

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

RENATA SERAPIÃO

**PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NO DIREITO PENAL DO
INIMIGO**

**CURITIBA
2018**

RENATA SERAPIÃO

**PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NO DIREITO PENAL DO
INIMIGO**

**Monografia apresentada ao Programa de
Graduação em Direito, da Faculdade de Direito de
Curitiba, do Centro Universitário Curitiba, como
requisito parcial à obtenção do título de bacharel
em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Mário Luiz Ramidoff

CURITIBA

2018

RENATA SERAPIÃO

**PERSONALIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NO DIREITO PENAL DO
INIMIGO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, agradeço por todo o apoio e amparo de sempre, não só na minha vida pessoal como na minha vida acadêmica. Não seria nada do que sou hoje se não fosse pela força que vocês me transmitem, palavras de consolo e de motivação me guiaram ao longo desses 5 anos de muitos desafios e crescimento. Espero algum dia poder devolver tudo o que me foi dado na mesma intensidade que eu recebo. Eu amo vocês. Gratidão.

Aos meus irmãos, que já tendo passado por isso de maneira direta ou indireta me guiavam e acalmavam. Vocês são meus exemplos e companheiros de caminhada. Eu amo vocês. Gratidão.

Por fim, a todos aqueles que de alguma maneira fizeram parte da minha caminhada. Pela força. Gratidão.

“Tenho a impressão de ter sido uma criança brincando à beira-mar,
divertindo-me em descobrir uma pedrinha mais lisa
ou uma concha mais bonita que outras, enquanto o imenso oceano da
verdade continua misterioso diante de meus olhos.”

(ISAAC NEWTON)

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a importância da compreensão do estudo da teoria do direito penal do inimigo de Gunther Jakobs e sua concretização no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como base o estudo das circunstâncias judiciais para cálculo da dosimetria da pena e ainda a vigência da lei de crimes hediondos e da lei anti-drogas que existem no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, tratará de ilustrar e demonstrar como existe um inimigo e como a democracia está em cheque. Para esse fim, será primeiramente analisado o direito penal material, os princípios que o englobam e as escolas penais, após será feita uma análise da teoria do crime e a compreensão do que é a criminalização, como as leis penais devem ser interpretadas e as consequências jurídicas do delito. Após a explicação material do direito penal, será compreendida como o inimigo se enquadra no ordenamento jurídico e como ele é positivado pela própria lei que deveria protegê-lo. Por fim, será feita uma análise crítica das leis de crime hediondos e da lei anti-drogas.

Palavras-chave: direito penal do inimigo, circunstâncias judiciais, personalidade, Estado democrático.

RIASSUNTO

Questo lavoro si propone di dimostrare l'importanza di comprendere lo studio della teoria del nemico nel diritto penale di Gunther Jakobs e la concrezione nello sistema giuridico brasiliano, sulla base degli studi di circostanze di legge per il calcolo della penna e anche la validità della legge crimini atroci e la legge antidroga che esiste nel sistema legale brasiliano. In questo modo, cercherà di illustrare e dimostrare come esiste un nemico e come la democrazia non è sotto controllo. A tal fine, analizzerà innanzitutto la legge penale, i principi che la comprendono e le scuole penali, dopo un'analisi della teoria del crimine e la comprensione di ciò che è criminalizzazione, come le leggi criminali devono essere interpretate e le conquiste del crimine. Dopo la spiegazione materiale della legge penale, sarà compreso in che modo il nemico si inserisce nell'ordine legale e in che modo è protetto dalla stessa legge che dovrebbe proteggerlo. Infine, verrà effettuata un'analisi critica della legge del crimini atroci e della legge antidroga.

Paroli chiavi: diritto penale del nemico, circostanze giudiziarie, personalità, Stato democratico.

SUMÁRIO

RESUMO	
RIASSUNTO	
1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO PENAL	10
2.1 TEORIA JURÍDICA DO CRIME	11
2.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL	12
2.2.1 Princípio da Legalidade	12
2.2.2 Princípio da Intervenção Mínima	13
2.2.3 Princípio da Lesividade	14
2.2.4 Princípio da Culpabilidade	14
2.2.5 Princípio da Humanidade	15
2.2.6 Princípio da Irretroatividade	16
2.2.7 Princípio da Adequação Social	17
2.2.8 Princípio da Proporcionalidade	18
2.2.9 Princípio da Insignificância	19
2.2.10 Princípio da Ofensividade	20
2.3 ESCOLAS PENAIS	20
2.3.1 Escola Clássica	21
2.3.2 Escola Positivista	22
2.3.3 Escola Técnico-Judiciária	23
3 TEORIA DO CRIME	24
3.1 SANÇÕES PENAIS	25
3.1.1 Medida de Segurança	25
3.1.2 Pena	25
3.2 TEORIAS DA PENA	27
3.2.1 Teoria Absoluta ou Retributivista	27
3.2.2 Teoria Relativa ou de Prevenção	29
3.2.3 Teoria Mista ou Conciliatória	31
3.3 INTERPRETAÇÃO DAS LEIS PENAIS	32
3.3.1 Quanto às fontes	33
3.3.2 Quanto aos meios	36
3.3.3 Quanto aos resultados	38
3.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO	39
3.4.1 Penas privativas de liberdade	41
3.4.2 Penas restritivas de direito	42
3.5 DOSIMETRIA DA PENA	47
4 A APLICAÇÃO DA PENA	48
4.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	48
4.1.1 Culpabilidade	49
4.1.2 Antecedentes	49
4.1.3 Conduta social	50
4.1.4 Personalidade do agente	50
4.1.6 Circunstâncias	50
4.1.7 Consequências	51
4.1.8 Comportamento da vítima	51
4.2. DIREITO PENAL DO INIMIGO	52

4.2.1 Direito penal do inimigo e a personalidade	52
4.3 PERSPECTIVAS CRÍTICAS	59
4.3.1 Lei de Crimes Hediondos	60
4.3.2 Lei Anti-drogas	62
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

No Brasil algumas pessoas são selecionadas que são tratadas como “entes perigosos” devido a preconceitos enraizados que mostram como nosso ordenamento jurídico segue uma Teoria Política de relação com o cidadão, onde fica clara a posição de um ser superior a outro e não uma democracia onde todos deveriam ser iguais perante a lei.

O presente trabalho, tem o escopo de realizar um estudo sobre como esse tratamento pode ser comprovado analisando a Teoria da Pena, tendo em vista o modo de tratamento de uma personalidade considerada inimiga da sociedade baseado apenas na sua condição social ou racial, para isso no entanto, será feito um estudo do direito penal, sua aplicabilidade e uma análise crítica da ideia do caráter preventivo do processo penal brasileiro.

Além disso, será feita a análise da teoria de Gunther Jakobs do “Direito Penal do Inimigo” pareada a crítica de Zaffaroni à mesma, com o intuito de demonstrar como há a existência desse inimigo na sociedade brasileira, seguida de exemplos concretos da atualidade demonstrando a criminalização da pobreza.

Por fim, após a contextualização e exemplificação de casos concretos, o trabalho tratará de abordar críticas à lei de crimes hediondos e a lei anti-drogas, com o fim de mais uma vez, ilustrar e concretizar a utilização da teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, é diante desta crítica e tendo em vista que nosso ordenamento jurídico brasileiro defende uma democracia e garante direitos iguais para todos os cidadãos, que é possível caracterizar a pertinência do estudo da existência de um inimigo no direito penal brasileiro e ainda como pode ser permitido o tratamento destes, uma vez que, essa maneira de lidar com os seres humanos privados do caráter de pessoa é incompatível com a teoria política do nosso Estado de direito e se caracteriza como uma teoria política de um Estado absoluto.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO PENAL

Desde os tempos mais primórdios, crimes e castigos existem na sociedade humana. Foi a partir da conquista da escrita que governantes começaram a lavrar leis em tábuas de barros. Hoje, estas se tornaram documentos de extrema importância para o entendimento do pensamento sobre regras de condutas, proibições e penas impostas àqueles que violam a lei.

A sentença latina *homo homini lúpus* (o homem é o lobo do homem), foi criada em 254-184 a.C por Plauto, em sua obra “Asinaria” e posteriormente no século XVII, popularizada pelo filósofo inglês Thomas Hobbes em seu livro “O Leviatã”. Segundo Hobbes: “no estado de natureza, os homens podem todas as coisas e, para tanto, utilizam-se de todos os meios para atingi-las. Segundo esse autor, os homens são maus por natureza, pois possuem um poder de violência ilimitado. Um homem só se impõe a outro homem pela força; a posse de algum objeto não pode ser dividida ou compartilhada. Num primeiro momento, quando se dá a disputa, a competição e a obtenção de algum bem, a força é usada para conquistar. Não sendo suficiente, já que nada lhe garante assegurar o bom usufruto do bem, o conquistador utiliza-se da força para manter esse bem”.¹

É a partir desse pensamento, que nasce a necessidade de criação de um Estado, por meio de contrato social que visa limitar o poder de cada um e redirecioná-lo à outro para que a ordem e a estabilidade possam ser mantidas. Podemos entender, assim a criação de leis, uma vez compreendido que a lei natural deve ser abolida e suprida pela ordem artificial, denominado como justo positivismo.

No que tange o direito penal, primeiramente, é importante que seja compreendida a sua denominação. Para o Procurador de Justiça e autor, Rogério Greco, “o Código Penal é denominado como um conjunto de normas, condensadas num único diploma legal, que visam tanto a definir os crimes, proibindo ou impondo condutas, sob ameaça de sanção para os imputáveis e medidas de segurança para

¹ BRASIL ESCOLA. **Hobbes e o Estado de Natureza**. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/filosofia/hobbes-estado-natureza.htm>>

os inimputáveis e semi-inimputáveis, como também a criar normas de aplicação geral, dirigidas não só aos tipos incriminadores nele previstos, como toda a legislação penal extravagante”.²

A finalidade do direito penal é a proteção de bens necessários e importantes para a sobrevivência da sociedade, ou seja, bens jurídicos, assim sendo, a pena é um instrumento para a proteção desses. No entanto, essa proteção se dá à bens valiosos no ponto de vista político e não econômico, isso acontece porque a sociedade evolui e bens que anteriormente poderiam ser considerados valiosos, hoje já não são mais e não precisam de proteção.

Atualmente, esse raciocínio tem sido contestado por parte da doutrina, o Professor Gunther Jakobs, por exemplo, defende a ideia de que não são os bens jurídicos que precisam de defesa, mas sim, a garantia da vigência da norma, ou seja, aquele que praticou uma infração penal deverá ser punido para que se afirme que a norma penal por ele infringida está em vigor.

2.1 TEORIA JURÍDICA DO CRIME

A teórica jurídica do crime divide o direito penal em objetivo, subjetivo e científico. O direito penal objetivo é compatível com a ideia de ordenamento jurídico, um conjunto de normas que regulamentam o crime e a pena. Quando diz respeito ao direito penal subjetivo trata-se da ideia de que é um dever ou poder de perseguição penal, há um reconhecimento do Estado para apurar a pena de quem praticou um crime, existe o direito de punir. No que tange o entendimento científico, parte-se do pressuposto de que há um saber oficial/lógico estabelecido pelo Estado que serve para autorizar e justificar a intervenção estatal repreensível-punitiva, a punição é legitimada.

A criminologia é o “estudo do crime”, seu objeto é o próprio crime, as circunstâncias, o autor, a vítima, o controle do social do criminoso e também o estudo da personalidade do indivíduo. É uma ciência empírica e interdisciplinar. No início dos tempos, na busca da causa do delito, partiam do pressuposto de que se o

² GRECO, Rogério. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. Volume I. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008 p. 3.

efeito fosse eliminado a causa seria erradicada, esse tipo de pensamento não foi o suficiente.

A criminologia estuda como se constrói um processo de criminalização que serve como instrumento de controle social. Pode ser dividido em primário – o Poder Legislativo, secundário – o Poder Judiciário e, por fim, terciário – o Poder Executivo.

O Poder Legislativo seleciona as condutas que não serão aceitas socialmente e que serão consideradas como riscos proibidos; o Poder Judiciário, por meio do Juiz, confirma aquilo que foi dito anteriormente pelo legislador; e o Poder Executivo é responsável pelo acompanhamento do cumprimento da pena ou das medidas socioeducativas.

2.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

2.2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é diretamente relacionado ao Estado de Direito, uma vez que, a diferença dele com o Poder Absoluto é que todos devem se subordinar à lei. No direito penal a legalidade é estrita, é uma garantia para o Estado e um limite para aquele que a aplica. Surgiu para definir na lei o que é crime e o que é pena.

Expressamente previsto em todos os Códigos brasileiros, desde o Código Criminal do Império de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940 que ocorreu em 1984. Não bastasse isso, a Constituição Federal de 1988 prevê o inciso XXXIX do art. 5º: *Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* – redação idêntica no art. 1º do Código Penal de 1940.

O Princípio da legalidade impede a retroatividade da lei penal incriminadora, uma vez que é possível a retroatividade da lei penal melhor – *lex mitior*. Proíbe que os costumes criem crimes e penas. Proíbe fazer analogias ou interpretações analógicas para criar crimes e penas, exceto quando ela for favorável.

No mais, proíbe leis vagas ou indeterminadas, uma vez que, a lei penal deve haver precisão.

Deve ser feita uma distinção entre a legalidade formal e a legalidade material. No que diz respeito a legalidade formal, entende-se uma obediência aos trâmites procedimentais previstos na Constituição para que uma lei possa fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro. Não bastasse isso, deve ser analisado o conteúdo, respeitando a garantia dos direitos fundamentais previstos na lei suprema.

Uma vez diferenciada a legalidade formal material, surge outra distinção, entre vigência e validade da norma. A doutrina penal costuma dizer que o conceito de vigência penal está para a legalidade formal, assim como o conceito de validade está para legalidade material.

No Brasil, o juiz não é autônomo para aplicar a lei, mas sim, é um intérprete do que está prescrito, sempre protegendo e baseando-se nos direitos fundamentais conquistados em um Estado Constitucional de Direito.

2.2.2 Princípio da Intervenção Mínima

O direito penal deve ser a última forma de intervenção do Estado, ele selecionará os bens jurídicos de maior importância social para fornecer um esforço tutelar criminalizando determinadas condutas. É o que preleciona Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social relevarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária.³

Esse princípio é responsável pela indicação dos bens de maior relevância social, mas além disso, garante que ocorra as descriminalizações uma vez que um

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. Volume 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

bem deixa de ser relevante, aquele tipo penal anteriormente definido pode deixar de existir.

No que diz respeito ao caráter subsidiário do direito penal, apenas os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade devem ser protegidos pelo direito penal, no que tange ao caráter fragmentário por sua vez, apenas a lesão ou o perigo de lesão mais grave aos bens jurídicos selecionados devem ser incriminados pelo direito penal.

2.2.3 Princípio da Lesividade

Assim como a intervenção mínima, o princípio da lesividade limita ainda mais o poder do legislador, uma vez que a culpa não pode ser presumida, ela precisa ser demonstrada.

O princípio da lesividade admite quatro principais funções, elencadas por Nilo Batista⁴, são elas:

- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;
- d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetam qualquer bem judiciário.

Entende-se assim que no direito penal, ninguém pode ser punido por aquilo que pensa, não poderá ainda, punir aquelas atitudes que não são lesivas à terceiros, por exemplo a autolesão ou tentativa de suicídio. O princípio impede ainda que o agente seja punido por aquilo que ele é e não pelo o que fez, e por fim, afasta a punição de condutas que possam vir a ser consideradas pela sociedade como ofensivas, mas que não afetam diretamente bem jurídico de terceiros.

2.2.4 Princípio da Culpabilidade

⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p. 92-94.

Segundo Rogério Greco, o princípio da culpabilidade possui três sentidos fundamentais:

a) culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime: A culpabilidade como qualidade é um elemento subjetivo do crime. Sem ela temos apenas um ilícito penal e não um crime, possui um papel fundamental para a caracterização da infração penal;

b) culpabilidade como princípio medidor da pena: concluído que o fato é típico, ilícito e culpável caracteriza-se a existência de uma infração penal, e a condenação do agente, a partir disso, deve o julgador regular a pena com base na sua culpabilidade. Primeiramente é analisada a pena base, em seguida a provisória e por fim a definitiva, tendo como causas as circunstâncias judiciais, o art. 59 do Código Penal prevê:

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:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

c) culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva (sem culpa): para que um resultado seja aplicado ao agente, a conduta deve ser dolosa ou culposa, assim ensina Greco:

Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; se não houve conduta, não se pode falar em fato típico; e não existindo o fato típico, como consequência lógica, não haverá crime.⁵

⁵ GRECO, Rogério. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. Volume I. 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 91

Assim, conclui-se que existem três dimensões de culpabilidade, a principiológica, a quantitativa e a qualitativa. A primeira orienta, a segunda define a quantidade da pena e a terceira estrutura.

2.2.5 Princípio da Humanidade

Esse princípio reflete na necessidade de limitação das penas e garante ao preso que receberá um tratamento respeitando os direitos humanos. É assegurado ao preso ainda, o respeito à integridade física e moral. O artigo 5º, incisos XLVII, XLVIII, XLIX E L da Constituição Federal de 1988, prevê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Em sua obra “Direito e Razão”, Luigi Ferrajoli afirma que:

Acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, e das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. 6

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 p. 318

2.2.6 Princípio da Irretroatividade

Outro princípio que veio como consequência das ideias consagradas pelo Iluminismo é o em análise. Aqui, resta garantida a segurança e a liberdade na sociedade. Esse princípio, apesar de ser conceitualmente distinto, ficou incluído no princípio da legalidade.

É o entendimento do doutrinador Damásio de Jesus:

Entre esses dois limites – entrada em vigor e cessação de sua vigência – situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio *tempus regit actum* ⁷

No entanto, o princípio da irretroatividade apresenta exceção, uma vez que, admite-se no direito intertemporal a aplicação retroativa da lei mais favorável, a norma nova que for mais favorável ao réu sempre retroage. Entendimento previsto no inc. XL do art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

2.2.7 Princípio da Adequação Social

O direito penal tipifica apenas as condutas que tenham relevância social, caso contrário não pode ser considerado como um delito. Esse princípio garante que algumas condutas que possam vir a ser consideradas como socialmente adequadas não carreguem tipicidade, logo, não podem constituir delitos. Não é possível criminalizar uma conduta só porque ela se opõe à conduta da maioria ou ao padrão médio de comportamento.

⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Volume 1. 16ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 60

Assim, entende-se que a tipicidade de um comportamento considerado como proibido deve carregar o desvalor da ação e o desvalor do resultado lesando o bem jurídico tutelado pelo estado, constituindo a tipicidade material típica.

Ainda nesse sentido, é o entendimento do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt que a adequação social se divide em um duplo juízo de valoração, um juízo *ex ante* e outro *ex post*:

Um juízo *ex ante*, que pretende excluir do âmbito do injusto (negando o desvalor de ação) a conduta que não seja gerada em condições de previsibilidade de produção de um resultado típico; e um juízo *ex post*, que pretende excluir o âmbito do injusto consumado (negando o desvalor de resultado) a conduta que, mesmo sendo adequada desde a perspectiva *ex ante*, não se verifica no resultado, pois, conhecidas todas as circunstâncias do caso, se demonstra que outros fatores incidiram para a sua produção.⁸

É de entendimento consolidado, no entanto, que a mera consideração de uma conduta como inadequada não é o suficiente para decidir sobre a relevância típica do comportamento, uma vez que, se apta para produzir um resultado típico, qualquer conduta pode vir a ser perigosa. Sendo assim, esse princípio diversas vezes é abandonado.

2.2.8 Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade aqui, se diz respeito à gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada ao agente causador do delito, o princípio da proporcionalidade é consagrado em diversos dispositivos da Constituição Federal, como por exemplo a exigência da individualização da pena, previsto no inc. XLVI do art. 5º, admissão de maior rigor para infrações mais graves, inc. XLII, XLIII e XLIV do art. 5º ou ainda, a proibição de determinadas modalidades de sanções penais, no inc. XLVII do art. 5º.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. Volume 1 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

O campo de abrangência do princípio da proporcionalidade vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam tal princípio. Nesse sentido:

Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge inclusive o exercício imoderado de poder, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na verdade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do “poder de fazer lei *ad hoc*”, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o vício de inconstitucionalidade.⁹

No que diz respeito ao direito penal, a exigência da proporcionalidade deve ser determinada em um juízo de ponderação entre a carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação penal¹⁰, assim define Hassemer em sua doutrina.

Embora intimamente ligados, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade não se confundem. Uma vez que, é exatamente o princípio da razoabilidade que afasta a invocação da “lei do talião”, exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade. Entende-se que a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade.

É possível concluir que com base no princípio da proporcionalidade pode-se afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar.

2.2.9 Princípio da Insignificância

Para que algo possa ser considerado como um bem jurídico tutelado pelo direito penal, deve ser analisado o princípio da insignificância, sendo que nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é o suficiente para configurar o

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. Volume 1 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

¹⁰ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Sapatro. Barcelona: Bosch, 1984, p. 279.

injusto típico. Esse princípio, chamado de princípio da bagatela por Klaus Tiedemann, exige que seja feita uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e quanto essa conduta atingiu o Estado. É importante salientar que essa seleção se trata de função do Poder Legislativo.

No entanto, a insignificância da conduta deve ser aferida não somente em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, ou seja, pela lesão causada. Assim, essa tipicidade somente será afastada se a insignificância em análise for valorada através da consideração global da ordem jurídica. Afirma Zaffaroni:

A insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada.¹¹

2.2.10 Princípio da Ofensividade

Esse último princípio que será analisado tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos, primeiro em servir de orientação à atividade legiferante e em segundo, servir de critério interpretativo. E o entendimento de Bitencourt:

Para que tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.¹²

¹¹ ZAFFARONI, Raúl. **Manual de Derecho Penal**. 6ed. Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 475.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. Volume 1. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

No princípio da ofensividade, somente será admitida a configuração da infração penal quando o interesse que já foi selecionado, reserva legal, sofre um ataque, ofensa, efetivo, representado por um perigo concreto ou dano.

2.3 ESCOLAS PENAIIS

Quando se trata do estudo da história do direito penal é possível detectar diversas fases, em que os princípios e características de um período penetram em outro. No início dos tempos, a pena se originou como uma vingança privada, quando ocorria um crime, cabia a própria vítima, facilitadores ou tribo, resolver a situação.

Não raro, a reação era de agressão. Segundo Eric Fromm, essa reação era definida como “um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto”.¹³ Foi nessa fase que o ditado “olho por olho, dente por dente” ganhou forma com a Lei de Talião, agora, os castigos praticados passaram a ser permitidos pelo Estado. Com o passar do tempo e a evolução do Código, surgiu a possibilidade de o agressor aceitar como indenização moedas ou espécies, chamada de Composição.

Uma segunda fase que dominou sociedades por muitos anos, foi a conhecida por vingança divina, a pena era imposta por sacerdotes. Aqui o direito começou a se confundir com a religião, partiam do pressuposto de que o crime poderia ser visto como um pecado e de que a pena serviria como salvação e purificação da alma do infrator. Passados os anos, uma terceira fase tomou conta, nesse período, Idade Média, a vingança atingiu o âmbito público, foi marcado por penas cruéis (desde morte na fogueira, até mesmo esquartejamento), tudo com o objetivo final de proteger a monarquia. Dessa maneira, o poder do Estado se fortaleceu e agora, as penas passaram a ter o intuito de prevenir e reprimir os crimes cometidos, mas os processos eram sigilosos e o réu não tinha conhecimento nem mesmo da imputação que foi feita contra ele.

Por meados dos séculos XVII e XVIII os Iluministas começaram a se propagar, assim como seus ideais, nesse sentido, houve uma conscientização da

¹³ FROMM, Erich. **Anatomia de destrutividade humana**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

sociedade quanto o que estava acontecendo, foram banidas as torturas e passou a haver liberdade individual em face do arbítrio judiciário. Nesse momento, passaram a almejar uma lei penal simples, clara, precisa e escrita, deveria ser o mínimo necessário para combater os crimes.

Segundo o doutrinador José Leal,

As escolas penais são um sistema de ideias e teorias políticas-jurídicas e filosóficas que, num determinado momento histórico, expressaram o pensamento dos juristas sobre as questões criminais fundamentais.¹⁴

2.3.1 Escola Clássica

Nascida com base no iluminismo, é caracterizada como utilitarista, o utilitarismo vem da ideia de castigo e recompensa, trata-se de um controle social com um viés filosófico e sociológico. Importante para o direito penal, uma vez que, defendeu o indivíduo contra o arbítrio do Estado.

Nessa escola a pena é considerada como um restabelecimento da ordem externa da sociedade, ela é imposta ao indivíduo que merece um castigo por ter cometido um crime consciente e voluntariamente.

No que diz respeito ao período filosófico teórico, o Estado deveria punir os delinquentes submetendo-se aos limites da lei. O período jurídico, teve como maior defensor o penalista Francesco Carrara, que alegava que o crime infringia a lei do Estado, é impellido pela força física (movimento corpóreo que produz o resultado) e a vontade consciente e livre de praticar um delito.

Segundo a doutrina penal, um ponto fraco dessa escola é a não consideração do delinquente no momento de aplicação da pena, considera-se apenas que a violação do direito deve ser penalizada com base na própria lei.

2.3.2 Escola Positivista

Foi após da Revolução de 1789 que a escola positivista surgiu, em razão das novas ciências como a biologia e sociologia, o crime passou a ser analisado com um

¹⁴ LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. São Paulo: Atlas.1998.

olhar sociológico, e ainda, o próprio criminoso se tornou centro das investigações. Esta escola passou a utilizar das ciências para entendê-lo. Segundo o médico responsável por iniciar esse movimento, Cesare Lombroso (1835-1908), o criminoso nasce um delinquente e ainda, apresenta deformações físicas e psicológicas que o caracteriza como criminoso nato. No entanto, essa concepção não sobreviveu.

O advogado, Enrico Ferri (1856-1929), considerado como discípulo de Lombroso, fundou a sociologia criminal e a concepção de que o crime é determinado por fatores antropológicos, sociais e físicos. Nos seus estudos, classificou os criminosos: natos: aqueles com atrofia do senso moral; loucos: aqueles que estão na linha entre a sanidade e a insanidade; habituais: aqueles que sofreu a influência de aspectos externos, de meio social inadequado; ocasionais: aqueles que são fracos de espírito; e passionais: indivíduos com bom caráter, mas com sensibilidade exagerada.

Os princípios fundamentais desta escola em tese, são: o método indutivo, o crime visto como fenômeno social e natural oriundo de causas biológicas físicas e sócias, a responsabilidade social em decorrência do determinismo e da periculosidade e a pena como um fim a defesa social e a tutela jurídica.

2.3.3 Escola Técnico-Judiciária

Tem como principal objetivo desenvolver a ideia de que a ciência penal é autônoma, não deve ser misturada com outras ciências, como a sociologia, filosofia, psicologia ou política. É proposta uma reorganização para restaurar o critério jurídico do Direito Penal.

O estudo do direito penal deve ser baseado no que está expresso em lei, nessa escola, o delito é relação jurídica de conteúdo individual e social, a pena constitui uma reação e uma consequência do crime, deve ser aplicada a medida de segurança aos inimputáveis, a responsabilidade vem da vontade livre e da moral daquele que comete o crime e a filosofia não pode ser analisada no momento da pena.

Da análise dos fatos históricos feitas até então, entende-se a importância destes para a compreensão dos acontecimentos da atualidade. É fato notório que a

humanidade desde os tempos mais remotos tende a buscar maneiras de punição e penalização para que a ordem social seja mantida, mas, no início dos tempos esse controle social era livre, permitindo que o Estado fizesse o que entendesse com a pessoa que cometesse o suposto delito.

Nos tempos atuais, existe um controle maior em todas as etapas da aplicação da pena. Deve ser feita uma análise minuciosa e detalhada de cada delito, para que a pena cominada, ou seja, aquela prevista em lei, possa ser aplicada de maneira justa e certa para o caso específico. No entanto, não necessariamente esse controle protege todas as pessoas para quem a pena é direcionada.

Isto é, porque no que diz respeito à dosimetria da pena – onde o Juiz estabelece a individualização da pena analisando as características pessoais do agente, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição da pena – nem sempre a análise é de fato individual, mas sim, de entendimentos comuns e de conceitos enraizados na sociedade desde a época em que dominava a vingança privada em relação às características daquele agente.

3 TEORIA DO CRIME

Quando se diz respeito a ilegalidade, não pode se pensar exclusivamente no direito penal, uma vez que, ela está presente em diversos âmbitos do direito. Para que haja uma pena, deve existir um delito passível de reclusão ou detenção. O bem jurídico a ser tutelado deve ser importante e estar na Constituição Federal de 1988, além de ser indispensável. Para que haja a caracterização de um crime deve existir:

a) Conduta: se fala em conduta quando o comportamento é direcionado à uma finalidade. Primeiro deve ser fixado o objetivo que se quer alcançar, depois seleciona-se os meios para que esse fim seja atingido e por fim, os resultados colaterais são analisados. Se o resultado típico já está no objetivo a ser concebido, a conduta será dolosa direta de primeiro grau, por exemplo, querer matar alguém. Se o resultado típico não é desejado, mas é muito provável que vai acontecer, será dolo direito de segundo grau, por exemplo, querer matar uma pessoa específica e colocar uma bomba em uma sala que ela estará, o dolo será direto em relação à pessoa que quer matar e direto de segundo grau em relação às pessoas que estavam no ambiente. Se o resultado não era o que a pessoa queria e acaba acontecendo, se

dá o dolo eventual, por exemplo, uma pessoa dirigindo a 200km/h na cidade e atropela alguém.

b) Tipicidade: uma vez confirmada a existência de uma conduta, será analisada se há uma tipicidade. Esta pode ser dividida em objetiva e subjetiva. A tipicidade objetiva é o tipo que está escrito no Código Penal, os artigos propriamente ditos. A subjetiva por sua vez, diz respeito ao dolo. Dolo é a vontade consciente de praticar o tipo objetivo. Não existe dolo potencial, se a pessoa não sabe o que está fazendo e não tem motivos para suspeitar de que está realizando o delito ela poderá ser imputada de no máximo culpa. Na culpa, existem fazeres guiados por fins, mas não fins tipificados. A culpa consciente se difere do dolo eventual por causa da atitude interna e a culpa inconsciente o sujeito não prevê o evento por descuido.

c) Antijuridicidade: trata-se da contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico. Se há conduta, analisa-se a antijuridicidade.

d) Culpabilidade: é entendida como um juízo normativo de reprovabilidade sobre a conduta típica e antijurídica. Sempre será tocada a exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa. Dirá quem é imputável e imputável. Para que o indivíduo seja imputável deve ter 18 anos completos e ter plena capacidade mental. Tanto no potencial conhecimento da ilicitude, quanto na inimputabilidade, pode se falar de ausência de culpabilidade, portanto, ausência de crime.

3.1 SANÇÕES PENAIS

3.1.1 Medida de Segurança

Enquanto a pena tem a função de reprovar e prevenir a prática criminosa por agentes culpáveis que praticam fato típico e ilícito, a medida de segurança se aplica aos inimputáveis. Assim sendo, não se traduz em castigo, mas numa medida de defesa coletiva e assistência ao inimputável delinquente para serem reabilitados.

Para o direito penal inimputáveis são aqueles descritos no art. 26 do Código Penal. Senão, veja-se:

Art. 26 - 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.

O ordenamento jurídico brasileiro também impõe medida de segurança para os semi-inimputáveis ou relativamente incapaz, este deverá ser condenado. No entanto, ainda poderá ter sua pena reduzida se de acordo com o art. 26 do Código Penal.

3.1.2 Pena

A pena, na verdade, é oriunda da realização de uma conduta ilícita, antijurídica e culpável, destinada a todo aquele que desrespeitou a legislação penal, sendo assim, uma forma do Estado efetivamente aplicar a norma ao caso concreto. Conforme leciona Luiz Regis Prado:

Em síntese: a justificativa da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social - ultima ratio legis, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobre tudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. (...) O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa.¹⁵

Francesco Carnelutti afirma em suas teorias que a pena não é apenas uma punição para o criminoso, mas também uma forma de aviso para aqueles que tenham algum intuito criminoso. Em seu livro “As misérias do processo penal”, afirma:

Dizem, facilmente, que a pena não serve somente para a redenção do culpado, mas também para a advertência dos outros, que poderiam ser tentados a delinquir e por isso deve os assustar; e não

¹⁵ PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

é este um discurso que deva se tomar por chacota; pois ao menos deriva dele a conhecida contradição entre função repressiva e a função preventiva da pena: o que a pena deve ser para ajudar o culpado não é o que deve ser para ajudar os outros; e não há, entre esses dois aspectos do instituto, possibilidade de conciliação¹⁶

A pena é uma punição estabelecida pelo código penal, é imposta pelo Estado no momento da execução da sentença de um culpado por uma infração penal, pode ter como finalidade a retribuição do injusto causado pela vítima à sociedade, a prevenção para que não seja causado outro mal à coletividade ou ainda a readaptação social, cada uma dessas finalidades é estudada por teorias da pena.

Foi o doutrinador Bitencourt que demonstrou a necessidade de distinguir as três teorias em seu livro “Tratado de Direito Penal”:

Interessa-nos destacar, principalmente, alguns aspectos da passagem de uma concepção retributiva da pena a uma formulação preventiva da mesma. Justifica-se, por isso, um exame das diversas teorias que explicam o sentido, função e finalidade das penas, pelo menos das três mais importantes: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas. Analisaremos também outras modernas teorias da pena, como as da prevenção geral positiva, em seu duplo aspecto, limitadora e fundamentadora.¹⁷

O autor Franz Von Liszt, afirma existir dois tipos de punição, a pelo crime cometido e outra para corrigir o criminoso, no entanto, ele discorda dessas teorias, alegando que:

O fato de que a pena produz toda uma série de efeitos reflexos, como me ocorre chamá-los, é obvio, porém carece de importância suficiente para invalidar nossa classificação. Somente resta mencionar, ademais, a importância da ameaça penal, aquele que, como exortação e intimidação, reforça motivos que devem fazer desistir da perpetração de delitos. Não devemos perder de vista este efeito, mas no momento, teremos de deixá-lo de lado. Pois não se trata para nós dos imperativos estatais, mas de pena estatal, da qual a ameaça da pena somente é um imperativo agravado.¹⁸

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Pillares, 2006. p. 103

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 72.

¹⁸ LISZT, Franz Von. **A Idéia do Fim no Direito Penal**. São Paulo: Rideel, 2005, p. 56.

Conclui-se assim, que a pena apenas busca a correção daqueles que podem ser corrigidos, uma vez que existem aqueles que não carregam essa capacidade. Uma vez analisada as diversas disposições doutrinárias, revela-se ser essencial a existência de teorias, que serão utilizadas como uma maneira de regramento extralegal para que a pena seja aplicada.

Assim, o julgador observa as teorias considerando o fim específico da pena, além do encarceramento do condenado é por essa razão que a finalidade da pena deve ser analisada. Cada uma das teorias aponta uma finalidade diferente e específica, e ao ser aplicada demonstra qual o real fim da punição.

3.2 TEORIAS DA PENA

3.2.1 Teoria Absoluta ou Retributivista

Foi o filósofo Kant quem alegou que a pena é um imperativo categórico, ou seja, há uma punição moral de punir, a punição deve ocorrer porque é o correto a ser feito. Trata-se de uma retribuição do mal com outro mal, não há uma finalidade propriamente dita, acredita-se apenas que a pena vem para reestabelecer o direito que foi quebrado. Cada um deve sentir o castigo devido pelos seus atos, assim, não se pode utilizar da pena de um para servir como exemplo para os demais.

Assim, na teoria absoluta a pena é uma forma de retribuição ao criminoso pela conduta ilícita realizada, é uma maneira do Estado de defender a pessoa atingida, ou ainda a em um todo. Trata-se, como defende Haroldo Caetano e Silva, de uma maneira de recompensar o mal causado, causando um mal para aquele que o fez, a pena é um fim em si mesma:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma.¹⁹

¹⁹ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. 2ed. Campinas: Bookseller, 2002: p. 35.

Não existe nessa teoria a prospecção, um lançamento de finalidade futuras da pena, quer apenas reprovar o que aconteceu. Como assinalava Hegel, a pena é a negação da negação do direito, é o restabelecimento da ordem jurídica. No que tange a fundamentação, a pena era baseada em um princípio de retribuição da culpabilidade, partindo de uma ideia de que o crime pressupõe culpabilidade, como o crime é algo pessoal, a pena também é pessoal. A pena é realização de justiça. No entanto, nessa teoria, acredita-se que a pena nunca poderá ser maior do que o crime, deve-se seguir a proporcionalidade, o condenado precisa entender que a pena ocorre porque ele desrespeitou as normas jurídicas e a sociedade.

Há ainda Mirabete, que afirma que a teoria absoluta, tem como fundamento a justiça, ou seja, a simples consequência do mal cometido.

As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionista) têm como fundamentos da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime (*punitur quia peccatum est*). Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral.²⁰

O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, ensina que a teoria absoluta além de buscar a justiça, devolve o mal causado pelo crime, para ele, se o homem segue seu livre arbítrio e opta por cometer um crime, deve ser punido da mesma forma maldosa de sua conduta, veja-se:

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, é o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da substituição do divino homem operada neste momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal.²¹

Assim sendo, o que rege essa teoria é que o réu é punido porque cometeu um crime, *punitur quia peccatum est*. Uma vez que o direito é o campo dos

²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 22ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 244.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 74.

imperativos hipotéticos essa teoria foi deixada de lado, pouco importando a moralidade, a punição existe para que o crime não ocorra de novo.

3.2.2 Teoria Relativa ou de Prevenção

Nessa teoria a pena é tratada como prevenção de criminalidade, o direito penal nesse caso é um instrumento de controle social. Aqui, acredita-se que se o condenado não for punido imediatamente após o crime cometido, ele cometerá outros delitos.

Para os positivistas, como por exemplo o doutrinador Romeu Falconi, na teoria em tese a pena possui característica de prevenção e ainda de ressocialização daquele que foi condenado com o intuito de recuperá-lo para a sociedade, fazendo com que assim, a pena tenha uma função²²:

Os positivistas raciocinam diferentemente em relação à pena e suas conseqüências praticas. Essa Escola positiva as teorias “relativas”, e entende que a pena deve ter finalidade “UTILITARIA”. Assim, deve ela não-somente ter por escopo a punição, mas também recuperar o delinqüente para o convívio social. (...). A pena deverá servir ademais, como “prevenção”. Essa “prevenção” poderá ser “geral”, que é aquela que reflete sobre os demais elementos da sociedade, servindo de “intimidação” para aqueles que, porventura, pretendam praticar qualquer conduta delituosa. A prevenção “especial”, de sua parte, reflete diretamente sobre a pessoa do criminoso. Trata-se aqui de demonstrar ao criminoso que, se errou, o Estado punirá, visando, assim, à sua “ressocialização

A finalidade do direito penal, é garantir que outras condutas criminosas não ocorram novamente, assim acredita o autor Francesco Carnelutti, veja-se:

Para tanto serve, em primeiro lugar, o castigo que, provocando o sofrimento de quem cometeu o delito, cria um contra-estímulo ao cometimento de outros; por isso *punitur ne peccetur*, isto é, a fim de tentar dissuadir o condenado a pôr-se em condições de ter de ser punido novamente. Sob este aspecto, o Direito Penal opera sobre a necessidade, constituindo um *vinculum quo necessitate adstringimur alicuius... rei faciendae vel non faciendae*; a obrigação penal, da

²² FALCONI, Romeu. **Lineamento de Direito Penal**. 3ed. São Paulo: Ícone, 2002, p. 249.

qual se ocupa a ciência do Direito Penal material, é a expressão da finalidade preventiva do Direito Penal.²³

No entanto, a doutrina defende a existência de duas vertentes na teoria relativa: a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva. Destacando o que diz Paulo S. Xavier de Souza²⁴:

A teoria preventivo-geral pode ser investigada sob o aspecto negativo e positivo. Entre os defensores da teoria preventivo-geral negativa destacam-se: A. Feuerbach, A. Schopenhauer, Filangieri, Carmignani, F. M. Pagan G. Romagnosi, C. Beccaria e J. Bentham. Este último afirmava que o castigo em que o réu padece é um painel onde o homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido caso praticasse o mesmo delito. No entanto, em segundo plano, o referido autor mencionava a prevenção especial, para cumprir a exemplaridade da pena e reformar o homem, calculada de maneira a enfraquecer os motivos enganosos e reforçar os motivos tutelares.

A prevenção geral negativa, estabelecida no Código Alemão de 1913, defende a ideia de que a pena repercute em toda a sociedade, de forma abstrata, funciona como coação psicológica. Por meio da pena abstrata e da pena em concreto é gerada uma coação psicológica para coibir a realização de delitos. Todas as nossas condutas são satisfação de impulsos. A pena é um mal mais desagradável do que o prazer do impulso do delito. Perde-se todo e qualquer limite da pena nessa teoria, terá uma repercussão da pena na sociedade como um todo. Tem enfoque a liberdade de ação, não traz especificamente um limite. Trata-se de um aumento de pena em função do alto número de crimes iguais que são realizados.

Já no que diz respeito a prevenção geral positiva, defendida por Durkheim e Jakobs, é uma teoria mais social do que jurídica. Existe a credibilidade do sistema penal, a pena uma vez aplicada, reafirma valores sociais. A reprovação não precisa ser mostrada para todos de fato. A punição já é uma reafirmação de que o valor transgredido é realmente válido.

Assim, entende-se que na teoria relativa ou preventiva a punição tem um fim útil, uma vez que o delito não é a causa da pena e sim, uma ocasião para que ela

²³ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Volume 1. Campibas: Bookseller, 2004, p. 73

²⁴ SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Pena: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 76.

seja aplicada, com a ideia de além de atingir aquele que cometeu o delito, avisar os que podem vir a cometer para que não o façam, garantindo a inibição da prática de novos fatos delitivos.

3.2.3 Teoria Mista ou Conciliatória

Diante de todas as críticas que surgiram às duas teorias anteriormente explicadas, teve início um terceiro grupo de teoria da pena, denominada teoria mista ou conciliatória, se trata de uma combinação da teoria relativa e da teoria preventiva, uma vez que, aqui, a pena tem como objetivo tanto a retribuição ao condenado pelo delito causado, quanto uma prevenção de realização de novos delitos, assim, a prevenção e a retribuição se completam e não se excluem. Atualmente é a doutrina predominante.

Para Cezar Roberto Bitencourt, as teorias mistas tentam agrupar um único conceito para os fins da pena, veja-se:

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.²⁵

A medida que a teoria conciliatória começou a ser desenvolvida e utilizada pelos doutrinadores, diversos estudos e explicações passaram a ser feitas, Mirabete por exemplo, se refere à essa teoria como um misto de educação e correção. No mesmo sentido entende o autor, Paulo José da Costa Jr, que leciona a ideia de que os fins intimidativos e retributivos mesclam-se formando um fim ressocializador.

Assim sendo, é claro que a teoria mista ou conciliatória, possui dois interesses, deriva a punição da teoria absoluta, uma vez que seu intuito é devolver ao condenado o mal causado à sociedade, e a prevenção da teoria relativa, pois

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88.

ressocializa o condenado e previne tanto especificamente quanto geralmente que outros crimes sejam cometidos.

3.3 INTERPRETAÇÃO DAS LEIS PENAIS

O processo de interpretação da norma deve transpassar com clareza e objetividade o real sentido e o alcance mais preciso da norma legal, considerando todas as suas relações e conexões dentro de um contexto jurídico e político-social. O doutrinador Bitencourt, ao discorrer a respeito da interpretação das leis penais afirma que:

Interpretar é descobrir o real sentido e o verdadeiro alcance da norma jurídica. Não bastassem as frequentes ambiguidades do texto legal, imperfeição e falta de terminologia adequada ou redação obscura, o aplicador do direito sempre estará interpretando a norma para encontrar seu melhor significado. Não se pode esquecer que os textos legais são e devem ser gerais e genéricos, pois é impossível ao legislador abranger todas as hipóteses que o cotidiano social pode nos oferecer. No entanto, advertia Bettioli, “as normas, na verdade, não vivem como “mônadas” isoladas, como meras individualidades entre as quais não há nenhuma relação de parentesco, mas se reagrupam entre si com base em critérios teleológicos superiores aos escopos singulares próprios de cada uma das normas”. Incontáveis situações fatalmente surgirão, sem que haja uma previsão legal específica e que reclame sua adequação à ordem jurídica pelo aplicador da lei. E essa adequação o magistrado deverá fazer por meio da interpretação.²⁶

Segundo o entendimento do autor Miguel Reale, a interpretação é um momento de intersubjetividade, para o intérprete aquilo que se interpreta consiste em algo objetivo, porém o aplicador da norma não a reproduz, apenas a contribui para constituí-la em seus valores expressivos. Em um segundo momento então, o sujeito e o objetivo, que antes eram tratados como uma duplicidade, passa a ser uma intersubjetividade, uma vez que, o ato interpretativo passa a ser um outro ato, que constitui o domínio próprio, deixando de ser uma coisa.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 186.

Assim, entende-se que a interpretação não pode de maneira alguma se separar do ordenamento jurídico e do contexto histórico-cultural em que está, por conseguinte, não pode se desvincular do Estado Democrático de Direito.

Para atingir suas finalidades supramencionadas, a interpretação se baseia em alguns métodos interpretativos que veremos a seguir, esses não se excluem e sim, se complementam, pode a interpretação ser segundo seus resultados (declarativa, extensiva ou doutrinal), e ainda, segundo o órgão de onde procede (legislativo, judicial ou doutrinal).

3.3.1 Quanto às fontes

No que diz respeito às fontes, a interpretação pode ser autêntica, jurisprudencial e doutrinária. A interpretação autêntica também é conhecida como legislativa por ser fornecida pelo próprio Poder Legislativo, aquele que elabora o diploma legal. Essa, que será conferida pelo legislador é, a princípio, obrigatória, em especial se proveniente de outra lei.

Em sua doutrina Edilson Bonfim e Fernando Capez introduzem a fonte como interpretação da lei penal, veja-se:

Fonte é o lugar de onde o direito provém. Deriva do latim, fontanus, fons, fontis, palavra de origem religiosa significando nascente, manancial (fontes)¹. Por conseguinte, transposta a idéia a seu sentido jurídico, passou a significar o lugar de nascimento, o manancial de onde provêm as normas de direito. A expressão fons juris (fonte do direito) foi criada por Cícero, de- notando-se a importância de seu estudo pela célebre lição de Néelson Hungria: “O direito penal é um hortus conclusus: não existe fora da órbita legal. Sua única fonte — repita-se — é a lei”. Ora, se, como ensinou Massari, — “Não existe outro direito penal além do coligido na legislação do Estado, e à nossa ciência não se pode atribuir, portanto, objeto diverso. É inadmissível um direito penal filosófico, ou ideal, ou racional, ou natural: não seria mais que simples abstração”, mister a compreensão de que somente a lei (em sentido formal), após o necessário processo legislativo, é fonte formal imediata do direito penal.²⁷

²⁷ BONFIM, Edilson, CAPEZ, Fernando. **Direito Penal** - Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137.

Ao tratar do aspecto temporal da lei interpretativa, também são encontradas dificuldades hermenêuticas, no entanto, havendo inovação no diploma legal fica vedada sua retroatividade, salvo quando for mais benéfica ao réu.

A interpretação jurisprudencial, é produzida pelos tribunais por meio da reiteração de suas decisões, originando assim a jurisprudência. A jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais sobre um tema específico, sendo assim, é a declaração do direito em caráter individual e vinculada ao caso concreto, ao contrário da lei, que é genérica e abstrata. É o entendimento de Bitencourt:

A jurisprudência, no dizer de Miguel Reale, se “processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”. Interpretação jurisprudencial é a orientação firmada pelos tribunais relativamente a determinada norma, sem, contudo, conter força vinculante²⁸. É através dela que a lei encontra seu destino, isto é, encontra-se com o fato concreto e com a realidade da vida, impondo o direito e regulando o equilíbrio das relações humanas.

A interpretação judicial ou jurisprudencial não tem coercibilidade genérica, valendo, porém, de forma cogente para o caso submetido a julgamento. O direito protegido pela norma legal manifesta-se objetivamente por meio da interpretação judicial, concretizando o direito, por isso se afirma que direito é aquilo que o Poder Judiciário diz ser. Embora a repetição maior ou menor de julgamentos dos tribunais não tenha força vinculativa, sua uniformidade reiterada acaba sendo absorvida e acatada quer pela primeira instância, quer pelos demais tribunais. Quando determinadas decisões adquirem unanimidade nos tribunais superiores, tratando-se de matéria relevante, acabam sendo sumuladas (v. Súmulas do STF e do STJ).

²⁹

No entanto, há críticas em relação a considerar que a regra do direito penal deve ser necessariamente escrito, Roger Merle e André Vitù, criminalistas da França perguntam: por que exigir que a regra de direito criminal seja necessariamente escrita? Seria somente para assegurar melhor conservação, ou lhe conferir uniformidade? Essas são razões menores, respondem, *in verbis*:

Ce sont là des raisons mineures. Le caractère écrit de la règle criminelle s'impose comme la suite évidente du principe de la légalité

²⁸ Essa afirmação não ignora as inovações legislativas que emprestam força vinculante a determinadas decisões dos tribunais superiores em relação a algumas matérias (súmulas vinculantes).

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189.

*criminelle, qui est l'un des fondements du droit criminel français. Seule une règle écrite peut renseigner efficacement les citoyens sur les limites du permis et du défendu, sur les pouvoirs des juridictions répressives, sur les formes suivies devant elles et sur les garanties accordées aux personnes poursuivies. La règle écrite présente un autre avantage: elle donne une certaine stabilité au droit criminel et empêche les déformations auxquelles celui-ci pourrait être progressivement soumis. Sans doute, par le travail d'interprétation auquel elle se livre, la jurisprudence donne-t-elle peu à peu aux textes qu'elle applique un certain 'coloris', mais son oeuvre est nécessairement modeste, puisque le droit français répugne à une interprétation analogique: la fixité du droit demeure assurée parce qu'il s'incarne en des règles écrites.*³⁰

É importante salientar que existe uma importante diferença entre o que é uma fonte formal imediata e a mediata, no que tange uma espécie de fonte formal imediata, trata-se da lei como fonte fundamental do direito penal, significa dizer que a conduta individual está amparada pela lei, a lei penal é além da fonte do direito penal, é sua medida, sobre isso, afirma o doutrinador Néelson Hungria:

Não há outro direito senão o que se encerra na lei do Estado. A fórmula de Kelsen é incontestável: 'O Estado é o direito'. Não há direito errando fora das leis. Não é direito, mas simples aspiração a direito, com maior ou menor probabilidade de êxito, o que não se insere no mandamento coativo do Estado.³¹

A lei formal mediata diz respeito aos costumes e princípios gerais do direito, como lecionado por Bonfim e Capez:

Os tratados e as convenções foram tratados pela antiga doutrina, alternativamente, ora como fontes imediatas, ora como fontes mediatas. Roberto Lyra escreveu: "A nosso ver, os tratados e as convenções internacionais, como verdadeiras leis entre as partes, constituem, também, fonte imediata de Direito Penal. Em nossos dias, sobretudo, quando se estreita a interdependência econômica dos povos e se faz, com a maior franqueza, o jogo dos interesses em choque, ou das conveniências comuns, adquirem grande importância esses ajustes diplomáticos". Está correta tal posição? Não. Encontra-se superada. Como lecionado desde Magalhães Noronha, os tratados somente têm força após o referendium do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 84, VIII), ocasião em que passam à qualidade de fontes imediatas como leis.³²

³⁰ MERLE, Roger, VITÙ André. **Traité du droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle**. Editions Cujas, 2000, p. 271.

³¹ HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume 1. 7ed, Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 25

³² BONFIM, Edilson, CAPEZ, Fernando. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 140.

Assim, é entendimento consolidado que a interpretação doutrinária, representada pelas consultas de jurisprudências configura-se como fator primordial da correta aplicação da lei e do aprimoramento da ciência jurídica.

3.3.2 Quanto aos meios

A interpretação quanto aos meios pode ser, gramatical, histórica lógica e sistemática, estes, são os critérios clássicos de interpretação da norma penal, analisaremos então, os meios.

A interpretação gramatical, ou ainda literal filosófica, se fixa no significado das palavras contidas no texto legal, ou seja, o sentido da lei através da função gramatical do vocabulário utilizado, ou seja, da intenção literal do legislador, destacava o legislador Fabrício Leiria:

Por este prisma de visualização, examina-se a morfologia das palavras que o texto legal encerra, para encontrar o mais correto sentido dos termos. Pesquisa-se a evolução dos vocábulos através dos tempos, para situá-los em função de uma terminologia técnica ou vulgar. Como notas que simbolizam o pensamento, tendo em vista as variações semânticas, procura-se estabelecer a harmonia entre as palavras que se concentram no texto legal. Estuda-se o relacionamento lógico que as palavras da lei guardam entre si, para fazer valer o direito.³³

Dentro de todas as formas de interpretação, costuma-se atribuir o menor grau hierárquico à interpretação gramatical, entende-se que aquele intérprete que se atenta apenas à letra fria da lei, é um mau aplicador do texto legal, é um formalista. Entende Cezar Roberto Bitencourt:

Por isso, nesse método interpretativo, recomenda-se que nunca se olvidem duas regras básicas: a) a lei não tem palavras supérfluas; b) as expressões contidas na lei têm conotação técnica e não vulgar. No entanto, somente a própria interpretação poderá esclarecer quando determinada expressão aparece na lei em seu sentido comum ou em

³³ LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Teoria da aplicação da lei penal**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 55.

sentido técnico-jurídico. Com efeito, não raro as palavras são utilizadas não no sentido técnico que apresentam em outros ramos do direito, mas com específico significado jurídico-penal, como ocorre, por exemplo, com a definição de funcionário público (art. 327 do CP). Nessas hipóteses, é secundário o sentido que referido termo tem para este ou aquele ramo do direito; importa o significado mais adequado aos fins pretendidos pelo Direito Penal. Socorremo-nos, pelo menos ilustrativamente, mais uma vez de Larenz, que pontifica: “O arrimo ao uso linguístico é o mais evidente, porque se pode aceitar que aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que comumente são entendidas. O legislador serve-se da linguagem corrente porque e na medida em que se dirige ao cidadão e de-seja ser entendido por ele. Para além disso, serve-se em grande escala de uma linguagem técnico-jurídica especial, na qual ele se pode expressar com mais precisão, e cujo uso o dispensa de muitos esclarecimentos circunstanciais”.³⁴

A letra de lei, no direito penal exerce função de garantia – *nulum crimen sine lege* – em se tratando de direito penal, os limites interpretativos são bem mais estreitos do que aqueles permitidos no direito privado.

A interpretação histórica, tem importante valor, uma vez que é pela história que conseguimos entender as razões e os fundamentos de determinada norma jurídica, para compreender porque em determinado momento o legislador adotou certa medida, sobre essa fonte histórica, Karl Larenz alega:

Onde essas fontes não bastem, a história total do nascimento da lei deve servir para possibilitar a extração de conclusões sobre os motivos, sobre as esperanças e sobre as representações concretas em relação à norma — a ser inferida desses motivos e esperanças — dos autores da lei. ‘À história do nascimento’ de uma lei pertencem as circunstâncias econômicas e sociais que os autores da lei tinham diante de si, os afãs reformadores que o legislador quis tomar em consideração, a situação jurídica anterior, o estado da ciência do Direito do qual se originou, o pensamento e o modo de expressão da época. Aqui a história do Direito e, mais, a história econômica, social e política se convertem em ciências auxiliares da ciência do Direito.³⁵

Assim, apesar da análise dos elementos históricos não serem vinculantes oferece valiosos dados ao intérprete, o ideal é que ocorra um entrelaçamento entre a interpretação histórica e a teológica, ou seja, o contexto histórico e a justificativa do seu surgimento.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 192.

³⁵ LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig, España, 1966, p. 262.

Por fim, deve ser analisada a interpretação lógico-sistemática, explica o doutrinador Bitencourt:

No processo interpretativo como um todo, partindo do aspecto literal, o intérprete envolve-se com a lógica e procura descobrir os fundamentos político-jurídicos da norma em exame. Procura relacionar a lei que examina com outras que dela se aproximam, ampliando seu ato interpretativo. Busca encontrar o verdadeiro sentido da lei, em seu aspecto mais geral, dentro do sistema legislativo, afastando eventuais contradições. A essa altura, depara-se o intérprete com o elemento sistemático, investigando o sentido global do direito, que a lei expressa apenas parcialmente. Assim, busca-se situar a norma no conjunto geral do sistema que a engloba, para justificar sua razão de ser. Amplia-se a visão do intérprete, aprofundando-se a investigação até as origens do sistema, situando a norma como parte de um todo.³⁶

No entanto, entende-se que no direito penal contemporâneo todos os métodos de interpretação são válidos e podem ser considerados, desde que, não deixem de seguir o princípio da legalidade - não admite analogia, costumes ou princípios gerais do direito nas normas incriminadoras - que rege esse ramo do direito, uma vez que, sem lei não há crime, e nem mesmo pena.

3.3.3 Quanto aos resultados

Por fim, a interpretação quanto ao resultado pode ser declarativa, extensiva e restritiva. A interpretação declarativa, diz respeito tão somente o sentido linguístico e literal do texto, a concordância entre o resultado da interpretação gramatical e o da lógico-sistemática, corresponde a exatamente o seu significado, sua finalidade é a de declarar o direito.

No que diz respeito à interpretação restritiva, trata-se de reduzir e limitar o alcance do texto no momento da análise para que seja possível encontrar seu verdadeiro significado. Assim entendia o magistério Leiria:

Os termos da lei apresentam-se como que indicando um sentido mais amplo no seu querer, 'Lex dixit plus potius quam voluit' (a lei diz mais do que quer). Em tais casos, o intérprete, valendo-se de elementos

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 194.

lógicos, sistemáticos, teleológicos ou históricos, procura limitar a amplitude da lei, restringindo a sua aplicação.³⁷

Por fim, a interpretação extensiva, nesse caso, acontece o oposto daquela explicada acima, o texto legal diz menos do que sua vontade, ou seja, o sentido da norma fica aquém de sua expressão literal.

3.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO

Assim como estudado anteriormente ao longo da história e principalmente a partir do Iluminismo, houve uma grande repercussão a respeito da pena, uma vez que a pena chamada a intimidar não mais intimidava, o que antes tradicionalmente corrigia o criminoso não mais cumpria essa função, pelo contrário fazia com que esse viesse a reincidir, ou seja, a prisão passou a fracassar em todos os seus objetivos.

Acreditou-se a partir do século XIX que a prisão era a melhor resposta penológica, a intenção era a de reformar o delinquente, no entanto, todo o otimismo que uma vez existiu em relação a esse sistema de prisão e de idealmente “correção” daquele que comete o crime está se esvaindo cada vez mais, uma vez que esse ideal se mostra claramente como uma utopia. As críticas a respeito desse sistema têm sido tão constantes que pode ser afirmado, sem exageros, que a prisão está em crise, a maior discussão diz respeito ao objetivo ressocializador na pena privativa de liberdade e a impossibilidade de obter qualquer efeito positivo sobre o apenado.

Em meados do século XIX Boneville de Marsangy consagrou que a pena privativa de liberdade jamais deveria ser aplicada quando a pena pecuniária for suficiente à repressão. Era necessária uma nova ideologia, a partir de então os Congressos Penitenciários Internacionais passaram a adotar e difundir esse novo método de tratamento de criminosos não perigosos e primários. Mais uma vez, consagrasse o doutrinador Bitencourt:

Era indispensável a busca de outros meios para substituir a clássica pena privativa de liberdade, pelo menos, aquela de curta duração.

³⁷ LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Teoria da aplicação da lei penal**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 57.

Pois, ou o condenado é um delinquente habitual e a condenação é totalmente ineficaz, ou então é um delinquente ocasional e a condenação vai além do necessário. Pelo que, em outras palavras, pode-se afirmar que as pequenas privações de liberdade não conseguem o seu fim social para os delinquentes habituais. A execução das penas de curta duração, sendo insuficientes para reeducar os criminosos primários — que eventualmente necessitem da reação pedagógica exercida pela ação penal —, e sendo suficientes para corromper-lhes o senso moral, nega, portanto, uma das principais finalidades, que é a “readaptação social” do condenado, ou, como diz modernamente Muñoz Conde, pelo menos, evitar “sua dessocialização”. Estando comprovada a inutilidade das penas de duração breve, impõe-se, de há muito — desde que a ideia de Justiça absoluta foi substituída pela ideia de política criminal —, ou sua extinção ou a adoção de substitutivos penais.³⁸

No mais, existe a convicção de que o encarceramento a não ser para aqueles considerados como presos residuais, é uma injustiça flagrante. Nos ensinamentos de Heleno Fragoso:

A prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Validamente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não há, no momento, outra solução.³⁹

É evidente que começaram a ocorrer reformas e progressos em relação a orientação político criminal na primeira metade do século XX, no entanto, não estimularam o legislador penal brasileiro de 1940, uma vez que nosso Código Penal não previu nenhuma alternativa à pena de prisão a despeito da importância desse movimento que contagiou a democracia europeia, a justificativa para essa falha é que o nosso Código Penal de 1940, em vigor atualmente, inspirou-se no Código Penal Rocco de 1930 da Itália, carregando um caráter nitidamente fascista.

Em verdade, a humanização do direito penal brasileiro, iniciou-se somente com a Lei n. 6.416/77, que reformulou a forma de execução da resposta penal. Contudo, as alternativas à pena privativa de liberdade vieram somente com a Reforma Penal de 1984.

Contudo, o sistema penitenciário brasileiro exigia ainda mais do legislador, não se admitia mais que o sistema se limitasse as duas sanções penais clássicas, a

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 611.

³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15.

pena pecuniária e a pena privativa de liberdade, fez-se necessária a busca de outras alternativas, como por exemplo, as penas restritivas de direitos. Entende Bitencourt:

Embora a resposta estatal ao fenômeno criminal deva ocorrer nos limites e por meio do Direito Penal, que é o mais seguro, democrático e garantista instrumento de controle social formalizado, a reação ao delito não deve ser exclusivamente do Direito Penal, que somente deve ser chamado a intervir quando falharem todas as demais formas de controle social, isto é, deve ser utilizado como a ultima ratio. Para atingir esse desiderato, uma disciplina puramente normativa e sistemática como o Direito Penal necessita da complementação de outras disciplinas, como a Criminologia e a Política Criminal, que admitem a delinquência como um fenômeno social e comunitário, que pode existir nas mais diferentes camadas da população, sem qualquer conotação patológica. Lamentavelmente, essa necessidade de utilização de outras disciplinas similiares e complementares tem sido ignorada pelo legislador brasileiro, que pretende resolver todos os problemas — econômicos, políticos, éticos, sociais e morais — através do Direito Penal, utilizando-o simbolicamente

Será analisado a seguir as penas privativas de liberdade e ainda suas alternativas.

3.4.1 Penas privativas de liberdade

Para que seja iniciada a devida análise das penas privativas de liberdade, analisa-se a determinação de reclusão e detenção, entende-se desde a reforma penal alemã de 1975 que esses dois termos devem ser unificados, no entanto, a reforma penal brasileira entendeu que a pena privativa de liberdade é gênero e reclusão e detenção são espécies. É o entendimento do respeitável doutrinador:

Como consequência natural do anteriormente afirmado, a pena de reclusão pode iniciar o seu cumprimento em regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, algo que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente o cumprimento insatisfatório da pena de detenção poderá levá-la ao regime fechado, através da regressão. Essa é uma das diferenças mais marcantes entre as duas modalidades de penas de prisão, que será mais bem esclarecida quando examinarmos os regimes penais. Afora esses dois aspectos ontológicos que distinguem as referidas modalidades, há ainda a flagrante diferença nas consequências decorrentes de uma e outra,

além da maior dificuldade dos apenados com reclusão em obter os denominados “benefícios penitenciários”.⁴⁰

Não cabe para os fins deste trabalho que sejam analisados minuciosamente os tipos de regimes penais, deve, no entanto, ser ressaltado de maneira superficial, que os regimes penais são determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência, em conjunto com os chamados méritos do condenado em um sistema progressivo, agora, o regime se torna no estado de cumprimento de pena, em que o condenado se coloca no tocante à intensidade modulada de redução da liberdade.

Deve ainda ser entendido, por fim, que o regime fechado é aquele que será executado em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semiaberto será executado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, por fim, o regime aberto é aquele que será cumprido em casa do albergado ou em um estabelecimento julgado como adequado.

3.4.2 Penas restritivas de direito

Para darmos início a explicação do conceito propriamente dito de penas restritivas de direito, é importante, primeiro, salientar que a denominação “restritivas de direito” não faz jus ao seu real significado, uma vez que, apenas uma sanção desse grupo engloba, de fato, a restrição de direitos, as outras – prestação de pecuniária e perda de bens e valores – são de natureza pecuniária.

Destarte isso, as penas restritivas de direito são sanções modernas, existem inclusive doutrinadores que as tem como um marco da humanização da sanção criminal, no entanto, pode-se dizer que essas fracassaram em seus objetivos declarados. Será, mais uma vez, invocado o doutrinador Bitencourt para que possa ser analisada a evolução histórica das penas alternativas:

Assim, uma das primeiras penas alternativas surgiu na Rússia, em 1926, a “prestação de serviços à comunidade”, prevista nos arts. 20 e

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 614.

30 do Código Penal soviético. Mais tarde o diploma penal russo (1960) criou a pena de trabalhos correcionais, sem privação de liberdade, que deveriam ser cumpridos no distrito do domicílio do condenado, sob a vigilância do órgão encarregado da execução da pena, sendo que o tempo correspondente não poderia ser computado para promoções ou férias. Fora da Europa Continental, a Inglaterra introduziu a “prisão de fim de semana”, através do Criminal Justice Act, em 1948, e a Alemanha fez o mesmo com uma lei de 1953, somente para infratores menores². Em 1963 a Bélgica adotou o arresto de fim de semana, para penas detentivas inferiores a um mês³. Em 1967 o Principado de Mônaco adotou uma forma de “execução fracionada” da pena privativa de liberdade, um pouco parecida com o arresto de fim de semana, sendo que as frações consistiam em detenções semanais.

No entanto, o mais bem-sucedido exemplo de trabalho comunitário foi dado pela Inglaterra com seu Community Service Order, que vigora desde o Criminal Justice Act de 1972⁵, que teve, por sua vez, uma pequena reforma em 1982, diminuindo, inclusive, para 16 anos o limite de idade dos jovens que podem receber tal sanção penal. O êxito obtido pelos ingleses influenciou inúmeros países, que passaram a adotar o instituto, ainda que com algumas peculiaridades distintas, como por exemplo Austrália (1972), Luxemburgo (1976), Canadá (1977); e, mais recentemente, Dinamarca e Portugal, desde 1982, França, desde 1983, e Brasil, com sua reforma de 1984, sendo que, nos dois últimos, o trabalho comunitário pode ser aplicado como sanção autônoma e também como condição no sistema de sursis.⁴¹

Assim, as penas restritivas de direito têm por finalidade evitar a colocação do condenado na prisão, substituindo-a por restrições (perda de bens, limitação de fim de semana e interdição de direitos) ou obrigações (prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade).

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana.
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

As principais características das penas restritivas de direitos, são: a autonomia, uma vez que a essa não se trata de pena acessória que possa ser cumulada, a substitutividade e a precariedade, as penas podem ser reconvertidas em privadas de liberdade no juízo das execuções caso a apenado cometa alguma transgressão prevista em lei, todas essas características encontram-se elencadas no art. 44 do Código Penal, veja-se:

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 653.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente

Esse mesmo dispositivos de lei carrega os requisitos para a substituição das penas restritivas de liberdade, para as penas alternativas: que o crime seja culposos qualquer que seja a pena, ou, se doloso, que a pena estabelecida na sentença não seja superior a quatro anos; nos crimes dolosos se o réu não for reincidente, esse fato inviabiliza as penas restritivas de direito, ainda que a condenação anterior tenha sido exclusivamente de multa; e, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, ainda, os motivos e as circunstâncias do crime indiquem que essa substituição é suficiente, ou seja, devem ser favoráveis as circunstancias judiciais que serão posteriormente explicadas.

Além disso, existem regras para que a substituição possa vir a ser feita, entenda, é na sentença condenatória que o juiz deve verificar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, de acordo com requisitos – limite de pena fixada, primariedade, ausência de emprego de violência contra pessoa ou grave ameaça e circunstâncias judiciais favoráveis – caso, depois de analisados os requisitos o juiz entenda cabível a substituição, deverá atentar para as regras elencadas no §2º do art. 44 do Código Penal:

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Veja, se a pena fixada na sentença, for igual ou inferior a 1 ano, o juiz poderá substituí-la por multa ou por uma pena restritiva de direito; se, no entanto, a pena fixada for superior a 1 ano, o juiz deverá substituí-la por duas penas restritivas de direitos ou por uma pena restritiva e outra de multa.

Não cabe, mais uma vez, para os fins desse trabalho que seja entendida detalhadamente as penas restritivas de direito em espécie, no entanto será feita uma análise descuidada destas.

a) Prestação pecuniária: segundo a definição legal, a pena de prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, prevista no §1º do art. 45 do Código Penal.

No entanto, a finalidade dessa sanção, segundo a dicção do texto legal, é reparar o dano causado pela infração penal. Tanto é verdade que “o valor pago” deverá ser “deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Existe uma ordem de preferência na lei, uma vez que os valores só serão destinados aos dependentes se não puderem ser entregues à vítima, por exemplo se essa estiver falecida. Por sua vez, só poderão ser destinados a entidades públicas ou privadas na ausência da vítima e dos dependentes.

b) Perda de bens e valores: refere-se a bens ou valores pertencentes ao condenado, que o juiz declara perdidos em favor do Fundo Penitenciário Nacional, tendo como teto o que for maior o montante do prejuízo causado ou o provento obtido pelo agente ou por terceiro em consequência da prática do crime. Esses devem ser estabelecidos pelo juiz na própria sentença. Alega Bitencourt:

Sob essa disfarçada e eufemística expressão “perda de bens”, a liberal Constituição cidadã, em verdadeiro retrocesso, criou a possibilidade dessa pena. Os ilustres e democratas constituintes não tiveram a coragem de denominá-la corretamente: pena de confisco! O Código Penal brasileiro de 1940 não o consagrava e a própria Constituição de 1969 o proibia, restando somente, como efeitos da condenação, o “confisco dos instrumentos e produtos do crime”, em determinadas circunstâncias. O próprio Carrara já afirmava que o “confisco de bens é desumano, impolítico e aberrante”. Aliás, até a atual Constituição paraguaia de 1992, em seu art. 20, proíbe o confisco de bens, como sanção criminal.⁴²

c) Prestação de serviços à comunidade: a doutrina classificada como, o dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 689.

comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários.

Consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas em estabelecimentos assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou outros estabelecimentos em programas comunitários ou estatais, essa classificação está prevista nos §1º e 2º do art. 46 do Código Penal, veja-se:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

d) Interdição temporária de direitos: ao contrário das outras que são genéricas, essa é específica e aplica-se a determinados crimes. É também de grande alcance preventivo especial: ao afastar do tráfego motoristas negligentes e ao impedir que o sentenciado continue a exercer determinada atividade, estará impedindo que se oportunizem as condições que poderiam, naturalmente, levar à reincidência.

Equivale-se na proibição do exercício de determinados direitos pelo prazo correspondente ao da pena substituída.

e) Limitação de final de semana: é, basicamente, a obrigação de permanecer em casa ou outro estabelecimento adequado aos sábados e domingos por 5 horas diárias, poderão, durante a permanência ser ministrados aos condenados cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas, em se tratando de condenação por crime que tenha envolvido violência doméstica contra mulher poderá ser determinado o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação. A previsão legal encontra-se no art. 48 do Código Penal:

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas

A prisão descontínua recebe denominações diversas, limitação de fim de semana (Brasil), prisão por dias livres (Portugal), prisão por tempo livre (Alemanha)

ou arresto de fim de semana (Bélgica e Espanha), tem a intenção de evitar o afastamento do apenado de sua tarefa diária, de manter suas relações com sua família e demais relações sociais, profissionais etc. E objetiva, fundamentalmente, impedir o encarceramento com o inevitável contágio do ambiente criminógeno que essa instituição total produz e todas as consequências decorrentes, sem descuidar da prevenção especial.

A execução propriamente dita, iniciará com o primeiro comparecimento do apenado ao estabelecimento determinado, este será cientificado pelo juiz da execução penal o local, dia e hora. A respeito da limitação de fim de semana:

A verdade é que referida sanção não tem tido aplicação, diante da inviabilidade de sua execução. Essa é a maior demonstração de que a importação de institutos bem-sucedidos em determinados países não pode, simplesmente, ser transportada para resolver questões locais, sem o exame profundo das conjunturas estruturais e peculiares de cada região, de cada povo, de cada cultura, enfim, da adaptabilidade ou não de um instituto alienígena a uma nova realidade social.⁴³

Ao adotar as penas restritivas de direitos, as quais dependem em grande parte da autodisciplina e do senso de responsabilidade do sentenciado, era indispensável dotá-las de coercibilidade. E, para isso, nada melhor do que a previsão da possibilidade de convertê-las em pena privativa de liberdade, representando, como alega a doutrina, a espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do apenado. Ou seja, a finalidade da conversão, é garantir o êxito das penas alternativas preventivamente, com a ameaça da pena privativa de liberdade e, repressivamente, com a efetiva conversão no caso concreto.

No entanto, resta evidente que apenas a existência dessa possibilidade de conversão não deixa de ser uma forma de regressão, própria do sistema progressivo.

A nova disciplina sobre as alternativas à pena privativa de liberdade, trazida pela Lei n. 9.714/98, provavelmente apresenta aqui uma das mais significativas e positivas de suas inovações, corrigindo uma das mais flagrantes injustiças que a disciplina da Reforma Penal de 1984, neste particular, apresentava, pois, atendendo aos operadores do direito penal, a nova legislação adotou, acertadamente, o

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 695.

chamado princípio da detração penal, autorizando a dedução do tempo cumprido de pena restritiva de direitos.

3.5 DOSIMETRIA DA PENA

A dosimetria da pena diz respeito ao momento em que o Estado, que é o detentor do direito de punir – através do Poder Judiciário - comina ao indivíduo que comete um crime a sanção que reflete a reprovação estatal. Para tal, foi estabelecido um sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, que consiste na fixação da pena base, a análise das circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, análise das causas de diminuição e aumento, veja-se:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

A primeira fase, fixação da pena base, se dá pela análise e valoração subjetiva de oitos circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, que serão detalhadamente estudadas adiante, no então são elas: culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime, consequências e comportamento da vítima. Neste primeiro momento da análise, quanto maior número de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, mais a pena se afasta do mínimo. Assim, será estabelecida uma pena base para que nela, possa se atenuar, agravar, aumentar ou diminuir.

Agora, na segunda fase da dosimetria da pena, serão analisadas as circunstâncias consideradas atenuantes que estão elencadas no art. 65 do Código Penal e as agravantes que são circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualifiquem o crime. As circunstâncias agravantes são de aplicação obrigatória e restritiva, ou seja, não admite aplicação por analogia, e estão previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal.

A terceira e última fase da dosimetria consiste nas causas especiais de diminuição ou aumento de pena, aplicadas sobre o resultado a que se chegou na segunda fase, estas ora vêm elencadas na parte especial, ora na parte geral.

4 A APLICAÇÃO DA PENA

4.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

São também conhecidas como circunstâncias inominadas, uma vez que não são elencadas exaustivamente pela lei, que apenas fornece parâmetros para sua identificação. Ficam a cargo da análise discricionária do juiz, diante de determinado agente e das características do caso concreto. Justamente pelo fato de a lei penal reservar ao juiz um considerável arbítrio na valorização das circunstâncias é que se faz necessário fundamentar a fixação da pena-base. Prevê o art. 59 do Código Penal:

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.

4.1.1 Culpabilidade

Já foi estudado e relatado anteriormente que todo crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável, portanto a culpabilidade é elemento do conceito constitutivo de crime. Trata-se de um pressuposto para a aplicação da pena. Para saber se alguém vai ser condenado, será feito um juízo de constatação durante o processo, se não houver culpabilidade, não terá crime. Durante a dosimetria, depois do processo, é analisada a gradação da culpabilidade - quão reprovável é a conduta do agente.

Sendo assim, todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiverem um grau maior de culpabilidade receberão, por ser justo, uma pena mais severa. Dessa mesma maneira, o dolo e a culpa integram o fato típico, sendo elementos inseparáveis da conduta. Por fim, entende-se que todos os que agem com culpa ou

com dolo cometem crimes – culposos ou dolosos – mas, dependendo da intensidade dessa culpa ou desse dolo a pena será mais ou menos intensa.

4.1.2 Antecedentes

Nessa segunda circunstância serão analisados todos os fatos judiciais já vividos pelo autor do crime, é importante ressaltar que aqui deve ser feita uma separação entre maus antecedentes e reincidência, uma vez que, serão levados em consideração apenas e tão somente os processos que tenham sido transitados em julgado. A Súmula n. 444 do Supremo Tribunal de Justiça dispõe sobre o princípio da Presunção de Inocência que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

4.1.3 Conduta social

Enquanto os antecedentes se restringem aos envolvimento criminais do agente, a conduta social tem um alcance mais amplo e social referindo-se a suas atividades relativas ao trabalho, seu relacionamento familiar e social e qualquer outra forma de comportamento dentro da sociedade, no entanto, é importante salientar que aqui o fato não está sendo julgado e sim o autor.

4.1.4 Personalidade do agente

Nesse momento, o julgamento é voltado à índole do autor, seu perfil psicológico e moral e não ao fato ocorrido. O conceito exige uma investigação dos antecedentes psíquicos e morais do agente, traumas de infância e juventude e ainda, influências do meio que, na teoria, podem fazer com que uma pessoa seja mais ou menos perigosa, no entanto, é importante salientar que não há um conceito seguro de personalidade, ou seja, não há, na psicologia um conceito de personalidade, portanto não teria como um juiz verificar a personalidade do agente.

4.1.5 Motivos

São os precedentes psicológicos propulsores da conduta, quanto maior ou menor for a aceitação ética para a motivação, maior ou menor será a pena calculada, por exemplo, se o crime é praticado por piedade a reprovação é menor. Caso o motivo configure qualificadora, agravante ou atenuante genérica, ou ainda, causa de aumento ou de diminuição, não poderá ser considerado como uma circunstância judicial, para que possa ser evitado o *bis in idem* (repetição de uma sanção sobre um mesmo fato).

4.1.6 Circunstâncias

Nessa etapa, tudo aquilo que já pertence ao tipo penal e que já foi considerado pelo legislado para a fixação da pena abstrata do tipo penal, não poderá ser considerado como um agravante ou atenuante pelo juiz na pena provisória. As circunstâncias, possuem um caráter genérico, podendo ser aquelas de caráter objetivo e subjetivo que não estão previstas em dispositivo de lei. As circunstâncias podem dizer respeito, por exemplo, a quanto tempo durou o delito demonstrando maior ou menor determinação do criminoso, o local do crime, que pode demonstrar a periculosidade do agente ou ainda, a própria atitude do agente, demonstrando insensibilidade ou frieza.

3.1.7 Consequências

Tendo em vista a análise da consequência, leva-se em conta aquelas que não são inerentes ao delito, ou seja, quando o resultado anormal não depende do conhecimento do agente, quando por exemplo as consequências fogem do comum, ou seja, ao calcular a pena de homicídio, sua pena base não pode ser aumentada porque a pessoa morreu.

4.1.8 Comportamento da vítima

Na análise do comportamento da vítima, será positivo para o réu quando a vítima “contribuiu” com o delito; neutro para quando a vítima foi neutra e ruim para o réu quando a vítima tenta prevenir o delito. Na sua doutrina, Fernando Capez define:

Embora inexista compensação de culpas em direito penal, se a vítima contribuiu para a ocorrência do crime, tal circunstância é levada em consideração, abrandando-se a apenação do agente. Há, inclusive, estudos de vitimologia a demonstrar que as vítimas muitas vezes contribuem para a eclosão do ato criminoso. Exemplo: a jovem de menor pudor pode induzir o agente de estupro ou atentado violento ao pudor por suas palavras, roupas e atitudes imprudentes; as prostitutas, marginais, também são vítimas em potencial. Tais comportamentos, embora não justifiquem a prática da conduta criminosa, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do delito. O comportamento da vítima também é tido pela lei como circunstância atenuante genérica ou causa de privilégio ao se fazer referência a “injunta provocação da vítima” nos arts. 65, III, c, última parte, 121, § 1o, 2a parte, e 129, § 4o, última parte, todos do Código Penal.⁴⁴

4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em 1999, o jurista alemão Gunther Jakobs, introduziu ao direito penal o conceito de direito penal do inimigo, segundo ele, faz parte do Direito Penal o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, trata-se de ideais que se misturam, no entanto, o primeiro é uma regra.

Para ele, existem certas pessoas que não detém todas as proteções penais e processuais penais do Estado, uma vez que são inimigas deste. A sua proposta é que todas as pessoas que desobedecem a lei, renunciam do Contrato Social firmado por todos os cidadãos e, assim, são inimigos daqueles que a ele são fiéis, sendo assim, não precisam de direitos como cidadão e como ser humano, então, pode ser permitido que essa pessoa seja perseguida por todos os meios disponíveis.

Um terrorista, por exemplo, que queira ignorar as leis, ou ainda um mafioso que respeita as regras da máfia que faz parte e não da sociedade em que ela está inserida, devem ser considerados como “não pessoas” e não devem ser tratados como cidadãos, mas sim, como inimigos. Veja-se:

⁴⁴ BONFIM, Edilson , CAPEZ, Fernando. **Direito Penal** - Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

Assim, a personalidade real, que rege a orientação, não é gerada pelo simples fato de ser postulada, mas sim, ao contrário, devem concorrer também determinadas condições. Por isso, a proposição “no Direito, todo ser humano tem o direito a ser tratado como pessoa” é incompleta. [...] Em consequência, a formulação correta da proposição é a seguinte: “todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como pessoa”, e quem não aplicar esta proposição, será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como pessoa.⁴⁵

O conceito dessa teoria está assentado na antecipação da punição – a referência não é o ato cometido, mas um ato futuro -, na desproporcionalidade das penas e leis que são direcionadas a esses inimigos e ainda, a descrição vaga dos crimes e das penas. Segundo o autor, o inimigo é aquele que não se submete ou não admite sua parte do Estado, e assim, não deve usufruir do status de cidadão, nem mesmo de pessoa, estabelecendo assim, uma diferença entre um cidadão e um inimigo. No entanto, para Jakobs trata-se de uma despersonalização parcial, veja-se:

No Estado de Direito é evidente que o inimigo é isso em todos os aspectos; em alguns ordenamentos, mantém seu *status* de pessoa. Um exemplo: quando alguém comete um delito de forma reiterada, estupro com graves consequências para a mulher, o magistrado se pergunta, considerando a periculosidade do sujeito, qual é a possibilidade de ele voltar a delinquir. Consequentemente, no Direito penal alemão, aplica-se a 'custódia preventiva', que supõe privação de liberdade do sujeito. Porém, isso não significa que todos os seus direitos, como a manutenção da sua saúde e de ter contato com seus familiares, devam ser restringidos. A despersonalização do sujeito é parcial, mas também significa que parcialmente há uma despersonalização.⁴⁶

São várias as divergências e polêmicas que se fundam entre grandes doutrinadores em relação a teoria de Jakobs, uma vez que enquanto para uns o direito penal do inimigo é um caminho para combater certos criminosos daninhos da sociedade, para outros, essa teoria é uma abolição do próprio Estado de Direito.

Para a análise do conceito, é importante primeiramente contextualizar o inimigo no tempo e salientar que sempre foi proporcionado um tratamento penal

⁴⁵ JAKOBS, Günther, MELIÁ Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 6ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 58.

⁴⁶ JAKOBS, Gunther. **El enemigo tiene menos derechos**. La Nación. Disponível em < <https://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>> Acesso em: 20/03/2018

diferente a determinados seres humanos, considerados daninhos. Em uma breve análise histórica nota-se que os romanos entendiam o inimigo como o estrangeiro explorado, entende-se que esses foram selecionados como tal, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os declara como tais. Após os romanos, o inimigo passou a ser demonizado, a inquisição começou a prevalecer e a altíssima seletividade elegia como inimigos aqueles estranhos às leis divinas.

Durante a revolução industrial, houve uma substituição dessa figura, o inimigo passou a ser a ignorância, a solução, era encarcerá-los em prisões, lá seria possível ensiná-los e reinseri-los nas indústrias. Em meados do século XX, surgiu um autoritarismo em que o principal meio de controle desses entes, conhecidos como perigosos, era a tortura e a morte.

Na atualidade, no século XXI, com a falta de inimigos, esse autoritarismo passou a ser o que Zaffaroni chamou de *cool*, um discurso sem convicção profunda, repetitivo, baseado em meras propagandas infundadas e sem qualquer coerência, em que o Estado deve aderir para não ser estigmatizado como antiquado e não perder espaço publicitário.

Depois do atentado do dia 11 de setembro de 2001, foi encontrado o novo inimigo: o terrorista. Após esse acontecimento os Estados passaram a adotar uma postura preventiva em relação a possíveis acontecimentos, atitude preocupante, uma vez que bodes expiatórios foram criados e substituídos intermitentemente.

É possível entender que foi na modernidade que o conceito de inimigo passou a ser etnocêntrico e racista, não se limitando mais aos criminosos graves, e sim a todos aqueles considerados “indesejáveis” (ladrões, homossexuais, prostitutas, traficantes entre outros). Como não era mais aceitável matar e torturar o direito penal tratou-se de privatizar a liberdade destes.

No que diz respeito ao autoritarismo *cool* do poder punitivo da América Latina, é importante salientar que prevalece os processados não condenados, a respeito alega Zaffaroni:

Do ponto de vista formal, isso constitui uma *inversão do sistema penal*, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por *medida de contenção provisória* transformada definitivamente em prática. Falando mais claramente: quase todo o poder punitivo latino-

americano é exercido sob a forma de *medidas*, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade.⁴⁷

Assim, é notável que os indesejáveis, apesar de não serem condenados a morte ou a tortura, são eliminados da sociedade por meio dessas medidas administrativas. No mais, é inquestionável que o poder punitivo latino americano é exercido mediante medidas de contenção para perigosos suspeitos, trata-se então, de se um direito penal de periculosidade presumida, onde só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação.

4.2.1 Direito penal do inimigo e a personalidade

A partir do momento que o direito processual penal latino americano assume essa característica, é possível perceber que o poder punitivo está direcionado para um direito penal do autor.

No direito penal do autor, proposto pelos nazistas, a pena é aplicada em razão do “ser” daquele que pratica o ato criminoso e não o próprio ato praticado. O fato, por sua vez, não é desprezado, mas tem apenas significação sintomática, trata-se apenas de um ponto de partida da aplicação penal, para que o autor possa ser criminalizado pelas suas características. Em sua doutrina, Zaffaroni e Pierangeli explicam:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma *forma de ser* do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o *ser ladrão*.⁴⁸

⁴⁷ ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo do direito penal**. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 70.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Veja, o tratamento penal diferenciado é um afastamento dos cidadãos do Estado de Direito rumo a um Estado Absoluto. O autoritarismo *cool* da América Latina, traz para a legislação o maior caos legal autoritário, a respeito, Zaffaroni:

Este período ficará conhecido como o mais degradado da história penal; sua decadência sequer pode ser comparada às legislações autoritárias do entreguerras, que sancionavam leis frontalistas para a propaganda e complacência de seus autocratas, nem com os momentos de legislação repressiva das frequentes ditaduras do nosso passado, porque os legisladores atuais o fazem apenas por temor à publicidade contrária ou por oportunismo, ou seja, sua conduta não está orientada por um autoritarismo ideológico, como o fascista, o nazista ou o stalinista, nem tampouco pelo autoritarismo conjuntural das ditaduras militares, ela é simplesmente *cool*, o que a torna mais decadente, considerando-se a perspectiva institucional. O presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma ideia, e sim justamente pelo extremo oposto: é o vazio do pensamento.⁴⁹

Segundo Jakobs, a pessoa existe em razão da sua relação social, sendo assim, pessoa é aquele que tem responsabilidade. No entanto, o conceito de pessoa é uma construção social, e não algo natural, por isso para o autor, nem todos os seres humanos são pessoas de direito, diz respeito ao preenchimento de uma expectativa normativa prestada pelo indivíduo.

Não obstante, em um Estado Democrático e de Direito, não se pode fazer tal distinção entre pessoa e não pessoa, uma vez que essa qualidade é inerente a todo e qualquer ser humano. Esse tratamento diferenciado afeta todos os cidadãos tendo em vista que não é possível identificar claramente quem é o destinatário de tal, a investigação destinada à essa identificação limita garantias e liberdades.

Não há novidades na teoria de Jakobs, é apenas mera herança de modo de pensar tendo como base o totalitarismo. Quando essa teoria é importada, não pode simplesmente ser aplicada a acontecimentos concretos, no Brasil, passou a ser utilizada e já que não terroristas, foi implantada aos traficantes, porém, os traficantes não têm pacto com ninguém, estão dentro de um contexto político, sócio econômico e eles não negam sua condição como cidadão, querem viver, sobreviver.

No direito penal do autor, comentado anteriormente, o fato corresponde a um sintoma da personalidade, nessa teoria, o que é arriscado e reprovável é tão somente a personalidade do agente e não o que foi cometido, pode se basear tanto

⁴⁹ ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo do direito penal**. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 79.

na culpabilidade quanto na periculosidade. No que diz respeito à periculosidade o delinquente possui uma personalidade perigosa, que deve ser reparada. Na culpabilidade por sua vez, diz respeito à determinação do ser humano.

É possível notar que a partir do momento que a censura é feita baseada na repetição de uma conduta e na consideração de que isso forma a personalidade de uma pessoa, nota-se que o julgamento se faz no autor e não no fato, atitude incoerente em uma sociedade democrática.

Se nesse momento, for considerada a personalidade comentada acima nesse trabalho, é possível afirmar que é impossível considerá-la como uma circunstância judicial lícita no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, julga tão somente o autor e não o fato.

A personalidade de uma pessoa não permanece a mesma, está em constante mutação isso porque atos cometidos hoje podem ser influenciados por motivos diferentes daqueles de ontem. E ainda, afirmar que a personalidade do réu deve estar de acordo com a condição social em que ele vive torna a análise ainda mais seletiva.

Não obstante isso, o magistrado não tem capacidade para tal avaliação, uma vez que não é um psicólogo, ou antropólogo. A partir do momento que é permitido que uma avaliação tão profunda e técnica seja feita por meras análises carregadas de opiniões e de preconceitos já formados, legitima-se a criminalização do inimigo da sociedade brasileira: o pobre.

A criminalização da pobreza diz respeito ao tratamento diferenciado do Estado diante o pobre e negro, basta, por exemplo, levarmos em consideração que um homem branco de classe média alta não pode ser submetido às condições desumanas de uma cadeia, que por sua vez, concentra predominantemente negros e pobres.

É muito claro e evidente notar como o preconceito ainda existe no dia-a-dia do brasileiro, em 2013 e 2014 jovens de renda mais baixa recorreram às redes sociais e organizaram encontros em *shoppings centers* frequentados predominantemente por ricos, ficando conhecidos como “rolezinhos”. Apesar de não terem natureza violenta e tratar-se tão somente de uma manifestação de um direito de um cidadão comum, os jovens se depararam com portas de locais públicos fechadas e ainda, com uma multa de R\$10.000,00 determinada pela juíza Isabella

Peçanha Chagas para cada participante do movimento que tentaram passear no Shopping Leblon em São Paulo.⁵⁰

No entanto, esse ocorrido foi uma ilustração muito pequena quando colocada em cheque a guerra do Estado contra os negros e pobres, foi relatado pela *Human Right Watch* que a polícia do Estado do Rio de Janeiro cometeu um quinto de todos os homicídios da capital, sendo que três quartos dos mortos por eles, são negros.⁵¹ Ainda, é notório e incontável o número de notícias a respeito de moradores de rua que são executados ou queimados vivos enquanto dormem.

Em um contexto mais recente, é possível analisar o que aconteceu com Rafael Braga, homem negro morador de rua que foi preso durante protestos que aconteciam no Brasil em 2013, ele carregava consigo uma garrafa de desinfetante líquido e outra de Pinho Sol, a acusação: porte de material explosivo ou incendiário sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Rafael Braga foi condenado por 5 anos e 10 meses de reclusão.

Depois de sofrer por 2 anos em disputa judicial e moral, ganhou a progressão ao regime aberto e saiu da prisão, passando a ser monitorado por uma torozeleira, menos de 1 mês depois, Rafael saiu para ir à padaria e no caminho foi abordado por policiais da UPP, os policiais afirmavam que ele tinha envolvimento com o tráfico e exigiam informações e confissão de que ele era bandido, após negar, ele foi espancado à caminho da delegacia e ainda, ameaçado de estupro. Os PMs imputaram 0,6g de maconha, 9,3g de cocaína e um rojão ao Rafael. Desde então, ele responde por tráfico de drogas e colaboração com o tráfico.

Durante a Audiência de Instrução, de abril a junho de 2016, durante os depoimentos os PMs entraram em contradição entre si e inclusive com o depoimento prestado na delegacia no momento da prisão, a defesa de Rafael assumida pelo Instituto dos Defensores de Direitos Humanos - DDH – pediu o GPS da torozeleira, nome do engenheiro e da empresa de engenharia aos quais, segundo os PMs, eles

⁵⁰O GLOBO. **TJ determina multa de R\$10 mil a organizadores de rolezinho caso promovam novos encontros.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/tj-determina-multa-de-r-10-mil-a-organizadores-de-rolezinho-caso-promovam-novos-encontros.ghtml>> Acesso em: 20 maio.2018

⁵¹REVISTA FÓRUM. **Human Rights Watch denuncia violência policial segue sem freios no Brasil.** Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/human-rights-watch-denuncia-violencia-policial-segue-sem-freios-no-brasil/>> Acesso em: 20 maio.2018

estavam fazendo escolta na favela no dia, imagens da câmera externa da viatura e imagens da câmera da UPP. O juiz negou.⁵²

Em contrapartida, quase que simultaneamente o ator, comediante e poeta Gregório Duvivier, branco e rico, inúmeras vezes abertamente declarou por meio de entrevistas que tem uma plantação de maconha em casa e a polícia nunca bateu na sua porta e recentemente postou uma *selfie* em redes sociais envolto por pés de maconha se vangloriando de não financiar o tráfico por ter a planta em casa. Tais atitudes do ator além de afrontosas são um deboche em face da seletividade do poder punitivo do Estado e tão somente servem para ilustrar como existe de fato um inimigo no ordenamento jurídico.⁵³

Não obstante os fatos ocorridos, a legislação autoriza esse tratamento, uma vez que, a partir do momento que se considera uma circunstância judicial para cálculo de pena, a personalidade de uma pessoa tendo como base o local e as condições em que essa cresceu, para determinar se ela é de boa ou má índole, se prevê em lei o preconceito e a criminalização da pobreza e isso em um Estado de Direito não deve ser admitido, uma vez que, não deve ser aceita a existência de inimigos em um Estado onde todos deveriam ser iguais perante a lei.

4.3 PERSPECTIVA CRÍTICA

Uma vez compreendido a teoria do direito penal do inimigo e tendo contextualizado no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser analisado porque essa proposta não pode ser admitida atualmente.

Primeiramente, como apontado por Zaffaroni, o alemão Jakobs legitima sua proposta de estado do inimigo com garantia em Hobbes e Kant, no entanto, deve ser reconhecido que Hobbes defendia o direito absoluto, no entanto, o Estado Absoluto de Hobbes não era totalmente absoluto, salvava a liberdade de consciência e se o Estado não respeita a liberdade de consciência ressurgem o direito do cidadão de resistência perante o Estado, ou seja, a negação da própria teoria de Hobbes.

⁵² LIBERTEM RAFAEL BRAGA. **Campanha pela liberdade de Rafael Braga**. Disponível em <<https://libertemrafaelbraga.wordpress.com/about/>> Acesso em: 20 maio. 2018.

⁵³ HUFFPOST. **Selfie de Duvivier com maconha abre debate sobre descriminalização**. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/03/06/gregorio-duvivier-posta-selfie-com-maconha-no-instagram-e-abre-debate-sobre-descriminalizacao_a_23378212/> Acesso em: 20 maio.2018

Em contrapartida, não se pode misturar a guerra e a paz, em um Estado de Direito, existem infratores, na guerra inimigos, se é feita uma mistura e permitida uma terceira categoria, inventa-se a guerra suja, uma guerra que não é guerra com um infrator que é inimigo e uma paz que não é paz. Por isso, o conceito de inimigo só é aceitável no Estado de Direito em direito de guerra e não no direito normal.

Segundo Zaffaroni, o erro de Jakobs é afirmar ser possível aceitar o conceito de inimigo do direito no direito penal, assim, fazendo um direito penal que fica no canto do direito, uma construção estática e que não percebe a dinâmica da sociedade e do poder, de acordo com ele, uma ingenuidade.

O direito penal do inimigo, a negação do estado de direito, sempre vai dizer: “Vou ficar em um cantinho, permita-me a entrada” e fica no cantinho da casa e depois ocupa toda a casa, se eu aceitar o direito penal do inimigo pro terrorista, amanhã poderá ser usado contra qualquer coisa, trata-se de burocracia policial, vai usar como instrumento para outro fim. O que temos que perceber na proposta de Jakobs é que ela tira o cobertor com o qual ficamos agasalhados, nós fazemos o direito do inimigo dia a dia. O escândalo não é a proposta é que temos que lutar diariamente com o direito penal do inimigo praticado e teorizado por nós⁵⁴.

Compreende-se assim facilmente que o tratamento diferenciado destinado ao inimigo ofende todos os princípios e proteções que legitimam um Estado de Direito ideal, exemplificados ao longo desse trabalho, permitindo então, o progresso do poder punitivo, culminando o Estado Absoluto.

Aqueles que são considerados inimigos, no Brasil, os negros e pobres, se forem autores de alguma infração penal, devem ser submetidos ao julgamento de maneira que seus direitos e garantias sejam assegurados, assim como todos os cidadãos “comuns”.

Além do mais, a partir do momento que é feita a diferenciação entre cidadão e inimigo pode ser presumida uma guerra permanente e irregular, gerando a clara conclusão de que o Estado de Direito está em cheque.

A busca constante e o apelo da sociedade para que “a justiça seja feita” faz com que o parlamento queira resolver a violência aumentando a criminalização de condutas e relativizando os direitos de cada indivíduo. A respeito afirma Haber:

⁵⁴ Ideia retirada do vídeo: **Prof Zaffaroni Direito do Inimigo**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=poabRCWwsNg>> Acesso em: 20 maio.2018

As consequências já são conhecidas: apela-se ao direito penal como forma de resolução do problema da criminalidade, em detrimento do seu enfrentamento por meio de políticas públicas que estabeleçam em amplo diagnóstico o problema. Mais uma vez, verifica-se a existência de uma legislação que solapa as garantias fundamentais e provoca relativização das regras de imputação e dos princípios processuais.⁵⁵

Essas atitudes tiveram como marco a criação da Lei de Crimes Hediondos que foi feita após o assassinato da atriz Daniela Perez, filha da Glória Perez, enquanto a população buscava por punição imediata do crime, fez-se uma lei com falsa segurança normativa.

4.3.1 Lei de Crimes Hediondos

A Lei n. 8.072/90 trata de uma previsão normativa voltada aos crimes hediondos, foi criada na década de 80 e 90 em um contexto social com grande aumento de criminalidade e, especificamente os crimes graves e violentos que apresentavam grande ameaça ao cidadão, como o homicídio, extorsão e o latrocínio, para sua feitura houve o respaldo da Constituição Federal de 1988, que prevê a existência de crimes hediondos em seu art. 5º, parágrafo XLIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Como visto anteriormente, para Jakobs para que uma sociedade se mantenha em equilíbrio a norma deve estar em equilíbrio, para ele, cabe ao direito penal garantir a vigência das normas, no entanto, no direito penal brasileiro, como

⁵⁵ HABER, Carolina Dzimidas. **Reflexos do direito penal do inimigo na realidade brasileira**. 2010. Disponível em: <<http://www.direito.usp.br/eventos/pet/carolina.pdf>> Acesso em 31 maio. 2018.

também estudado anteriormente, o direito penal tem como objetivo a proteção de bens jurídicos indisponíveis a pessoa. Assim, é possível afirmar que as medidas excepcionais tais são marcas de um direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Essas medidas excepcionais podem ser tanto o cálculo agravado de penas com base na personalidade, condição social do autor, destacadas anteriormente, como a criação de leis penais como a lei de crimes hediondos. A partir do momento que é legitimado pelo ordenamento a criação de uma lei que iguala os crimes hediondos a crimes como a tortura e o terrorismo, ocorre uma ofensa à democracia.

Quando inicialmente criada a redação da lei previa que a pena seria cominada em regime fechado integralmente. No entanto, essa medida ia contra a progressão de regimes e negava a ressocialização do preso. Essa redação foi editada e atualmente é previsto que o regime seja fechado inicialmente.

Além disso, no inc. II do art. 2º da Lei n. 8072/90, o legislador veda que o delinquente tenha direito a fiança e a liberdade provisória, fazendo com que aquele que cometeu o delito não possa permanecer em liberdade enquanto ocorre o processo, ao ser vedado esse direito o que está em cheque é o princípio da presunção de inocência. Veja-se:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

II - fiança.

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

É notório que a Lei foi feita para que a liberdade seja a exceção, além do mais, todas as medidas até então apresentadas podem ser comparadas com o direito penal do inimigo, uma vez que os agentes dos crimes previstos nesse texto de lei não são tratados como cidadãos comuns e sim como uma ameaça maior a sociedade, caso contrário, as penas que caberiam a estes seriam aquelas já positivas no Código Penal de 1945.

4.3.2 Lei Anti-drogas

A mais recente Lei feita como resposta à pressão da sociedade, é a Lei n. 11.343/2006 conhecida como lei anti-drogas, é importante ressaltar que no art. 33 é descrito um rol taxativo de crimes com 18 verbos, é notório que esses caracterizam exclusivamente o sujeito delito e não o tipo penal, veja:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Assim, a lei descreve condutas completamente distintas, que ofendem diferentes bens jurídicos ou ainda verbos que não deveriam sequer ter relevância jurídica. O delinquente aqui pode ser tanto o grande traficante como aquele que adquiriu pequena quantia para consumo. Importante ressaltar que segundo o art. 28 da mesma lei, aquele que é usuário de droga, não pode ser preso apenas poderá: ser advertido, prestar serviços à comunidade e participar de programas ou cursos educativos como medida educativa.

A Dra. Luciana Boiteux, juntamente com uma equipe altamente capacitada, no período entre março de 2.007 e julho de 2.009, desenvolveu um projeto de pesquisa intitulado "Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas" obtendo dados sobre prisões e sentenças, das duas localidades estudadas, donde extrai-se de forma inarredável a prevalência de uma política de aplicação de direito penal do autor para os agentes presos pelo crime de tráfico, revelando ainda dados alarmantes sobre as estatísticas e condições pessoais dos presos, que demonstra o elitismo adotado pela Justiça, principalmente em primeira instância, e que trará suporte prático para o presente artigo, demonstrando na prática, o que afirma-se na teoria: O direito penal do inimigo tem crescido assustadoramente no Brasil e sua prática tem incidido, inclusive, sobre o entendimento de magistrados, principalmente de primeira instância, criando instabilidade jurídica irremediável.⁵⁶

⁵⁶ ÂMBITO JURÍDICO. **Direito Penal do Inimigo: sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em 31 mar 2018.

Como destacado anteriormente ao elencar 18 verbos diferentes entre si para classificar um agente como legítimo de um crime o que acontece é a punição do autor independentemente do fato cometido, mais uma vez, o que se pune é o autor e não o crime em si. No entanto, tal medida não é uma prática tão somente do legislador ou do judiciário, a eleição desse inimigo social é feita pelo conjunto desses entes com o resto da sociedade que se sente lesada de qualquer maneira por aqueles elencados.

É ingenuidade aquele cidadão comum, que não foi elencado como inimigo, pensar que essas leis podem de alguma maneira resolver os crimes e garantir a segurança pública, uma vez que mesmo retirando esses agentes transgressores da sociedade a criminalidade continua aumentando, inclusive os traficantes de drogas.⁵⁷

Isso se dá porque a conduta do crime é ampla e não adequada da correta maneira, não há uma gradação hierárquica, assim, são condenados apenas os comerciantes menores e não aquele que está no topo do negócio.

Se já não restasse clara e evidente a seletividade do judiciário do inimigo no direito penal foi feita uma pesquisa elaborada na Justiça do distrito federal que ilustra tudo aquilo discutido ao longo desse trabalho, veja-se:

Conforme dados da pesquisa realizada, na Justiça do distrito federal, em um universo de 1.001 sentenças condenatórias analisadas, 39,7% não indicam a motivação para a denegação da redução da pena (BOITEUX, 2009, 17), fortalecendo a afirmação de que a Justiça vem punindo o autor pelo que é, em detrimento do que fez. Corroborando com o afirmado, consta inclusive de uma das sentenças analisadas, a seguinte exposição de motivos sobre a rejeição à redução da pena para o sentenciado: “quem vende drogas em favelas e/ou comunidades dominadas por facções criminosas não pode fazer jus a tal benefício” (BOITEUX, 2009, 19). Com a devida vênia, tal exposição de motivos é o mais claro exemplo de direito penal do inimigo, rotulando-se um indivíduo e cerceando-lhe direitos fundamentais simplesmente pelo que ele é (morador de favela). Desta forma, resumidamente, o perfil dos condenados por tráfico de drogas no foro central estadual da cidade do Rio de Janeiro é de primários (66,4%), presos em flagrante (91,9%) e sozinhos (60,8%), sendo que 65,4% respondem somente por tráfico (art. 33, sem associação ou quadrilha), e 15,8% em concurso com associação. Destes, 14,1% foram condenados em concurso com posse de arma, sendo 83,9% do sexo masculino, e 71,1% dos casos presos com cocaína. Destes, 36,9% receberam penas acima de 5 anos de prisão.

⁵⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA GOVERNO FEDERAL. **MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>> Acesso em 31 mar 2018.

(BOITEUX, 2009, 21). A própria coordenadora da pesquisa, em suas conclusões afirma: “Nesse sentido, a seletividade do sistema penal foi confirmada” (BOITEUX, 2009, 21), demonstrando de forma objetiva, através de dados concretos, a atuação da Justiça seguindo a tendência do legislador, buscando imediatismo e falsa sensação de paz social, em um característico sistema de direito penal do inimigo.⁵⁸

Por isso, é comum que o traficante de 3 cigarros de maconha seja preso e punido na mesma intensidade daquele que o distribui essa quantia, isso quando o chefe é preso, uma vez que normalmente aquele que tem o poder de ter consigo 3 toneladas da mesma droga está inserido em um contexto social muito mais privilegiado do que o pobre, negro que revende suas drogas, logo é praticamente inalcançável pela lei.

Foi detectada a ausência de justificativa por parte do magistrado para denegar a redução de pena em 36,2% dos casos no Rio de Janeiro e em 39,7% dos processos da capital federal. Porém, o que mais chama a atenção é a quantidade de processos nos quais o juiz presume que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organizações criminosas, com base em meras suspeitas, ou seja, presume a sua culpabilidade para o fim de negar a redução de penas. No Rio de Janeiro tal situação ocorreu em quase 40% dos casos, enquanto que no Distrito Federal se deu apenas em 6,3% dos processos, ou seja, houve uma diferença significativa entre as cidades. Diante desses dados, tudo indica que um número significativo de pessoas não tiveram sua pena reduzida, pelo fato de alguns juízes terem rejeitado a aplicação da forma privilegiada do parágrafo 4º do artigo 33, o que se considera incompatível com a Constituição, pois o juiz está presumindo a culpabilidade dos réus com base em meras conjecturas.⁵⁹

Assim, o direito penal do inimigo proposto por Jakobs é amplamente utilizado e aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, onde o autor de um crime é julgado principalmente por quem ele é e em qual ambiente ele cresceu do que de fato pelo crime cometido. Medida essa totalmente contrária à proposta de um Estado Democrático.

⁵⁸ ÂMBITO JURÍDICO. **Direito Penal do Inimigo: sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em 31 mar. 2018.

⁵⁹ BOITEUX, Luciana. **Tráfico e constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas.** Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-11-30.4551538167/at_download/anexo> Acesso em 31 mar. 2018.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como o ordenamento jurídico brasileiro selecionou um determinado grupo de cidadãos como entes daninhos, logo, como inimigos. Seja por pressão social ou simplesmente porque esses preconceitos restam enraizados na moral de cada um. Além disso, também permitiu demonstrar e ilustrar que essa seleção está positivada na lei, seja pelo cálculo na dosimetria como em leis propriamente ditas, feitas inteiramente tendenciosas.

De um modo geral, o direito penal material tem como objetivo garantir a democracia e a igualdade de todos os cidadãos que vivem sob o contrato social, no entanto, é notório que desde os tempos mais remotos essa igualdade se dá com base na conveniência daquele que escreve esse contrato. A teoria do direito penal do inimigo de Gunther Jakobs, permite que cidadãos selecionados sejam tratados de maneira diferente porque segundo ele renunciaram do papel de cidadão. No entanto, aceitar essa teoria é negar o Estado Democrático.

Ao fazer uma análise primeiramente do direito processual penal, restou-se configurado que no ordenamento jurídico brasileiro é permitido que uma pessoa tenha sua pena majorada com base na sua personalidade e na sua condição social, medidas essas que analisam tão somente o autor e não o fato cometido por ele. Ainda, foi feita uma análise do inimigo histórico do país e a consolidação da lei de crimes hediondos e a lei anti-drogas e restou mais uma vez demonstrada a seletividade do ordenamento jurídico. Permitindo assim, que os objetivos propostos fossem alcançados.

O estudo das circunstâncias judiciais foram fundamentais para que pudesse ser demonstrado como existe a seletividade dentro do próprio direito processual penal.

A análise da teoria de Gunther Jakobs concomitantemente com a crítica de Eugenio Zaffaroni conseguiu demonstrar como esse tipo de teoria não pode ser aceito em um Estado Democrático e ao mesmo tempo, serviu para ilustrar como ele é utilizado no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise da lei de crimes hediondos e logo após da lei anti-drogas serviram como perfeita ilustração para tudo aquilo que havia sido discutido ao longo do

trabalho, uma perfeita consolidação do inimigo do ordenamento jurídico e da instabilidade da democracia do Estado.

Dada a importância do assunto, torna-se necessário estudos ainda mais aprofundados do tema como por exemplo se existe e como se dá a pressão do direito internacional público sob o direito penal brasileiro, uma vez que, o Estado fere princípios que o consolidam como parte da sociedade internacional.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro em conjunto com a pressão social elege um grupo de pessoas desfavorecidas historicamente como daninhos e usam desse argumento para trata-los de maneira que não respeite os direitos dos cidadãos comuns. Não é possível que em uma democracia esse tipo de comportamento seja permitido, a seletividade estatal, a criminalização da pobreza são retrocessos e o mínimo que os estudiosos do direito devem fazer é abrir os olhos daqueles que não conseguem ver para quem sabe esse costume, esse preconceito enraizado não deixe de existir.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. **Evolução Histórica do Direito Penal e Escolas Penais.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514> Acesso em: 31 ago. 2017.

ÂMBITO JURÍDICO. **Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815#_edn2> Acesso em: 07 out. 2017

ÂMBITO JURÍDICO. **Direito Penal do Inimigo: sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em 31 mar 2018.

ANDRE FONTENELLE. **Princípios do Direito Penal.** Disponível em: <<http://www.andrefontenelle.com.br/principios-do-direito-penal/>> Acesso em: 31 ago. 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11 ed Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOITEUX, Luciana. **Tráfico e constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas.** Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-11-30.4551538167/at_download/anexo> Acesso em 31 mar. 2018.

BONFIM, Edilson , CAPEZ, Fernando. **Direito Penal - Parte Geral**, 1ª ed Saraiva, 07/2004.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. **El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado**. Montevideo: B de F, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral, volume 1** 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONFIM, Edilson , CAPEZ, Fernando. **Direito Penal - Parte Geral**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 30 de ago. 2017.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 1940**. Promulgado em 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 28 de ago. 2017.

BRASIL ESCOLA. **Hobbes e o Estado de Natureza**. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/filosofia/hobbes-estado-natureza.htm>> Acesso em 31 ago. 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Pillares, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal. Volume 1**. 1ed. Campibas: Bookseller, 2004.

CARTA CAPITAL. **Criminalização da pobreza no Brasil**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/18/criminalizacao-da-pobreza-no-brasil/>> Acesso em 31 mar. 2018.

CONTEÚDO JURÍDICO. **O inimigo no direito penal uma breve exploração da obra de Eugenio Raul Zaffaroni.** Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-inimigo-no-direito-penal-uma-breve-exploracao-da-obra-de-eugenio-raul-zaffaroni,22999.html>> Acesso em 31 mar. 2018.

COSTA, Jr. Paulo José da. **Direito Penal Curso Completo.** 7ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOM TOTAL. **Princípios Fundamentais do Direito Penal.** Disponível em: <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/28250/os-principios-fundamentais-do-direito-penal>> Acesso em: 31 ago. 2017.

FABBRINI, Renato e MIRABETE, Julio. **Manual de direito penal, volume 1, parte geral** 24 e.d São Paulo: Atlas, 2008.

FALCONI, Romeu. **Lineamento de Direito Penal.** 3ed. São Paulo: Ícone, 2002,

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do garantismo penal.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direitos dos presos.** Rio de Janeiro: Forense, 1980

GRECO, Rogério. **Tratado de direito penal, volume I, parte geral** 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal.** Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Sapatero. Barcelona: Bosch. 1984

HUFFPOST BRASIL. **Gregorio Duvivier posta selfie com maconha no instagram e abre debate sobre descriminalização.** Disponível em <https://www.huffpostbrasil.com/2018/03/06/gregorio-duvivier-posta-selfie-com-maconha-no-instagram-e-abre-debate-sobre-descriminalizacao_a_23378212/> Acesso em 31 mar. 2018.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal, volume 1.** 7ed, Rio de Janeiro: GZ, 2016.

JAKOBS, Günther, MELIÁ Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Volume 1.** 16ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

JUSBRASIL. **Escolas Penais.** Disponível em: <<https://vinciusfeliciano.jusbrasil.com.br/artigos/146506485/escolas-penais>> Acesso em: 31 ago. 2017.

JUSBRASIL. **Medida de Segurança.** Disponível em: <<https://pedroaraujoprogram.jusbrasil.com.br/artigos/346695867/o-que-e-medida-de-seguranca>> Acesso em: 05 out. 2017.

JUSBRASIL. **Nullum crimen, nulla poena sine lege.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=NULLUM+CRIMEN%2C+NULLA+POENA+SINE+PRAEVIA+LEGE>> Acesso em: 31 ago. 2017.

LEIRIA, Antonio José Fabrício. **Teoria da aplicação da lei penal.** São Paulo: Saraiva, 1981.

LEX. **Teoria antigarantistas aspectos do direito penal do autor e do direito penal do inimigo.** Disponível em <http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_TEORIAS_ANTIGARANTISTAS_ASPECTOS_DO_DIREITO_PENAL_DO_AUTOR_E_DO_DIREITO_PENAL_DO_INIMIGO.aspx> Acesso em 31 mar. 2018.

LIBERTEM RAFAEL BRAGA. **Libertem Rafael Braga.** Disponível em <<https://libertemrafaelbraga.wordpress.com/about/>> Acesso em 31 mar. 2018.

LISZT, Franz Von. **A Idéia do Fim no Direito Penal.** 1ed. São Paulo: Rideel, 2005.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 1.** 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, parte geral.** 22ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA. **Criminalização da pobreza e violência do estado.** Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/_ed794_criminalizacao_da_pobreza_e_violencia_do_estado/> Acesso em 31 mar. 2018.

O GLOBO. **TJ determina multa de R\$10 mil a organizadores de rolezinho caso promovam novos encontros.** Disponível em <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/tj-determina-multa-de-r-10-mil-a-organizadores-de-rolezinho-caso-promovam-novos-encontros.ghtml>> Acesso em 31 mar. 2018.

REALE, Miguel. **O direito como experiência.** São Paulo: Saraiva, 1968.

REVISTA FÓRUM. **Human Rights Watch denuncia violência policial segue sem freios no Brasil.** Disponível em <<https://www.revistaforum.com.br/human-rights-watch-denuncia-violencia-policial-segue-sem-freios-no-brasil/>> Acesso em 31 mar. 2018.

RION ON WATCH. **Entendendo a violência no Rio: a criminalização da pobreza.** Disponível em: <<http://riononwatch.org.br/?p=21553>> Acesso em 31 mar. 2018.

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. **Homicídio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales.** Zagagoza: Edijus, 1999.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal.** 2ed. Campinas: Bookseller, 2002.

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Pena: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SUA PESQUISA. **O Iluminismo**. Disponível em:
<<http://www.suapesquisa.com/historia/iluminismo/>> Acesso em:31 ago. 2017

MERLE, Roger, VITÙ André. **Traité du droit criminel, problèmes generaux de la science criminelle**. Editions Cujas, 2000.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA GOVERNO FEDERAL. **MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira**. Disponível em:
<<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>> Acesso em 31 mar 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direto Penal. Parte Geral**. 22ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONOGRAFIAS BRASIL ESCOLA. **A História e as ideias do direito penal**. Disponível em: <<https://vinciusfeliciano.jusbrasil.com.br/artigos/146506485/escolas-penais>> Acesso em 31 ago. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio. Raúl. **Manual de Derecho Penal**. 6ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio. Raul. **O inimigo do direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.