paulatinamente (ALMEIDA, 2017).

Não é errado afirmar que o Direito é fundamental para a vida em sociedade, e a disciplina Direito Penal ao regular determinados aspectos com a finalidade protetiva dos bens jurídicos essenciais, tem um caráter de destaque, vez que estabelece regras mínimas para a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vida em coletividade.

3.2.1 Quanto a Função do Direito Penal

Ao deparar-se com tal indagação de qual o escopo do Direito Penal é comum responder de imediato que a sua finalidade é apaziguar a sociedade, para que ela possa viver em harmonia com os direitos e liberdades em amplo equilíbrio.

Essa busca por abrandar os conflitos na sociedade leva a utilização do Direito Penal como instrumento simbólico nas mãos dos detentores do poder, recorrendo-se a uma representação punitivista exorbitante, como aponta Franco (1992, p. 10):

A função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos individual ou coletivo, de insegurança.

Para Nucci (2019, p. 74), o Direito Penal funciona como “*ultima ratio*”, o que é corroborado por Masson (2017, p. 63), que compõem a corrente majoritária deste pensamento, vez que a sua intervenção é somente quando os demais ramos do Direito “falham”, ou a sua reprimenda para a lesividade dos bens jurídicos é insuficiente.

Nucci (2019) vai além, afirmando inclusive que as sanções para alguns ilícitos na esfera extrapenal chegam a incentivar a sua prática, sendo o Direito Penal a forma mais eficaz de combater o ilícito:

Muitas normas extrapenais (civis, administrativas, tributárias, trabalhistas etc.) fixam sanções para condutas ilícitas. Nem todas resolvem a transgressão de maneira *definitiva*. Noutros termos, as sanções extrapenais podem chegar a ponto de *incentivar* o ilícito por serem consideradas brandas demais. Eis que surge o braço forte do Estado, impondo a pena, que implica, em última análise, a possibilidade de prisão (cerceamento da liberdade individual). (NUCCI, 2019, p. 74).

Todavia, utilizar-se do Direito Penal como “prima ratio” sem ao menos tentar solucionar a conduta em outras searas afronta a intervenção mínima, e, além disso, contribui para a hipertrofia do sistema penal (MARCONDES, HULSE, 2020).

Visualiza-se então que o Direito em si possui normas e ramos específicos para tratar determinados assuntos, entretanto, a predileção pelo Direito Penal é nítida, por ser mais gravoso e incisivo em suas sanções, com capacidade fática de exercer o controle social, “ameaçando” o cidadão de forma constante com penalidades, possuindo um simbolismo “aterrador” para com à sociedade e seus componentes, todavia, o uso do Direito Penal para toda e qualquer prática, como “prima ratio”, gradativamente abala seus pilares primordiais (FRANZ VON LISZT, 1997).

Hassemer (1989, p. 102), traz o seguinte quanto ao ensejo do Direito Penal na atualidade: “Assim, a missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais mais elementares.” Tal perspectiva ainda se mantém, mesmo que de maneira teórica, pois correlaciona-se com formas diretas e indiretas, seja no que concerne a escolha dos bens jurídicos para quais o Direito Penal será utilizado para proteger, ou, no próprio meio social ao valorar o grau da lesão e se merece ou haver punição para aquilo, além disso, a proteção dos bens jurídicos fundamentais para o ser humano, inevitavelmente, faz com que o convívio se mantenha pacífico, pois há uma proteção para aquilo que a sociedade valora como essencial, uma proteção cuja a sanção é mais grave se lesada.

Rosa e Carvalho (2017, p. 45):

Substancialmente, o bem jurídico, tido como ponto central da estrutura do delito, constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador – trata-se, pois, de dado social preexistente. Desta forma, a norma não cria o bem jurídico, mas sim encontra-o, daí seu aspecto restritivo. Isso porque o fim do Direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum criação ou elaboração meramente jurídica, mas impõem-se a ela.

Não sendo a norma definidora do que é essencial para o ser humano, e sim o inverso, somente ratificando o que a sociedade já valora como fundamental, como algo digno de proteção e sancionamentos mais gravosos se violados, devido a isso, a norma nada mais é do que a proteção de um interesse, este já existente, algo concreto.

Neste ponto, é importante ressaltar que há um liame entre o bem jurídico e a função do Direito Penal, isso é, estão concatenados de certa maneira, acoplando-se, porém não se confundido. Significa dizer que o Direito Penal é um instrumento usado para proteger os bens jurídicos, estes coletados na Constituição Federal de 1988, mas já existentes e valorados no meio social, a proteção é para que haja uma harmonia na sociedade, como bem demonstra Rosa e Carvalho (2017) ao explicitar que:

Nesta seara, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro é elaborado como um sistema escalonado de normas, sendo as normas constitucionais superiores, e que devem nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico, demonstrando-se o princípio da supremacia imanente da Constituição - a qual embasa todas as leis elaboradas sob a sua égide -, princípio este que objetiva garantir a liberdade humana contra os abusos do poder estatal . Motivo pelo qual, tais leis, para serem válidas, necessitam estar em consonância com a Carta Federal, e os bens jurídicos fundamentais devem ser tutelados pelo Direito Penal, e é a Constituição Federal que define quais são esses valores, e não a legislação infraconstitucional.

Portanto, observa-se que o Direito Penal, ao ser chamado para proteger a sociedade de determinada conduta, protege na realidade um bem jurídico, este por sua vez deve estar positivado na Constituição de um país, pois ela reflete e guarda os valores essenciais para uma determinada sociedade no que tange a aspectos temporais, sociais, geográficos, morais, éticos em que está inserida (RUDÁ, 2010).

A defesa social, ainda que ocorra, não é a finalidade do Direito Penal moderno, mas uma consequência da proteção dos bens jurídicos essenciais para o convívio humano pacífico, sendo assim, o escopo é proteger aquilo que a sociedade, axiologicamente, considera importante.

3.2.2 Finalidade da Sanção Penal

A sanção penal é o modo pelo qual o Estado, no exercício do “*ius puniendi*” e após o devido processo legal, atua em face do transgressor, se repartindo em duas formas, pena e medida de segurança, onde cada uma atua para determinados indivíduos, como demonstra Masson (2017, p. 612):

As penas reclamam a culpabilidade do agente, e destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis sem periculosidade. Já as medidas de segurança, têm como pressuposto a periculosidade, se dirigem aos imputáveis e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade, pois necessitam, no lugar da punição, de especial tratamento curativo.

Roxin (2008), afirma que o Direito Penal é um sistema de dupla via, admitindo pena e medida de segurança como resposta estatal para quem viola a norma penal ferindo ou colocando em risco o bem jurídico por ela tutelado.

Essa resposta estatal para os que violam bens jurídicos acaba por relevar elementos psicológicos dos transgressores, isso é, a pena é direcionada para aqueles sem periculosidade, enquanto a medida de segurança para os que apresentem periculosidade (MASSON, 2017).

Já no que tange especificamente a pena, há algumas teorias que tentam explicar a sua finalidade precípua, sendo elas: Absolutista; Relativista; Unificadora.

A teoria absoluta apregoa que o escopo da pena é a própria punição ao transgressor pela violação cometida. Masson (2017, p. 615), afirma que para a corrente absolutista: “A pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a finalidade única de castigá-lo”. Não um caráter ressocializativo, somente punir para demonstrar a reprovação pelo cometimento do crime, remontando ao conceito de expiação, pois a punição passa a representar o descontentamento estatal para com o delinquente por sua conduta lesiva aos bens jurídicos.

A teoria absolutista sustenta que a função da pena é retribuir o mal praticado contra o bem jurídico, somente isso, vez que o indivíduo ao ser penalizado, para seus defensores, buscaria em seu interior formas de refletir sobre o crime que cometeu, remontando a expiação (MASSON, 2017).

Em total oposição a teoria absoluta está a teoria relativista ou preventiva, que por sua vez afirma que o castigo é irrelevante, sendo na realidade uma forma de coibir práticas futuras de ilícitos, ou seja, para a corrente, a punição é uma maneira de evitar que o crime torne a

acontecer, dividindo-se em duas providencias, que de maneira reduzida podem ser vistas como prevenção geral e prevenção especial (MASSON, 2017).

Ainda na dicção de Masson (2017, p. 615): “A prevenção geral é destinada ao controle da violência. Na medida em que busca diminuí-la e evitá-la”, enquanto a prevenção especial “é direcionada exclusivamente à pessoa do condenado”. Em ambas percebe-se uma característica extrínseca.

A parcimônia matriz da corrente relativista é, em um primeiro momento por meio da prevenção geral demonstrar para a sociedade que o Estado não tolera a transgressão, e caso optem por delinquir, este os punirá como castigou “àquele” transgressor, uma finalidade coercitiva e simbólica (MASSON, 2017).

Agora, no que se refere a prevenção especial, está tem como escopo o condenado, é contra este que há uma atuação, pois apregoa-se que o apenado, ao visualizar a atuação estatal para puni-lo, sentir-se-á persuadido a não voltar a delinquir, uma forma intimidatória que o Estado se faz valer, como Nucci (2020, p. 512) delinea como sendo “especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais”.

Seu caráter extrínseco a própria punição está além da seara psicológica, seja do transgressor ou da sociedade, acarretando em uma coercitividade para prevenir a prática futura de crimes (MASSON, 2017).

A terceira é a teoria unificadora, que é uma versão conciliadora entre as anteriores, inclusive defendida por muitos como a adotada pelo próprio Código Penal, (NUCCI, 2020), sendo possível constatar no caput do art. 59, que dispõe que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”

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

Nesse diapasão, observa-se que a sanção penal constitui-se como um meio, a priori, de punir o indivíduo que delinuiu, e em seguida prevenir, de forma geral e específica a violação dos bens jurídicos, frente ao transgressor, e frente à sociedade, como esclarece Nucci (2020): “É a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”.

Há, uma postura estatal em utilizar-se de ambas as teorias, unificando o caráter retributivo com o preventivo, a fim de que haja uma dúplici atuação, uma primária em punir para retribuir e uma secundária, porém não menos importante, que previne, para que, em tese, não se volte a delinquir, como afirma Greco (2017, p. 622):

Santiago Mir Puig aduz que a luta entre as teorias acima mencionadas, que teve lugar na Alemanha em princípios do século XX, acabou tomando uma direção eclética, iniciada por Merkel. Tal como a posição assumida por nossa legislação penal, Santiago Mir Puig entende que “a retribuição, a prevenção geral e a especial são distintos aspectos de um fenômeno complexo da pena.”

Apesar do sistema executório prisional mostrar descompasso com a teoria unitária na prática (acaba-se revelando somente retributivo), ainda sim é um inegável avanço, no que tange a punição, adotar-se dois aspectos punitivos, não se extremado em posições, pois a indubitável complexidade da pena é clara, não tem uma resolução simplória, pois tem um caráter não tratado (diretamente) que é o social.

Neste sentido, a aceitação desta complexidade acaba por tornar razoável a adoção de um sistema que pugne por adotar ambas as teorias de maneira que a pena possa representar mais do que somente um ato punitivo (MIR PUIG, 2006).

Nucci (2020, p. 514), elucida que: “A pena é uma necessidade social de sobrevivência, cuja imposição simboliza a retribuição pela prática do crime, objetivando-se a prevenção de outras infrações, seja pelo próprio condenado, seja por outras pessoas.”

Percebe-se o caráter necessário da pena no que se refere tanto a sociedade quanto a própria proteção ao bem jurídico, que, novamente recorrendo as palavras de Nucci (2020):

Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização. O art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Perscrutando o Código Penal, nota-se que ele mesmo, em determinados delitos, cede ao julgador a faculdade de deixar de aplicar a pena ao constatar que o crime em si já foi o suficiente para punir o agente, como percebe-se no parágrafo 5.º do art. 121, a possibilidade de conceder o perdão judicial:

Art. 121. Matar alguém:

[...]

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Destarte, é límpida a necessidade punitiva da pena, como apontado, e não de outra forma, o seu caráter preventivo, em que a Lei de Execuções Penais, que é dever do Estado prestar assistência com a finalidade de prevenir o crime, como demonstrado no “Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”

Constata-se, com o exposto, que o Código Penal adota ambas as teorias com finalidade, a priori, de retribuir, e secundaria, e não menos importante, prevenir a pratica de crimes, utilizando-se da pena para tal, onde o punitivismo adotado tem, como pano de fundo, uma clara função pedagógica.

3.3 ESCOLAS PENAIAS

Estes estudos visam analisar o contexto em que a pena é aplicada, se é utilizada para censurar o agente pelo mal que praticou com o cometimento da infração penal, se deve ir adiante, buscando, além da efetiva reprovação, ou ter uma finalidade útil (que rememora o pensamento de Jeremy Bethan (fundador do pensamento utilitarista), e, podendo ainda, tentar impedir que futuros delitos venham a ser cometidos (MIR PUIG, 2006). Alternativamente questiona-se se a pena então deve ser (na visão de cada escola) compreendida como um ato de vingança pública, cuja a finalidade é compensar o mal produzido pelo agente com a prática do ilícito penal, ou ser vista como um instrumento cuja aplicação tenta garantir, posteriormente, uma maior segurança para a vida em sociedade? Que nas palavras de Greco (2017, p. 73):

De acordo com as lições de Ferrajoli, são teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si mesma, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas *utilitaristas* que consideram e justificam a pena enquanto um meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.

Lazari e Junior (2017, p. 65), apontam que o estudo científico e filosófico das escolas penais foi de agigantada importância para o Direito Penal em seu período humanitário, devido

a buscar novas perspectivas para a própria dogmática penal, questionando seus aspectos em diversos institutos, e, se tornando em partes se tornando ruptivo em outras evolutivo.

Num contexto histórico penal, percebe-se que as escolas penais marcaram os períodos humanitários (“o homem deve conhecer a Justiça”) e científico (“o Direito deve conhecer o homem”), no que se refere à matéria criminal. Tais ideologias transformaram e influenciaram a evolução da dogmática penal, tanto na perspectiva da teoria do delito, quanto nas concepções acerca das finalidades das penas. (ROSA, CARVALHO, 2017, p. 65).

Identifica-se que com o decorrer da história humana, há uma divisão de pensamentos no que tange a finalidade da pena, mas tal ocorrência se deu com maior ênfase no período visto como clássico, como bem explica Nucci (2019, p. 128):

Nesse período, havia o predomínio de duas teorias contrapostas: teoria da retribuição (absoluta) e teoria da prevenção (relativa). A primeira (CARRARA, ROSSI, KANT, HEGEL, entre outros) defendia que a pena tinha finalidade eminentemente retributiva, voltada ao castigo do criminoso; a segunda (BECCARIA, FEUERBACH, CARMIGNANI, BENTHAM, entre outros) entendia que a pena deveria ter um fim utilitário, consistente na prevenção geral e especial do crime. A escola clássica encontrou seu grande representante e consolidador em CARRARA, que se manifestou contrário à pena de morte e às penas cruéis, afirmando que o crime seria fruto do livre-arbítrio do ser humano, devendo haver proporcionalidade entre o delito e a sanção aplicada. Passou-se a considerar que a responsabilidade penal se fundava na responsabilidade moral, justamente porque se deu ênfase ao livre-arbítrio. O crime passou a ser tratado como um *ente jurídico*, e não como simples *fato do homem*. O escopo da pena era retribuir o mal do crime com o mal da sanção, embora pudesse haver – e até fosse desejável que ocorresse – a emenda do infrator. Essa situação, no entanto, não concernia ao direito penal.

Conforme destaca Roxin (2001, p. 81-82), verifica-se que a pena, na teoria absoluta, se funda em retribuir, como já apontado anteriormente, a punição pela punição.

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.”

Atenta-se que a pena, por ser desvinculada a qualquer efeito social, pois é um fim em si mesma, e caso venha gerar qualquer sentimento no seio social, isso é, será um efeito extrínseco a punição, a exemplo a geração de um sentimento de compensação do injusto

praticado ao punir seu autor, este não tem ligação com a pena em si, apenas uma consequência dela (MASSON, 2017).

Por sua vez, a teoria relativa ou utilitarista, tem como primordial finalidade a prevenção, geral e específica, ainda que os sistemas sejam antagônicos, não significa porém que não possam ser utilizados “simultaneamente”, como bem já apontado ao tratar sobre a unificação de ambos na teoria “mista” (NUCCI, 2020).

Todavia, se faz necessário um breve estudo sobre cada escola e quais as suas contribuições para a dogmática penal, a fim de entender em como o atual sustentáculo paradigmático se consolidou.

3.3.1 Escola Clássica

A escola clássica tem um nítido caráter humanístico, e, além disso, considera o livre-arbítrio como fator que determina as condutas, que reflete na necessidade da pena por esta poder influir na esfera anímica do transgressor, e assim, culminar em uma reflexão e autopenalização por conta do crime.

Greco (2017, p. 79) leciona sobre a escola clássica como sendo:

As ideias postuladas pela Escola Clássica ainda podem ser consideradas como o fundamento dos modernos sistemas jurídico-penais aplicados em todo o mundo. Com o surgimento da Escola Clássica, no século XVIII, e principalmente por intermédio da obra de Beccaria (1764 – *dos delitos e das penas*) e de Bentham (1789 – *Introdução aos princípios da moral e da legislação*), inúmeros princípios começaram a ganhar corpo, a exemplo dos princípios da necessidade e da suficiência da pena, proporcionalidade, utilidade, prevenção geral e especial, *in dubio pro reo*, publicidade dos julgamentos, presunção de inocência, culpabilidade, dentre outros, sem falar, talvez, na maior conquista da história da humanidade, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que a pena deixasse de ser aflitiva, tendo o corpo do criminoso como seu objeto principal, evoluindo para a privação da liberdade como pena principal.

Como já demonstrado, o período das vinganças tinha o corpo do autor do delito como cerne da pena, já a escola clássica apregoou uma alteração, não sendo mais a inflição de uma punição como meio de retribuir o injusto (somente) como finalidade da pena, mas, de certa maneira, dar uma finalidade que extrapolasse os limites corporais do indivíduo, passando a ter um ensejo que fosse útil.

A escola clássica, assim nomeada de forma pejorativa pelos positivistas, se fundamentou em quatro elementos, o livre arbítrio, dissuasão, prevenção e retribuição.

De acordo com Aragão (1977, p. 59).

O criminoso é penalmente responsável, porque tem a responsabilidade moral e é moralmente responsável porque possui o livre-arbítrio. Este livre-arbítrio é que serve, portanto, de justificação às penas que se impõem aos delinquentes como um castigo merecido, pela ação criminosa e livremente voluntária.

Exige-se um comportamento compatível, seja por questões religiosas, puramente psicológicas, éticas ou morais, pois ao afirmar que o indivíduo controla sua vontade, abona-se que ele é responsável por tudo que fizer, justamente por escolher atuar de certa maneira, no que concerne ao livre-arbítrio.

Flauzina, Barreto e Grosner (2004, p. 2), afirmam que a escola penal clássica tem como principal fator a humanização do apenado, outrossim é o conflito entre as liberdades individuais e a defesa da sociedade como “*ius puniendi*” estatal.

Os autores da referida Escola (filósofos e juristas), apesar de suas especificidades, podem ser assim identificados por integrarem um movimento que tinha, como principal tarefa, a superação das formas feudais de punir e a formulação de novas estratégias para o Direito Penal. Entre os aspectos de maior relevância suscitados pela Escola, encontra-se a dicotomia entre liberdade individual e o poder de punir do Estado.

Tal afirmação é corroborado pelas palavras de Beccaria (2003, p. 55-56), pois a justificação da pena se dá justamente por todos os indivíduos cederem parte da sua liberdade para sua proteção e conseqüentemente, da própria sociedade:

Assim sendo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em por no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.

Concretamente é objetificar o delito em conjunto com uma elaborada sistemática do livre arbítrio, centrando o debate no crime em si, não correlacionando (ao menos por inteiro) ao indivíduo, o que difere diametralmente do pensamento positivista. Como apontam Flauzina, Barreto e Grosner (2004, p. 30):

Concretamente, o esforço dos autores clássicos na reelaboração do Direito Penal passa pela objetivação do delito e a construção da noção de livre arbítrio. Para esses teóricos, o autor do comportamento desviante não é um elemento objetivável, como para os positivistas futuramente. A tensão do debate entre os teóricos do período está no crime, na violação. Mas uma violação pautada na vontade livre e consciente do indivíduo que, sendo um signatário natural do contrato social, descumpra a norma de maneira arbitrária.

De acordo com Andrade (2003, p. 55-56), o pensamento da escola clássica tem como embasamento o a consciência de estar a delinquir de forma voluntária, por isso é algo culpável, neste sentido, o livre-arbítrio é dirigido para a violação da norma de maneira consciente.

Mas, além de ser uma violação, o crime é, para o classicismo, uma violação “consciente e voluntária” da norma penal e, pois, dos seus elementos constitutivos conferem especial relevância à “vontade culpável” – àquele elemento subjetivo que, contemporaneamente, é denominado “culpabilidade”. É mister que o crime seja animado por uma vontade culpável entendida mais como vontade de violar a norma do que como voluntariedade do fato constitutivo do crime. Enfim, é necessário que a vontade seja livre para que seja culpável. O livre-arbítrio constitui, assim, o sustentáculo do Direito Penal clássico. (ANDRADE, 2003, p. 55-56)

A discussão entre a pena e sua legitimidade, trazida na escola clássica, onde a pena é uma resposta proporcional ao dano causado por conta da voluntariedade e consciência do ato delitivo, torna-a uma resposta objetiva para a prática criminal, tendo uma lógica-formal como fundamento legitimador, como elucidam Flauzina, Barreto e Grosner (2004, p. 30-31):

Dessa análise decorre uma outra discussão fundamental travada pelos autores clássicos, qual seja, a pena e sua legitimidade. No entendimento desses autores, a pena é tomada como uma resposta objetiva à prática delituosa. É retribuição, castigo, mas não voltada ao indivíduo e à sua recuperação e sim associada à lógica formal. Assim, o indivíduo que, agindo livremente (livre arbítrio), viola as normas penais responde pelos seus atos na proporcionalidade do dano causado. A atividade do juiz, nessa lógica, reduz-se a adequar a vontade do legislador ao caso concreto. O juiz deve aplicar a pena em seus termos ideais, a retribuição do sistema se dá de forma a completar o quadro lógico de reelaboração da liberdade arquitetado pelo classicismo.

Observa-se que o apogeu do pensamento da escola clássica se deu devido aos novos parâmetros conquistados na Europa, onde os antigos privilégios da nobreza caem por terra dando surgimento ao que ficou conhecido como “terceiro estado”, composto pela burguesia e o proletariado, pois a pena neste ponto, não era um ato de retribuir os que afrontavam o

soberano, mas seu fundamento era lógico formal diante da conduta voluntária, isso é, uma resposta objetiva para a violação consciente.

3.3.2 Escola Positivista

Seu surgimento se dá com a interdisciplinaridade do Direito ao tratar de matéria penal, surgindo com elementos biológicos para explicar a conduta delitiva do indivíduo.

É chamada de positivista não por aderir a filosofia de August Comte, mas por utilizar um método frente a teoria do criminoso nato, isso é, passou a se centrar o estudo no indivíduo, não mais no aspecto do livre arbítrio deste em agir, como na escola clássica, mas em características natas de uma pessoa que a faz pender para a delinquência, como demonstra Flauzina, Barreto e Grosner (2004, p. 32-33);

[...] o objeto das pesquisas passou a ser o “homem criminoso”, com o objetivo de identificar os sinais antropológicos da criminalidade. Mediante a observação de indivíduos situados no universo dos cárceres e dos manicômios, características como altura, tamanho do crânio e do maxilar, textura do cabelo eram medidas para identificar o perfil do criminoso. Com Ferri, a investigação das causas ligadas à etiologia do crime foram ampliadas, acrescentadas às antropológicas, causas físicas e sociais.

Essa escola estudou o criminoso e suas características, crendo que haviam características físicas que denunciavam se uma pessoa era ou não criminosa, tendo como parâmetro os homens encarcerados, isso é, utilizou-se como material as pessoas já condenadas (PELISSARO, 2013).

Embora o crime ocorresse, para os defensores da escola clássica, ele era externalizado não pela vontade pura do agente, pois sua consciência não controlava isso, mas por características biológicas que estavam além de seu controle, as ideias de Lombroso ampararam, por um momento, a quebra de paradigmas no Direito Penal e o surgimento da fase científica da Criminologia. rebatendo a tese da Escola Clássica da responsabilidade penal lastreada no livre-arbítrio (GRECO, 2017).

Pelissaro (2013, p. 2), traz o seguinte quanto ao tema:

Na Antropologia Criminal de Lombroso surgiu a Criminologia com a tese do criminoso nato, ou seja, a causa do crime é encontrada no próprio criminoso, partindo do determinismo biológico, em que procura comprovar sua teoria através da confrontação de grupos criminosos com não-criminosos utilizando-se de pesquisas em presídios do sul da Itália. Já na Sociologia Criminal de Ferri desponta o Positivismo sociológico, com a ideia de que a pobreza causa a criminalidade. Desenvolve, pois, a antropologia de Lombroso numa perspectiva sociológica, admitindo uma tríplice série de causas ligadas ao crime: individuais, físicas e sociais, fatores estes que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos perigosos.

Conforme salientam Fernandes e Fernandes (2002, p. 81), Lombroso acreditou ter encontrado a razão de ser do criminoso, crendo, sinceramente, que este não era um humano comum, pelo contrário, uma variação (ou não evolução) do *homo sapiens*, o que se explicitava em características físicas e psicológicas. Esse pensamento teve grande número de adeptos, pois naquele período da Europa havia uma grande repercussão dos estudos de Darwin sobre a evolução.

Lombroso imaginou ter encontrado, no criminoso, em sentido natural científico, uma variedade especial de *homo sapiens*, que seria caracterizada por sinais (*stigmata*) físicos e psíquicos. Tais estigmas físicos do criminoso nato, segundo Lombroso, constavam de particularidades da forma da calota craniana e da face, consubstanciadas na capacidade muito grande ou pequena do crânio, no maxilar inferior proeminente, fendas sobranceiras, molares muito salientes, orelhas grandes e deformadas, assimetria corporal, grande envergadura dos braços, mãos e pés etc. Como estigmas ou sinais psíquicos que caracterizariam o criminoso nato, Lombroso enumerava: sensibilidade dolorosa diminuída (eis por que os criminosos se tatuariam), crueldade, leviandade, aversão ao trabalho, instabilidade, vaidade, tendência a superstições, precocidade sexual. (FERNANDES, N; FERNANDES, W; 2002, p. 81).

Na visão da escola positivista, o criminoso “nato” por possuir um regresso atávico, apresentavam características primitivas após diversas gerações em estado de latência ou total ausência, sendo assim, para tal postulado, o criminoso comete ilícitos por regressar a estados primitivos de consciência, excluindo totalmente o elemento livre-arbítrio (um dos elementos em que se funda a escola clássica), (PELLISSARO, 2013). Significando que consideravam o criminoso, não um humano como os demais, mas como um indivíduo com variações genéticas que o faziam cometer ilícitos.

Com a ausência de livre-arbítrio na conduta, o crime passa a ter nuances externas a vontade do agente e mais correlata ao ser do indivíduo considerando que o crime é uma externalização do seu ser, isso é, características biopsicológicas preponderavam sobre

qualquer pseudo consciência que o criminoso poderia vir a ter, por isso não consideravam o livre-arbítrio relevante para o crime e para a pena, pois este não estava sob controle do delinquente, como elucida Popeo (2020) que:

A conduta criminosa não era, portanto, o resultado da escolha livre, mas consequência de causas externas à vontade do agente. Oportuno assinalar, ainda, que, ao mesmo tempo em que se entendia que o homem delinqüente estava determinado à prática do crime, permitia-se que a sociedade agisse contra ele, em defesa dela.

Desta forma, a pena pode ser considerada em si como uma resposta da sociedade e para proteção desta contra os delinquentes natos, ou seja, a legitimação da pena estava no fato dos vistos criminosos não serem “normais”, o que justificava a pena como a defesa da sociedade, pois, aqueles que não possuísem capacidades de se moldar e agir conforme o comportamento comum, deveriam ser segregados dos demais, (POPEO, 2020).

Pelissaro (2013, p. 3), desenvolve o seguinte raciocínio quanto ao ponto de partida da escola positivista:

A Escola Positivista Italiana parte do pressuposto de que a criminalidade é um meio natural de comportamentos e indivíduos que se distinguem dos demais. Quanto ao modelo de Criminologia que busca estudar as causas do crime, o objeto é o homem criminoso. O positivismo do paradigma etiológico se apresenta como ciência.

Nota-se uma alteração de paradigma, não obstante este pensamento teve grande influência a um nível mundial, até meados do século XX, onde preponderava a defesa da sociedade frente ao delito, e a pena com um caráter preventivo, não mais repressivo, como reforça Baratta (2002):

Se não é possível imputar o delito ao ato livre e não-condicionado de uma vontade, contudo é possível referi-lo ao comportamento de um sujeito: isto explica a necessidade de reação da sociedade em face de quem cometeu o delito. Mas a afirmação da necessidade faz desaparecer todo caráter de retribuição jurídica ou de retribuição ética da pena.

Para os teóricos desta vertente de pensamento, a pena não possui um caráter temporal limitado, mas enquanto perdura as causas da delinquência, e se as características delinquentes são externas a consciência e naturais, justifica-se uma aplicação alargada da punição, segregando não por meio de parâmetros de ressocialização, mas somente para a proteção da sociedade, com isso de Flauzina, Barreto e Grosner (2004, p. 33) contextualizam com o seguinte explanado:

Nesse contexto, o discurso clássico de proporcionalidade da pena e de ênfase na liberdade individual caiu por terra. Em nome da defesa da sociedade e do tratamento do delinqüente, a intervenção do Estado era considerada positiva e útil. Assim, os teóricos não se preocupavam com os limites dessa intervenção.

Nesse diapasão, nota-se que para os defensores da corrente há uma justificativa na substituição da pena por medida de segurança, pois a finalidade não é retribuir o delito, pois este é apenas a expressão natural do criminoso visto como “nato”, mas proteger a sociedade dos criminosos, o que legitimava a atuação estatal em segregá-los por períodos indeterminados.

3.3.3 Terza Scuola

Também conhecida como escola crítica, eclética, é um misto entre o que foi considerado positivo nas teorias antecessoras.

Como bem elucida Martínez (2015, p. 70), as ideias propagadas são as seguintes:

a) distinção entre as disciplinas jurídicas e as empíricas; as primeiras utilizariam um método lógico-abstrato e dedutivo, enquanto as segundas, de um método experimental causal-explicativo; b) deve-se conceber o delito como um fato complexo, um fenômeno social causado naturalmente, como produto de fatos endógenos e exógenos; c) refuta-se a tipologia positivista, vale dizer, não existe o criminoso nato; d) as penas e as medidas de segurança podem ser utilizadas, no direito penal, para situações diferentes. Opõe-se, em suma, à postura monista da escola clássica quanto ao caráter retributivo da pena e também ao monismo da escola positiva, no sentido de substituir a pena por medida de segurança

Essa corrente acrescenta da Escola Clássica o princípio da responsabilidade moral, ou seja, um grau de dirigismo e a conseqüente diferença entre imputáveis e não imputáveis, todavia excluía o fundamento do livre-arbítrio, e admite da Escola Positiva a aplicação de medida de segurança.

3.3.4 Escola Moderna Alemã

Também conhecida como escola sociológica, integrava uma corrente chamada causal naturalista na teoria do delito, hipótese desenvolvida por Franz Von Liszt (1995), tem como finalidade da pena tanto a sua forma preventiva geral, quanto preventiva específica.

A pena, já se molda em um caráter utilitarista, mas agora com uma representação preventiva, tanto geral quanto específica, que segundo as lições de Noronha (1992, p. 40) são pilares dessa escola:

a) Método lógico-jurídico para o direito penal e experimental para as ciências penais; b) distingue o imputável do inimputável, sem se funda, porém, no livre-arbítrio, e sim na determinação normal do indivíduo; c) aceita a existência do estado perigoso; d) tem o crime como fato jurídico, mas também como fenômeno natural; e) a luta contra o crime far-se-á não só pela pena, mas também com as medidas de segurança.

Verifica-se que nessa escola já admiti-se usar uma política criminal mais ampla contra o crime, onde o Direito Penal não aplica somente prisão, mas medidas de segurança a fim de individualizar a pena.

3.3.5 Escola Técnico Jurídica

Tecnicismo jurídico é um movimento surgido no início do século XX, que até os dias atuais é dominante na Itália, esboça que o Direito Penal deve abandonar toda carga filosófica e se ater somente nos ditames legais. O que necessariamente faria o exegeta buscar somente no direito positivo vigente o fundamento da pena, se distanciando dos demais ramos não jurídicos (NUCCI, 2020).

Flauzina, Barreto e Grosner (2004, p. 34-35) trazem o seguinte sobre o fundamento da pena no tecnicismo jurídico:

A partir da década de 70 do século XIX, na Alemanha e, posteriormente, na Itália, com a Escola Técnico-Jurídica, a Ciência Penal consolida-se como Dogmática Jurídica. Essa consolidação foi fruto de um movimento de resgate, pelo juspositivismo, do caráter propriamente jurídico da Ciência Penal, que, na Escola Positiva, considerava apenas a Sociologia Criminal como sua verdadeira expressão. A Dogmática Penal manteve, em seu bojo, tanto a intervenção sobre a criminalidade e o indivíduo delinqüente – herança da Escola Positiva – como as estruturas garantidoras do Direito Penal liberal – herança da Escola Clássica –, ambigüidade que se viu presente nas legislações penais do século XX, incluindo se, aí, o Código Penal brasileiro de 1940.

No tocante à garantia da pessoa, a baliza do poder punitivo, como proteção e preservação da liberdade individual, é tratada, pela dogmática penal, como segurança jurídica (ARAGÃO, 1977).

É, nessa perspectiva, que o Direito Penal tenta racionalizar, faticamente, o poder punitivo (violência corporal) face aos direitos individuais (segurança); buscando punir, de fato, com segurança, no marco de uma luta racional contra o delito, deixando de lado qualquer questão filosófica a fim de dar maior concretude ao Direito Penal.

3.3.6 Escola Correcionista

Para os defensores desta teoria, a pena não deveria ter um tempo determinado, pois a função da mesma era corrigir o condenado e para isso poderia a pena perdurar enquanto fosse necessária para alçar este fim.

Para tal epistemologia, analisa-se a pena com fulcro na finalidade de corrigir o indivíduo, Greco (2017, p. 87), ao adentrar na parte histórica, discorre o seguinte:

Roeder defendia que a pena não podia ter um tempo determinado, já que servia para corrigir aquele que praticou a infração penal, e devia durar o tempo que fosse necessário para isso. Cessada a necessidade, conseqüentemente, deveria cessar também o cumprimento da pena.

Essa tese epistemológica angariou poucos adeptos por justamente violar algumas idéias concebidas na teoria clássica e diversos ideais humanitários já consagrados, pois admite penas de caráter perpetuo fundada não no crime, mas nos criminosos, clarificando, um crime cuja a lesividade é quase que ignóbil (MASSON, 2017). Admitir-se-ia uma punição alargada caso constatasse que o seu autor não tem a capacidade de ser corrigido, em outros casos, crimes com alta lesividade, porém, com demonstrações de que o transgressor não voltará a delinquir, poderia ter penas quase que inexpressivas, pois a sua finalidade já estaria exaurida Greco (2017).

Em resumo, o fundamento da pena é a correção do criminoso, pois, na medida que se mantem perigoso, deve permanecer segregado, visto que a punição não deve cessar enquanto perdurar o comportamento destoante, desta forma, tendo a pena um caráter curativo.

3.3.7 Escola da (Nova) Defesa Social

Surgida após a segunda guerra mundial, tendo como principais características um progressismo utópico e ideais extremamente humanitários, tal escola de pensamento afasta o

positivismo e volta a acrescer o livre arbítrio como fundamento da imputabilidade, demonstrando que o ato de delinquir é a expressão de uma personalidade única.

Como bem leciona Nucci (2019, p. 139), este viés de pensamento reconhece a prisão como uma necessidade social, todavia, alguns tipos de penalidades devem ser abandonados a fim de não influir em mais cometimento de crimes:

A nova defesa social reconhece que a prisão é um mal necessário, embora possua inúmeras consequências negativas, devendo-se, no entanto, abolir a pena de morte. Prega, ainda, a descriminalização de certas condutas, especialmente aquelas que são consideradas crimes de bagatela, evitando-se o encarceramento indiscriminado. [...] os postulados traçados pela Nova Defesa Social parecem mais condizentes com a realidade atual e com uma visão progressista do Direito Penal, uma vez que não perdem as conquistas relativas à proteção aos Direitos Humanos, alcançados nas últimas décadas.

A ideia de que desse modo, a escola da nova defesa social não é mais punir, mas “educar” ou “reeducar” o transgressor, sendo como fim do Direito Penal garantir a proteção da pessoa, do patrimônio e da honra dos cidadãos.

Assim, segregar o delinqüente enquanto mantiver-se perigoso é justificável, visto que a sociedade está protegida dele, porém, essa segregação, não significa que este ser antissocial deixa de ser humano, pelo contrario, um tratamento digno para que este possa, caso deixe de representar um perigo a seus pares, ser reintegrado ao corpo coletivo, tendo a pena um caráter de proteção para a sociedade, e, de igual forma, curativa.

Masson (2017, p. 95) traz o seguinte sobre a teoria no que se refere ao “direito de defesa social”:

No seu pensamento, um “direito de defesa social” deveria substituir o Direito Penal então existente, pois a finalidade daquele era a adaptação do individuo à ordem social, e não a sanção de seus atos ilícitos. Delineava-se os dois critérios essenciais para a Gramatica, subjetivação e antissocialidade. Sua teoria de defesa social encerra as seguintes conclusões: O Estado não deve punir, pois sua função é melhorar o individuo, a causa da antissocialidade está na organização social. Contra ela o Estado deve operar preventivamente e não somente pela repressão, os cárceres são inúteis e prejudiciais. As penas devem ser substituídas por medidas educativas e curativas. O violador da lei não perigoso pode ser perdoado, não necessitando sanção. A pena como medida de defesa social, deve ser fixa ou dosada, não com base no dano, mas segundo a personalidade do agente.

Com o estudo deste pensamento, verifica-se que ele se opõe ao tecnicismo jurídico, de certa maneira, vez que retoma o Direito Penal como um estudo interdisciplinar e não mais isolado nas dogmáticas legais. Isso é, em sua forma mais clássica, posicionamento defendido

por Felippo Gramatica, a Escola Defesa Social busca abolir o Direito Penal, já na sua versão mais moderna, este abolicionismo é abandonado por seus defensores, sendo então chamado de nova escola da defesa social, que afirma que o crime e o criminoso são consequências do corpo coletivo, e que medidas preventivas podem ser adotadas a fim de evitar o crime, e proteger a sociedade sem, portanto, infligir uma pena de caráter cruel ao transgressor.

3.3.7.1 Breves apontamentos sobre a defesa social nas escolas penais e a sua relação com o “Poder”

Devido ao processo das escolas não ter sido de maneira cronologicamente linear, ou seja, rompimento da escola anterior com o surgimento do novo, sendo na realidade maneiras de pensar o Direito Penal, inclusive se contrapondo ativamente ou desenvolvendo novas escolas a partir de determinada característica de outra, pode se confundir, em termos de vocábulo, vez que nota-se o seu uso tanto para um viés em que busca proteger o cidadãos do poder estatal, quanto proteger a própria sociedade no que se refere ao combate à criminalidade, e, não obstante, proteger o próprio Estado e o seu poder (CHOMSKI, FOUCAULT, 2014).

Saindo de tal discussão, é possível, por meio de um exame mais profundo, constatar um elemento em comum as escolas, todas tratam de relação de poder, isso é, como o poder é exercido por meio do punitivismo, ou seja, a pena.

Santos (2014, p. 2), ao tratar sobre a relação de poder dentro do pensamento das escolas penais, traz o seguinte questionamento quanto ao poder:

Ideia de defesa social no interior das escolas penais. Isto porque o poder se exerce em nome da sociedade. Assim, é preciso que se pergunte: em que escola o direito penal se tornou um instrumento de defesa social? Deve-se ou não entender que a sociedade em sua estrutura política é organizada de modo que alguns possam se defender contra outros? Quem exerce essa defesa?

Foucault (2005, p. 21-22), ao analisar as relações de poder, lecionou que se dão da seguinte forma: “O poder é a guerra, é a guerra continuada por outros meios. E, nesse sentido, inverteríamos a proposição de Clausewitz e diríamos que a política é a guerra continuada por outros meios.”

Sendo então o poder essencialmente o que domina, reprime a natureza, os institutos, uma classe, os indivíduos, utilizando-se de tais estruturas para manter as classes sociais estagnadas,

seja efetuando a defesa da sociedade contra determinados indivíduos, seja protegendo os bens jurídicos desta sociedade, observa-se que toda a máquina é feita para proteger os detentores do poder, para que estes continuem no controle dele, pois no fim, a defesa é sempre destes.

3.4 QUAL O CONCEITO DE CRIME?

Em uma resposta superficial, na ausência de um conceito abarrotado de elementos, poderia se afirmar, de forma errônea, que crime é toda conduta que viola as normas postas ou, de forma mais acertada porém sem uma real preocupação científica, pode-se apegar a antiga ladainha de que crime é todo fato típico, ilícito e culpável.

Todavia, partindo de conceito com maiores preocupações tanto científicas quanto prática, verifica-se toda uma vertente de conceituações que visam acertar quais elementos compõe o conceito de crime e em que cada um se fundamenta.

Para Zaffaroni (2007), pode denominar-se tal instituto como aquele capaz de apresentar características gerais para qualquer delito:

A parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral quer dizer, quais são as características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse puramente especulativo senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso

Arús (2005), precursor da teoria unitarista, afirma que não é possível dividir o crime, pois este é um todo unitário, entretanto para fins didáticos é possível visualizar uma fragmentação de cada elemento, como os já pontuados; fato típico, antijurídico e culpável

Já para Masson (2017, p. 276), entre outros, o crime pode ser conceituado a partir de três aspectos, que são: Material; Formal, Legal e Analítico. Onde a depender da ótica utilizada, altera-se determinados institutos, a exemplo, determinadas condutas podem ser descriminalizadas.

Desta feita, para cada conceito de crime há uma teoria que altera a perspectiva que se observa o próprio Código Penal, e conseqüentemente, a dogmática penal como um todo, vez que adentra em diversos institutos, normativas, princípios, moldando perspectivas, podendo, ao acrescentar ou retirar qualquer elemento influir por completo no que se entende por crime.

3.4.1 Critério Material

O critério material encontra seu fundamento no seio social. Visualiza-se a transgressão de maneira prévia a lei, ou seja, uma definição se a conduta é ou não passível de ser penalizada pela própria sociedade, que por sua vez se manifesta em repúdio a comportamento sinalizando para o legislador que este tome providencias, como Roxin (2000) aponta “o conceito material de crime é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que o Direito Penal deve punir e o que deve deixar impune”.

Há uma valoração em determinada conduta por parte da coletividade que circunda os bens jurídicos mais relevantes para o convívio pacífico, isso é, a depender da proteção dada para o bem jurídico, na medida que se torna “ineficaz” e o sentimento de relevância deste bem jurídico aumenta, há uma alteração de colocação da proteção dada ao bem jurídico (ROXIN, 2000).

Fica explícito que a maior característica para este critério é a relevância que a coletividade dá para a conduta ofensiva, fundando-se no subjetivismo da coletividade, em seus sentimentos tanto quanto ao bem jurídico, quanto para ao método adequado de sua proteção (ROXIN, 2000).

Portanto, para o critério material, a priori há uma axiologia por parte do corpo coletivo, para a partir daí a conduta ser ou não criminalizada, no entanto, o subjetivismo adotado pelo critério acaba por dar margem a insegurança jurídica, pois ainda que o a conduta tenha determinado valor para o corpo coletivo, isso pode dar maior ou menor relevância a normativas já positivadas, inclusive, podendo tornar o estado cada vez mais intervencionista, validando posições autoritárias.

3.4.2 Critério Formal

Neste sentido, basta que a lei origine uma pena ou medida de segurança para determinada conduta, isso é, uma vez que a lei incriminadora surgir, para os formalistas é suficiente para dizer que é crime, uma subsunção entre a norma (abstrata) e a conduta (concreta) satisfaz os defensores de tal vertente (MASSON, 2017).

Assim, quando houver uma correlação da norma e a conduta, e por sua vez comine em uma pena (reclusão ou detenção) ou medida de segurança, estar-se-á diante de um crime, pelo critério formal.

3.4.3 Critério Legal

Há uma definição em lei, de o que é crime, não há mais uma construção doutrinária no que vem a ser crime, sendo o fulcro de tal pensamento a própria norma.

Verifica-se que no Brasil há grande discussão se foi ou não adotado um critério legal como parâmetro, mesmo assim, há elementos no próprio ordenamento que levam acreditar que este critério fora adotado, apontando diversos dispositivos que definem o que é crime, como o Decreto-lei 3.914 de 1941.

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para este critério, Masson (2017, p. 249), aponta as seguintes possibilidades de uma conduta ser vista como criminosa ou não, que é toda aquela que cominar em: “a) reclusão; b) reclusão e multa; c) reclusão ou multa; d) detenção; e) detenção e multa; f) detenção ou multa. Não admitindo a aplicação da pena de multa de forma isolada.”

Ocorre que com o advento da lei 11.343, houve demasiada controvérsia por definir “penas” distintas daquelas previstas no Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal em seu art. 28 no capítulo “Dos Crimes e das Penas”.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Entretanto, apesar das divergências, o Supremo Tribunal Federal, no RE. 430.105, entendeu que não há cisão entre ambas, não havendo preponderância de uma sobre a outra, pois o art. 1º da lei de Introdução ao Código Penal não é absoluto, permitindo assim ao legislador aplicar outros tipos de penas.

3.3.4 Critério Analítico

Para este, o conceito de crime tem uma estrutura a se preencher para que assim seja considerado, que nas palavras de Roxin (2004, p. 83-86).

Quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um número de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível. Esta forma de proceder acaba levando a que se votem grandes esforços à questão sobre que posicionamento no sistema do delito deve ocupar esta ou aquela elementar do crime; pode-se descrever a história da teoria do delito nas últimas décadas como uma migração de elementares dos delitos em diferentes andares do sistema.

E como toda e qualquer estrutura é composta por elementos, que podem seguir a teoria tripartite ou bipartite, isso é, a quantidade de elementos necessárias para constituir o conceito de crime, como explica Gonçalves (2018, p. 177).

A teoria bipartida define crime como fato típico e antijurídico. Para esta corrente, a culpabilidade não é elemento do crime, e sim pressuposto para a aplicação da pena. A teoria tripartida sustenta que crime é o fato típico, antijurídico e culpável.

Neste diapasão, a diatribe a teoria bipartida ficou por conta de que a lei traz diversas excludentes de culpabilidade, ainda sim parte da doutrina sustenta o sistema bipartido como o ideal, como Damásio de Jesus (2011, p. 8), defende que apesar de haver uma excludente de culpabilidade, isto incide tão somente na pena e não no crime em si.

A culpabilidade não é elemento ou requisito do crime. O juízo de reprovabilidade não incide sobre o fato, mas sim sobre o sujeito. Não se trata de fato culpável, mas de sujeito culpável. Culpabilidade é um juízo de reprovação que recai sobre o sujeito que praticou o delito. Por isso, conceituamos o crime como fato típico e antijurídico. É o sistema de nossa legislação. Disciplinando as causas de exclusão da ilicitude, nosso Código Penal determina que “não há crime” (art. 23). Assim, a ilicitude caracteriza o delito. Tratando, porém, das excludentes da culpabilidade, considera que o agente é isento de pena (arts. 26, caput, e 28, § 1.º). Logo, não excluem o crime, comportando-se o juízo de censurabilidade como condição da resposta penal. Há outro argumento. Só há receptação quando o objeto material constitui produto de crime (art. 180, caput). Suponha-se que o autor do fato antecedente seja inculpável, presente, v. g., a inimputabilidade por menoridade. Se a culpabilidade fosse elemento ou requisito da infração penal, a sua ausência, em face da menoridade, excluiria o crime anterior, condição típica da receptação. A coisa não seria “produto de crime”. E, não havendo delito antecedente, o fato subsequente seria atípico. Determina o Código Penal, porém, que o fato é punível ainda que não culpável “o autor do crime de que proveio a coisa” (art. 180, § 2.º; grifo nosso). Confirmação de que a culpabilidade não é requisito do delito.

Todavia, a corrente majoritária do Direito Penal brasileiro tem defendido que há severas impossibilidades em se adotar um critério bipartido, com isso, tais argumentativas são refutadas por Nucci (2019, p. 424) que elenca alguns motivos pelos quais deve se afastar do conceito bipartido de crime:

Se, por alguma razão, não houver o fato típico, poderemos aplicar pena? Obviamente que a resposta será negativa. Se a conduta do agente não for antijurídica, mas, sim, permitida pelo ordenamento jurídico, poderemos aplicar-lhe uma pena? Mais uma vez a resposta negativa se impõe. Enfim, todos os elementos que compõem o conceito analítico do crime são pressupostos para a aplicação da pena, e, não somente a culpabilidade.[...] O fundamento desse raciocínio se deve ao fato de que o Código Penal quando se refere a culpabilidade, especificamente nos casos em que a afasta, utiliza, geralmente, expressões ligadas à aplicação da pena, a exemplo do art. 26, que, cuidando do tema relativo à inimputabilidade, inicia sua redação dizendo que é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; ou a segunda parte do art. 21, caput, do Código Penal, que diz que o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena. Assim, embora o Código Penal utilize essas expressões quando quer se referir as causas dirimentes da culpabilidade, tal opção legislativa não nos permite concluir que o crime seja tão somente um fato típico e antijurídico.

Há também uma posição quadripartida sustentada por Basileu Garcia(1976, p. 214), que apoia o conceito crime deve se fundar em quatro elementos, como sendo um fato típico, ilícito, culpável e passível de punibilidade, que para Masson (2017, p. 251), deve ser rejeitada a todo custo, pois ainda que um crime tenha sido alcançado pela prescrição ele não deixou de

existir no mundo jurídico, somente não cabe mais punição, não significando porém que nunca houve crime.

Em breve síntese, ao excluir o elemento punibilidade, de nada alterará o conceito de crime, enquanto os demais elementos tem uma relação mais abrangente no que tange ao conceito de crime.

3.5 DA CONDUTA

Uma vez compreendido os paradigmas que moldaram o Direito Penal, em qual atualmente se funda, sua função, o conceito de crime que a doutrina majoritária apoia, e, não menos importante, a pena em suas diversas nuances teóricas, é necessário entender a conduta, que não obstante dos temas anteriores, desperta tamanha paixão que o objetivo deste capítulo não será exaurir o tema, apenas compreender de forma mais aprofundada seu conceito e as teorias que a cerca, e qual sua relação com o Direito Penal, inclusive, no que tange o a tese neste estudo abordada.

Há diversas teorias que tentam explicar a conduta, havendo um conceito para cada corrente, a exemplo, Bleger (1984, p. 34), define a conduta, com fulcro na psicologia, como sendo:

Etimologicamente, a palavra conduta é latina e significa conduzida ou guiada; quer dizer que todas as manifestações compreendidas no termo de conduta são ações conduzidas ou guiadas por algo que está fora das mesmas: pela mente. Dessa maneira, o estudo da conduta, considerada assim, assenta sobre um dualismo ou uma dicotomia corpo-mente, sobre a tradição do mais puro idealismo, no qual a mente tem existência própria e é o ponto de origem de todas as manifestações corporais; segundo essa perspectiva, o corpo é somente um instrumento ou um veículo do qual se vale a mente (alma) para se manifestar

Já, pelo viés jurídico, o termo adquire variações distintas, e diversas teorias tentam explicar o que se compreende por conduta (NUCCI, 2020).

A teoria adotada majoritariamente de conduta, é aquela que integra o fato típico, ou seja, independente se adota-se um conceito bipartido, tripartido ou quadripartido de crime, sempre haverá uma conduta.

Teorias como finalistas, causalista, neokantiana, entre diversas outras, buscam explicar o que é a conduta para o direito, pois sua importância rivaliza com o conceito de crime vez que vai ser relativa ao sistema jurídico adotado por determinado país.

3.5.1 Teoria Causal

Conhecida também como teoria clássica, idealizada por Liszt e Beling, implica ser a ação movimento humano voluntário que produz uma modificação natural no mundo exterior, ou nas palavras de Franz Von Liszt (2006, p. 193).

Ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: “*cogitationis poenam nemo patitur*”. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior sem um resultado.

Fica óbvio que tal teoria, ainda que adotada por certo período, foi passível de diversas críticas, entre elas a de não explicar a omissão ou crimes formais.

Todavia, seus defensores, posteriormente, buscaram solucionar o problema da omissão, os neoclássicos então acrescentaram novos conceitos a fim de adequá-la e afastar a lacuna, como aponta Cuesta Aguado (1999, p. 73), que ação:

Deixa de ser absolutamente natural para estar inspirada de um certo sentido normativo que permita a compreensão tanto da ação em sentido estrito (positiva) como a omissão. Agora a ação se define como o comportamento humano voluntário manifestada no mundo exterior.

O que realmente interessa nesta teoria é que o dolo e a culpa estão na culpabilidade. Neste sentido, são considerados como espécies de culpabilidade, ou seja, a culpabilidade poderá ser a título de dolo ou culpa, e apresentará como elemento único a imputabilidade, que se configurará, em face do delito. Atribuindo-se ao exposto, a conduta se insere no fato típico, aqui, bem reputado como a ação humana voluntária que naturalmente tem como consequência causar uma alteração no mundo exterior, mas o dolo e a culpa são analisados em conjunto com a culpabilidade (NUCCI, 2020).

A análise do dolo e da culpa ocorre posteriormente e na sua eventual ausência o fato permanece típico para a teoria, porém não é mais culpável.

No entender de Zaffaroni (2002, p. 81), “Fica claro que mesmo em suas origens positivistas, o conceito causal de ação não era nem rigorosamente naturalista, pelo papel das representações, nem estritamente descritivo, porque o conceito de omissão não podia ser construído sem referência à antijuricidade.” Esse fulcro afasta diversos elementos tidos como anormais, como crimes não materiais.

Assevera-se de maneira crítica para essa teoria é sua percepção somente nos crimes materiais, que, por sua vez, possuem apenas tipos objetivos, caracterizando somente os tipos tidos como normais como crime, onde tipos com elementos normativos são tidos como anormais.

3.5.2 Teoria Neokantista

O sistema neoclássico (nomenclatura variante) foi uma segunda fase da teoria causalista, tendo como precursores Mezger e Frank que buscaram demonstrar não ser viável um conceito analítico puramente natural, afastando-se do jusnaturalismo predominante no sistema causalista puro, apegando-se a idéias positivistas como bem esclarece Nucci (2019), que “Nessa segunda fase do causalismo, o crime continua a ser um fato típico, antijurídico e culpável. A diferença entre a primeira fase e esta situa-se exatamente no conceito de culpabilidade.”

Ocorre que para afastar-se do sistema anterior jusnaturalista e tentar tratar da omissão, esta segunda fase altera o conceito de culpabilidade, aproximando-se do positivismo, ainda nas palavras de Nucci (2019, p. 438).

Deixou-se de considerar a culpabilidade integralmente psicológica, vale dizer, deixou de ser constituída apenas por dolo e culpa – os elementos subjetivos do delito. Inclui-se uma parte normativa – juízo de valor – em relação ao autor do fato típico e antijurídico. Diz-se, então, que ela passou a ser psicológico--normativa ou somente normativa.

Nesse aspecto, a culpabilidade passa a ter um juízo de reprovação ou de reprimenda, aferido pelo juiz, em relação ao indivíduo que atuou com dolo ou culpa, será imputável à época do ocorrido e poderia ter agido conforme os comandos legalísticos, mas não o fez, optando por transgredir, atuando o Estado-juiz como um terceiro “observador”.

Ainda nas palavras de Nucci (2019, p. 438):

Em verdade, esse terceiro observador é o Estado-juiz, que proferirá um juízo de valor, censurando o fato típico e antijurídico praticado pelo agente, ou não. Para chegar a esse veredicto, vale-se da imputabilidade (se o autor era capaz de entender o que fez), do elemento subjetivo do crime (se agiu com dolo ou culpa) e, finalmente, se podia agir conforme as normas impostas pelo direito (poderia estar sob coação moral, por exemplo, sem condições de agir de outro modo).

Pode se então visualizar um ilícito por exclusão, isso é, se não estiver presente causas de exclusão de culpabilidade é tido então como uma conduta criminosa, em sentido inverso, pode não haver crime, o concatena-se tal corrente com a teoria bipartida de crime.

3.5.3 Teoria Finalista

Para esta teoria considera-se o crime com base na tripartição do conceito (fato típico ilícito e culpável) ocorre que há uma subtração do aspecto subjetivo da culpabilidade (dolo e culpa).

Com fulcro nessa teoria, que tem como centro o “animus” do agente, Greco (2017, p. 281), descreve que a conduta pode ser considerada:

É a ação, por tanto, um comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer. O homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige sua conduta sempre a determinada finalidade, que pode ser ilícita (quando atua com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal) ou lícita (quando não que cometer delito algum, mas que, por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto pela lei penal).

A conduta já não está mais na culpabilidade, e sim no fato típico, sendo assim, há uma necessidade de se aferir a qual fim a sua prática foi destinada, por conseguinte, transloucando a conduta e o seu sentido para o conceito de crime.

Pressupõe-se que todo homem é livre e responsável por suas atitudes, e com isso, o Direito Penal não pode ver como crime e proibir meros atos causais (MASSON, 2017), somente aqueles com uma finalidade especificamente dirigida, ou a omissão que também deve reclamar determinado desígnio por parte da conduta.

Masson (2017, p. 253) exprime o seguinte sobre a teoria finalista.

Para essa teoria, conduta é o comportamento humano, consciente e voluntário, dirigido a um fim. Daí seu nome finalista, levando em conta a finalidade do agente. Não desprezou todos os postulados da teoria clássica. Ao contrário, preservou-os, a eles acrescentando a nota da finalidade.

Como já discorrido, há um deslocamento do dolo e da culpa para o fato típico, assim, uma conduta tem como elemento necessário uma finalidade, podendo o partidário de tal teoria adotar tanto um conceito tripartido de crime como bipartido, pois em ambos os casos a conduta estará no fato típico (MASSON, 2017).

Nucci (2019, p. 439), ao mencionar Welzel, um dos idealizadores da teoria, demonstra como a teoria, de acordo com seu criador, afirmava que a causalidade exterior é cega, pois não analisa o querer interno do agente. Já a finalidade, por haver um guia, é evidente, sendo assim, mais confiável. Isso significa que, a finalidade da conduta deve ser averiguada com fulcro no agente emissor, não em um terceiro observador.

Neste aspecto, um terceiro observador (Estado-juiz) verá a conduta de acordo com a externalidade apresentada pela mesma, o que pode não corresponder com a realidade dos fatos ocorridos, isso é, o querer interno do agente pode ser um, e a expressão ser diversa daquilo, todavia ao considerar a preponderância de um terceiro observador não há o que se questionar quanto isso, o que é confrontado pela teoria finalista que prepondera o a “*cogitationes*” e a “*volutas*” para qual se direciona a conduta.

Masson (2017, p. 253), entre outros, afirma que a sistemática penal brasileira adotou, ou pelo menos pendeu a adotar, o sistema finalista de conduta, onde o referido autor reforça que o art. 20 do Código Penal deixou claro a preferência pela teoria finalista, segue seu apontamento quanto ao tópico:

O Código Penal em vigor, com a reforma da Parte Geral pela lei 7.209/1984, parece ter manifestado preferência pelo finalismo penal. Uma forte evidencia encontra-se no art. 20, caput. “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.” Ora, se a ausência de dolo acarreta na exclusão do fato típico (ainda que somente na forma dolosa), é porque o dolo está na conduta do agente, que deixa de ser dolosa para ser culposa. (MASSON, 2017, p. 253)

Ainda que haja severas críticas da teoria no que tange a crimes culposos, seus defensores apoiam, que ainda sim há uma finalidade na conduta omissiva, pois para eles até o deixar de agir é um agir com finalidade, que por sua vez poderá ou não ser conforme o

Direito, de maneira que a reprovação não está na finalidade do agente, mas nos meios escolhidos para atingir a finalidade, seja por negligencia, imprudência ou imperícia.

3.5.4 Teoria Finalista Dissidente

Essa teoria é originária de uma divisão do finalismo, para ela o conceito analítico de crime admite apenas o fato típico e ilicitude, que a torna uma teoria bipartida. Exclui-se a culpabilidade do conceito de crime, pois passou a ser um pressuposto de aplicação da pena.

Nobre (2012) ratifica o conceito:

A Teoria Finalista dissidente tem como adeptos Damásio de Jesus, Fernando Capez e Julio Fabbrini Mirabete. Segundo esta teoria, crime é fato típico e antijurídico. A culpabilidade não seria requisito do crime, mas sim pressuposto da pena. Os demais preceitos seguem a teoria finalista tripartida que é a majoritária em nosso ordenamento

Para aqueles que sustentam que ao comportamento humano incidem duas formas de valoração (fato típico e a ilicitude), assim, o crime seria apenas uma conduta típica e ilícita, passando a culpabilidade a ser somente pressuposto da penalização, indo rumo a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, na ausência de algum desses elementos, a culpabilidade deverá ser afastada, impossibilitando a aplicação da pena.

3.5.5 Teoria Cibernética

Também conhecida como ação biociberneticamente antecipada, tem como principal enfoque o controle da vontade, que por sua vez pode estar presente tanto nos crimes dolosos quanto culposos.

Não podemos falar de "elementos da conduta" como se a conduta fosse composta de uma sorna de elementos, mas na análise podemos considerar aspectos da conduta e, basicamente, distinguir o aspecto interno do aspecto externo.

Zaffaroni (2007, p. 103) leciona com maestria a temática da seguinte forma:

Ao aspecto interno da conduta pertence a proposição de um fim e a seleção dos meios para sua obtenção. Sempre que nos propomos a um fim, retrocedemos mentalmente, desde a representação do fim, para selecionar os meios com os quais se irá pôr em marcha a causalidade para a produção do resultado querido. Nessa seleção, não podemos deixar de representar também os resultados concomitantes. Terminada esta etapa, passamos à exteriorização da conduta (aspecto externo), consistente no desencadeamento da causalidade em direção à produção do resultado. Exemplo: Nos propomos ir a Paris ; fazemos uma representação de nossa presença em Paris e a partir daí selecionamos os meios para lá chegar (viajar por avião, por navio etc.); também fazemos uma representação dos resultados concomitantes (por navio levará mais tempo e isto nos fará perder mais dias de trabalho); como terceira etapa, já no mundo externo, colocamos em marcha a causalidade para chegar a Paris: tomamos o avião, o navio etc. No campo da causalidade somente há causas e efeitos, num processo cego que vai ao infinito. O nexos de causalidade- no nível científico - não tem uma direção. Aí a finalidade sempre é "vidente" (WELZEL), isto é, tem um sentido e assenta sobre a previsão da causalidade. O nexos de finalidade "torna as rédeas" da causalidade e a dirige. Em nosso tempo tem-se expandido a chamada "ponte entre as ciências", que é a cibernética, sendo uma de suas manifestações a combinação das disciplinas físicas com a biologia, o que deu por resultado a chamada "biocibernética". A biocibernética tem revelado que em toda conduta há uma programação, a partir de uma "antecipação do resultado", indicando etapas análogas às que temos indicado. Daí ter WELZEL proposto também falar de uma "antecipação biocibernética do resultado" em lugar de "ação final". Seja qual for a denominação que se queira dar a ela, resulta pouco menos que indiscutível que esta é a estrutura ôntica da conduta, que, de qualquer maneira; deve ser respeitada pelo direito penal.

Se para o causalismo há uma relação necessária no mundo natural, e para os finalistas a ação deve ter um fim, no que se refere a teoria cibernética não é o mesmo ao se elucidar a necessidade de distinguir elementos internos e externos, considerando a antecipação do resultado para definir o que é conduta.

3.5.6 Teoria Social

Para esta teoria a conduta possui três aspectos, sendo fato típico, ilícito e culpável, que nas palavras de Marques (2001, p. 67): “O conceito jurídico de comportamento humano é toda atividade humana social e juridicamente relevante, segundo os padrões axiológicos de uma determinada época, dominante ou dominável pela vontade.”

Buscando ser uma nova vertente entre causalismo e finalismo, a teoria social implica que para que uma conduta seja faticamente passível de tipificação ela deve, acima de qualquer

coisa, ser socialmente relevante. Desta forma ela se afasta do causalismo puro e do finalismo passando a considerar o aquilo que é valorado axiologicamente em determinada época, isso é, considera os parâmetros espaciais e temporais.

Porém, como Nucci (2020) aponta, a teoria ganhou severas críticas por conter um grau de abstratividade muito extenso, vez que socialmente relevante é um conceito extremamente amplo e até vago, porquê o que pode ser relevante para uma sociedade pode para outra não ser tão importante ou nem minimamente proeminente para grande parte do corpo coletivo, além de poder não corresponder ao que faticamente é valorado como socialmente relevante, sendo apenas um instrumento dos detentores do poder validar sua visão de relevância, podendo não corresponder ao que é quisto pela coletividade.

O abstrativismo, não é algo a ser inserido na dogmática penal, vez que tal tensionamento pode acarretar em diversos fatores negativos como a insegurança jurídica advinda de tal teoria que passa a ser extremamente ampla, por isso não se trata de uma corrente majoritária, pelo contrario.

3.5.7 Funcionalismo Penal

Historicamente, o funcionalismo tem sua origem nas ciências biológicas, um campo distinto do jurídico, como explica Rosa e Carvalho (2017, p. 9):

O funcionalismo, em sua essência sistêmica, nasceu no campo das ciências biológicas, mais precisamente na biologia molecular, em meados do século XX, quando o biólogo austríaco Karl Ludwig Von Bertalanffy, pretendendo elaborar um conceito de sistema aplicável a todo campo de investigação científica, inovou, classificando-o como mais do que a mera soma das partes, trazendo a ele a perspectiva do entorno.

Com isso, o “ser” deixa de existir por ser parte-todo (não por completo), passando a ser considerado o sistema-entorno, significando dizer que o relacionamento se dá entre elementos e destes como o ambiente, nas palavras de Bertalanffy (1975, p. 62), “um conjunto de elementos que se relacionam entre eles mesmos e com um ambiente”.

O funcionalismo penal, ou pós finalismo, é uma movimento doutrinário surgido na Alemanha em meados dos anos 70 cuja a finalidade é discutir o conceito de delito e principalmente o papel do direito penal, a sua função primordial, tendo como um dos seus

principais expoentes Claus Roxin (2004), no que se refere a sua forma mais moderada, e Gunther Jakobs (1998) em um aspecto mais extremado da teoria.

Nas palavras de Roxin (2004), os defensores desta orientação estão de acordo em rechaçar o ponto de partida do sistema finalista e partem da hipótese de que a formação do sistema jurídico penal não pode vincular-se a realidade ontológicas prévias (ação, causalidade, estrutura lógico-reais etc.) senão que única e exclusivamente pode guiar-se pelas finalidade do Direito Penal, tornando-o mais objetivo e eficiente.

Partindo de pressupostos político-criminais com liame nas funções do Direito Penal, há, de acordo com a teoria, uma nova sistematização do próprio penalismo, como assinala Greco (2017, p. 133).

Em sede de estrutura jurídica do crime, o sistema funcional trabalha com duas vigas mestras: a teoria da imputação objetiva e a ampliação da culpabilidade para a categoria de responsabilidade. A primeira dela nos crimes de resultado, passa a exigir, além da relação material de causalidade, um nexu normativo de causalidade a fim de aferi-se o resultado produzido pelo agente, pode, juridicamente, ser a ele imputado. A segunda coluna do funcionalismo ampliado o conceito de culpabilidade para o de responsabilidade exige, sempre, a aferição da necessidade preventiva (especial ou geral) da pena, sem a qual se torna impossível a imposição desta.

De acordo com Masson (2017), a teoria comporta três caracterizas, independente da vertente, como: a) Proteção do bem jurídico; b) Desapego da técnica excessiva ou formalismo do direito penal; c) Prevalência do jurista sobre o legislador.

ROXIN propõe novos conceitos para os elementos do crime. Em primeiro plano, a definição de conduta sofre alteração para ser considerada a ação ou omissão voluntária e consciente capaz de evidenciar uma autêntica manifestação da personalidade, ou seja, explicitar a esfera anímico-espiritual do ser humano. (NUCCI, 2020, p. 214).

Há um grande valor, por sua vez na personalidade daquele que delinqüe, sendo o crime uma externalização do “ser” como indivíduo contra o “deve ser” imposto pelo Direito (MASSON, 2017) Isso é, em comparação a corrente finalista que considera a finalidade preponderante, no funcionalismo para que uma conduta se apresente como criminosa é necessário analisar a concepção ou não de um risco proibido e se o resultado advenha exatamente dessa conduta. De maneira diversa, não haverá uma ação criminosa de imputação objetiva.

Em resumo, o funcionalismo preza, primordialmente, para a efetividade do sistema penal, onde este, para seus defensores, deve acima de qualquer coisa, apresentar-se efetivo no que se propõe, para tanto, altera-se o ponto de discussão dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal para o próprio Direito Penal.

3.5.7.1 Funcionalismo Teleológico

Quando Roxin (2002) propõe um funcionalismo teleológico, também conhecido como racional final ou moderado, ele alvitra uma forma mais racional de agir com o infrator, pois o foco é uma atuação mais expressiva de políticas criminais, preocupando-se com os fins do Direito Penal, priorizando valores e princípios garantistas.

Lazari e Junior (2017, p. 62) diante do estudo sobre o funcionalismo de Roxin, trazem a seguinte assertiva para o tema.

Roxin destaca ainda que desde 1970 encontra-se empenhando esforços bastante discutidos no sentido de desenvolver um sistema jurídico penal teleológico-racional ou funcional. Trata-se de um método firmado pelo cuidado pragmático, o qual é considerado como resposta à demasiada abstração do finalismo, *sui generis*, ao seu ontologismo, tencionando guiar a dogmática penal por meio das funções político-criminais exercidas pelo Direito Penal, modificando-a funcional ou funcionalizando-a.

Para os defensores de tal posicionamento, uma conduta delituosa está longe do mundo ôntico, sendo a mais pura expressão do livre arbítrio do ser humano, como apontam Junqueira e Vanzolini (2014, p. 246); “por manifestação da personalidade, deve-se entender que a conduta ou as realizações humanas compõem uma ‘obra’, um ‘plano’, algo arquitetado que importará ao sistema penal como algo relevante”.

No funcionalismo de Roxin (2002), o crime é fato típico, possui ilicitude e reprovabilidade. A Reprovabilidade para ele substituirá a culpabilidade, sendo assim, essa reprovabilidade tem como elementos, a imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, potencial consciência da ilicitude, acrescentando-se um quarto elemento, que é a necessidade de pena, que deverá consistir em um caráter preventivo geral (sociedade como figura a ser sugestionada a não delinquir) e preventivo especial (figura do infrator como cerne, para que não volte a delinquir).

Nucci (2019, p. 443) ao tratar do funcionalismo teleológico de Roxin tece críticas quanto seu excesso de abstratividade (o que gera insegurança jurídica no ponto de vista do

autor) ao mesmo tempo em que afirma que eliminar o caráter retributivo da pena e focar somente na prevenção, como a preposição leciona, é um desvio desguiado no que se refere a aplicabilidade do Direito Penal, como verifica-se abaixo:

As modificações introduzidas têm por objetivo sustentar a aplicação da pena, sob as óticas de prevenção geral e especial, eliminando-se o caráter retributivo. Cuida-se de uma teoria limitadora dos excessos punitivos do Estado, privilegiando a legalidade, a intervenção mínima e a culpabilidade. Todas as categorias estruturais do crime teriam funções político-criminais. Esse é o discurso; porém, o sistema criado não leva necessariamente a isso, quando executado por operadores do direito desvinculados de tais propósitos. (NUCCI, 2019, p. 443).

Ainda que não se altere profundamente o conceito analítico de crime, há mudanças para o que se compreende como conduta, esta que por sua vez deixa de ser um instrumento de proteção do cidadão contra os excessos estatais, passando a ser um instrumento do estado para aplicação de políticas criminais.

É nesse contexto que Rassi (2010, p. 17), direciona a discussão quanto aos elementos destacados por Roxin:

O funcionalismo, assim, inaugurado por Claus ROXIN, ao propor a integração de elementos de política criminal ao Direito Penal, apresenta uma modernização favorável do Direito Penal, mas por vezes descuida-se dos riscos que as incorporações precipitadas das demandas sociais podem trazer ao seio do Direito Penal.

Bitencourt (2019), por sua vez, aponta diversas críticas ao sistema, correlacionando-o com o Estado Democrático de Direito, vez que este não pode comportar abstrativismo no que se refere a conduta, pois pode servir para concretizar ideologias dos detentores do poder, aplicando-se a finalidade das políticas criminais, como consta abaixo:

Com essa perspectiva normativa não se produz uma profunda alteração do entendimento analítico de delito, enquanto ação típica, antijurídica e culpável, mas no seio dos modelos funcionalistas, as categorias sistemáticas do delito admitem certa flexibilidade e seu conteúdo pode chegar a ser fragmentado e modificado em função das finalidades político-criminais outorgadas ao sistema penal. Justamente por isso têm-se criticado os modelos funcionalistas no sentido de que a vinculação do Direito Penal às decisões político-criminais do legislador nem sempre conduz ao alcance da justiça material. No entanto, essa praxis tanto pode ser identificada com a ideologia dos Estados democráticos de direito, garantidores das liberdades, como pode ser identificada com a ideologia de Estados totalitários ou ditatoriais, o que realmente é preocupante. (BITENCOURT, 2019, p. 20).

A concepção de pena para os funcionalistas acaba por não ser uniforme, como bem demonstra visão de Muñoz Conde (2009, p. 13) a distinção entre o pensamento de Claus ROXIN e Günther Jakobs é:

A responsabilidade penal pressupõe não somente a culpabilidade do autor, senão, ademais, a necessidade da pena desde o ponto de vista preventivo geral e especial. A culpabilidade e a prevenção, ao contrário do que sucede, por exemplo, com a colocação de Jakobs, não se fundamenta em uma unidade, senão que se limitam reciprocamente; para ROXIN, as necessidades preventivas nunca podem conduzir a imposição de uma pena a um sujeito que não é culpável. Mas a culpabilidade em si mesma tampouco pode legitimar a imposição de uma pena, se esta não é necessária desde o ponto de vista preventivo. (MUÑOZ CONDE, 2009, p. 13)

Frente as conclusões, Silva Sánchez (2013) acrescenta:

As correntes funcionalistas não pretendem em principio uma modificação do sistema da teoria do delito. Se empenham, no entanto, na atribuição de novos conteúdos as categorias, com o fim de ampliar sua capacidade explicativa de soluções e sua aplicabilidade a realidade. Trata-se de orientar ditas categorias a função Direito Penal na sociedade moderna.

Como explicitado anteriormente, o Direito Penal não é um instituto findo e uniforme temporalmente, evolui com o passar do tempo e se adéqua ao local em que é aplicado (MASSON, 2017), ou pelos menos é moldado pelos detentores do poder para que assim pareça, e com isso, diante de uma sociedade moderna, tem que, necessariamente, compreender o quão imperativo é discuti-lo de tempos em tempos.

Com fito nesta proposta não há proposições inúteis, o funcionalismo traz grandes avanços, pois ao tratar de considerar a pena um fator necessário, tanto individual quanto coletivamente, trazendo-a não mais com ligação a um simbolismo, mas para uma finalidade do Direito penal, acaba por sair de uma seara punitivista e passa a ser mais funcional, como explicita Libe (2006, p. 441) que:

ROXIN pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal en una suerte de sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta. Ahora bien, ello no quiere decir que renuncie al contenido de las categorías dogmáticas elaboradas hasta el momento, sino que su pretensión será complementar las mismas y perfeccionarlas. Así, por ejemplo, la categoría de la imputación objetiva elaborada por ROXIN no sustituirá a la causalidad, sino que la complementará para perfeccionar la imputación en el marco del tipo objetivo.

Isso se concatena com a ideia de efetividade do Direito Penal, deixando de ser somente um punidor para ser uma forma eficaz de combater a criminalidade, pois a correspondência desta passa a ser com políticas-criminais, na visão de ROXIN (2000).

Continua Libe (2006, p. 442), ao explicar como é o Direito Penal na posição funcionalista de ROXIN, se justifica pela efetividade, por isso deixar-se-á guiar por políticas-criminais que sejam efetivas:

ROXIN parte de considerar que el Derecho penal se justifica por su efectividad en la solución de los problemas de la realidad social. En este sentido, el Derecho penal tiene sentido a fin de evitar o reducir a límites razonables la criminalidad; por ello, su concepción del Derecho penal es eminentemente preventivo: prevenir y evitar el crimen, de lo que deriva que el fin de la pena no puede ser retribuir o castigar, sino prevenir nuevos delitos. En este sentido, para este autor el fin de la pena es tanto la prevención general (positiva o integradora), como la prevención especial. Ahora bien, ROXIN reconoce que las penas, por sí solas, son instrumentos insuficientes e inadecuados para luchar contra la criminalidad, en especial por lo que toca a las penas privativas de libertad, que se revelan como especialmente problemáticas, propugnando la introducción en el sistema de reacción penal de nuevas sanciones de carácter social constructivo, en el marco de una estrategia global de prevención en la que el Derecho penal no sería sino uno de sus asideros. (LIBE, 2006, p. 442).

Essas proposições de inefetividade da pena se fulcrada na retribuição, como já tratado em tópico anterior, se alinha a posição relativista da pena, e que esta deve se solidificar em novos critérios teóricos (prevenção), leva a uma alteração no próprio Direito Penal, pois passa a ter um novo sentido de ser, ou pelo menos, um mais preponderante, adentrando em maneiras de reconstruir a teoria do delito, já distante de critérios ontológicos, e passando a funda-se em políticas criminais (ROXIN, 2002).

Deste modo, o funcionalismo teleológico propõe que se conceba a conduta como comportamento humano voluntário, que se materializa como causador de relevante e insuportável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Nucci (2020, p. 263) acrescenta o seguinte:

Embora funcionalistas, as duas teorias – a primeira, teoria personalista da ação; a segunda, teoria da evitabilidade individual, segundo Luiz Regis Prado, ob. cit., p. 253-254 –, baseiam-se em critérios normativos. Pretendem afastar as teorias causal e finalística de conduta, porque entendem que ambas se norteiam por critérios não jurídicos, logo, inadequados. Aliás, mencionam que as duas partem dos mesmos pressupostos e a única diferença substancial é que o finalismo acrescenta ao conceito de conduta a finalidade do agente ao movimentar-se, regido pela vontade e pela consciência.

Nucci (2020, p. 226) continua com seguinte ao correlacionar o funcionalismo com a teoria significativa da ação:

Afirma-se na teoria significativa da ação que o lado ontológico, real, portanto, perceptível aos sentidos humanos, seria mantido por meio do reconhecimento da liberdade de ação, que é conduta humana por natureza. Nesse particular, assemelhar-se-ia ao finalismo, pois o funcionalismo rejeita qualquer conceito ontológico. A sua diferença em face da teoria finalista concentra-se na consideração de que a finalidade da conduta (voluntária e consciente), para fins penais, não interessa à definição de conduta humana.

Ainda nas palavras de Nucci (2020, p. 263-264), o autor assevera o seguinte no que tange a teoria funcionalista para a conduta:

A ideia de se ter um conceito jurídico de conduta – e não ontológico – é pueril. Tudo se faz, no mundo jurídico, por meio de conceitos, e a ótica finalista faz parte disso, logo, é também um conceito jurídico, embora baseado em juízos de realidade. Ao criar um conceito denominado jurídico, tanto ROXIN quanto Jakobs caíram no vazio. A conduta é manifestação da personalidade, diz ROXIN. A conduta é ação capaz de evitar um resultado, diz Jakobs. Escrevam-se páginas e páginas, mas jamais se conseguirá definir, de maneira segura e inteligível, o que vem a ser manifestação da personalidade para fins penais. E muito menos o que se pode evitar e o que não se consegue evitar, sem um puro juízo de valor, conforme a política criminal do momento, que pode servir para oprimir pessoas e transformar o Direito Penal em um instrumento de força descomunal, sem balizas realísticas. O funcionalismo pode denominar-se como quiser, inclusive como pós-finalismo, mas isso não significa avanço. Trata-se de um pós-finalismo rumo ao incerto, bastando mencionar que nem mesmo os funcionalistas se entendem.

Fica claro, que ainda que importantíssimo é avançar o estudo do Direito Penal, para Nucci (2020) cair em um abstrativismo de um conceito, em tese aberto, de conduta, não é o ideal em um ramo tão importante quanto o Direito Penal.

3.5.7.2 Funcionalismo Sistêmico

O funcionalismo radical idealizado por Günther Jakobs, como também é conhecido, tem como principal fator a inevitabilidade, tanto da ação quanto da omissão, pois a ação incide em um resultado inevitável, enquanto a omissão em não evitar um resultado que deveria ser evitado, que nas palavras de Nucci (2019, p. 447).

JAKOBS volta-se ao funcionalismo sistêmico, cujo objetivo é garantir a estrutura do próprio sistema acima de tudo. Portanto, define conduta penalmente relevante, separando a ação da omissão. Ação é a causação inevitável do resultado e a omissão é a não evitação evitável de um resultado. Então, a conduta pode ser vista como a evitabilidade de uma diferença de resultado.

Caracteriza-se por ser um organismo dogmático, cuja a finalidade é justamente explicar os fins a que se propõe o próprio Direito Penal, no qual este deve desempenhar uma função utilitária à sociedade, devendo tornar-se um instrumento que atenda às expectativas semeadas e esperadas pelos cidadãos (ROSA, CARVALHO, 2017). Com isso, o Direito Penal para a teoria ora examinada, tem por desígnio a proteção direta da norma jurídica, e, de maneira mais indireta, visa proteger os bens jurídicos, por isso o delito é entendido como a transgressão da norma que viola as expectativas sociais, onde a conduta fica é um estado de evitabilidade por parte do autor (NUCCI, 2020).

A contravenção de uma regra social, ou seja, o crime, é visualizada como algo socialmente disfuncional (antagônico ao sistema funcional), não porque está ferindo ou porque está colocando em perigo bens jurídicos, mas porque questiona a “confiança institucional” no sistema (GOMES, 2007, p. 148).

Neste aspecto, a conduta abandona aspectos ontológicos se fundando em um normativismo e ligada ao resultado.

Nesse sentido, o sistema funcionalista ao fundar-se em dar efetividade ao Direito Penal, e tratando a conduta em um aspecto de evitabilidade (provocação de um resultado evitável) por parte do autor, frustrando as expectativas normativas comunga-se com a quebra de expectativa da sociedade em que devem todos se manter de acordo com a norma.

3.5.7.2.1 Breves apontamentos quanto ao Funcionalismo Sistêmico, conduta e a proteção do Direito Penal como finalidade precípua

Este aspecto da conduta, em quebra das expectativas sociais demonstra, no pensamento de Rassi (2010, p. 11), que é o que promove o pensamento mais radicalizado da sociedade de riscos, que ao impor-se acaba por abrir caminho para teorias mais incisivas, ou que pelo menos conseguem “garantir” mais efetividade diante outros sistemas vistos como falho, dessa forma o funcionalismo radical de Jakobs ganha repercussão na sociedade de risco

devido a comungar em ideais da coletividade, em expectativa de respeito e ação conforme a norma:

O que verifica a teoria da “sociedade do risco” é que, não só o homem não conseguiu controlar as catástrofes naturais, como criou uma série de novos riscos, através das novas tecnologias e formas de organização da produção que, tanto quanto os fenômenos naturais, fogem ao controle humano. Estas novas tecnologias e organização da forma de produção é chamada de sociedade pós-industrial. (RASSI, 2010, p. 11).

A teoria do funcionalismo radical especifica que um sistema social só poderá existir se o Direito Penal garantir a validade ou vigência das normas penais (fim de estabilização da norma), sendo assim, o Direito Penal repressor, com menos garantias, mais severo, com isso, teria a função de estabilizar a ordem social através da imputação das condutas indesejáveis pela sociedade, se enquanto no teleológico há uma visão não tão intervencionista, de forma contrária, na teoria radical o delito significaria oposição a eficácia normativa, ao passo que a sanção tem como principal finalidade restabelecer a obediência ao direito e a conduta uma quebra das expectativas sociais (VELAZQUEZ, 2005).

De acordo com o pensamento de Lazari e Junior (2017, p. 64):

A concepção do sistema de Jakobs consiste na estruturação da dogmática jurídico-penal com base nos conceitos e categorias provindas da teoria de sistemas sociais, observando-se com enfoque as lições de Luhmann. No que se refere ao conteúdo, controversa peculiaridade da teoria de Jakobs encontra em deixar a culpabilidade ser absorvida pelo conceito de prevenção geral, em concordância com sua teoria dos fins da pena. Assim, a culpabilidade não é algo oferecido ou objetivamente dado, mas simplesmente “adscrito” ao autor sem qualquer consideração às suas capacidades concretas, na medida daquilo que seja necessário para o ‘exercício de fidelidade ao direito.

A proteção é mais voltada para a estabilização da norma, não somente aos bens jurídicos, pois para tal teoria o bem jurídico é a própria norma jurídica, sendo a conduta uma ação em quebra das expectativas de agir de acordo com a norma, por isso seu caráter de inevitabilidade, o que leva a um pensamento contratualista, onde o indivíduo ao transgredir quebra este acordo com todo o seio social.

O bem jurídico no sistema penal funcionalista radical é a norma penal, que deve ser protegida, para que haja a manutenção de uma ordem social constante e durável, portanto, esse modelo sustenta que a finalidade do Direito, como um todo, seria possibilitar, que em um primeiro momento, selecione determinadas expectativas de comportamento no seio da sociedade, e dar-lhe valor jurídico transformando aquilo em uma norma, e, quando violada a

função do Direito Penal não mais é proteger o bem jurídico, mas a norma, com ensejo na estabilidade da dogmática penal e da sociedade.

4 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

A terminologia “velocidades do direito penal”, cunhada por Jesus-Maria Silva Sánchez (2002), trata-se de uma tese dedicada a explicar o grau de severidade em que o Direito Penal atua, seja por uma delimitação geográfica ou temporal.

Silva Sánchez (2002), aponta que essencialmente as velocidades do Direito Penal distinguem-se do que é chamado de direito intervencionista, visto que no primeiro há uma nítida preocupação na consolidação de um único Direito Penal moderno, pois tem como primordial objetivo “evitar a modernização generalizada caracterizada pela expansão e flexibilização dos princípios político-criminais e regras de imputação inerentes as penas privativas de liberdade”, que gera tal antagonismo.

A nomenclatura “velocidades” trata-se por relacionar-se com a aplicação do Direito Penal em face da punição, isso é, cada velocidade há um nível de garantismo, maior ou menor, na medida que este garantismo vai sendo retirado a velocidade “aumenta”, há então uma “aceleração”, obliterando direitos, gradativamente, para que a punição ocorra com maior celeridade, isso não significa o mesmo para quanto a sua severidade, vez que retira garantias não significa que aplica-se sanções mais severas, ainda que possa ocorrer (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Com o breve exposto, é possível visualizar que se parte de uma noção de Direito Penal Garantista, e à medida que a velocidade aumenta para que o Estado puna o infrator com maior celeridade, diminui-se as garantias e adentra na seara do Direito Penal Máximo.

4.1 PRIMEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

Tem como principal fundamento a prisão, isso é, vincula-se intimamente com o Direito Penal clássico, visto que, percebe, precipuamente, a pena privativa de liberdade, sempre em conformidade com todas as garantias necessárias para o cerceamento da liberdade. Nesse sentido, Silva Sánchez (2002) delimita a “primeira velocidade”, representada pelo Direito Penal da prisão, ou Direito Penal das garantias, no qual não há a mínima possibilidade de se romper com os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais já conquistados, pois ao cercear a liberdade de indivíduo, devido a tal

gravidade, não pode incorrer em prejuízos processuais para o apenado, este deve ter todo um maquinário que o possibilite se defender a fim de garantir-lhe o direito de liberdade.

Conhecido por ser a “primeira marcha” por ser mais lento, quase que estagnado, tendo sua execução mais morosa que os demais, visto que não se permite questionar a utilização ou não das garantias, para esta velocidade todas devem ser utilizadas, ainda que acabe por levar mais tempo até uma eventual condenação todas as garantias pertinentes ao período humanista devem ser aplicadas.

Nucci (2019, p. 83) discorre sobre o tema pelo seguinte enfoque:

A primeira velocidade seria composta por um direito penal de garantias, preservando as liberdades individuais; os crimes teriam penas mais graves, muitas delas privativas de liberdade, mas, pelo menos, os réus gozariam de ampla defesa, contraditório e todos os componentes do devido processo legal.

Ao ceder diversas garantias, há inevitavelmente um hiperbolismo monocular, sendo elas aplicadas a fim de que se tenha um devido processo legal mais justo possível. Silva Sánchez (2002) explica o porquê, pois caso se mitigue as garantias em detrimento de pêndulo na direção estatal, estar-se-ia incorrendo em severos prejuízos para toda a sociedade, não somente para um indivíduo em específico.

Essa velocidade abarca o núcleo principal do Direito Penal, ou seja, os bens jurídicos individuais basilares, os essenciais para a convivência em sociedade e para a sociedade como a vida, a liberdade, o patrimônio, entre outros (NUCCI, 2020). Assim temos a pura e simples constituição do Direito Penal que é a aplicação de penas privativas de liberdade, como “última ratio”, ajustadas com garantias constitucionais que limitam o poder coercitivo do Estado para agir contra o particular.

Discorrido isto, a maior representação do próprio Direito Penal, a prisão, mantém-se intransigivelmente os princípios de política criminal, com a fiel aplicação da lei em sua forma mais literal possível, bem como os princípios de procedibilidade, isso é, cede-se demasiadas garantias e averigua-se a sua fiel aplicação, ainda que o processo se apresente de forma morosa (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Afinal, pode-se afirmar que essa primeira velocidade é representada pela Direito Penal da “cadeia”, visto que entende a gravidade da retirada da liberdade, e, para tanto, cede demasiadas garantias processuais para equivaler-se com a punição.

4.2 SEGUNDA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

Na medida que se avança, as garantias do Direito Penal diminuem, isso é, há um distanciamento do ideal aplicado ao direito como garantia e passando, gradativamente, para um Direito Penal cuja a finalidade não é um protecionismo ao cidadão, mas para com a sociedade, seja por meio de penas alternativas ou até um processo mais célere, buscando uma sensação de proatividade do Direito Penal.

A dogmática penal de segunda velocidade, também conhecido como Direito Penal reparador, funda-se pela substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito que delimitam a vida do delinquente, impondo obrigações proporcionais ao delito praticado. Todavia, isso é acompanhado com certas mitigações no que se refere as garantias, pois tais medidas podem ser tomadas mesmo sem um processo propriamente dito, flexibilizando o processo penal para que este se curve diante a necessidade de celeridade, entre outras formas, de torna-lo mais efetivo (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Desta forma, há uma alteração no núcleo rígido das garantias penais e processuais penais, por esse motivo, passa o Direito Penal a ser representado nessa velocidade pelo Direito Penal da “não prisão” ou “não cadeia”, incidindo aos casos que não necessitam de empregar penas privativas de liberdade, visto que possibilita uma série de outras admoestações ao transgressor, não tão gravosas quanto a prisão, todavia, mitigando o processo penal para que este objetivo seja alçado (MASSON, 2017).

Pode se concluir, que esta velocidade apresenta um equilíbrio entre a utilização da prisão para delitos mais graves, e flexibilização do processo penal para delitos mais leves, oferecendo penas alternativas para estes.

4.3 TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

Esta velocidade está concatenada intimamente com o Direito Penal do Inimigo, pois há uma severa mitigação das garantias processuais em detrimento do exacerbado hiperbolismo monocular, agora, voltado para a defesa da sociedade, não mais do cidadão, ao apresentar o tema, Nucci (2019, p. 88) pontua o seguinte:

A terceira velocidade representaria a amenização dos direitos e garantias fundamentais sem nenhuma compensação no campo das penas, pois elas seriam mais graves e daria, então, fundamento a um sistema penal muito mais rigoroso. [...] uma ligação com o direito penal do inimigo de GÜNTHER JAKOBS.

A terceira velocidade é o conjunto entre as características apresentadas nas duas primeiras velocidades, podendo inclusive ser chamada de velocidade híbrida, no entanto, já há maior intervencionismo no ato de flexibilizar as garantias processuais (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Sua utilização se manifesta tanto na aplicação da pena privativa de liberdade, visível na primeira velocidade, quanto para a retirada, ou flexibilização, de garantias materiais e processuais, que é vista na segunda velocidade, passando a punir determinada pessoa de alta periculosidade pelo perigo que esta representa, não só para os outros indivíduos, ou para um grupo de pessoas, mas para o Estado, atuando de forma a precipitar (prevenir), a proteção penal, com penas mais rígidas, alinhando-se ao Direito Penal do autor e em contrapartida, para delinquentes comuns, indivíduos que não representam um perigo para o Estado, a estes reservam punições com penas mais leves ou com restrições de direitos, sendo apenas uma pequena admoestação ao “pequeno transgressor” (NUCCI, 2020).

Tem-se então um rompimento por parte do transgressor, não somente com a normativa, mas da própria sociedade, alinhando-se a interesses antagônicos deste, e filiando-se a grupos que o auxilia nesta empreitada, sendo assim, esta velocidade admite uma admoestação mais severa com fulcro na personalidade (MASSON, 2017).

Oliveira (2008, p. 5041), assevera, com brilhantismo, que:

A terceira velocidade representa o chamado “Direito Penal do Inimigo”, um conceito criado com a intenção de coagir e neutralizar pessoas que não oferecem respaldo cognitivo de suas condutas, pois romperam com o ordenamento jurídico em prol de outros vínculos que se sobrepõem a ele como a religião, a cultura estrangeira do imigrante, uma ideologia política ou uma organização criminosa.

Observa-se que ao rotular um indivíduo como inimigo retira-se dele diversos direitos e garantias constitucionais, Pois o Direito Penal passa a percebê-lo como um ser incapaz de adaptar-se às normas da sociedade, devendo, neste sentido, ser afastado, segregado e excluído, por conseguinte, retiraria deste indivíduo o status de cidadão, coisificando-o.

Isso ocorre, pois ao delinquir de maneira frequente, significa, para esta corrente, um ataque a própria sociedade por afirmar-se não fazer parte do corpo social por predominar o

interesse pessoal sobre o coletivo, por isso torna-se inimigo da coletividade, abominando o ordenamento jurídico (OLIVEIRA, 2008). De maneira diversa está o delinquente que não é visto como inimigo, nesta velocidade o tratamento cedido a este será severamente mais brando (NUCCI, 2020).

Assim, a terceira velocidade admite uma diferenciação entre o cidadão delinquente, a quem é garantida a proteção e julgamento de acordo com o sistema legal, e aos inimigos, cuja a coação penal tem o fito de neutralizar seus comportamentos e sua periculosidade, admitindo-se para estes, uma aplicação de penas mais gravosas, e obliteração de direitos e garantias para que se obtenha uma eficiência penal.

5 DIREITO PENAL DO INIMIGO

5.1 HISTÓRICO

Em meados de 1980, Jakobs esboçou o prelúdio do que viria a ser chamado de Direito Penal do Inimigo, mas devido a ter nacionalidade alemã e por conta da história, ainda recente naquele período, das atrocidades nazistas na segunda guerra mundial, optou por não expor ao mundo pouco mais do que este pensamento em palestras voltadas para políticas públicas e combate à criminalidade, centrando-se em um caráter descritivo e não com ensejo de aplicação (MASSON, 2017).

Corroborando o pensamento, Ribeiro (2011) assinala que:

A partir do final do século XX, Günther Jakobs construiu um discurso legitimador das tendências de “endurecimento” do Direito Penal e Processual Penal que se estavam verificando em diversos países, em áreas específicas, como as relacionadas com a criminalidade organizada, o tráfico de drogas e o terrorismo.

Neste início, o próprio Jakobs advoga contra a sua teoria do Direito Penal do Inimigo, apresentando-a em um caráter descritivo, para identificação de políticas criminais que, cuja a aplicação se sucederia apenas de maneira excepcional, como bem elucida Luis Greco (2012, p. 216):

O artigo de 1985 cunha, portanto, o conceito de direito penal do inimigo com propósitos primariamente críticos: a opinião dominante é atacada por sua atitude “despreocupadamente positivista.” O direito penal do inimigo “só se mostra legítimável como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional”, e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação. Na discussão que se seguiu à conferência, declarou Jakobs mesmo sua esperança em que o direito constitucional avançasse a ponto de tornar o direito penal do inimigo impossível, considerando uma tal interpretação da constituição já atualmente aceitável, se bem que não como a única que se poderia defender.

Porém, no ano de 2003, com o atentado as Torres Gêmeas em Nova York achou um cenário apto a receber esta nova visão sobre o direito penal moderno de forma mais desenvolvida, pois somando os fatores da alta na criminalidade organizada e organizações terroristas de alcance mundial e cada vez mais poderosas, entendeu por passar a defender este pensamento na aplicação de políticas criminais mais eficazes para o combate à criminalidade (MASSON, 2017).

Luis Greco (2005, p. 221), informa que antes de demonstra-la de maneira mais vigorosa, como o Direito Penal do Inimigo era exposto como de forma descritiva, ou seja, uma teoria que visava não propor alterações, mas identificar as já existentes e voltadas para este viés.

Até a virada do milênio, permaneceu o direito penal do inimigo uma figura quase que ignorada. Ou se utilizava o conceito para descrever criticamente tendências da moderna legislação penal, ou se cuidava mais de problemas dogmáticos específicos. Houve também uma tentativa isolada de formular condições de legitimidade de um inevitável direito penal do inimigo, tentativa essa que não atraiu atenção alguma. (GRECO, Luis, 2005, p. 221).

Até então, a teoria era usada apenas para se apontar o que não deveria ser, ou seja, um exemplo teórico a não ser seguido, o que mudou após atentados terroristas, onde começou-se a discutir a viabilidade ou não de adotar esta nova visão (MASSON, 2017), com ensejo, a priori, de dar uma resposta aos desejos sociais de punição, e em consequência disso, pacificar a sociedade, pois com o crescente nível de riscos, a tensão, medo e insegurança passaram a ser elementos comuns no dia a dia das pessoas (LEVES, CASTRO, 2019), sendo extremamente bem recepcionada, apesar das polemicas que se originaram dela, Luis Greco (2012, p. 221), pontua o seguinte sobre a apresentação por essa nova perspectiva:

Já as manifestações mais recentes de Jakobs provocaram apaixonadas reações. Na Alemanha respondeu-se principalmente à palestra proferida no congresso sobre “A ciência jurídico-penal alemã diante da virada do milênio”, enquanto no exterior levou-se em conta também um estudo mais extenso, cuidadosamente traduzido por Cancio Meliá.

Na America latina a voz que mais ecoa em criticas ao instituto se trata de Zaffaroni (2014), que em seus estudos afirma que a função do direito penal é limitar o poder punitivo estatal, e vai além ao afirmar que o Estado é um dos fatores que faz com os indivíduos transgridam ao deixar de prestar assistências básicas. Em sua obra “O Inimigo do Direito Penal” (2014) tece duras criticas a teoria, entre elas está em que o Direito Penal do Inimigo retoma a coisificação da pessoa, retirando seu caráter humano.

A rigor, quase todo o Direito Penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações. (ZAFFARONI, 2014)

Visto que a defesa social foi um dos assuntos mais discutidos no meio jurídico do século XX, ainda sim, tornando-se cada vez menos utilizável, a punição passou a ter outras

finalidades (interdisciplinar) que não o punir para retribuir, mas alterando-se para prevenir a criminalidade crescente, inclusive como meio de reafirma a validade da norma e o poder do Estado, como já visto.

5.2 CONCEITO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO

O inimigo, se visto pelo senso comum, é aquele que tem interesses adversos uns dos outros, isso é, sua concepção vai ser definida de acordo com a posição que aquele que define está, não obstante, o Direito Penal do inimigo é uma teoria a ser aplicados a estas pessoas. Todavia, partindo de um pressuposto jurídico e voltado para a tese em estudo, Nucci (2019, p. 880) conceitua Direito Penal do Inimigo como:

Trata-se de um modelo de direito penal, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os *inimigos* (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, entre outros), o que somente é viável sob o funcionalismo sistêmico proposto por JAKOBS.

Em suma, é possível dizer que para este sistema penal, há aqueles que são passíveis de conviver em sociedade e há os que não conseguem, tornando-os inimigos, e de maneira mais dilatada da teoria, para alguns autores, não somente do Estado por violarem as normas jurídicas, mas da sociedade por atacá-la com freqüência e sem a possibilidade de alterar este comportamento, legitima uma punição mais recrudescida, (LAZARI, JUNIOR, 2017).

Neste sentido, há uma atuação, não mais frente à conduta que foi cometida (passado) pelo infrator, mas na possibilidade de ele vir a delinquir, ou em sua incapacidade de integrar o corpo social de maneira pacífica, tendo por base uma atuação prospectiva (futuro). Meliá (2003, p. 79), fundamenta o direito penal no inimigo em três elementos:

Segundo JAKOBS, o direito penal do inimigo é caracterizado por três elementos: primeiro, há um amplo avanço da punibilidade, ou seja, nessa área, a perspectiva do sistema penal-jurídico é prospectiva (ponto de referência: fato futuro), em vez de como é habitualmente, retrospectiva (ponto de referência: fato comprometido). Segundo, as penalidades previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação do limite de punição não é levada em consideração para reduzir a penalidade ameaçada de acordo. Terceiro, certas garantias processuais são relativizadas ou mesmo suprimidas. (Tradução nossa).

O Direito Penal do Inimigo possui, como mais notável característica, o ataque aos riscos impostos pela sociedade globalizada, ou seja, ele pressupõe que determinados

indivíduos, inevitavelmente, irão delinquir, o que sinaliza que uma antecipação de punibilidade não é um meio injusto de se atuar para prevenir, no qual o "inimigo" é interceptado em um estado primário, apenas pela periculosidade em face da sociedade, (ALMEIDA,2017), desta forma a utilização do Direito Penal passa a ter uma finalidade, não mais em proteção dos bens jurídicos, mas a manutenção da norma, que caso violada legitima a punição, e em casos mais severos em que há uma incompatibilidade entre o comportamento do transgressor, este demonstrando a sua periculosidade para a sociedade, será, portanto, tratado como um inimigo, e desta forma, segregado dela, inclusive de suas garantias e direitos.

5.2.1 Quem é o Inimigo?

A palavra “inimigo”, de acordo com a conceituação do dicionário, é “ 1. Hostil, adverso, contrário. 2. De grupo, facção ou partido oposto. 3. Nocivo. sm. 4. Aquele que odeia ou detesta alguém ou algo. 5. Grupo, facção ou partido hostil. 6. Coisa nociva. ” (FERREIRA, 2001, p. 420).

Já historicamente, o ser humano sempre olhou para o desconhecido com inimigo, todo aquele que de alguma maneira destoa de seu ambiente, ou se seu grupo, seja por seu comportamento, maneira de se vestir, cultura, religião (ter ou não) e etc. Era (é) visto com suspeitas, o que justifica um tratamento distinto dos demais, (ZAFFARONI, 2007).

Agora, no âmbito jurídico-histórico, o conceito de inimigo teve origem no direito romano, que destacava como sendo inimigo o estrangeiro, e não qualquer sujeito que transgredisse a lei, bastava então não ser romano que era inimigo, permitindo portanto que estes pudessem ser escravizados, como elucida Zaffaroni (2007), que a lei era voltada para os romanos e em benefício destes, e em detrimento de qualquer um que não fosse romano.

Zaffaroni (2007), leciona que os romanos possuíam duas castas de inimigos: os *hostis alienígena* e os *hostis judicatus*. O primeiro era o estrangeiro, e o segundo era aquele que o Estado definia como sendo inimigo, em uma situação excepcional, quando o indivíduo ameaçava a segurança por meio de conspirações, perfídias e traições, tornando-se um inimigo público. Eram declarados inimigos não por manifestarem seus desígnios, mas porque o poder os declarava como tal, vez que em um estado primário apresentavam de certa forma perigo a sua continuidade.

Percebe-se que o elemento central da discussão, neste sentido, que o inimigo é todo aquele que se opõe a maneira de viver e pensar dos detentores do poder (GONÇALVES, GONÇALVEZ, ROCHA, 2019, p. 54):

No século XX, com a ascensão dos regimes fascista e nazista, o inimigo assumiu caráter biológico/racista e antissemita. Os judeus-comunistas-capitalistas se converteram em responsáveis por todos os males existentes, tomando o lugar do próprio Diabo.

Já, em uma perspectiva jurídica e com uma ótica da teoria do Direito Penal do Inimigo, Nucci (2019, p. 881), ao identificar o inimigo para Jakobs, afirma o seguinte:

São pessoas perigosas, em guerra constante contra o Estado, razão pela qual a eles caberia a aplicação de medidas de segurança e seus atos já seriam passíveis de punição quando atingissem o estágio da preparação. Admite-se, ainda, que contra eles sejam aplicadas sanções penais desproporcionais à gravidade do fato praticado.

Já para Moraes (2011), o “inimigo” é visto como “aquele que comete crimes econômicos, terroristas, membros de quadrilhas, estupradores ou qualquer outro considerado perigoso e que se afastaram do Direito ao ponto de não se ter mais garantias de que poderão seguir as leis. Porém, o Inimigo no Direito Penal é uma figura delicada, na medida em que a evolução social (ou ausência dela) pode transformar qualquer um no “inimigo”.

Zaffaroni (2007, p. 54), pontua que o inimigo é sempre aquele que o Estado (ou ideologia dominante) diz que é inimigo, para os nazistas eram os judeus, para os soviéticos era o capitalismo, para os norte-americanos o comunismo, ou seja, adquire uma nuance biopsicológica/racista/filosófica. “Com efeito, os perigosos ou inimigos foram parasitas para os soviéticos, sub-humanos para os nazistas e inimigos do Estado para os fascistas, todos submetidos a um sistema Penal paralelo, composto por tribunais especiais inquisitoriais/policiais” (ZAFFARONI, 2007, p. 54).

Sánchez (2013, p. 149), ao adentrar no tema, buscando identificar quem é o inimigo, afirma que a caracterização do inimigo seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e pela integração em organizações criminosas estruturadas, como se verifica no seguinte postulado:

O Inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente mediante sua vinculação a uma organização abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.

Claramente nota-se uma maior abrangência frente ao conceito de Jakobs na conceituação de Sánchez (2013), isso se dá, principalmente, pelo modernismo ao qual a sociedade de risco impõe nas relações, agora, globalizadas, onde novos riscos surgem, conseqüentemente, novos inimigos são “escolhidos” para serem o rosto destes riscos, o que possibilita um cenário a bastante alargado de punibilidade seletiva (RABÊLO, 2016).

Como já pontuado anteriormente, a teoria divide os indivíduos em dois sistemas, um chamado Direito Penal do cidadão, aplicado aos que tem a possibilidade de voltar a conviver em sociedade e o Direito Penal do Inimigo, aplicado aos que não são passíveis de ressocializar, como Rabêlo (2016, p. 55) distingue de forma incisiva:

Günther Jakobs deixa bem claro que dentro de um mesmo ordenamento devem existir duas espécies de direito penal, aquele denominado de Direito Penal do Cidadão e o chamado Direito Penal do Inimigo. No primeiro são observadas todas as garantias constitucionais e processuais; já no que concerne ao segundo, estas seriam reduzidas ou até mesmo suprimidas.

A aplicabilidade de cada sistema fica adstrita a possibilidade ou não do transgressor voltar a conviver em sociedade, o cidadão oferece segurança para sua reintrodução no meio social, enquanto o inimigo apresenta características que levam a crer que ele voltara a cometer ilícitos caso volte à sociedade, desta feita, a pena que segrega o transgressor contumaz, para a teoria jakobiana, fundamenta-se como uma defesa da sociedade.

Desta maneira, intui-se uma divisão social com fulcro na personalidade dos agentes transgressores, Moura (2009, p. 157) traz um resumo de como é a distinção que Jakobs faz entre o Direito do Penal do Cidadão (Bürgerstrafrecht) e o Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht):

O Direito penal do cidadão trata o autor do fato como pessoa em Direito (titular de direitos e obrigações na ordem jurídica). O crime cometido pelo cidadão é um deslize e a pena, ao levá-lo à sério como pessoa, o mantém dentro do ordenamento. Isto é assim porque neste caso o criminoso oferece a garantia cognitiva de que no futuro se conduzirá como cidadão fiel ao Direito. Aqui o Direito penal observa todas as garantias materiais e processuais, aguardando a exteriorização de uma perturbação da esfera jurídica de outra pessoa ou de uma instituição jurídica positiva para intervir. Diferentemente, o Direito penal do inimigo não trata o delinquente como cidadão/pessoa, mas sim como mera fonte de perigo para a vigência da norma, e, como um ser sensível que se orienta pelo código satisfação/insatisfação de interesses e não pelo código lícito/ilícito. O criminoso cidadão é, pois, excluído pelo Direito penal (mas não pelos demais ramos jurídicos). Isto ocorre quando através de condutas reiteradas (criminalidade econômica, sexual, drogas e contra a segurança do Estado) o da incorporação do sujeito a uma organização criminosa (crime organizado ou terrorismo) o sujeito se transforma em autor por tendência e se desvia do Direito de forma decidida e provavelmente duradoura, deixando de oferecer a garantia cognitiva mínima necessária para ser tratado como pessoa, uma vez que a expectativa de comportamento a ele dirigida é continuamente defraudada.

Importante perceber, que, nem todo criminoso é inimigo, da mesma forma que nem todo inimigo é necessariamente criminoso, baseado na literalidade da teoria hora estudada, o primeiro refere-se a autores de delitos cuja a periculosidade ao ser analisada é vista como ignóbil, e apresenta uma capacidade de retomar o convívio na sociedade de forma pacífica, já segundo, apercebe-se que são os denominados inimigos pelo Estado, antes mesmo de delinquirem, tem-se uma atuação prospecta em estigmatiza-lo como adversário.

5.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA LABELING APPROACH

Não há uma possibilidade razoável de tratar da teoria do Direito Penal do Inimigo sem adentrar na teoria do “labeling approach” também chamada de teoria interacionista, rotulação ou etiquetamento social.

E uma teoria que afirma que certas classes sociais se comportam de acordo com aquilo que lhe é imputado pelos órgãos oficiais. Sendo uma ciência criminológica que afirma que o crime e o criminoso são uma construção social daquilo que lhe é etiquetado (BARATTA, 2002).

A teoria surgiu da década de 60, rompendo com os alicerces do paradigma etiológico da criminologia clássica, buscando ater-se aos reflexos da influência exercida pelo Estado

sobre o pretense criminoso, a criminologia deixou de investigar as causas para indagar as condições da criminalidade (JUNIOR, 2008).

Molina (2002, p. 385) aduz o seguinte sobre a teoria:

[...] o labeling approach surge com a modesta pretensão de oferecer uma explicação científica aos processos de criminalização, às carreiras criminais e à chamada desviação secundária, adquirindo [...] a natureza de mais um modelo teórico explicativo do comportamento criminal

De acordo Baratta (2002, p. 87), um dos nomes mais respeitáveis no estudo da teoria “labeling approach”, avalia que: “não se pode compreender a criminalidade se não estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam)”.

[...] a teoria do Labeling surge após a 2.^a Guerra Mundial, os Estados Unidos são catapultados à condição de grande potência mundial, estando em pleno desenvolvimento o Estado do Bem-Estar Social, o que acaba por mascarar as fissuras internas vividas na sociedade americana. A década de 60 é marcada no plano externo pela divisão mundial entre blocos: capitalista versus socialista, delimitando o cenário da chamada Guerra Fria. Já no plano interno, os norte-americanos se deparam com a luta das minorias negras por igualdade, a luta pelo fim da discriminação sexual, o engajamento dos movimentos estudantis na reivindicação pelos direitos civis”. (SCHECAIRA, 2004, p. 371).

Para os adeptos da teoria, a criminalidade é, acima de tudo, uma construção social, ou seja, ao destacar determinados indivíduos com comportamentos distintos do padrão aceitável, estes tenderão a cometer ilícitos, pois é justamente o que a sociedade espera deles, para tanto, seu comportamento destoa do livre-arbítrio, porquanto há uma coerção “oficial” viciando o comportamento do agente, sendo sucedida por uma coerção ordinária social por parte da própria comunidade que reforça o que as instituições delimitaram (JUNIOR, 2008):

Nas palavras de Baratta (2002, p. 88):

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios pode se exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram na labelling approach, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”

Identifica-se, nas palavras do autor, e para a teoria, a existência de uma correlação, que se dá de fatores externos (estímulos sociais) para fatores internos (psique), não o inverso,

sendo então o criminoso definido por meios, parcialmente, alheios ao seu livre-arbítrio, ou melhor, meios estatais ligados a chamada “criminalização primária” e “criminalização secundária” que Masson (2017, p. 60) define como: “A atividade de criminalização, desempenhada pelo Estado, desenvolve-se em duas etapas, denominadas, respectivamente, criminalização primária e criminalização secundária”.

A atuação estatal, para a teoria, etiqueta certas classes de comportamentos, fazendo com que sejam influenciadas a cometer ilícitos, ou, ainda que não cometam ilícitos, possam ser vistas como potencialmente perigosas (BARATTA, 2002).

Ao se aprofundar na temática, Soto (2011, p. 3), identifica que a realidade social não é fruto de um único elemento, constituindo, mas de uma infinidade de relações concretas que se estende por meio da linguagem:

O interacionismo simbólico é trazido pelo doutrinador Baratta (2002) como “paradigma epistemológico” das teorias do labeling approach. Para ele, segundo o interacionismo simbólico, a realidade social constitui-se de uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, os quais, através de um processo de tipificação, recebem um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. O autor citado sublinha ainda que, conforme o interacionismo simbólico, a coordenação dos comportamentos relativos às normas deve ser considerada uma operação problemática, vez que não ocorre de maneira automática, mas dependendo de determinadas condições. (SOTO, 2011, p. 3).

Continua Soto (2011, p. 3) com os seguintes dizeres:

[...] a pesquisa dos criminólogos sobre a teoria do etiquetamento, utilizando-se de questionamentos que envolvem a natureza do sujeito e do objeto, na definição do comportamento desviado, lhes serviu de orientação, apontando para duas direções, de modo que a primeira é o estudo da formação da identidade desviante e do desvio secundário que, em outras palavras, está representado pelas consequências que a etiqueta de “delinquente” traz para o indivíduo a quem se aplica. A segunda direção, de acordo com a doutrina de Baratta, leva diretamente ao estudo das agências de controle social, vez que, colocadas em um parâmetro com a sociedade, estas agências detém o maior poder de definição de comportamentos e indivíduos criminosos, no curso da interação.

Isso significa dizer que alguns processos criminais são frutos de interações sociais, com relação às direções apresentadas pelas instituições, ou seja, há uma ligação entre o que é delimitado pelos órgãos oficiais e o que a sociedade pondera axiologicamente no que tange alguns indivíduos, como disserta Garcia (2002, p. 387):

O caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, que etiquetam o autor como delinquente. [...] Em consequência, a criminalidade é criada pelo controle social. As instâncias ou repartições do controle social (polícia, juízes etc.) não detectam ou declaram o caráter delitivo de um comportamento, senão que o geram ou produzem ao etiquetá-lo.

O controle social, para tal sistema, adota uma proporção pendente a fatores subjetivos, extremamente seletivos e discriminatórios, abarcando critérios que tendem a um punitivismo direcionado, com fulcro em aspectos positivos e negativos, de acordo com o que a sociedade valora como útil e inútil, certo e errado.

Basicamente, “labeling approach” constata que há um direcionamento, não para crimes, mas para classes sociais, estas por sua vez acabam etiquetadas como delinquentes, ainda que não tenham cometido ilícitos, criando-se um espectro generalista (estereótipo), que, de certa maneira, age coercitivamente.

Há o que se visualiza, como uma marginalização, executado tanto pelas instituições, quanto pelos indivíduos que circundei-a o estigmatizado/etiquetado, como bem aponta Soto (2011, p. 4):

[...] segundo a labeling approach, a etiquetagem dos indivíduos condenados criminalmente produz desigualdades, de modo que a reação daqueles que convivem com o sujeito etiquetado acaba o marginalizando. Sustenta ainda, que uma vez rotulado como criminoso, o indivíduo acaba por reincidir produzindo a delinquência secundária.

Há uma relação de expectativa e realidade, onde a expectativa do entorno acaba por forçar uma alteração na realidade individual do etiquetado que o leva a produzir aquilo que é esperado dele, o crime.

Neste sentido, há uma coerção social para que o rotulado não consiga se esquivar da prática delitiva, pelo contrário, utilizando-a como mecanismo de defesa, como acentua Soto (2011, p. 4):

[...] o desvio primário encontra vazão em fatores de ordem cultural, social e psicológica, os quais não estão centrados na estrutura psíquica do indivíduo que incide na conduta desviada. Sustenta o autor citado que os desvios que sucedem o desvio primário, determinam-se pelos efeitos psicológicos que a reação social produz no indivíduo sobre o qual recai, de modo que o comportamento desviado que sucede a reação social, gerando a reincidência, é utilizado pelo desviante como uma forma de defesa, ataque ou adaptação em relação aos prejuízos trazidos pela reação social advinda do desvio primário.

O interacionismo funda-se na reação social, que faz emergir a estigmatização, que se antes abstrata e somente uma expectativa, o seu simbolismo força o indivíduo, diante da reação social, a agir conforme o esperado dele como um meio de defesa, que correlacionando com o pensamento de Hassemer e Conde (2008, p. 413) sobre as conhecidas “sanções sociais”, pois gradativamente o etiquetado acredita que não possibilidade de mudança, mas correspondência, por meio de mecanismos de incentivos e punição:

Exemplos de normas sociais são: as regras de vestuário, em certas situações; proibições de falar muito alto ou muito baixo, de rir, de cuspir no chão. De dirigir-se ao anfitrião em determinado momento; andar durante um determinado momento; regras de uso pragmático da linguagem; a ordem de fechar (a porta) em determinadas situações; a proibição de espancar os próprios filhos. Exemplos de sanções sociais são: a zombaria, o silêncio constrangedor das pessoas presentes após uma palavra inconveniente; formas de privação de amor pelos pais; nota negativa no boletim escolar; interrupção das relações sociais, um “olhar punitivo”. (HASSEMER, 2008, p. 413).

As interações entre os indivíduos, por mais que o “*ius puniendi*” ao Estado pertença, pode haver pequenos “estímulos” e “punições”, o que leva as pessoas a se comportarem e até pensarem conforme o meio determina, segundo o que se espera dele.

No mesmo sentido, Soto (2011, p. 10), afirma que não há necessariamente um fator que influa que determinadas classes sociais cometam mais ilícitos que outras por conta do meio que está inserida, como a sociologia criminal antecedente do “labelling approach” apregoava, mas que estas classes chamam mais atenção que outras, o que acaba por proteger outras classes por conta deste seletivismo:

Nesse sentido, cabe salientar que, conforme Molina (2002, p. 133), o controle social constitui-se de um filtro seletivo e discriminatório, de modo que atua de acordo com o status social do infrator, razão pela qual as classes sociais desfavorecidas economicamente, acabam por atrair as taxas mais altas de criminalidade. Conforme analisa referido autor, as classes baixas atraem essas taxas não por professar o crime ou por cometer mais crimes que os sujeitos pertencentes à upper class, mas porque o controle social orienta-se prioritariamente por elas e contra elas. (SOTO, 2011, p. 10)

Ocorre uma situação em que determinadas pessoas são compelidas a agir conforme o esperado, todavia, não são todos os tipos de pessoas que atraem a punição estatal, ou são compelidas a delinquir, há uma relação de indivíduo-entorno, e esta relação pode força-lo, de acordo com os paradigmas adotados pelo seu entorno, a agir conforme o esperado dele, todavia, esta mesma relação de indivíduo-entorno acaba por direcionar a maquina estatal para

determinadas classes, criando a imagem que a mesma comete mais ilícitos, e criminalizando-as de maneira previa.

5.4 DA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Luis Greco (2012, p. 225), ao tratar da incidência do Direito Penal do Inimigo, faz as seguintes ponderações:

É primeiramente possível ver no conceito de “direito penal do inimigo” nada mais do que um instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo. Algumas normas de nosso ordenamento jurídico seriam então caracterizadas como direito penal do inimigo, o que não significaria serem elas boas ou ruins por causa disso. Uma tal utilização seria própria de um conceito descritivo de direito penal do inimigo.

Para o referido autor, se adotado um critério analítico para compreender a teoria do Direito Penal do Inimigo, a norma não é ruim por adotar a tese como paradigma, isto é, desde que sua investigação se dê por meios vistos como descritivos, pois neste caso, estará sendo uma constatação de incidência, não incidência da teoria na norma, mas verificação de alinhamento da norma com a teoria estudada.

Luis Greco (2012, p. 226) continua, ao adotar um novo modo de visualizar a norma.

Em outras palavras: esse caminho declararia o direito penal do inimigo algo legítimo. Chamar um dispositivo de direito penal do inimigo não implicaria qualquer condenação, mas apenas uma indicação de que o dispositivo tem de ser legitimado com base em pressupostos diversos daqueles que valem para os dispositivos tradicionais do direito penal do cidadão. Neste último caso, ter-se-ia um conceito legitimador afirmativo do direito penal do inimigo.

Isto sinaliza de que caso o ordenamento pátrio perfilhe qualquer normativa neste sentido, não significa, porém, que está esteja apoiada na teoria do Direito Penal do Inimigo, somente que suas idiossincrasias remontam a ela, não o inverso.

5.4.1 Lei 10.792/03 (Novo Regime Disciplinar Diferenciado)

É necessário, de intróito, reforçar que não se trata de um regime punitivo dentre os já existentes, somente uma forma de sanção dentro da punição, isso é, legalmente não é vista como um meio de punir alguém, somente como uma maneira de garantir que a condenação em si não seja frustrada diante o comportamento do apenado.

Tratado como um dos exemplos da aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento brasileiro é o Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido como RDD, que foi introduzido pela Lei nº 10.792/2003, que modificou a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) e, recentemente, impactado pelas alterações trazidas pelo chamado “Pacote anticrime”, Lei nº 13.964.

O RDD se consubstancia em tolher o contato do encarcerado com outros presos e familiares, não sendo portanto uma condenação, apenas uma maneira de se punir, que acaba cerceando ainda mais os direitos que foram castrados com o seu aprisionamento, verifica-se esta modificação enrijecedora das recentes alterações do art. 52, principalmente em seu parágrafo 1º (Lei nº 7.210/84) do RDD:

Art. 52 (...)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros:

I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

Inegavelmente se funda na personalidade do agente, somando-se a este, a potencial capacidade de vir a delinquir dentro do estabelecimento prisional, contra a ordem deste, todavia, seu caráter sancionatório é de natureza administrativa não jurisdicional, vez que ao perscrutar a norma, é possível perceber que é uma forma de garantir a não frustração da condenação (NUCCI, 2020).

Neste ponto, releva-se a personalidade ao aplicar uma punição por uma possibilidade prospecta, ou seja, algo que não ocorreu mas que, caso ocorra, pode colocar em perigo um grande número de pessoas, pois, a depender do fim dos indivíduos que se associem para o fim descrito na normativa do inciso I, não colocará em risco somente a instituição prisional, mas todo o corpo coletivo ao redor, pois caso haja uma fuga de um grande número de indivíduos, a tendência de que voltem a delinquir é maior, uma vez que frustraram os fins da pena ao disjungir-se preventivamente.

Com isso, é possível perceber uma tendência na normativa em dar preponderância aos interesses coletivos em detrimento de interesses individuais, pois fica implícito o seu uso para o que é chamado de defesa social, todavia, seu caráter não punitivo em sentido positivista, prejudica uma análise mais literal em conjunto com o Direito Penal do Inimigo.

5.4.2 Lei 3.668/41 (Lei das Contravenções Penais)

Ainda que o dispositivo tenha sido positivado em um período antecessor ao desenvolvimento da teoria do Direito Penal do Inimigo, e estando mais perfilado com o Direito Penal do autor, a normativa do art. 59 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.668/41), que traz a figura do vadio, se analisada por uma hermenêutica não histórica contextual, mas em tempos hodiernos, é possível identificar elementos que a alinham com a tese estudada:

Art.59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita: Pena – Prisão simples, 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

Por meio de uma hermenêutica histórica, identifica-se que trata-se de aplicação do Direito Penal do autor, e já na atualidade, analisada por uma ótica descritiva, é uma norma que perfila ao entendimento de Jakobs, definindo a figura do inimigo com base na personalidade e não em uma conduta específica com fins criminosos, punindo à pessoa justamente por não fazer nada, apenas por ser de determinada maneira não aceita pelos costumes, sejam locais ou não, isso é uma opção por julgar não o fato, mas a personalidade.

À época da criação da Lei de Contravenções Penais, em 1941, existiam as Delegacias da Vadiagem e o Delegado de Costumes e Diversões, responsáveis por fiscalizar a aplicação da lei. Em 1952, o jornal O Globo noticiou a prisão de Maria das Dores, e o Comissário de polícia, desconhecia, que era empregada doméstica de um juiz, como segue abaixo a transcrição retirada do site Migalhas (2020).

Há dias o comissário Deraldo Padilha prendeu e encaminhou ao depósito de presos a doméstica Maria das Dores. Recolhida a essa dependência policial, foi ela espancada, tendo sido instaurado processo contra a mesma por vadiagem [...]. Acontece que a jovem era empregada na residência do juiz de direito criminal Emilio Pimentel de Oliveira, o qual, ciente da arbitrariedade contra a mesma praticada, oficiou à Chefia de Polícia, esclarecendo não se tratar de uma vadia e solicitando sua imediata liberdade. (Jornal O Globo, 1952)

Felizmente, e ainda que recente, a contravenção por “vadiagem” está em desuso, ou seja, ainda que não revogada formalmente, há uma não preocupação em utilizar-se da máquina para reprimir uma situação que está mais ligada a situação socioeconômica do país que propriamente com o indivíduo.

Nota-se, que no que tange a esta dogmática, há um inquestionável senso subjetivo, não um fato cometido, mas uma maneira de ser, e por meio de uma análise descritiva do referido dispositivo, poder-se-ia associar ele ao Direito Penal do Inimigo, uma vez que penaliza previamente o indivíduo por um fator subjetivo, não obstante, o próprio legislador ao concebe-la possuía um fim preventivo, vez que ao considerar que um indivíduo, podendo trabalhar, mas não o fazendo, tinha tendências criminosas.

5.4.3 Lei 9.614/98 (Lei de Abate)

O Decreto 5.144, editado em 16 de julho de 2004, que regulamentou o Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565 de 19 de dezembro de 1986, no que se refere, designadamente, às aeronave de teor hostil e suspeitas de tráfico de entorpecentes e drogas e coisas do gênero, e posterior promulgação da Lei 9.614, de 05 de março de 1998, chamada “Lei de Abate” que possibilita abater de imediato aeronaves tidas como hostis dentro do Território Brasileiro, muito questionada se é ou não a visualização, ainda que de forma ignóbil, de uma aplicação do Direito Penal do Inimigo, pois estar-se-ia atuando de forma temerária diante uma possibilidade, não de um fato em concreto.

Nesse contexto, Gomes (2005) apresenta a seguinte crítica:

A Lei 11.343/2006 já estabelece normas para repressão ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. Na ânsia de defender a sociedade, o legislador infraconstitucional deu solução incompatível com a Lei Maior. O legislador deve criar outras formas de controle que não impliquem em flagrante violação dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, deve se haver uma indubitável parcimônia ao analisar o dispositivo quanto a possuir características do Direito Penal do Inimigo, ainda sim, no que tange a penalização previa, há de se relevar que o abate da aeronave, pode ser vista como uma medida preventiva a condenação, mas, em tese, não ao crime ou ameaça, pois ao abater determinada aeronave de teor hostil há uma justificativa de que a mesma incorre em delito ao recusar-se a cumprir as medidas impostas para que isso não ocorra sem que haja uma possibilidade de ser evitada (FEITOSA, PINHEIRO, 2012).

Inicialmente, uma das justificativas para a Lei do Abate é a conhecida War on Drugs, que remonta a década de 60, onde o governo norte americano começou a impor severas sanções em distritos sob controle federal como o Columbia, o que se asseverou após o fim da

Guerra Fria em que foi afirmado que a nova guerra seria contra as drogas, todavia, se considerar este enfoque como o justificador para o abate, estar-se-ia atuando por interesses internacionais, mais especificamente os Norte Americanos (FEITOSA, PINHEIRO, 2012).

Já por uma análise em questões mais tangíveis na sistemática interna, é possível encontrar um esboço inicial da sua justificativa na exposição de motivos nº C-004/GM-3 de novembro de 1995:

A justificativa oficial para a proposição da Lei do Abate brasileira encontra-se na exposição de motivos nº C-004/GM-3, de 3 de novembro de 1995, assinada pelos então ministros Nelson Jobim, da Justiça, e Mauro José Miranda Gandra, da Aeronáutica. O projeto respaldava-se em normas internacionais e "na legitimidade do direito de exercer a soberania no espaço aéreo sobrejacente aos territórios dos Estados, bem como das respectivas áreas marítimas". Na ordem interna, a legislação forneceria o embasamento para impedir o uso de "aeronaves e outros engenhos aéreos, para prática de atos hostis ou atentatórios contra a segurança da Nação Brasileira". O documento trata da dificuldade de adotar procedimento coercitivo contra aeronaves suspeitas em virtude do texto do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) não traduzir com a "devida clareza" a ideia de que, em situações extremas, sejam aplicadas às aeronaves infratoras, ainda que civis, "medidas rigorosas". Por fim, alegando a sua indispensabilidade como fator de inibição no combate a ilícitos internacionais, os Ministros submetiam a proposta de projeto de lei à apreciação do Chefe do Executivo, cujo texto introduz modificação ao art. 303 da lei federal 7.565/86 (CBA). (FEITOSA, PINHEIRO, 2012).

Feitosa e Pinheiro (2012), continuam ao analisar que no debate para a regulamentação da Lei do Abate, houve uma retroagida na posição de Fernando Henrique Cardoso, então Presidente do Brasil no período, com o seguinte relato dos bastidores do Planalto:

Segundo Walter Maierovitch, enquanto exercia a função de Secretário Nacional Antidrogas, reuniu-se com o então Presidente Fernando Henrique Cardoso e o alertou sobre a consequência prática da nova lei. Para o secretário, haveria a introdução da pena de morte no Brasil. Afirmou, ainda, que o presidente correria o risco de se ver marcado pela responsabilidade de introduzir medida tão drástica no ordenamento jurídico brasileiro. O presidente teria então assegurado que não regulamentaria a nova lei, gerando, assim, sua ineficácia. Ao mesmo tempo, o Ministério das Relações Exteriores teria sido acionado pelo Presidente da República para tentar reduzir a pressão norte-americana em torno do tema.

Encorpendo o estudo, as principais proposituras que tentaram embasar os motivos que levaram o Brasil a adotar uma lei do gênero, de acordo com Feitosa e Pinheiro (2012) foram:

Toda a polêmica em torno da tramitação da proposta e da regulamentação centrava-se em três vertentes: a primeira atribuía a concepção da Lei do Abate aos EUA e criticava amplamente o modelo de guerra às drogas com todas as suas consequências; a segunda atacava os vícios jurídicos da autorização para derrubar aeronaves civis; e, finalmente, a terceira ressaltava a importância da lei para a defesa da soberania nacional e para o combate ao narcotráfico.

Todavia, como bem apontam os autores, a postura adotada no Brasil tornou-se a de proteger a soberania nacional, ou seja, seu embasamento central passou a ser a proteção da Amazônia de eventuais ameaças, visto que desta forma podiam atuar em diversas frentes, seja de fomentando o sentimento nacionalista, ou dando uma sensação de segurança para a população.

A criação da Lei do Abate parece, assim, melhor entendida se encarada como um instrumento de controle permanente da Amazônia brasileira e de atuação para o enfraquecimento de potenciais ameaças. Inserido neste novo cenário estratégico, o abate revela uma natureza essencialmente bélica e não de combate ao crime organizado, apesar de lançar a força aérea num trabalho rotineiro de fiscalização do narcotráfico e do contrabando. Essa hipótese implica sérias dificuldades para enquadrar a nova lei numa análise constitucional ou ainda no campo do direito internacional aplicável à aviação. Nas duas áreas, a discussão levaria quase inevitavelmente à rejeição da possibilidade do abate, especialmente por não se poder aplicar um modelo de guerra para o combate ao crime em tempos de paz. (FEITOSA, PINHEIRO, 2012).

Ocorre que o Brasil visualiza o narcotráfico como uma ameaça, o que leva a utilização da referida lei para abater aeronaves suspeitas de narcotráfico.

As negociações brasileiras com as autoridades norte-americanas resultaram na elaboração de uma autorização presidencial em que se reconhece o narcotráfico como ameaça à segurança nacional brasileira e a existência de procedimentos seguros para a prevenção de perda de vidas inocentes. Ao contrário do programa colombiano, o Brasil não conta com participação direta do governo americano nos procedimentos de interceptação e abate. Não obstante, permanece a rotina das certificações e autorizações presidenciais previstas pela legislação dos EUA.

No Brasil, a legislação indica que o Presidente que deve dar a ordem para o abate, todavia, a mesma legislação permite que tal competência seja delegada (FEITOSA, PINHEIRO, 2012).

Em síntese, o embasamento da lei é a proteção da soberania nacional, para tanto justificam ataques a aeronaves civis com fulcro na defesa nacional do narcotráfico. Neste aspecto, pode se visualizar uma semelhança como Direito Penal do Inimigo, pois, analisando-se de maneira descritiva, ainda que a legislação não direcione expressamente, há um inimigo a

ser punido de maneira previa ao devido processo legal, todavia não pode se afirmar a inexistência de delito, vez que há uma procedibilidade antes do abate com a finalidade de evita-lo.

6 OBJETIVOS

6.1 OBJETIVO GERAL

Analisar o direito penal do inimigo e como este, paulatinamente e com validação social, está ganhando terreno no ordenamento jurídico brasileiro.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Definir o que é direito penal do inimigo e suas características, com o intuito de distinguir seus elementos;
- Apontar a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, com desígnio de individualizar e entender como incidem;
- Analisar a sua fundamentação e compatibilidade jurídica, com escopo de definir quais os motivos que levaram e mantem a sua adoção e o que faz com que se tolere sua incidência na legislação.

7 METODOLOGIA

Este estudo foi feito com base em pesquisa bibliográfica, realizado em livros, periódicos, artigos científicos, doutrinas, códigos nacionais e internacionais, monografias, dissertações de mestrado, teses de doutorado, sites, jurisprudências e tudo o que representar utilidade para agregar o conhecimento sobre instituto estudado, que nas palavras de Gil (2008, p.50):

A pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho desta natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas. Parte dos Estudos exploratórios podem ser definidos como pesquisas bibliográficas, assim como certo número de pesquisas desenvolvidas a partir de técnica de análise de conteúdo;

O método utilizado foi o dedutivo que é definido por Marconi e Lakatos (2007, p.106) como aquele que: “Partindo das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares (conexão descendente)”.

A abordagem por sua vez tratou-se de ser qualitativa, que, segundo Malhotra (2001, p.155), “É uma metodologia de pesquisa não estruturada, exploratória, baseada em pequenas amostras que proporciona percepções e compreensão do contexto do problema.”

O procedimento é de cunho monográfico, como bem aponta Marconi e Lakatos (2007, p.107):

Partindo do princípio de que qualquer caso que se estude em profundidade pode ser considerado representativo de muitos outros ou até de todos os casos semelhantes, o método monográfico consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obter generalizações.

Por fim, o ensaio buscou, por meio da exploração de ideias e ocorrências sociais, fundamentar o conteúdo, Prodanov e Freitas (2013) estabelecem que: “A pesquisa exploratória tem como objetivo permitir maior familiarização, tornando-se nítido e assim podendo criar possibilidades sobre ele”, caracterizando assim a necessidade de discorrer em conjunto com a fundamentação material para maior compreensão da temática.

7 ANÁLISES E DISCUSSÃO

Partindo da base de que Beck (2011) ao tratar de sociedade de risco no início de 1990, se pautou pela ideia de que a sociedade, em seu estado natural e permanente, está em constante evolução, e, paralelamente evolui os perigos, que alcançam escala a nível mundial, o que gerou em sua teoria uma certa “mutação evolutiva” passando a ser conhecida como “sociedade global de riscos”.

Beck começou provocando as teorias sociais dominantes e colocando a questão ambiental como central para entender nossa sociedade global. Com diversas novas categorias se atreveu a formular uma teoria geral, abrangendo desde as condições da pesquisa científica, a crise ecológica, o papel do Estado, questões de soberania e nacionalismo, até o “caos normal do amor”. (GUIVANT, 2016).

A ideia de que a sociedade está em movimento dinâmico e constante, e consequentemente, de perigos cada vez mais expressivos, ainda que não tangíveis concretamente, e por vezes, inovadores para o próprio ordenamento jurídico, gera um abalo aos pilares do Direito Penal do fato, pois este é repressivo, colocando em discussão um Direito Penal mais diligente e preventivo, fazendo com que grande parte da sociedade questione a utilização de um novo paradigma para tal, adentrando-se em uma nova forma de punir, como bem explicita Rosa e Carvalho (2017, p. 41).

Diante da impossibilidade de se retornar a um Direito Penal da Ilustração, cujos traços fundamentais foram construídos pelo movimento iluminista no fim do século XVIII, rompendo com os postulados do antigo regime, e frente à constatação de uma progressiva modernização do Direito Penal, fruto de uma sociedade de risco, há quem defenda a volta de um Direito centrado na proteção dos bens essencialmente personalistas, individuais, com estrita vinculação aos princípios de garantia. Há, noutro dizer, quem advogue por uma proposta totalmente alheia à concepção finalista do Direito Penal, posicionando-se favoravelmente a uma completa normatização do comportamento humano, em detrimento da análise ontológica de sua conduta, tudo com base em construções biológicas importadas pela Sociologia e, por derradeiro, pelo Direito Penal, enxergando o Homem como um subsistema que se relaciona com o “grande sistema” sociedade, em uma relação “parte-todo”, e outra, “sistema-entorno”, autorregulando-se através de mecanismos de retroalimentação.

Ainda que o aumento da criminalidade não seja fenômeno recente, mas, inegavelmente, vem aumentando desde que as comunidades começaram a aumentar em número de habitantes, tornou-se mais tangível com a revolução industrial, onde, desde então houve um asseverado êxodo rural, que ocorre até os dias atuais, e na ânsia de

sobrevivência, obviamente, parte dos imigrantes acabavam por ceder a criminalidade, por ser uma opção mais rápida e rentável, por conta do grande número de pessoas ser incompatível com as vagas ofertadas, como bem explica Almeida (2017, p. 8)

A estrutura dos centros urbanos não estava preparada para receber a quantidade de pessoas que buscavam melhoria da qualidade de vida através do êxodo rural. Esse fenômeno provocou o empobrecimento geral da população migrante, que não encontrava postos de trabalho suficientes para cobrir a considerável demanda que apresentava. Disso resulta a marginalização e o crescimento da criminalidade urbana, sobretudo a delinquência patrimonial.

Isso é por conta da nova conjuntura social pós industrial, parte da população opta por viver em centros urbanos devido as inegáveis facilidades que estes proporcionam, entretanto, ainda sim, o crescimento populacional, de maneira proporcional, caminha em conjunto com o aumento da delinquência, da fragilidade das relações, pois a medida que o individualismo aumenta, gera um caos em todo e qualquer tipo de relação (BECK, BECK-GERNSHEIM, 1995).

Todavia, há existência de uma diacronia do sistema em não conseguir prover um ajuste imediato para com as mudanças, devido as constantes rupturas paradigmáticas, e na atualidade, soma-se o fator globalização, cuja a influência sobre novos métodos delitivos é indissociável, surgindo portando cada vez mais novos riscos, muitos palpáveis, de acordo Beck (2011, p. 26) explica que:

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais [...] fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos de modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior. [...] eles ameaçam a vida no planeta, sob todas as suas formas.

A globalização possui uma indubitável influência, predominante em diversos aspectos do século XXI, o que alterou, tanto o comportamento humano, e das sociedades, com os novos métodos delitivos, levando a uma sociedade delimitada por fronteiras, todavia, os riscos desconhecem estes marcos geográficos, diante a temática, Almeida (2017, p. 12) aponta:

De fato, o fenômeno da globalização altera significativamente a compreensão do alcance e da potencialidade dos riscos produzidos. A principal consequência deste fenômeno, qual seja, a diluição das fronteiras entre as nações, faz com que as ameaças vividas por um Estado não fiquem confinadas apenas em seu território. Ao contrário, podem ser sentidas regionalmente e, não raro, mundialmente. Os indivíduos passam a enfrentar não apenas os riscos produzidos localmente, mas também aqueles gerados numa escala global. É que apesar de estarem longe do epicentro de gênese do risco, seus efeitos podem alcançá-los na outra face do planeta.

Isso corrobora a ideia de alteração constante e imparável, vez que não há nações alheias aos acontecimentos no que tange a benefícios e riscos, porém, infelizmente, os benefícios ainda se limitam a questões territoriais, a mesma assertiva não pode ser dita sobre os riscos, que alçam patamares mundiais, muitas vezes afetando mais os não geradores do risco, do que os criadores deste, ainda que não estejam a salvo dos riscos por ele provocados.

Neste novo limiar, entre o avanço tecnológico e a ruptura com sistemáticas dissíncronas, o medo é justamente por não se poder prever o que virá, e como será. Uma sensação de impotência diante o desconhecido faz com que estes riscos em potenciais, deixem de ser locais para ganhar escala mundial, anuncia Almeida (2017), ainda que determinada localidade influencia ou determina o surgimento do risco, não significa que aquilo não retornará, pelo contrário, tal risco possui um efeito imprevisível, tanto no que se refere aos outros quanto ao próprio criador:

Com efeito, a imprevisibilidade do alcance dos riscos é tamanha que ninguém está a salvo dos seus efeitos deletérios. Até mesmo os próprios criadores dos riscos não estão imunes às consequências que podem ser geradas a partir da sua concretização. Beck dá a esse fenômeno o nome de efeito bumerangue, preconizando que cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. (ALMEIDA, 2017, p. 12).

Isso demonstra que apesar da globalização representar um severo avanço, o mesmo pode ser visto no que tange a perigos e metodologias inovadoras de aplicação dos mesmos, isso é, novas rupturas jurídicas, e que, os criadores e difusores de riscos, podem em determinado momento, serem vítimas dos mesmos (ALMEIDA, 2017).

A sociedade global de riscos, pode então ser vista como uma realidade fática, em conjunto com todos os perigos que traz consigo, a insegurança é causada e sentida, simultaneamente, pelos conviventes da sociedade de risco, e essa necessidade de sentir-se seguro, tão almejada, torna-se uma utopia, pois o risco, ainda que tangível, é exagerado,

outras vezes é fruto do medo, algo abstrato e longínquo da realidade vivida pelo ser humano hodiernamente.

As novas tecnologias que rompem as fronteiras da informação, somam forças para difundir essa sensação de insegurança, de medo, onde os próprios indivíduos difusores acabam por serem vítimas, que nas palavras de Almeida (2017, p. 12):

Na medida em que se consolida a sociedade de riscos, cristalizam-se as inseguranças provocadas por este novo paradigma. A sociedade de riscos é também a sociedade da insegurança. [...] se vivemos em (sociedade do) risco, também se poderá dizer que vão-se assumindo os contornos de uma sociedade da insegurança: é precisamente esta que caracteriza o ser dos nossos tempos. A sensação de insegurança gera para os indivíduos novas necessidades, dentre as quais necessidades de segurança, de previsibilidade, de estabilidade. A nova sociedade de riscos, para manter-se ativa e operante, oferece aos indivíduos um mercado de instrumentos contra os riscos por ela criados

Mas, a sociedade global de riscos, não traz somente consequências negativas, pelo contrário, prepondera benefícios, ocorre que o sentimento de insegurança acompanha como decorrência. Não por outro motivo, Beck (2011, p. 56), afirma que “a sociedade do risco é, nesse sentido, também a sociedade da ciência, da mídia e da informação”. Pois essa interdisciplinaridade cultural, científica e tecnológica, altera significativamente a consciência dos indivíduos, adentrando em realidades extremamente compartimentadas.

Segundo Giddens (2000, p. 4): “a globalização não diz apenas respeito à criação de sistemas em larga escala, mas também à transformação de contextos locais, e até pessoais, de experiência social”.

Toda essa conexão, informação, saber o que acontece do outro lado do mundo de maneira praticamente imediata, leva a uma nova compreensão de realidade, onde, necessariamente há uma alteração da consciência, do indivíduo sobre si, e do seu arredor, seja no que tange ao círculo mais próximo, quanto a sua própria nação.

Com essa constante sensação de medo e tensão pelos riscos, leva a sociedade a reclamar do Estado ações mais contundentes, inclusive de forma preventiva, pois ainda que os riscos não sejam imediatos, o senso comum da coletividade exige que a atuação estatal seja, pois o que é imprevisível para parte da sociedade é objeto de medo pela mesma, como esclarece Almeida (2017, p. 13):

Não se pode percebê-los, nem sequer senti-los, mas apenas sabe-se que eles existem. Nesta sociedade, ocupando o lugar de riscos calculáveis, existem agora perigos (leia-se riscos) invisíveis, incertos na sua verificação, estanhos à compreensão (não só) do senso comum, uma vez que não são facilmente decifráveis ou compreensíveis. Comportam-se desta maneira os riscos relacionados ao meio ambiente, tais como a ruptura da camada de ozônio ou a contaminação dos alimentos por agrotóxicos.

Em meio a este panorama de riscos em escala global, reunido com a inefetividade dos mecanismos, válida no seio social um sentimento de alteração, como explica Leves e Castro (2019, p. 3):

A humanidade, nesse contexto, enfrenta inúmeros perigos de ordem mundial, os quais se encontram articulados irrestritamente, na atual sociedade de risco globalizada, com os processos técnicos e científicos. Evidencia-se, pois, que os riscos assumiram dimensões globais, mas, muitas vezes, podem provocar manifestações em âmbito local, com efeitos nocivos, imprevisíveis e incalculáveis. Tais fatores fazem com que os mecanismos, bem como os instrumentos construídos pela sociedade, tornem-se insuficientes para a identificação e o controle dos perigos que assolam a realidade.

A sociedade globalizada, acaba-se por alterar, constantemente, a maneira de como os indivíduos se relacionam, o que leva a uma modificação constante em modelos estabelecidos, o que possui uma estrita ligação com o pensamento de Luhmann (1983) para um sistema autopoietico, ou seja, que se autorreferencia e se autodesenvolve, comunicando-se do sistema menor (homem) para o sistema maior (sociedade) e inversamente, de maneira constante, onde há modificações de um para o outro.

Esse pensamento foca na ideia de macro sistemas, estes formam o todo, por sua vez o todo reforça essa formação e retransmite o sistema de volta. Isso se considera-lo de maneira superficial e simplória (estrutura macrossociológica) tendo, a princípio, aspectos da vida humano-social, todavia compreendendo que por estar inserido em uma sociedade/prisão (em sentido metafórico), está o conduz em sentido sinalagmático, efetuando um constructo cultural de forma inevitável, cujo o estudo de Portugal (2013 p. 264), demonstra:

Nesse sentido, o autor (Luhmann) entende a sociedade como um sistema complexo. Para tanto, explica o surgimento do sistema a partir da diferenciação deste em relação ao seu entorno. Esclarece que a dependência e a independência são características que coexistem na relação entre o sistema e o meio. A dependência deriva do fato de o sistema emergir do meio, entretanto, o sistema adquire independência em razão do seu desenvolvimento, pautado na inclusão de relações autorreferenciais, produzindo uma espécie de auto-organização

A ideia de autopoiese de Luhmann (1983), consagra que o dinamismo social impõe, necessariamente, uma alteração de paradigma (ou tentativas cíclicas) devido a fatores, por vezes, externos aos próprios problemas de um determinado sistema (nação), cuja a finalidade é uma alteração da sistemática maior partindo da menor. E é com fulcro na teoria de Luhmann que Günther Jakobs fundamenta sua teoria no que se refere a função do sistema jurídico penal, como bem apontam Rosa e Carvalho (2017, p. 42):

Mais adiante, o jurista alemão Günther Jakobs, expoente da Escola de Munique, aderiu à teoria de Luhmann para fundamentar a função do sistema jurídico-penal. Nesse contexto, o sistema jurídico se torna um subsistema social caracterizado funcionalmente pela presença de um código binário peculiar, de natureza normativa (lícito/ilícito).

Apresenta-se, então, o Direito como um subsistema social autopoietico de comunicação, sendo assim, um código de interlocutoriedade normativamente ocluso (fechado), dentro de um sistema não ocluso (aberto) de intercomunicações. E para a posição funcionalista sistêmica, compete ao Direito, como regulador social, abalizando o âmbito das expectativas regulamentadoras da conduta, e em perspectiva orgânica se pautar pelo passado para prevenir no futuro, como Portugal, (2013, p. 5) explica: “Trata-se, portanto, de uma forma de atuação voltada para o passado em sua origem, mas também voltada para o futuro, em razão da construção de uma auto-organização”. É este o fulcro metodológico da teoria funcionalista sistêmica desenvolvida por Jakobs para o Direito Penal.

Há, neste aspecto, uma relação entre os sistemas, isso é, a globalização ao impor uma simultaneidade de troca de informações, acaba por alterar diversos contextos constantemente, a mídia por sua vez é importante fator nessa troca de informações, inclusive podendo determinar a ótica que ela é transmitida, Pierre Bourdieu (1997, p. 65), demonstra ao acentuar que: “pequenos diretores de consciência que se fazem, sem ter de forçar muito, os porta-vozes de uma moral tipicamente pequeno-burguesa, que dizem ‘o que se deve pensar’ sobre o que chama de ‘os problemas da sociedade’.”

Em um panorama mais atual, não só está mais monopolizado a difusão de informações, devido ao grande avanço da internet, nos dias atuais, qualquer um é capaz de ratificar a sensação de medo do próximo, sendo portanto, um criador e simultaneamente vítima da sociedade de riscos, vez que difundir informações, acaba por confirmar a sensação desejada. Neste aspecto, o papel de difusor do medo não está mais centrado nas mãos de meios televisivos, que passam a ser um instrumento quase que secundário, onde o criador dos

riscos se torna o difusor do medo e da insegurança, que acaba por retornar para o mesmo como um “bumerangue” (BECK, 2011).

Esses indivíduos tem, inclusive, a capacidade de politizar o Direito Penal, vez eu ao difundir informações em seus círculos, sejam reais ou virtuais, acaba por, ainda que minimamente, alterar a consciência dos que o circundei-a, como bem elucida Péres Capeda (2007, p. 51):

Os meios de comunicação de massa, [...] tem fortificado o fenômeno de politização do direito penal, porque “a opinión pública quiere ver resultados rápidos, y a ello los políticos reaccionan debilitando las garantías relativas a la seguridad jurídica e introduciendo medidas legislativas simbólicas”. O que aparece, à luz do medo aos riscos da sociedade global contemporânea, é o incremento legislativo criminal como instrumento ilusório de combate ao crime e ao criminoso, ou seja, de enfrentamento à causa e ao causador da insegurança social.

A informatização é uma grande fomentadora de mudanças, em diversas searas, inclusive na jurídica, pois atualmente, não se possui legisladores distantes daqueles quem, em tese, representam, a internet aproxima o cidadão do seu representante, possibilitando que este acompanhe os trabalhos daquele que elegeu, podendo exigir comportamentos e ações deste, que pode moldar seu comportamento para transparecer determinado grau de compatibilidade de sua imagem.

Porém, a fim de passar uma sensação tranquilizadora frente aos novos riscos, o legislador acaba por se valer pelo efeito simbólico das leis, o que pode acarretar em uma exagerada hipertrofia penal, ou ao que é chamado de “eficientismo penal”, por qual motivo a sociedade ao se deparar com algo desconhecido com capacidade lesiva, exige uma resposta rápida, o que faz o legislador utilizar-se do Direito Penal de emergência, que, diferente dos demais ramos, seu simbolismo tem uma capacidade tranquilizadora, ainda que momentaneamente.

Leves e Castro (2019, p. 2) trazem uma afirmação que corrobora com o exposto:

O mundo sofreu uma série de alterações nas suas mais diversas dimensões no transcurso das últimas décadas. A globalização é um fenômeno primordial para se compreender as mutações nas áreas culturais, econômicas, políticas e sociais ocorridas em todas as regiões do globo. A sociedade estabelecida nesta nova ordem mundial, ao mesmo tempo em que se configura com base em benefícios e facilidades promovidos pela globalização, enfrenta dilemas anteriormente desconhecidos. É o caso da emergência constante de novos riscos alinhados a uma conjuntura que se modifica permanentemente.

Leves e Castro (2019, p. 176) continuam ao declararem que:

Tais riscos propiciam um contexto de insegurança e medo a ensejar respostas do Estado, que atende com a maximização do direito penal como simbologia para a harmonia social. Todavia, o recrudescimento das leis criminais, muitas vezes, conflita com direitos e garantias fundamentais, bem como se exterioriza em um aparato repressivo-punitivo de emergência, exceção e exclusão de classes consideradas perigosas.

Como visto, o medo que a sociedade globalizada de riscos impõe, os novos perigos que não estão mais localmente centrados, leva a anseios, sejam nostálgicos ou utópicos, pois o pensamento destes indivíduos é massificado e não crítico, pois o medo que tanto sentem, não são por vezes concretos, ainda que os riscos existam, se quer estão pertos ou tem capacidade lesiva. Segundo Zygmunt Bauman e Ezio Mauro (2016, p. 75), a “diferença dos perigos antiquados dos períodos anteriores, os riscos que assombram os habitantes da modernidade tardia não são visíveis a olho nu”.

Isso leva a uma sensação tangível de medo e ansiedade constante, o indivíduo passa a ser rodeado por uma crescente sensação de algo está para acontecer, em qualquer lugar ou momento, levando-o aos extremos a fim de se sentir seguro, que dificilmente ocorre, vez que a sociedade globalizada e hiperconectada, o ser humano tem acesso a ocorrências em todo o panorama mundial e adquirindo novos medos, muitos dos quais ele nem sabia que poderia vir a adquirir, adotando, por vezes, a exceção como a regra, isso é devido a imprevisibilidade, pois os perigos antiquados podiam ser quantificados e até mesmo classificados, o que não ocorre na pós modernidade.

A busca por uma sensação de segurança constante acaba por se tornar um objetivo utópico, visto que a medida que a sociedade avança, novas modalidades intercomunicativas surgem, o que pode acarretar em “concessões” nocivas, isso é, novos meios de delinquir e fragilizar uma pseudo sensação de segurança, que nada mais é que momentânea, pois muitos dos riscos, simplesmente por existirem, já são suficientes por deixar parte da população em um estado de pânico (LEVES, CASTRO, 2019).

Ainda recorrendo ao ao pensamento de Leves e Castro (2019), a diacronia em atuar contra esses riscos, seja por meio de instrumentos ineficientes, ou simplesmente pela não necessidade em preocupar com ocorrências improváveis, apresenta-se como um fator que descredibiliza o Estado, isso nos olhos da sociedade, pois está tem uma necessidade em sentir-se segura, por isso o legislador no momento em que decide dar proteção a um bem jurídico, opta por utilizar o Direito Penal, ainda que a função seja simbólica prepondere (MASSON,

2017), pois este é um dos poucos ramos que provoca uma sensação tranquilizadora na população, ainda que por um breve período.

Na intenção de aplacar os medos da sociedade, o Estado, busca por meio do punitivismo, “retomar” a sensação de segurança, por vezes nunca existida concretamente, apenas idealizada, e de maneira hipertrófica acrescenta novos tipos, punições mais “severas”, e, conseqüentemente, criminalizar determinadas classes, inclusive preventivamente, devido a retomada do pensamento punitivista, recentemente abandonado, porém, reacendido como bem aponta Rosa e Carvalho (2017, p. 44):

Na atualidade, observa-se a existência de uma legislação latino-americana com tendência marcadamente autoritária e irracional na tipificação dos delitos, que propõe a equiparação dos delitos tentados aos consumados; o tratamento idêntico aos partícipes e autores; um esvaziamento dos bens jurídicos tutelados, chegando-se aos tipos penais de autor, com a inversão da máxima *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*; a violação à racionalidade e à humanidade das penas, mediante a fixação, na lei, de mínimas altíssimas, as quais impedem os juízes de quantificá-las em consonância com o conteúdo do injusto e com a culpabilidade

Essa retomada se dá justamente por haver um descompasso entre a acelerada alteração da sociedade, em que surgem riscos e se espalham de maneira extremamente célere em escala globalizada, com os mecanismos existentes, inclusive com legisladores com posições severamente anacrônicas e “soluções” que sempre recorrem ao ramo do Direito com maior coerção social e contundência, se valendo de “simbolismo” (MASSON, 2017).

Ainda que o objetivo seja, de certa maneira, dar confiabilidade para o Estado e as instituições que o compõem, gradativamente o sentimento social de ineficiência normativa aumenta, que tem efeito contrário ao desejado, e este grande entusiasmo legalista, que faz com que os governantes proponham e tenham uma atuação de maneira mais afluída, o que culmina em um descrédito da dogmática penal, abalando o sentimento de confiança nas normas e degenerando a imagem do Estado como o detentor do “*ius puniendi*”, como bem explica Pedro Lenza ao citar Marcelo Neves (2020, p. 91):

Nas suas palavras, a legislação simbólica [...] aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.

De acordo com Azevedo e Salim (2018, p. 35), ratificam o exposto da seguinte forma:

Predomina na legislação penal pós-CF/88 o movimento punitivista. É fácil perceber os motivos quando se analisa a exploração e potencialização da violência social por parte da mídia, o que incentiva um estado de insegurança, de medo e de terror, e, por consequência, cria-se a falsa ideia de ser o Direito Penal um instrumento eficaz de combate à violência.

Essa atuação simbólica do legislativo, não sendo uma atuação concreta, ainda que possivelmente fosse capaz de se tratar em outro ramo do direito, a opção pelo Direito Penal o torna não mais a “última ratio”, mas a “prima ratio”, para que surta uma falsa e breve sensação de segurança no agrupamento social, como explicita Oliveira (2007, p. 5048).

Hodiernamente, a tendência internacional concentra-se na utilização de uma reação penal considerada simbólica, marcada por instrumentos inaptos a combater efetiva e eficazmente as novas formas de infrações. O que importa é manter um nível de tranquilidade na opinião pública, estribado apenas na impressão de que o legislador se acha preocupado com o delito. Produz-se a ilusão de que os problemas foram solucionados.

Continua Oliveira (2007, p. 5048), ao denunciar que o uso do Direito Penal de maneira exacerbada, não está ligado aos fins do Direito Penal, atendendo na verdade um critério subjetivo dos detentores do poder, e, ainda, descredibilizando a dogmática penal pelo seu exarcebado tamanho e pouca efetividade tangível:

Adverte Hassemer que o aproveitamento do direito penal como meio de transformação social e de asseguramento do futuro da sociedade ofende, manifestamente, os axiomas garantistas a que se encontra inexoravelmente vinculado, máxime o princípio da subsidiariedade, já que sua utilização se dá como prima ratio, sempre que rentável politicamente. (OLIVEIRA, 2007, p. 5048)

Oliveira (2007, p. 5049) retoma com o seguinte apanhado sobre as lições de Franz Von Liszt:

O direito penal deixa de exercer sua missão de tutela exclusiva de bens jurídicos concretos, para executar vagas e imprecisas funções promocionais ou simbólicas. Retomando as lições de Franz Von Liszt, segundo o qual o direito penal constitui barreira infranqueável da política criminal, [...], hoje, no direito penal do risco, ocorre o inverso, o direito penal aparece como instrumento da política criminal

Apesar de o legislativo, em diversos momentos, atuar de maneira para abrandar tais anseios, hipertrofiando o ordenamento, com o decorrer temporal a sociedade descredibiliza tanto o Estado quanto as leis, mais ainda as de esfera penal. Em outros estudos, como do próprio Welzel (2011), uma seletividade dos bens jurídicos a serem protegidos, tem uma

importância gigantesca, como o Direito Penal retira a liberdade de ir e vir de alguém, este mesmo Direito Penal deve proteger bens jurídicos que justifiquem essa retirada de liberdade, não se importando com bens jurídicos cuja a axiologia social considera irrelevante, ou ignóbil, pois a utilização do Direito Penal deve justificar-se, em equilíbrio, com a liberdade retirada, como Rosa e Carvalho (2019, p. 47-48) denunciam:

Welzel, desde 1930, quando desenvolveu sua tese sobre a teoria finalista, já defendia, como função do Direito Penal, a proteção de bens jurídicos, preocupando-se em descrever limites à função seletiva do legislador quanto à escolha de bens a tutelar por meio de normas penais. A lei penal, portanto, tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios menos gravosos, posto que a tutela de bens jurídicos significa impedir danos sociais.

Nesse aspecto, o funcionalismo de Jakobs, que tem como temática, ainda que não clara, a função de harmonizar e pacificar a sociedade por meio da manutenção da estabilidade da norma, para que assim dê efetividade ao Direito Penal, não mais acopla-se a proteção dos bens jurídicos, mas preponderando sobre este, como bem demonstram Rosa e Carvalho (2017, p. 52).

Nesse passo, busca-se o desempenho pelo Direito Penal de sua tarefa primordial – segundo o funcionalismo -, qual seja, possibilitar o adequado funcionamento da sociedade, o que é mais importante do que seguir à risca a letra fria da lei, sem desconsiderá-la totalmente, sob pena de autorizar o arbítrio da atuação jurisdicional, uma vez que o intérprete deve buscar a real intenção do legislador, maximizando a aplicação do texto legal e desempenhando, com esmero, o papel que lhe foi atribuído pelo ordenamento.

É neste panorama de preservar e dar efetividade a dogmática penal, que as constantes modificações fomentam a ideia de alteração do atual paradigma que sustenta o ordenamento jurídico penal, onde, os defensores de um Direito Penal funcional fazem alegorias de como o atual paradigma não consegue acompanhar as mudanças e os riscos, como ilustra Almeida (2017, p. 14):

O caráter essencialmente patrimonialista do Direito Penal clássico já não pode oferecer respostas às novas realidades criadas pelo advento da chamada pós-modernidade. Faz-se necessária, portanto, uma completa transformação da estrutura do Direito Penal e Processual Penal para que estas ciências possam acompanhar o novo modelo de sociedade de risco.

Essa superação de paradigmas, por mais estranhas que possam soar, nada mais é do que a adoção de sistemas no decorrer do tempo, o que ocorreu diversas vezes no transcurso da história da humanidade, onde o homem deixa o seu estado primitivo e crente que os eventos

que o cercavam eram frutos de divindades, para olhar para si e compreender o mundo por uma lógica científica.

As relações impõem, implicitamente um contrato ao qual todos se filiam (HOBBS, 2012), pois se o ser humano cede parte da sua liberdade como fundamento de que será protegido, o Estado, por outro lado, deve oferecer garantias de que não incorrerá em arbítrios, tal pensamento hoje está positivado no que conhecemos como Constituição, como reforçam Marcondes e Hulse (2014, p. 2).

Nos filiamos às “teorias contratualistas”, onde se destacam Thomas Hobbes, John Locke, e Jean-Jacques Rousseau; está dada vida àquela criatura nominada por Hobbes como Leviatã, a qual chamaremos de Estado e a quem depositaremos parte da nossa liberdade, a fim de sermos administrados em nossas diferenças e protegidos de “todos” os perigos, submetendo-nos às regras que ele nos impuser.

Não obstante da ideia funcionalista, aquele que viola a norma, para Jakobs, viola o contrato, as expectativas que a sociedade demonstra para com seus participantes, (MASSON, 2017).

Todavia, ao adotar um cenário em que o Direito Penal passa a ser mais ativo, inevitavelmente este, que já é bastante usado em dias hodiernos, na realidade é um mecanismo para os detentores do poder, o que é algo comum em toda a esfera global, como bem explicita o professor Ferreyra (2015, p. 28-29) como “un sistema complejo, compuesto basicamente de reglas sobre la planificación, la organización y la aplicación de la fuerza, cuya expresión o manifestación se materializa por intermedio del discurso elaborado por los poderes estatales”.

Com este pensamento é comum visualizar uma utilização deste poder como ferramenta de coerção estatal de condutas (lesivas ou não) sendo uma maneira de consolidar a ideologia vigente, pois o Estado para demonstrar o valor da norma, deve, necessariamente, possuir mecanismos para dar-lhe efetividade, que nas palavras de Hobbes (2012, p. 172), “as leis não têm qualquer poder para protegê-los, se não houver uma espada nas mãos de um homem ou homens encarregados de fazê-las cumprir”.

Demonstrando com isso, que há uma relação, entre poder, e lei, a segunda é inútil sem a primeira. Restando o detentor do poder buscar aparelhar cada vez mais a maquina de forma a protege-lo e proteger sua posição, com isso utilizando-se de subterfúgios instrumentais institucionalizados, ou seja, dominando toda expressão de poder com sua ideologia.

Essa dominação institucional pelo detentor do poder, nada mais é que uma forma de autopreservação do “status quo”, podendo se manifestar de diversas formas, sendo possível, para sua constatação, partir do ponto de vista do oprimido e não da máquina que é utilizada (CHOMSKI, FOUCAULT, 2014).

Não obstante, a admoestação ao transgressor sempre foi uma forma de demonstração de poder, liame intrínseco, o castigo, ou como nomeado em tempos modernos como pena, tem um caráter infligitório não físico, como um efetivo processo estratégico de controle por meio de diversas instituições. É o que diz o professor Tedesco (2014, p. 76-77), quando cita que:

el castigo moderno es tanto una cuestión cultural como estratégica; en otras palabras, que es un ámbito de expresión de los valores y de las emociones como también un proceso de control [...] el castigo es, para cualquier sociedad, un tema simbólico, ya que se vincula directamente con las raíces del orden social, que posee un lugar prominente en la formación y desarrollo individual de las personas.

Incontestavelmente, a punição tem um caráter de infligir determinado grau de sofrimento àquele que ataca a norma, onde os detentores dos poder, estigmatizam tais pessoas para manter o “status quo”, como Chomski e Foucault (2014, p. 50-51) apontam, com brilhantismo, como determinadas instituições centram o poder para subjugar os mais fracos (minorias étnicos, raciais, culturais e etc.), pois se por um lado é necessário uma autoridade suficientemente forte para fazer-se respeitar, por outro, se ela direcionar-se para determinada classe, isso claramente, estigmatizará tal classe.

Continua Chomski e Foucault (2014, p. 50-51), ao denunciarem que tais ocorrências eram/são comuns na comunidade europeia, não sendo um fenômeno recente a demonstração de poder por meio das instituições.

É comum, pelo menos na sociedade européia, considerar que o poder está localizado nas mãos do governo e que ele é exercido por meio de certo número de instituições específicas, como a administração pública, a polícia, o exército e o aparelho de Estado. Sabe-se que todas essas instituições são feitas para elaborar e transmitir certo número de decisões em nome da nação ou do Estado para fazer que elas sejam aplicadas e para punir aqueles que não obedecem. Creio, porém, que o poder político também é exercido por intermédio de certo número de instituições que, aparentemente, não têm nada em comum com o poder político, como se fossem independentes dele, o que não é verdade. Isso é sabido no que diz respeito à família, e sabemos que a universidade e, de maneira geral, todos os sistemas de ensino, que aparentemente apenas difundem o conhecimento, são feitos para manter determinada classe social no poder e para excluir os instrumentos de poder de outra classe social

Ainda que o Direito Penal, possua um caráter protetivo para com os bens jurídicos tidos como mais relevantes para a sociedade, não significa, porém, que os detentores do poder não possam impor a sua visão ideológica transmutada em um bem jurídico, seja de forma esfumada ou explícita, não é de se olvidar que com a justificativa de proteger a sociedade os detentores do poder utilizem-se deste como forma de coerção social, com validação da própria sociedade, como denunciam Marcondes e Hulse (2019, p. 7):

[...] mesmo sabendo que o Direito Penal possui como objeto a defesa da sociedade a partir da proibição de comportamentos lesivos, podemos também dizer que ele se faz uma importante “arma” de controle social e dominação de classes, fazendo-se indispensável no arsenal daqueles que estão no poder e que lá pretendam se manter.

Torna-se claro que a utilização do Direito Penal, pelos detentores do poder, nada mais é do que uma forma de mantê-los no poder, pois ao estigmatizar determinadas classes, etiquetando-as como criminosas, ainda que legalmente haja normativas contrárias, as instituições politizadas acabam por cercear a liberdade de indivíduos de maneira seletiva, com fulcro no etiquetamento institucional, o que gera um alto grau de punitivismo sem “ressozializante”, pois os mecanismos de estigma, dificultam uma alteração massificada das posições sociais, impedito, de maneira velada, essa mobilidade, como bem aclara Foucault (2012): “À vista de se dar uma resposta social, naquele jogo de poder “direita-esquerda”, o Estado vai dando sua resposta incriminando ou descriminando determinadas condutas sociais, gerando encarceramento em massa”. Não obstante, o inimigo, para o Direito Penal é todo aquele que os detentores do poder, independente do lado ideológico esteja, decidam que seja.

O punitivismo é uma maneira clara o Estado, ou Leviatã (HOBBS, 2012), de demonstrar poder. Isso é, usa a punição de maneira exacerbada e bem alargada para etiquetar e demonstrar a sua força contra determinados componentes do corpo social, inclusive com fundamentação do meio social (que acreditar ter influência sobre seus representantes) (JUNIOR, 2008).

Foucault (2012) demonstra como ocorre o processo de classificação dos indivíduos pelas instituições para validar a visão dos detentores do poder:

Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência. (FOUCAULT, 2012).

Ainda que haja uma tendência da retomada do punitivismo pelo mundo, e exemplares de normativas autoritárias, justificando-se como forma de “educar” o indivíduo, ainda sim a suas formas cruéis de punir passaram a ser rechaçadas por muitos países, inclusive na América Latina, tentam abandonar tal metodologia a fim de diminuir o encarceramento em massa, ainda que de forma conflituosa, alguns busquem retomar esse punitivismo. Neste sentido, verifica-se, que o, apequenado, porém, existente, abandono do punitivismo como maneira de controle/satisfação social/exercício do poder, como penas de mortes e penas de prisão perpétua, como o professor Zysman Quirós (2012, p. 354) leciona:

Nos encontramos aqui, que en la actualidad la inmensa mayoría de los países de América Latina abolieron ya la pena de muerte y, en muchos casos, como en Bolivia, Brasil, Venezuela (Peru, según sus tribunales superiores), también las penas de prisión perpétuas. No obstante, de acuerdo con lo señalado en Europa, puede decirse que desde principios de la década del noventa se desarrolló crecientemente su población penitenciaria y su sobrepoblación (hacinamiento en las prisiones) hasta convertirse en uno de los problemas más característicos y acuciantes de la región.

Nota-se que houve uma alteração e até mitigação do punitivismo, ainda que haja vieses que defendam a retomada do autoritarismo, e para tanto, a utilização do ramo penal. Esse abandono do punitivismo, com ensejo na recuperação do delinquente, não somente a reprimenda, e de tipos inócuos, todavia, como Foucault ainda constata que a alteração de paradigma punitivista tenha ocorrido com a finalidade de recuperar, a realidade das prisões é justamente o inverso, pois há uma gradação delitiva daqueles que são encarcerados por determinados delitos.

Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político (FOUCAULT, 2005, p. 217).

Com o decorrer dos anos, em que as instituições adotavam mais e mais a punição como meio de controle social, optando-se por uma reprimenda mais alargada, ou seja, a pena privativa de liberdade, e principalmente o Direito Penal, usados largamente, ao ser empregado de maneira corriqueira, e não como “ultima ratio”, como deveria, tem como esboço uma categoria paradigmática, e por outro lado seu corolário é inverso, Macondes e Hulse (2017, p. 11) reforçam que o uso da pena privativa de liberdade, ao ser habitual para diversos delitos, e, não apresentar uma real recuperação, descredibiliza a lei penal, e, conseqüentemente, a pena, o que leva a sociedade a crer que a punição deva ser cada vez mais gravosa.

De todo o exposto, pode-se dizer que efetivamente a prisão figura como uma punição destacada no mundo, e que embora existam projetos de reeducação, reinserção, ressocialização, etc., havemos de admitir que os encarcerados passam efetivamente a formarem uma “sociedade” à parte, e, muitos deles se tornam mais perigosos quando saem de lá, pois estarão melhores preparados para enfrentarem as dificuldades, ou mais facilmente poderão evadirem-se dos instrumentos de repressão, pois estão “profissionalizados” na arte do crime. (MARCONDES, HULSE, 2017, p. 11).

Há uma criação de signos, tanto pelo sistema social comum (sociedade) quanto pelo sistema social seletivo ou específico (etiquetados), com denominações próprias (JUNIOR, 2008), onde a punição com pena privativa de liberdade coloca em contato indivíduos que cometeram os mais variados delitos, funcionando inclusive como uma “especialização” delitiva para uns, ao trocarem informações e experiências, acaba que a prisão como “prima ratio”, acaba por colocar os criminosos que poderiam ter recuperação, com outros criminosos que imergem uns aos outros neste “novo” mundo (MARCONDES, HULSE, 2017).

O avanço do pensamento menos crítico e voltado para o senso comum faz com que a sociedade exija dos governantes posturas que reflita em uma proteção da sociedade, todavia, estes somente agem em interesse próprios.

Flauzina, Barreto e Grosner (2004, p. 8) corroboram a sistemático pontuando o quanto a ideologia de defesa social acaba por influir e legitimar a utilização do Direito Penal:

Por outro lado, na perspectiva da sociedade, a identidade liberal da Dogmática Jurídico-Penal fica restrita pela “ideologia da defesa social”, desenvolvida pelas Escolas Penais e que se constitui na ideologia dominante sobre criminalidade e pena. Essa ideologia é constituída por princípios que informam máximas admitidas não só pela Ciência Penal, mas pelo senso comum, de que, por exemplo, o crime é a representação do mal, enquanto a sociedade é o bem a ser defendido; o fato punível é expressão de uma atitude reprovável e consciente do autor contra valores e normas existentes na sociedade; a reação punitiva estatal representa a legítima reação da sociedade a certos comportamentos; o Direito Penal é igual para todos, e a reação penal se aplica igualmente a todos os autores de delitos; os bens jurídicos protegidos pelas leis penais são de interesse de toda a sociedade; a pena tem função de retribuir e prevenir o delito e ressocializar o delinqüente.

Neste panorama, e com a utilização ampla de denominações como “guerra ao crime”, a sensação de medo gerada pela sociedade de risco, soma-se a diversos outros fatores que acabam por em conflito, em tese, duas proteções, uma é a da sociedade, a quem os funcionalistas ao utilizarem de um código binário (licito/ilícito) onde dar efetividade ao Direito Penal é, para estes, proteger a sociedade, e do outro o criminoso, cuja as garantias processuais são vistas como privilégios em detrimento do corpo coletivo (ANDRADE, 2003).

Com isso em mente, grande parte da população, reclamam respostas eficientes e imediatistas do Estado (eficientismo penal), ainda que este tenha que considerar ambas as proteções, a da sociedade e do indivíduo, não devendo haver uma mitigação de direitos e garantias de um cidadão com a justificativa que é em prol da sociedade, como bem elucida Andrade (2003 p. 139), pois as garantias de um indivíduo, são as garantias de toda uma sociedade.

[...] quando se aplica uma norma penal, tutela-se um bem jurídico (interesse ou valor) que interessa indistintamente a todos os cidadãos (princípio do interesse social). Mas é necessário também tutelar o autor de delitos contra punições arbitrárias e desiguais, garantindo-lhe uma aplicação segura (princípio da legalidade) e igualitária (princípio da igualdade) da lei penal.

Entretanto, os detentores do poder utilizam-se de subterfúgios que os beneficiaram, isso é, como ficará sua imagem frente a sociedade, o que explica o avanço do autoritarismo e a hipertrofia penal com validação social.

A mudança de paradigma que se deu da metade do século XX cuja a influência alcança até os dias atuais, alterou a finalidade preponderante do Direito Penal, onde não se estuda mais as causas (ou somente elas) mas a criminalidade pelo enfoque da reação social, como bem apontam Flauzina, Barreto e Grosner (2004 p. 9).

A partir da década de 60 do século XX, a Criminologia passou por uma troca de paradigmas: de uma ciência que estudava as causas da criminalidade (paradigma etiológico, inaugurado na Escola Positiva) para uma ciência das condições da criminalização (paradigma da reação social). Essa mudança de paradigma foi possível porque, desde os anos 30 do século XX, várias teorias criminológicas foram elaboradas, desconstruindo os princípios da “ideologia da defesa social”, base do sistema penal.

Um caminho de penalizar os indivíduos preventivamente, permitiria que os detentores do poder consolidassem suas posições e criariam cada vez mais barreiras para as demais classes, adentrando na sistemática do “labeling approach”, que será direcionada para cercar a liberdade das classes menos favorecidas, isso é, não que classes mais abastadas não cometam crimes, mas diante da teoria acima citada, as instituições acabam por estigmatizar as classes com menor poder econômico, pois, intuitivamente, creem que essas cometem mais crimes, por isso as cifras negras da criminalidade de colarinho branco não são atestadas, como esclarece com maestria Junior (2008, p. 1776-1777), que:

Até o pronunciamento de Sutherland na Sociedade Americana de Criminologia (1939), a pesquisa criminológica reduzia-se à população carcerária, tomada como representativa da população criminal e da criminalidade em geral. Estudava-se, apenas, a criminalidade aparente, justificada pelos fatores econômicos, pela pobreza, pela miséria e pela estrutura da sociedade capitalista. O delito era monopólio do pobre. Desconhecia-se, nessas pesquisas, a cifra negra (oculta) da criminalidade, de consequências até mais graves, que ele próprio batizou de “crimes do colarinho branco”, para designar as atividades ilegais das pessoas de alto nível socioeconômico no curso de seus negócios.

As instituições, deliberadamente e conscientemente, acabam por etiquetar os indivíduos por sua classe social pertencentes, pois isso é um resultado de um “status quo” inalterado devido a serem sempre os mesmos detentores do poder, a muito tempo, pertencentes a mesma classe abastada, e caso uma adoção de critérios subjetivos acabam por apontar a máquina estatal para a direção destes indivíduos menos favorecidos (CHOMSKI, FOUCAULT, 2014), e, simultaneamente, proteger as classes mais abastadas (não obstante, os detentores do poder), em sentido de crer que tais pessoas ocupantes destas posições não cometem ilícitos, o que de acordo com o explanado por Junior (2008), não é verdade, vez que os crimes que os mais ricos cometem podem ser tão graves quanto os que os pobres cometem. Para fins elucidativos, faz-se necessário trazer a constatação de Junior (2008, p. 1777), no que tange aos dados da criminalidade de colarinho branco.

Um jornal de grande circulação no país publicou como matéria de capa a seguinte notícia: “Brasil pune apenas 7% dos crimes de colarinho branco. O subtítulo acrescentava que a ausência de punição é a regra na administração e em delitos do mercado financeiro. A matéria explica que das 14 mil ações de improbidade administrativa (o foco da notícia, apesar de não ser enfatizado por Sutherland) movidas em 15 anos nos tribunais brasileiros, a maioria ainda não teve sentença. “Nos crimes do mercado financeiro” segue a matéria, “o índice de condenação não passa de 5%”. Mesmo não sendo minha intenção desenvolver essa comparação aqui, notemos que o potencial de dano contido no crime de furto (como no caso que será descrito mais adiante) é um. Já em crimes contra o mercado financeiro é muito maior. Mesmo potencial de dano no crime de uso de substância ilícita entorpecente quando comparado aquele gerado pelo crime de improbidade administrativa que é exponencialmente maior.

Há, portanto, de se constatar que há um tendecionismo, obscuro, na informalidade da sociedade (vias ordinárias de relacionamento), pois, ainda que alguns crimes causem tanto ou mais dano que outros, há de se verificar que há uma tolerância para tais crimes, com fulcro subjetivista, ou seja, para alguns, há de se relevar o indivíduo transgressor e não o crime, escancarando uma crise nos valores com fulcro mais em quem é o criminoso do que a extensão da lesividade do crime.

Ainda sim, o cidadão, que inserido em uma conjuntura de novos riscos, em que os detentores do poder almejam uma postura simbólica e quando confrontados acabam por proteger seus pares e criminalizarem seus diferentes, este (cidadão) recorre, inocentemente, ao Estado, para que tenha uma postura mais rígida para com a criminalidade, acreditando ter alguma influência para com estes, onde nada mais fazem do que fundamentar o posicionamento dos detentores do poder, como explicita Almeida (2008, p. 16).

A passagem para uma sociedade caracterizada pela insegurança generalizada faz com que os cidadãos reclamem do Estado uma postura de combate à insegurança e exijam o fornecimento de mecanismos de prevenção frente aos riscos. Cresce progressivamente a necessidade de novos instrumentos para combater os riscos. O Direito Penal é chamado para entrar em campo em meio a instabilidade das relações de uma sociedade insegura. Para Silva Sánchez (2002, p. 41), “em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal malgré lui a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade”. O Direito Penal, tradicionalmente caracterizado por ser o soldado de reserva, a última ratio de proteção dos bens jurídicos, passa a ser o principal instrumento de combate aos riscos criados pela sociedade pós-moderna.

Obviamente a máquina, ainda que não legalmente, é direcionada para a punição de determinados bens jurídicos (e indiretamente, pessoas), todavia, há um critério subjetivo das

instituições punidoras ao adentrar na persecução e punição, como brilhantemente aponta (JUNIOR, 2008, p. 1780).

Importante notar que, apesar disso, a relação entre condição sócio-econômica e criminalização continua muito recorrente. As bases para a formulação da crítica podem ser encontradas em um ditado comum entre estudantes de Direito: diz ele que os códigos legais são destinados cada um a uma classe social específica. À classe pobre é destinado o Código Penal; à classe média, o Código Civil; e à classe alta? Bem, a classe alta não precisa de códigos – talvez seja a mesma divisão que Marcelo Neves define como “sobreintegrados” que seriam estes últimos, e “subintegrados”, os primeiros.

Desta forma, tão importante quanto estudar os motivos de manter o desviante no caminho do crime, passa-se a buscar compreensão dos motivos da não reincidência, o que leva um desviante a abandonar a criminalidade e se inserir na sociedade (BARATTA, 2002).

Um vez que o Direito Penal do Inimigo não vê a possibilidade de recuperação, (NUCCI, 2020), isso é, se a máquina tem uma direção a ser apontada, ao estigmatizar o indivíduo, é quase que inevitável que ele volte a cometer ilícitos (HASSEMER, MUÑOZ CONDE, 1989), e por vezes, mais graves que os anteriores, pois há todo um processo que o marca, pois para tal teoria, parte da criminalidade que não respeita o contrato cívico, de reiteradas maneiras, não há o que ressocializar, somente segregar devido a sua periculosidade, não com fundamento de ressocializa-lo, mas a segregação pela segregação, e indiretamente e não explícita, para a proteção da sociedade.

Junior (2008, p. 1792), demonstra como este novo pilar epistemológico da criminologia aclara a relação de crime, criminoso e meio social:

Seguindo essa linha, é de se pensar em não mais estudar a reincidência, ou seja, não é o caso de se estudar aquele que sai da prisão e volta a cometer atos delituosos como forma de explicar o porque; mas sim, de estudar o porquê da não reincidência, por que alguém que sai de uma instituição prisional não volta a cometer delitos, já que, segundo Becker, tudo o levaria a isso.

Interessante reflexão nos traz Augusto Thompson (2006) em que: “Idênticas características, apresentadas como negativas ao se ligarem a um criminoso, ganharão sentido positivo se estiverem vinculadas a uma pessoa prestigiada pela ordem vigente.”

A argumentativa aponta por uma certa discrepância no tratamento dos indivíduos, pois ainda que a Constituição, no caput do seu art. 5º, conceda isonomia aos indivíduos, sendo inclusive um dos pilares do moderno Direito Penal, suas instituições tem uma tendência subjetivista e seletiva, pois acabam por executar tal persecução e eventual punição a pessoas

de classes mais baixas, demonstrando um certo grau de aplicação do Direito Penal do Inimigo, por meio do Direito Penal.

Assim, há quem defenda que além disso, há aplicação no ordenamento brasileiro de maneira expressa, como Crespo (2004), que afirma que no Brasil há exemplares do Direito Penal do Inimigo, pois são normativas combativas preventivas de efeitos não de causas, isso é, na ânsia por satisfazer/proteger a população, adota-se uma postura prognostica e não pretérita ante ao fato:

Crespo (2004, p. 1-2) continua com as seguintes afirmações:

[...] cabe afirmar que o chamado "direito penal do inimigo", toda vez que fixa seus objetivos primordiais no combate a determinados grupos de pessoas, abandona o princípio básico do direito penal do fato, convertendo-se em uma manifestação das tendências autoritárias do já historicamente conhecido "Direito Penal do autor". Por essa razão, a via argumentativa da eficácia e da segurança, sem prejuízo das consequências que da mesma podem ser extraídas pela via negativa, está vedada na esfera axiológica, pois, como se sabe, a validade não pode derivar-se em hipótese alguma da eficácia. O "Direito Penal do inimigo" é consequência, na minha opinião, entre outras coisas, do uso simbólico do Direito Penal (entendido como tal, de modo geral, aquele que persegue fins distintos da proteção de bens jurídicos no marco constitucional), e da própria crise do Estado de Direito.

Uma soma de fatores faz com que todo o debate se altere, de um ponto de vista reducionista para um ponto expansionista, se o Direito Penal para uns, como Franz von Lizst (LGL 1988\3), em seu famoso Programa da Universidade de Marburgo de 1882, o denomina como Carta Magna do Delinquente, visto que só poderá ser punido por algo que ali estiver previsto e nos estrito parâmetros lá estabelecido, com uma alteração de paradigma e ao invés de bens jurídicos, o Direito Penal passar a tutelar a proteção da sociedade, inevitavelmente estará abrindo caminho para um autoritarismo estatal, que pode, inclusive, ser direcionado a própria sociedade, estabelecendo parâmetros para os “cidadãos bons” e os “cidadãos ruins”, e ainda, validando a ideologia dos detentores do poder como algo que para o cidadão (manipulado) é justo (CRESPO, 2004).

Há, no entanto, uma inegável adesão da sociedade para que uma alteração do atual paradigma do Direito Penal, este, que no ponto de vista deve proteger a sociedade do criminoso, como Crespo (2004 p. 2) afirma:

O objetivo dessa contribuição é simplesmente mostrar o giro que se produziu no debate, até o ponto de perder de vista o marco político-criminal recente que tinha gerado, de modo geral, na minha opinião, uma evolução positiva na humanização do direito penal. O referido marco foi "pulverizado", mediante sua redução ao absurdo, pela via de um crescente recrudescimento punitivo, ao sabor da demagogia política e do espetáculo de mídia (que se vale do sofrimento das vítimas para aumentar os índices de audiência). Segundo essa concepção, a preocupação pelas garantias, além do "efeito estético" da proclamação dos princípios nas Exposições de Motivos, aparece como fruto da "falta de solidariedade", da "maldade", da "falta de visão", ou, na melhor das hipóteses, da "ingenuidade acadêmica", de quem se mantém nesse discurso.

Não é complicado perceber que o Direito Penal "clássico" não consegue acompanhar os novos meios delitivos, e nem que ele seja o meio adequado para o combate de tais riscos, isso é, novos meios de se delinquir surgem da mesma forma que novos "delitos" também aparecem (MACHADO, 2005). Onde a população amedrontada não importa-se, ao menos conscientemente, com os meios utilizados para coibir e combater tais riscos, apenas que se combata, ainda que acabe por adentrar em um Direito Penal extremamente intervencionista, pois é este o ramo que lhe tranquiliza, mesmo podendo o risco ter deslinde em outra seara do Direito, ainda que isso represente o abandono de avanços da dogmática, que para Almeida (2017, p. 21)

O aparecimento de novos riscos, contudo, obumbra o clássico princípio jurídico-penal da intervenção mínima. Os novos riscos produzem uma sensação de insegurança generalizada e, conseqüentemente, demandam a utilização de instrumentos altamente invasivos para que seja reconquistada a normalidade e a segurança. O Direito Penal é chamado para intervir ordinariamente, e não extraordinariamente, como de costume.

Ao hipertrofiar e tentar combater todo e qualquer risco por meio do Direito Penal, há uma inevitável alteração de paradigma, porquê em tese, esse uso exagerado do Direito Penal lesa a confiabilidade no Direito como um todo (WELZEL, 2011), pois passa-se a confiar somente neste ramo (ainda que possam ter resolução em outras searas), e, em meio a todo este arcabouço de ideias, a dogmática penal transmuta-se, passando a ser um Direito Penal voltado para a proteção da sociedade de risco, esta que reclama cada vez mais proteção, seja pelos riscos reais transcontinentais, ou seja pela sensação constante de insegurança, que nas palavras de Oliveira (2004, p. 4).

O direito penal transforma-se em direito penal do risco quando coloca a criação ou o aumento dos riscos no centro das reflexões dogmáticas promovendo a mitigação das regras de imputabilidade, bem como quando toma para si a função de tornar segura a sociedade. Concentra-se na chamada criminalidade organizada, materializada nas infrações penais perpetradas pelos poderosos e caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas igualmente políticos e sociais.

No que se refere a criminalidade, o paradigma proposto por Günther Jakobs, (defesa da norma para dar efetividade do Direito Penal), se consubstancia como um processo de criminalização, que releva o status de determinados indivíduos, não sendo portanto correto falar em criminalidade, mas criminalização por ser direcionada, como Pelissaro (2013, p.3) acentua:

Trata-se de um duplo processo, a criminalidade se revela como um status atribuído a determinados indivíduos, isto é, a definição legal de crime que atribui à conduta o caráter criminal mais a seleção que rotula uma pessoa, como criminosa entre todas aquelas que praticam tais condutas. Por isso, ao invés de falar em criminalidade, deve-se falar em criminalização. Outrossim, a investigação passa dos controlados para os controladores.

Destarte, havendo uma criminalização de certas classes, estas que não se alinham com os interesses dos detentores do poder, seja por não apresentarem uma conduta que favoreça o meio social, seja por agir contra este meio, ou simplesmente por não querer fazer parte deste meio, lhe cede uma categoria de inimigo.

Especifica-se que, para a teoria funcionalista, a utilidade de uma determinada atividade é valorada pelo todo, em como contribui para a coletividade, para a permanência do conglomerado, e caso uma atividade seja vista como inútil, desnecessária para a continuidade do todo ela adentra em uma espiral de ostracismo e renegação, não obstante, o mesmo pode ser visualizado com pessoas, como denuncia Rosa e Carvalho (2017, p.11) a perspectiva funcionalista para a sociedade é:

Tal denominação decorre de uma associação, um paralelo, estabelecido entre um modelo interpretativo da sociedade, conhecido como modelo orgânico, e a estrutura e o funcionamento da sociedade àqueles de um organismo vivo. Dito de outra forma, é como se, por exemplo, se comparasse a sociedade ao corpo humano, onde um órgão depende do outro, uma parte necessita do adequado funcionamento da outra a fim de que o “todo” possa funcionar satisfatoriamente.

Funcionalismo vem de funcionar, isso é, se um sistema funciona bem, acarreta em um desempenho consequente de um segundo e assim por diante, seu antônimo é disfunção, ou

sistema disfuncional, onde um dos sistemas deixa de funcionar ou funciona de maneira precária, prejudicando os demais, acarreta em uma sequência de prejudicialidades sistêmicas.

Continuam Rosa e Carvalho (2017, p. 11).

A sociedade, então, caracteriza-se pela organização autorreprodutiva e circular dos atos de comunicação, é um sistema autorreferente e autopoietico (sistema compreensivo nas comunicações). O sistema social é um sistema comunicativo, que tem a participação do indivíduo, mas que não é integrado por ele. Veja-se, com isso, que a sociedade se compõe de comunicações, e não de seres humanos, pois estes pertencem ao ambiente que a envolve: entre o homem e a sociedade existe somente uma relação ecológica, e os sujeitos, nesta teoria, são os sistemas, e nunca os indivíduos. Trata-se, noutro dizer, de uma sociedade sem homens [...] Nesse contexto, o sistema jurídico se torna um subsistema social caracterizado funcionalmente pela presença de um código binário peculiar, de natureza normativa (lícito/ilícito). Em razão dessa diferença fundamental, o Direito processa toda informação que precisa para sua própria reprodução autopoietica. Não se indica, contudo, o que é lícito ou ilícito. Temos que o Direito é, então, um subsistema social autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema comunicativo normativamente fechado. Sua particularidade como sistema social é ser comunicativo. Segundo a visão funcionalista sistêmica, compete ao Direito, como regulador social, delimitar o âmbito das expectativas normativas da conduta. Esse é o alicerce metodológico da teoria funcionalista sistêmica desenvolvida por Günther Jakobs para o Direito Penal

O avanço do funcionalismo ao buscar uma alteração de paradigma se alinha com todo o exposto até o momento, vez que sempre ocorreu, a globalização e a sociedade de risco só aceleram isso, pois quando ROXIN (2006) propõe uma alteração na finalidade do Direito Penal, buscando dar efetividade, ainda mantém a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade na discussão, enquanto para Jakobs (2004) a sua finalidade precípua é o reforço da norma, para tanto, o Direito Penal deve ser usado com este ensejo, desta forma o funcionalismo de ambos (apesar do nome) se distanciam de maneira antagônica.

Em contraposição, o referido autor aduz que o funcionalismo moderado de Claus ROXIN não confere, por sua vez, tanta magnitude ao sistema penal, muito menos as exigências derivadas dele, conservando certa operatividade dos limites externos ancorados na “esfera do ser (natureza das coisas) ou na própria linguagem”. O funcionalismo de ROXIN instrui as categorias do Direito penal às destinações da Política criminal, ou seja, enquanto Jakobs preceitua como decisivas as necessidades “sistêmicas” orientadas à “função do Direito penal”, sendo esta a manutenção, prevenção e integração por meio do reforço da norma, Claus ROXIN oferece acolhimento a valores e princípios garantistas ao configurar o sistema da dogmática jurídico-penal e do Direito penal. (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 70).

O que assusta na propositura de Jakobs é a obliteração de conquistas humanitárias, todavia nos últimos anos a dogmática penal teve um grande avanço, muitas vezes indesejado no período vigente, mas, posteriormente bem recebidas

Nos últimos anos, a concepção clássica do delito (Carrara), a concepção neoclássica do delito (neokantismo) e o sistema finalista do delito (Welzel), passaram a dialogar com a escola funcionalista dividida basicamente entre as seguintes orientações: o funcionalismo estrutural de Parson (no Direito Penal identificado como teleológico, valorativo e ‘moderado’ adotado por ROXIN) e o funcionalismo sistêmico de Luhmann (no Direito Penal identificado como estratégico, normativista e ‘radical’, adotado por Jakobs). (MORAES, 2011, p. 124).

Ainda que a imagem do inimigo seja recorrente na história da humanidade, onde diversos estudiosos já buscaram delimitar um conceito, como Gomes (2004) excelentemente destaca:

a) Rousseau: O inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal; b) Fichte: quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos; c) Hobbes: em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo; d) Kant: quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o "estado comunitário-legal", deve ser tratado como inimigo

Na visão funcionalista, a punição para o inimigo se alinha a vontade dos detentores do poder, que formam a norma com validação social, ao creditar a origem ao seio social, o que nem sempre é realidade, e quando ocorre, há deturpações, o que valida a norma, ao mesmo tempo em que esta representa, inteira ou parcialmente, aos interesses dos detentores do poder (HEGEL, 1968, p. 112).

E ao fazer parecer que é a vontade da maioria sobre a vontade individual, indo de encontro ao pensamento hegeliano, a visão de Jakobs prospera, de que não são bens jurídicos que o Direito Penal deva se preocupar, mas com as normas, pois, em tese, estas representam a vontade da maioria, sendo sua violação um ataque a norma, não ao bem jurídico

No que se refere à finalidade do Direito Penal, Jakobs adota, como visto, a teoria da prevenção geral positiva da pena e os fundamentos de sua concepção, os quais se encontram na filosofia do Direito de Guilherme Hegel, o qual entende que a prática da conduta criminosa e a realização da justiça como reflexo estatal equivalem ao modo de um processo de desejo, ânsia, com o sobrepujamento da diferença entre o desejo geral e o individual, há uma antítese entre a vontade geral e a vontade individual. A conduta delituosa, como manifestação do desejo individual, contrapõe a vontade geral. Por sua vez, a aplicação da pena consiste na negação da vontade individual, sendo, portanto, a negação da negação, tendo como consequência a confirmação do direito. (LAZARI, JUNIOR, 2017, p. 77).

O pensamento de Jakobs, ao fundar-se nas ideias de Hegel e Luhmann, transporta para o Direito Penal, a fim de que seja efetivo, deva ser usado para proteção da norma, esta que tem mais maleabilidade que bens jurídicos, e assim, respaldando uma atuação estatal para a punição do transgressor que a ataque.

[...] funcionalismo sistêmico-radical de Jakobs, que por sua vez, em total oposição às ideias trazidas por ROXIN, procura defender a vigência da norma. Revela-se que tal linha doutrinária obtém duas inegáveis marcas do pensamento luhmmaniano, quais sejam: a) o vínculo do sistema social com todas as formas de comunicação; b) a noção de bem jurídico-penal. (LAZARI, JUNIOR, 2017, p. 78).

O que leva Jakobs a desprezar ideias axiológicas (finalistas) adequando o funcionalismo radical (proteção da norma) e não o funcionalismo moderado (proteção do bem jurídico), por este primeiro, em tese, representar a vontade da maioria sobre a vontade individual, desta forma, o protecionismo para a norma, protege a sociedade, fazendo preponderar seus valores coletivos acima dos individuais, (JAKOBS, CALLEGARI, GIACOMOLLI, 2005).

Neste aspecto de alteração de paradigma, onde a valoração de um bem jurídico pela sociedade acaba por não ter relevância para o Direito Penal, onde o que justificará a punição será a norma (JAKOBS, CALLEGARI, GIACOMOLLI, 2005). Entretanto, isso pode acarretar em uma maior hipertrofia penal, ou seja, criação cada vez maior de uma legislação intervencionista, e esse crescimento desenfreado de normativas é nomeado por alguns como Direito Penal do Risco, como Moura (2009, p. 4) esclarece:

Sem embargo, o conceito de “Direito penal do risco” apresenta um alto grau de ambigüidade e ambivalência, pecando pela generalização e abstração da problemática dos limites do jus puniendi. O tratamento racional da questão só pode estar na análise diferenciada e individualizadora dos diversos níveis, fundamentos e conseqüências da utilização daqueles elementos, bem como da compatibilidade específica de cada uma destas categorias com o regime de garantias fundamentais e regras básicas de imputação

Neste aspecto de mudanças, o papel do Direito Penal transmuta-se, pois na atual conjuntura social questiona-se a utilidade de parâmetros clássicos para resolver perigos modernos, inclusive o exacerbado uso do Direito Penal (do risco), retirando ele de seu aspecto subsidiário para usa-lo em larga escala, onde a proteção da sociedade, passa a ser a proteção do cidadão por ele, Moura (2009, p. 4) discorre o seguinte:

Para a escola jurídico-penal de Frankfurt, o “Direito penal moderno” deixou de ser a ultima e se converteu na prima ou inclusive sola ratio da intervenção estatal, aumentando irrefletidamente a sua incumbência para a solução de problemas do cotidiano através da assunção de tarefas que lhe são originalmente estranhas.

Neste diapasão, a utilização hodierna do Direito Penal, inclusive com o fito de antecipar os riscos por meio de normas, sejam em branco ou tipos abertos, acaba por não ser o viável, vez que descredibiliza o ramo, e conseqüentemente, o próprio Direito, a fim de um resultado mais psicológico que concreto, como acentua Moura (2009, p. 5):

Esta limitação ao “núcleo” ou “centro” do Direito Penal envolve, conseqüentemente, a negação in totum da técnica dos crimes de perigo abstrato e a manutenção dos delitos de lesão como padrão de tipificação, admitindo-se com parcimônia a utilização dos delitos de perigo concreto naquelas hipóteses de colocações em perigo de extrema gravidade.

Neste aspecto, há a possibilidade de coisificar o indivíduo, criminalizando-o com base em sua personalidade, como delinea Moura (2009, p. 6):

JAKOBS parte de duas premissas fundamentais Primeiramente, a função do Direito penal é garantir a identidade normativa da sociedade através da manutenção da vigência de suas normas fundamentais. Em segundo lugar, o conceito de pessoa ou cidadão é definido normativamente: a personalidade jurídica é um atributo outorgado pelo Direito positivo, que em certas hipóteses excepcionais pode revogar esta atribuição, transformando a pessoa em mero indivíduo

Almeida (2017) destaca, com preocupação, a necessidade de se entender que existe uma severa oposição das ideias de Jakobs com a de ROXIN, pois a primeira traz que a necessidade é proteger a vigência da norma, não de bens jurídicos que é a posição do segundo.

Recapitulado os principais pontos dos funcionalismos de Claus ROXIN e de Günther Jakobs, observa-se que se trata de teorias de qualidade indiscutível, tanto por suas bases teóricas filosóficas, quanto por suas repercussões e discussões no sistema penal mundial. Conclui-se, portanto, que a concepção de ROXIN representa a humanização por meio da Política-criminal, tendo como objetivo principal a proteção dos bens jurídicos como finalidade do Direito Penal. Em sentido oposto, caminha a teoria funcionalista de Jakobs, já que pretende proteger a norma, não se importando com bens jurídicos, onde se revela intragável, ilegítima e inaplicável.

Para grande parte da doutrina, o sistema funcionalista é tido como desnecessário, vez que em âmbito nacional pode qualquer das outras teorias ser utilizada para solucionar os casos, ainda nas palavras de Nucci (2019, p. 445):

Não há um só caso concreto, ocorrido em qualquer tribunal, especialmente no Brasil, que não tenha sido resolvido com as tradicionais teorias do crime, sejam elas quais forem, nisso incluindo o causalismo, o neokantismo ou o finalismo. Até mesmo entre causalismo e finalismo, por mais que se busque, inexistem diferenças cruciais a ponto de prejudicar um réu, somente porque o magistrado adotou o causalismo ou o finalismo

Autores como Lazari e Junior (2017) pontuam, em oposição as ideias de Jakobs, justificando que sua aplicação leva a um ataque a diversos princípios e garantias, e que uma alteração de paradigma, em sua visão, levará, inexcusavelmente a abusos, inaceitáveis no Estado Democrático de Direito.

Lazari e Junior (2017, p. 17) continuam com o seguinte explanado:

Mesmo sendo inegável a complexidade e qualidade de fundamentação do Direito penal do inimigo, pontua-se que sua aplicação não pode sequer ser sugerida no cenário atual, visto que representa uma ameaça, um ataque aos princípios e garantias do Estado de Direito. A análise da teoria de Jakobs deixa claro que diversos dos seus aspectos confrontam diretamente nosso ordenamento jurídico, sendo a aplicação de seu conteúdo inconstitucional (observando os ensinamentos do Ordenamento Jurídico Brasileiro). Comprova-se isso com seu conjunto material, o qual fere princípios básicos do Direito Penal e Processual Penal, como a ampla defesa e o contraditório. Verifica-se, ainda, que a teoria do Direito penal do inimigo constitui clara ofensa a diversos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, elencados como cláusulas pétreas explícitas por força do artigo 60, § 4º, da Carta Magna, “*verbi gratia*”: o direito à vida; à liberdade; igualdade; a indispensabilidade de advogado; a proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante; a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, o direito à integridade física e moral do preso, presunção da inocência, dentre outros diversos direitos e garantias elencados no artigo 5º da Constituição Federal. Todavia, além da evidente inconstitucionalidade por força das garantias penais e constitucionais aludidas acima, o Direito penal do inimigo encontra-se em notória ofensa à base de nossa Carta Magna, a qual desempenha função ímpar como pilar de um Estado Democrático de Direito, cognominada de Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencado como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III.

Diante todos esses avanços no Direito, com garantias e princípios voltados para a proteção do cidadão dos arbítrios do Estado, caminha rumo a uma aplicação da referente teoria, há a possibilidade de encarceramento massificado de novos inimigos, pois, a máquina estatal, se legítima na vontade do povo, todavia, atua para que sejam os objetivos dos detentores do poder a serem executados, isso é, ainda que avançada, o Direito Penal do Inimigo, além de confrontar diametralmente o Estado Democrático de Direito, pode servir (ou continuar a servir) aos interesses dos detentores do poder.

Para Flauzina, Barreto e Grosner (2004), quando o Estado se distancia do viés democrático, este é quem define quem é o inimigo, a sociedade somente é guiada a crer que determinadas características fazem o inimigo, correspondendo a interesses de uma minoria, os detentores do poder.

Em suma, pode-se conceituar o inimigo penal como todo aquele que oferece, aos olhos dos detentores do poder e legisladores incontestes, um perigo comum à sociedade e as estruturas de poder existentes, e que por tal perigo, merecem maior repressão dos poderes estatais, culminando até mesmo em sua completa eliminação. (FLAUZINA, BARRETO, GROSNER, 2004).

Ao adentrar em uma esfera preventiva, buscando por meio de prognose comportamental, antecipar riscos de determinados indivíduos, há uma clara violação no que tange a proteção do cidadão, pois tais normativas podem não ficar adstrita a determinados grupos, inclusive alcançando pessoas não estigmatizadas, mas, que para os detentores do poder represente perigo.

Há uma parcimônia ao analisar a estrutura do Direito Penal do Inimigo, pois ao se valer de fatos pretéritos para validar um efeito preventivo, há inegavelmente um juízo subjetivo, somado a um protecionismo, não mais do cidadão, mas da sociedade, onde os limites de atuação deixam de ser para o Estado, mas para os indivíduos, tendo o Estado uma gama gigantesca de atuação, não mais limitado, desta forma, recorrendo as lições de Zaffaroni (2007, p. 24-25):

Da exceção, sempre se invoca uma necessidade que não conhece lei nem limites. A estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder. Como ninguém pode prever exatamente o que algum de nós – nem sequer nós mesmos – fará no futuro, a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considera-lo como tal. Com isso, o grau de periculosidade do inimigo – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de quem exerce o poder.

Se para Jakobs (2003), existem duas categorias de seres humanos, um digno do direito penal do cidadão e outro indigno, a este deve ser aplicado o Direito Penal do inimigo, e o que deve se proteger é a norma, esta criada pelos detentores do poder, significa dizer que há uma afronta a outro princípio constitucional (senão diversos), o da isonomia, visto que características subjetivas determinam qual direito a ser aplicado, não sendo o mesmo para todos, como bem demonstrado abaixo (GONÇALVES; GONÇALVES; ROCHA, 2019, p. 3):

Nesse contexto, Jakobs defende que o Direito Penal do Cidadão seria aquele aplicado à pessoa que, a princípio, não delinque de maneira persistente, e que oferecem certa garantia de que seguirão o ordenamento jurídico no futuro. Ele definiria e sancionaria delitos cometidos acidentalmente pelos cidadãos que normalmente se submetem às leis (PRADO, 2008). O Direito Penal do Inimigo, por outro lado, serviria àqueles que não demonstram capacidade de voltar a se portar como “pessoas” (MARTINS; ESTRADA, 2009). Em outras palavras, o Direito Penal do Inimigo seria aplicado àqueles sem esperança de redenção ou reabilitação. “Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo” (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 47).

Jakobs (2003), ao postular novas concepções para a teoria, diz que há seres capazes de se recuperar, onde a pena em seu caráter ressocializativo faticamente surtirá efeitos, e outros que não haverá nenhuma alteração comportamental, para estes cerceá-los o maior tempo possível do convívio em sociedade é o ideal, pois não haverá garantias mínimas de que não voltem a delinquir, inclusive podendo progredir na prática delituosa.

Ainda na dicção de Gonçalves, Gonçalves e Rocha (2019, p. 3):

Pode-se concluir que o conceito de inimigo para Jakobs é o de “não-pessoa”, alguém que não demonstra capacidade de voltar a respeitar as leis, a quem se pode negar certos direitos fundamentais por não ser mais digno do status de pessoa. [...] o Direito Penal do Cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra

A questão de formular uma coisificação do ser humano, retirar seu status de pessoa por meio da lei, ainda mais em países latino americanos de tendências autoritárias, acaba por gerar extrema desconfiança, seja jurídica, ou humanitária. Pois ao considerar a criminalidade como a expressão de uma infidelidade do transgressor para o sistema de acordo com sua periculosidade, isso é, um animus de atacar a sociedade, cria-se uma imagem de distinção de cidadãos (bons e maus) validando o pensamento de Jakobs de que alguns merecem garantias e direitos, outros não, afim de resguardar o sistema normativo.

A delinquência se mostra para Jakobs, primeiramente, como expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao Direito, resultando em constrangimento à plenitude e solidez social. Dessa feita, a teoria sistêmica não se confina a resguardar bens jurídicos, pois sim a função. Visa, em plenitude, a confiança institucional no sistema e seu bom funcionamento (GOMES, 2007, p. 148)

Para Jakobs (1998), a pena serve para reafirmar a norma, isso é, a punição que garantirá o respeito a norma, está que é protegida em detrimento dos bens jurídicos, o que

leva a uma ideia de manutenção da estrutura social, como bem explicam Lazari e Junior (2017, p. 65):

Jakobs parte do axioma que a função da pena é (re)afirmar a validade da norma em benefício da estabilização do sistema social, considerando por sua vez que a culpabilidade constitui “uma falta de fidelidade ao direito”, fundamentando assim a necessidade de pena. Neste momento, vale resgatar a teoria clássica do delito e a da ação, a qual Jimenez afirma que, em relação à manutenção da estrutura social:

Desta feita, é importante destacar que a aplicação, ainda que mínima de um sistema que tenha nuances autoritárias, pode ensejar um efeito em cadeia, isso é, desaguar em um estado totalitário, onde as margens da atuação do Estado deixam de existir, sendo substituídas por margens para a convivencialidade dos cidadãos (ZAFFARONI, 2007).

Para Zaffaroni, é tentador pensar que se concedermos espaço ao Direito Penal do Inimigo, de forma limitada, a essência radical desse pensamento será aplacada. Mas não é o que ocorre na prática, já que conforme se faz concessões ao Estado de polícia, essas são aproveitadas até que este se torne um Estado totalitário. Ao propor sua ideia de contenção do inimigo, Jakobs pretende abrir espaço no Estado de Direito, como fizeram outras correntes penalistas, sem considerar que o conceito de inimigo fora de um estado de guerra corresponde ao Estado absoluto, que, em essência, não tolera limite nem parcializações, ou seja, abandona totalmente o princípio do Estado de Direito. Além disso, o conceito de inimigo para Jakobs é aberto. A aceitação da teoria de Jakobs implica em caminhos para o Estado autoritário, uma vez que, se o Estado tem liberdade para perseguir indiscriminadamente terroristas, abre-se um precedente para que persiga qualquer outro grupo que julgar “inimigo” da sociedade ou de uma classe dominante, como estrangeiros ou homossexuais. (Gonçalves, Gonçalves e Rocha (2019, p. 5).

Com isso, afirmar que o Brasil adota o Direito Penal do Inimigo, ainda que de forma mitigada, é dizer que ele adota uma prática que afronta a própria Constituição, não apenas um princípio contido nela, mas toda ela, como bem explica Rosa e Carvalho (2017, p. 20):

Nesta senda, a política criminal adotada dependerá de cada modelo de Estado, sendo imprescindível, nesse caso, a análise da vinculação axiológica da teoria do delito e de seus conceitos a uma determinada concepção filosófico-política do Direito Penal - leia-se, por exemplo, causalismo, finalismo, funcionalismo etc. - como incumbência do Estado. De modo que a práxis normativista aqui destacada, identifica-se profundamente com Estados absolutistas, o que não retrata a República Federativa do Brasil, que tem na pessoa humana o seu fundamento (art. 1.º, III, da Constituição Federal).

Todo o arcabouço infraconstitucional deve respeitar a Constituição, o que já é argumento suficiente para rechaçar o Direito Penal do Inimigo, as normas então logram recepionalidade ou não, caso uma nova Constituição venha a surgir de ideologia contrária a

anterior, e se criadas posteriormente a vigência na nova Constituição, pode ter a sua constitucionalidade questionada, o que também pode ocorrer com normas constitucionais não originárias (Emendas Constitucionais), e no caso do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, que afronta diversos princípios da Constituição, inclusive retirando o status de pessoa dos mesmos, admiti-lo em um Estado Democrático de Direito, em sua integralidade, pode acarretar severos abusos estatais, exaurindo inclusive diversas conquistas humanitárias, como direciona Rosa e Carvalho (2017, p. 22):

Tem-se um esvaziamento completo da dignidade humana, pois o ser humano passa a ser mais uma etapa do funcionamento da coletividade, do Estado, sendo que tudo isso é criação do homem para o homem, e não o contrário. Há uma sobreposição completa, desequilibrada, do Estado social sobre a concepção iluminista de Estado liberal. Por isso, inconcebível, inadmissível e inaceitável a manutenção desta teoria sociológica (ou melhor, biológica) para explicar o “adequado” funcionamento da humanidade, pois, além do que foi dito, ela não é exatamente dinâmica como a sociedade e as pessoas.

Neste diapasão, concretamente, ao se analisar os exemplares do Direito Penal do Inimigo na legislação pátria, isso é, a normativa que mais se assemelha a tese em estudo é a Lei do Abate (Lei 9.614/98), todavia, utilizando-se do fundamento de proteção da Amazônia, não se adequando portanto, a uma defesa social, ou se fundamentando na personalidade do transgressor, pois há uma incapacidade de compreender quem é o transgressor ou seu nível de periculosidade, já no que tange a criminalização previa, há na ação de adentrar no espaço aéreo brasileiro uma infração, somando-se a possibilidade de teor hostil, justifica o abate, pois, em tese, há uma violação em curso, não a possibilidade de haver crime.

Por fim, identifica-se que o Direito Penal do Inimigo tem um caráter adverso ao paradigma adotado no Brasil, ainda que haja discussões acaloradas, sua concepção não ao primar por distinguir os indivíduos com fulcro em caracterizar em sua personalidade, torna complexo a sua aplicação no Brasil.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o que foi exposto, fica claro que o Direito Penal do Inimigo ganha cada vez mais corpo, principalmente nos novos tempos em que a sociedade sente-se cada vez mais insegura, todavia, não há o que se dizer de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, veja bem, a dogmática penal proposta pela tese tem como fito uma distinção dos transgressores para penalização, ou seja, previamente distingue os indivíduos com base em sua personalidade e demais fatores, para então decidir se ele é perigoso ou não para o corpo coletivo. O que não ocorre na esfera penal pátria, e nem pode vir a ocorrer, vez que isso legitimaria uma atuação direcionada das instituições para com determinadas classes sociais.

Portando, analisando toda a evolução do direito penal, desde o período das vinganças até o atual humanitário, com fulcro no pensamento desenvolvido pelas escolas penais, há uma viabilidade em captar claramente a não aplicação no ordenamento jurídico brasileiro da tese, visto que não há desrespeito as garantias dos indivíduos, pelo menos não “legalmente”, onde os exemplos encontrados na legislação nacional não se alinham ao pensamento de Günther Jakobs.

Essa necessidade em que a sociedade acredita que normativas hipertróficas serão suficientes para a solução dos riscos da sociedade global é o que legitima o pensamento punitivista.

O legislador com finalidade de contentar a coletividade, edita leis para dar a fingida impressão de segurança e de que prepondera os interesses do corpo coletivo. Assim, acondicionados em movimentos populares pró-segurança e instigados pelos meios de comunicação ou culturais, o parlamento tem justificado a edição de leis penais consideradas hipertróficas, dando proteção a bens jurídicos que poderiam ter um deslinde em outras searas, todavia, optam pelo Direito Penal afim de utilizar-se de sua função simbólica.

Isso é, ainda que haja severo clamor social para um recrudescimento do Direito Penal, e centenas de vezes os congressistas recorram a um Direito Penal emergencial simbólico para agradar parte da população, a tese do Direito Penal do Inimigo ainda está longe de ser adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Fatores como uma constituição rígida e entre outros demasiados avanços no cenário humanístico impede que seja justaposto qualquer distinção de pessoas no que tange a aplicação da pena, ao menos no ordenamento jurídico.

O mesmo não pode ser dito sobre as vias formais institucionais, nota-se que ainda que a lei não determine grupos ou indivíduos a serem penalizados, as instituições direcionam-se para pessoas de determinadas classes sociais em detrimento de outras, o que cede um protecionismo a uma e um punitivismo para outra.

Minorias acabam por despertar a atenção das instituições, o que, em demasiadas vezes, finda-se em uma estigmatização dos indivíduos, acabando por criar um espectro de generalidade em cima de determinado grupo de pessoas com fulcro em determinadas características. Ou seja, uma aplicação do Direito Penal do Inimigo, não no ordenamento, não legalmente, mas nas vias ordinárias, sejam institucionais ou sociais.

O que reforça o rechaço para a teoria, vez que a mesma poderia vir a ser usada para legitimar o ataque a classes sociais, pois uma vez positivada, as vias institucionais se organizariam para perseguir grupos específicos, não se pautando por um Direito Penal do Fato, mas considerando características individuais para executar a sua persecução penal.

Portanto, em sua literal e fiel dogmática, e de maneira positivada, não há o que se discorrer sobre a aplicação de um Direito Penal do Inimigo no Brasil, ainda que escalada popular pedindo que o Estado seja mais eficiente ao combate a criminalidade esteja aumentando, ainda sim, não é possível que o legislativo transponha a barreira que protege o cidadão do Estado, logo que, o Direito Penal, não é objeto de assombro para o homem, mas de garantia que é esta “carta” que lhe protege do Estado, porquanto a vontade do legislador, pode não ser a vontade daqueles que representa.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. *Somos todos criminosos em potencial*. Niterói: UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE, 2007.
- ALMEIDA, Camila Ferreira de. *O Conceito de Crime Sob Nova Perspectiva: A Teoria da Ação Significativa e os Postulados da Filosofia da Linguagem: Breves considerações de seus principais precursores*. [S.l.], 2019. Não paginado. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-conceito-de-crime-sob-nova-perspectiva-a-teoria-da-acao-significativa-e-os-postulados-da-filosofia-da-linguagem-breves-consideracoes-de-seus-principais-precursos/>> Acesso em: 12 de jun. de 2020.
- ALMEIDA, Daniel Angeli. *A Instauração de um Novo Paradigma do Direito Penal Ante o Advento da Sociedade de Risco: Um Necessário Reexame da Teoria do Bem Jurídico*: Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2003.
- ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Maria da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- ARÚS, Francisco Bueno. *La ciencia del derecho penal – Um modelo de insegurança jurídica*. Cizur Menor, Thomson Civitas, Aranzadi, 2005.
- BARATTA, Alexandre. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Novas Tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt.; MAURO, Ezio Babel. *Entre a incerteza e a esperança*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Pillares, 2013.

BECK-GERNSHEIM; BECK, Elisabeth & BECK, Ulrich. *The Normal Chaos of Love*. Cambridge: Polity Press, 1995.

BECK, Ulrich. *Sociedade e Risco, Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Unijuí, 2011.

BERTALANFFY, Karl Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975, p. 62.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*. v.1 São Paulo, Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral*, v. 1. São Paulo, Saraiva, 2012

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol1. São Paulo:Saraiva. 2019

BITENCOURT, Cezar Roberto. *PROLEGÔMENOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA TEORIA GERAL DO CRIME. DELICTAE*. Vol. 4, Nº7, São Paulo, 2019

BLEGER, José. *Psicologia da Conduta*. [S.l.] Editora ARTES MEDICAS. 1984.

BOURDIEU, Pierre. Sobre a Televisão, seguido de A influência do jornalismo e jogos . Olímpicos. Tradução de Maria Lúcia Machado; Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1997.

BRANDÃO, Claudio; *O DIREITO PENAL DAS SOCIEDADES SIMPLES – EDITORIAL*; Rev. Duc In Altum - Cadernos de Direito, vol. 11, nº 25, set-dez. 2019

BRASIL, Congresso. Câmara dos Deputados. PL 1.291. Disponível em:<
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242471>> Acesso em: 2 mai. 2020.

BRASIL, Lei 14019 de 2 de julho de 2020. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14019.htm> Acesso em: 8 out. 2020.

BRASIL. *Código Penal-Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei no 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. *Lei nº 7.210 de 3 de outubro de 1941. Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003 que alterou a Lei nº 7.210, Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10792.htm> Acesso em: 09 nov. 2019..

BRASIL. *Lei nº 9.614 de 5 de março de 1998. Lei do Abate*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9614.htm> Acesso em: 11 nov. 2020

BRASIL. *Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em 19 set. 2020.

CARVALHO, Lucas. *UOL NOTÍCIAS: STJ CONFIRMA QUE HACKER CRIPTOGRAFOU DADOS, MAS PROCESSOS TÊM BACKUP*. 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/11/05/site-do-stj-sai-do-ar-apos-ataque-hacker-saude-tambem-investiga-invasao.htm>> Acesso em: 7 nov. 2020.

CHOMSKI, Noam; FOUCAULT, Michel. *Natureza humana: justiça X poder*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Do Direito Penal Liberal ao Direito Penal do Inimigo*. Ciências Penais, vol. 1, Revista dos Tribunais, 2004

CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Eduardo Lúcio Nogueira. 9ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 2004

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquemático Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira; *Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional*. Rev. bras. polít. int. vol.55 no.1 Brasília 2012.

FERNANDES, Antônio Teixeira: *Níveis de Confiança e Sociedade de Risco*. Colóquio Internacional; Universidade de Açores, 2002.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. [S.l.], Revista dos Tribunais, (2002).

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Fundamentos constitucionales*. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2015.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. v.2. ed. Campinas: BookSeller, 1999.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; BARRETO, Fabiana Costa Machado; GROSNER, Marina Quesado. *Liberdade nas Escolas Penais*. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, v. 23, 2004

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1983.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no collège de France (1972- 1973)*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, penalidade, prisão*. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes 2013.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, 3ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1992

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos*. 2 ed. Geral. 1999.

GARCIA, Antonio Pablos de Molina. *Tratado de criminologia*. ed.1, Madrid; TIRANT LO BLANC, 1999.

GARCÍA, Antônio Pablos de Molina; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Antonio Pablos de Molina; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA ARAN, Mercedes. *Fundamentos y aplicacionn de penas y medidas de seguridad en el codigo penal de 1995*. M adrid. Editorial Aranzadi. 1997.

GARCIA, Basileu. *Instituições do Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, v.I. 1976.

GIDDENS, Anthony. *Para Além da Esquerda e da Direito*. Oerias Celta Editora, 1997.

GIDDENS Anthony. *O Mundo na era da Globalização*. Lisboa, Editorial Presença, 2000.

GIL, A. C.; *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. Ed. São Paulo. Atlas, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

GONÇALVES, Ana Paula Rodrigues Gomes; GONÇALVES, Rafael Soares; ROCHA, Valeria Rodrigues: *A Construção do Inimigo Penal e as Críticas a Teoria de Jakobs*: V Seminário Científico do UNIFACIG – 07 e 08 de novembro de 2019.

GRAMATICA, Filippo. *Principios de Derecho Penal subjetivo*. Madrid, Ed. Reus, 1941.

GRECO, Rogerio. *Código Penal Comentado*. 11. ed. Nitéroí: Impetus, 2017.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luis. *A pena de Prisão à Luz da Moderna Política Criminal. In: HIRECHE, Gamil Föppel El. A Função da Pena na visão de Claus ROXIN*. Rio de Janeiro: Forense, 2004

GREGO, Luis. *Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7, 2005

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de 'Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal' de ROXIN*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 32, 2000.

GRECO, Luis. *Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 11. Abr. 2020.

GUIVANT, Julia Silvia. *O LEGADO DE ULRICH BECK Ambiente & Sociedade*. vol. XIX, núm. 1, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade Campinas, Brasil, 2016.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Madrid, Actualidad Penal. 1993.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma política criminal. Três temas de direito penal*. Porto Alegre: FESMP, 1993.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n° 08, out. 1994.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos de Direito Penal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Processo penal e direitos fundamentais*. Revista Del Rey jurídica. Ano 8, n° 16, 1° semestre de 2006.

HEGEL, Guillermo F. *Filosofia del derecho*. Tradução Angélica Mendoza de Montero. Bueno Aires: Editora Claridad, 1968.

HEIDEGGER, Martin. *Basic Writings: Ten Key Essays, plus the Introduction to Being and Time. Revised and Expanded* ed. San Francisco, EUA: HarperCollins, 1993.

HETING, Hans Von. *La Pena. Origine – scopo – psicologia*. Milão: Frateli Boca. 1942.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012.

JAKOBS, Günther. *El concepto jurídico-penal de acción. Conferencia impartida en el CEU de Madrid em mayo de 1992*. Traducida por Manuel Cancio Meliá; p. 14. Del mismo: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1994..

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 1ª ed. Thomso Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther: *Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de Um Direito Funcional*. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003. V. 6.

JAKOBS, Günther; *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e Trad.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther: *O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?* In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords.). *Direito Penal e funcionalismo*. Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do cidadão e direito penal do inimigo*. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (orgs./trads.). *Direito Penal do inimigo. Noções Críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; MOREIRA, Luiz (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas/ Günther Jackobs, Manuel Cancio Meliá; Organização Nereu José Giacomolli*. 4ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal – Parte Geral*. v.1, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Tratado de derecho penal*. v.1 [S.l.], Losada, 1992.

JIMÉNEZ, Martínez. *Elementos de derecho penal mexicano*, Porrúa, [S.l.] 2016

JUNIOR, Patricia Pacheco: *Uma análise do Labelling Approach ou “Rotulacionismo”*. Niterói, Universidade Federal Fluminense, 2008.

JUNIOR, Cícero José Franzen. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em:<
https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10421>Acesso em: 20 dez. 2019.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOINI, Patrícia. *Manual de direito penal – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTI, J.; VIEIRA, T. P.; *Manual para padronização para trabalhos de graduação e pós graduação latu senso e stricto sensu*. Rio Verde. Ed. UniRV, 2016.

LAZARI, Rafael José Nadim de; JUNIOR, Ricardo Bispo Razaboni: *ANÁLISE CRÍTICA AO FUNCIONALISMO SISTÊMICO-RADICAL E AO DIREITO PENAL DO INIMIGO*: Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano XVIII – Nº 29, 2017

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação 2020.

LEVES, Aline Michele Pedron; CASTRO, André Giovane de. *Direitos humanos e (in)segurança: Uma Perspectiva Biopolítica do Direito Penal na Sociedade de Risco Globalizada*. Revista do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo: Ano 9, nº 17 | jan./jun. 2019

LIBE, Manuel José Arias. *FUNCIONALISMO PENAL MODERADO O TELEOLÓGICO-VALORATIVO VERSUS FUNCIONALISMO NORMATIVO O RADICAL*. DOXA, [S.l.] Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2006.

LIMA, Leticia da Silva. *Direito Econômico/Financeiro*. 2018. Disponível em:<
<http://conteudojuridico.com.br/consulta/tigos/51778/direito-de-intervencao-administrativizacao-do-direito-economico>>Acesso em: 16 set. 2020.

LISZT, Franz Von: “*La pena primitiva entendida de forma mediata como el resultado del instinto de conservación de la especie tuvo que comportar un carater social desde un principio, y aparecer como una reacción social contra perturbaciones sociales*”. Franz von Liszt. *La Idea del Fin en el Derecho Penal*. Granada: Comares. 1995.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. t. I, p. 193. FRANZ VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, v.1 Brasília, 2006

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Porto Alegre: Rivardo Lens, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 2006.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MACHADO, Nathália Vieira. *Processo expansionista do direito penal brasileiro: causas e perspectivas de descriminalização*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 22, n. 5177, 3 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52682>> Acesso em: 10 ago. 2020.

MALINOWSK, Bronislaw. *Crimen y Costumbre em la Sociedad Salvaje*. Barcelona:Ariel. 1956.

MALHOTRA, N. K.; *Pesquisa de Marketing: uma orientação aplicada*. 3°. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

MARCONI, M.; LAKATOS, E. M.; *Fundamentos de Metodologia Científica*. 6. Ed. São Paulo; Atlas, 2007

MARCONDES, Aldair; HULSE, Levi: *O Direito Penal como “Arma” no Controle Social*. UNESC, Santa Catarina, 2020.

MARQUES, Daniela Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*; Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*-parte geral. vol. 1- 1ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, MÉTODO, 2017.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tradução de José Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid, Revista de derecho privado, 1946, t. I; 1949.t.II

MENDES, José Manuel. *Sociologia do Risco*. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

MIGALHAS. *Mendigar deixou de ser contravenção penal há menos de dez anos*. Migalhas Quentes. [S.l.] 13 mar. 2019. Disponível em:<<https://migalhas.uol.com.br/quentes/297910/mendig-ar-deixou-de-ser-contravencao-penal-ha- apenas-dez-anos>>Acesso em: 29 out. 2020.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Imprenta, montivideo, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Reed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’*. Disponível em: . <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf> > Acesso em: 04 jun.2020

- MORENO CASTILLO, Maria Asunción. *Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria em la evolución del aparato punitivo - Historia de la prisión*. 1997
- MORENO CASTILLO, Maria Asunción. *Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria e la evolución del aparato punitivo*. In: Valdes, Garcia (Dir.) *História de la prisión – Teorias economicistas critica*, Madrid: Edisonfer, 1997
- MOURA, Bruno. *Expansão do Direito Penal, Modelos de (des)legitimação*. Centro de Ensino Superior de Catalão, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia Tirant lo Blanch, 2001.
- NERO, Glauter Del; MARTINS, Fernanda Rocha; MAURICIO, Milene. *Breves notas sobre o funcionalismo de ROXIN e a teoria da imputação objetiva*. (S.d.) Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=144> Acesso em: 2 de mar. 2020.
- NOBRE, Akhenaton. *Breves Considerações Sobre a Expansão do Direito Penal e seus Efeitos*. São Paulo, [S.n.]: 2012.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal - Parte geral*, v.1, São Paulo, Saraiva, 1983.
- NUCCI, Guilherme de Souza - *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2020.
- OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. Tema: *Expansão penal e o direito de intervenção*. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPENDI. Brasília-DF, 2008.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS): *Qual a origem desse novo coronavírus?* – 2020. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/pergunta/qual-origem-desse-novo-coronavirus>> Acesso em: 12 de nov. de 2020
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *17 Objetivos de Desenvolvimento*. 2020. Disponível em: <<https://brasil.un.org/>> Acesso em: 17 de set. 2020.
- OSNA, Gustavo. *O enrijecimento das sanções penais frente à problemática da criminalidade – análise das possibilidades de redução da violência por meio de um asseveramento das punições*. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Vol. 1, n. 21. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008.
- PELLISSARO, Elizângela Jackowski. *Paradigma Etiológico e Labeling Approach = Relevancia para a Criminologia Critica*. *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*, Ano 3, nº. 01, 2013.
- PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madri: Iustel, 2007.

POPEO, Monize Flavia. *As teorias da pena e sua evolução histórica*. [S.d] Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54364/a-escola-de-frankfurt-e-a-liberdade-como-garantia>> Acesso em: 4 jul. 2020.

PORTUGAL, Daniela. *A Autopoiese no Direito e o Funcionalismo Sistemico de Günther Jakobs na Aplicação da Lei Penal*. Universidade Federal da Bahia, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, mar./abr. 2004.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C.; *Metodologia do Trabalho Científico; Métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo-RS: Feevale, 2013.

PRADO, Rodrigo Murad do. O funcionalismo sistemico de Günther Jakobs. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/657547435/o-funcionalismo-sistemico-de-guenter-jakobs>> Acesso em: 3 de out. 2020.

RABÊLO, Julio César do Nascimento. *O DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO EXPANSIONISMO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA*. Orientador: Prof. PhD. Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. 2016. DISSERTAÇÃO – Mestrado em Direitos Humanos - (DIREITO) - UNIVERSIDADE TIRADENTES, Aracaju-SE, 2016.

RASSI, João Daniel. *A sociedade de risco, teoria dos sistemas e o funcionalismo penal: uma aproximação teórica*. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07062013-152131/publico/Joao_Daniel_Rassi_Doutorado_2012_Versao_completa.pdf> Acesso em: 03 de jul. 2020.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Defesa Social e Direito Penal do Inimigo*. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2013. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Teoria do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSA, Gerson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de; *Funcionalismo Sistemico e Direitos Fundamentais na Seara Penal*: Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11, Nº 2, jul./dez. 2017

ROSSATTO, Mauricio. “A legitimidade dos tipos penais de perigo abstrato na sociedade do risco: a expansão do direito penal de silva Sánchez versus o direito de intervenção de hassemer (*The legitimacy of the criminal types of abstract danger in the risk society: the expansion of the silva Sánchez criminal law versus the hassemer right of intervention*)”. Disponível <http://monografias.brasilecola.com/direito/direito-penal-inimigo.html>, (Acesso em: 05. nov. 2020).

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre. Livraria do Advogado 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Espanhola. Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Diaz e Garcia Conlledo e Javier Vicente. Ed. 1. Civitas, 2008.

RUDÁ, Antonio Sólon. *DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL. Da Formação dos Estados Modernos à Política de Criminalização como forma de Controle Social*". Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17441/direito-penal-constitucional-da-formacao-dos-estados-modernos-a-politica-de-criminalizacao-como-forma-de-controle-social>> Acesso em: 07 de nov. 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: JMB, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *La dogmática de la teoría del delito – Evolución científica del sistema dela delito*. 1. Reimp. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2011.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *A Defesa Social, As Escolas Penais e as Relações de Poder no Sistema Punitivo*. Curitiba, Direito Penal e Criminologia, UNICURITIBA, 2014

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT 2004.

SOTO, Rafaela Jardim. *A Criminalidade do Colarinho Branco Frente a Teoria do Labeling Approach*. Centro Universitário Univates, 2011.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? Crime e Criminosos: entespolíticos*. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

VERAS, Ryanna Pala. *Os Crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), PUCSP, São Paulo, 2006.

VELAZQUEZ, Fernando. *El funcionalismo jakobisiano, una perspectiva latino-americana*. Revista General del Derecho Penal. v.3, 2005.

TEDESCO, Ignacio F. *El acusado em el ritual judicial*. Buenos Aires: Didot, 2014.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 3. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La legislación "anti-droga" latinoamericana: sus componentes de Derecho penal autoritario*. Porto Alegre: Fascículos de Ciências Penais: Drogas – abordagem interdisciplinar, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal – Parte general*, Buenos Aires, Sociedad Anonima Editora Comercial Industria y Financeira, ed.2, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Coleção Pensamento Criminológico Revan, 2007.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Sociología del castigo: genealogía de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.