UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

JÉSSICA FERREIRA NUNES
(Turma 12)

DA FINALIDADE PROTETIVA DO DIREITO PENAL: a delimitação do inimigo penal como garantia de coexistência social

MACEIÓ
2018

JÉSSICA FERREIRA NUNES
(Turma 12)

DA FINALIDADE PROTETIVA DO DIREITO PENAL: a delimitação do inimigo penal como garantia de coexistência social

Dissertação apresentada para banca examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Mestra em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

MACEIÓ
2018

Catalogação na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Janis Christine Angelina Cavalcante – CRB:1664

N972d Nunes, Jéssica Ferreira.
Da finalidade protetiva do direito penal: a delimitação do inimigo penal como garantia de coexistência social / Jéssica Ferreira Nunes. – Maceió, 2018.
144 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.
Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 139-144.

1. Direito penal. 2. Bem jurídico. 3. Estado democrático de direito. 4. Sanção penal. 5. Inimigo penal. I. Título.

CDU: 343.2

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

JÉSSICA FERREIRA NUNES

"DA FINALIDADE PROTETIVA DO DIREITO PENAL: a delimitação do inimigo penal como garantia de coexistência social."

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. ALBERTO JORGE CORREIA DE BARROS LIMA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior (UFAL)

Julgamento: aprovado 9,0 (nove) Assinatura: _____

Prof. Dr. Hugo Leonardo Rodrigues Santos (UFAL)

Julgamento: aprovado 9,0 (nove) Assinatura: _____

Prof. Dr. Othoniel Pinheiro Neto (convidado externo/UNIT)

Julgamento: APROVADO 9,0 (NOVE) Assinatura: _____

Maceió, 26 de junho de 2018.

AGRADECIMENTOS

Ainda era eu inimputável quando me tornei acadêmica em Direito, desde então quis dispor de todas as nuances do conhecimento que a Universidade Federal de Alagoas poderia me ofertar. Por ser responsável pela minha formação intelectual em um ciclo de nove anos letivos ininterruptos, entre a graduação, a especialização e o mestrado, é imensurável a minha gratidão a essa instituição que provocou uma mutação dinâmica à minha estática realidade.

No percurso desse meu labirinto dissertativo tive amigos sem os quais a vida teria sido um caminho sem cores, sou grata a todos. Porém, aqui, vou me atrever a nomear aqueles que contribuíram para as cortinas desse último ato do espetáculo que é o mestrado, se fechar. Então, tenho por justo agradecer:

À minha irmã, Walquíria Nunes, meu binômio familiar indissolúvel, por ser minha fonte inesgotável de amor e alento.

Ao meu orientador, prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima, pelos preciosos ensinamentos desde os preâmbulos da graduação. Pelos anos de compreensão, paciência e capacidade de gerar estímulo com suas provocações intelectivas. Por ser o reflexo de pessoa, professor e magistrado que contribui diretamente com minha evolução, enquanto aprendiz.

À Nathália Ribeiro, por sua sublime amizade. Por me fazer emergir nas intempéries inibidoras de criação. Por todos os porquês que me foi inquirido. Pelo aperfeiçoamento da linguagem na leitura de cada versão desse escrito.

Aos amigos: Laís Ramos, por partilhar todas as venturas e desventuras da existência desde a graduação. Amanda Gabriela, por doar suas percepções óticas, minorando angústias. Felipe Rosa, por não me fazer esquecer que existem outros caminhos e pelo usufruto de seus livros. Nigel Stewart, pelas várias horas que dispôs a me compreender, mesmo diante de suas divergências. Douglas Bastos, por toda compatibilidade que nos uniu sem premeditação, pelos debates instigantes, pelo carinho e confiança imprescritíveis.

Por fim, aos professores - George Sarmento, Elaine Pimentel, Alberto Jorge e Andreas Krell - que compõem o colegiado desse Programa de Pós-Graduação em Direito, gratidão pela oportunidade que me foi concedida, em um momento inesperado de tempestade.

“Ah, a gente tem de mover-se entre homens - os reais fantasmas, e de partilhar das dúvidas e desordens que, sem cessar, eles produzem: Na terra tanta guerra, tanto engano, Tanta necessidade aborrecida”. (ROSA, João Guimarães. **Estas estórias**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 37)

RESUMO

Esta dissertação tem por escopo delimitar o inimigo penal politicamente assinalado em um Estado legalista, partindo do estudo da finalidade protetiva do direito penal, a qual conceituamos estabelecendo uma relação entre o bem jurídico e a sanção penal, e sua justificação punitiva. Os parâmetros constitucionais da estruturação do poder de punir são utilizados para verificação da possibilidade de punição desigual e repressiva em relação ao inimigo, bem como observamos as bases de justificação da função da pena. Ressalta-se que o Direito penal do inimigo é uma parte menor da teoria funcionalista sistêmica de Günther Jakobs, portanto, apenas circundamos os limites da controvérsia entre a comunicação e a coerção, já que o inimigo foi formulado a partir da concepção de pena do doutrinador alemão. Essa construção será atrelada, em parte, à análise criminológica do paradigma etiológico à reação social para aferição da identificação do criminoso; e, após da política criminal do desequilíbrio, entre o Movimento Lei e Ordem e o Minimalismo Garantista. Utilizamo-nos ainda da estatística da violência e da inflação punitiva para relacionar o medo subjetivo com a realidade concreta e violenta, que deriva o estado de guerra do inimigo, ante as novas (e antigas) demandas penais da modernidade. Ademais, traçamos o panorama do inimigo penal submerso em um direito funcional, o qual se identifica como quem pratica reiteradamente delitos graves. Pontuamos seus precedentes filosóficos e suas características de "não pessoa" e "periculosidade fática", para por fim ver seus efeitos sobre a nova cultura expansionista, e os vestígios na legislação brasileira, diante das transformações à dogmática penal, antes mesmo da formalização da concepção de Jakobs. O objetivo não é legitimar uma teoria do inimigo, mas racionalizar uma justificação punitiva repressiva, em virtude de delitos de alta gravidade que violam os bens jurídicos mais importantes e atentam contra coexistência pacífica.

Palavras-chaves: Direito penal, Bem jurídico, Estado Democrático de Direito, Sanção penal, Inimigo penal, Criminalidade perigosa e Política criminal.

ABSTRACT

This dissertation aims at delimiting the politically identified criminal enemy in a legalistic state, starting from the study of the protective purpose of criminal law, which we developed by establishing a relationship between protected legal interest and criminal sanction, and its punitive justification. The constitutional parameters of the structuring of the power to punish are used to verify the possibility of unequal and repressive punishment in relation to the enemy, as well as observing the bases of justification of the function of the penalty. It should be emphasized that the criminal law of the enemy is a minor part of Günther Jakobs's systemic functionalist theory, so we only surround the limits of the controversy between communication and coercion, since the enemy was formulated from the penitent's conception of the doctrinaire German. This construction will be linked in part to the criminological analysis of the etiological paradigm to the social reaction to gauge the identification of the criminal; and, after the criminal policy of imbalance, between the Law and Order Movement and the Minimalism of the Guarantor. We also use the statistics of violence and punitive inflation to relate subjective fear to concrete and violent reality, which results the state of war from the enemy, in the face of the new (and old) criminal demands of modernity. In addition, we draw the panorama of the criminal enemy submerged in a functional right, which is identical as one who repeatedly practices serious crimes. We point out its philosophical precedents and its characteristics of "nonpersonal" and "phatic periculosity", in order to see its effects on the new expansionist culture, and the vestiges in the Brazilian legislation, before the transformations to the criminal dogmatic, even before the formalization of the conception of Jakobs. The aim is not to legitimize a theory of the enemy, but to rationalize a punitive justification by virtue of crimes of high gravity that violate the most important protected legal interest and attempt against peaceful coexistence.

Keywords: *Criminal law, Protected legal interest, Democratic state, Criminal sanction, Criminal enemy, Dangerous crime and Political criminal.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 8
2. A ESTRUTURAÇÃO DO PODER DE PUNIR 14
2.1 BEM JURÍDICO COMO OBJETO DE PROTEÇÃO PENAL 15
2.2 PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS À TUTELA PENAL 22
2.3 INTERVENÇÃO PENAL LEGALIZADA EM PRINCÍPIO 31
2.3.1 Legalidade como ordem restritiva: paradigma principiológico 31
2.3.2 Núcleo essencial da dignidade humana 40
2.4 LEGITIMAÇÃO DA PUNIÇÃO 44
2.4.1 Retribuição e Prevenção: (des)socialização do recluso 44
3. CONTROLE SOCIAL DO COMPORTAMENTO DELITIVO 57
3.1 SISTEMA VERTICAL DE DOMINAÇÃO DE PODER 57
3.1.1 Transição etiológica à reação social 57
3.2 POLÍTICA CRIMINAL DE EXTREMOS 71
3.2.1 Declínio da Tolerância: Lei e Ordem 71
3.2.2 Minimalismo Garantista 77
3.3 PORCENTAGEM DO MEDO E DA PUNIÇÃO 84
4. O INIMIGO PENAL EM UM DIREITO FUNCIONAL 92
4.1 DIREITO ENQUANTO SUBSISTEMA SOCIAL 93
4.1.1 Garantia de expectativas normativas 93
4.2 DE CIDADÃO A INIMIGO 101
4.2.1 Conceituação sistêmica: não-cidadão 101
4.2.2 Periculosidade fática 107
4.2.3 Estado de guerra: exceção ou democracia 112
4.3 INIMIGOS DA LEI BRASILEIRA: ALCANCES PUNITIVOS 119
4.3.1 Consequências de uma nova cultura 119
4.3.2 Vestígios da hipertrofia penal da periculosidade 122
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 133
REFERÊNCIAS 139

1. INTRODUÇÃO

> "A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem força é contradita, porque sempre existem pessoas más. A força sem a justiça é acusada. É preciso, pois, colocar juntas a justiça e a força". (PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Coleção os pensadores. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Cultural, 1988, fração La 103; B. 298)

Como árdua conquista da humanidade, a justiça, a paz e a liberdade, inegavelmente, são valores primordiais para constituição da coexistência, mesmo quando imperfeitamente asseguradas. Genuinamente, o alcance da proteção do direito penal, enquanto mecanismo mais incisivo do controle social formal, atua no patrocínio de uma sociedade pacífica e justa, seja na elaboração do tipo penal, seja na aplicação da pena, mormente, porque o primeiro bem importante que ele suplanta do indivíduo que delinque é a liberdade.

Liberdade essa que, embora, denote a ausência de opressão ou coerção[1], por suas variantes civis e política não pode opor-se à liberdade coletiva que se perfaz sob o jugo humanístico do Estado Democrático e Social de Direito. Assim, é impossível alguém ser livre sem assumir as consequências dessa liberdade, e a consequência principal da liberdade é a pluralidade. É dizer, apropriando-nos do discurso filosófico de José Julian Martí Pérez, "a liberdade custa muito caro e temos ou de nos resignarmos a viver sem ela, ou de nos decidirmos a pagar o seu preço".

Em vista disso, é manifesto que a ciência penal vive na modernidade um aumento desmesurado de formulações e reformulações, que invariavelmente questionam a eficácia e a legitimidade do *ius puniendi*. Essas reformulações "não se produziram abruptamente no marco teórico dos países centrais, mas resultaram de um longo processo de revelação de dados reais, acompanhado de um paralelo empobrecimento filosófico [e dogmático]".[2] Não obstante, não será possível, aqui, resgatar todas as razões históricas da estruturação do poder de punir.

Cada seção desse escrito é um pequeno universo de sensos e contrassensos, mas que caminha paralelamente para um mesmo destino, qual seja definir a finalidade e os limites do poder de punir estatal para politicamente assinalar um culpado como inimigo. Afinal, qual a pretensão do sistema jurídico penal ao punir, quem e o que ele deve proteger, a quem ele

---

[1] HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 146.
[2] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 45.

atinge ou deveria atingir com mais rigor? Essas indagações fomentam, certamente, um tratado de inúmeros volumes, e ainda assim provavelmente chegar-se-ia a respostas não unânimes. Por isso, nos limitaremos à esfera que discorre sobre a finalidade da punição destinada aos indivíduos entendidos como inimigos do sistema penal.

Não se quer determinar um indivíduo como inimigo, produzindo um debate acadêmico perene de ficções, a fim de estabilizar um equilíbrio de poderes entre "anjos e demônios". Até porque, o Direito penal do inimigo do penalista alemão Günther Jakobs foi desenvolvido através da corrente dogmática do funcionalismo penal sistêmico, e baseado em seu entendimento sobre a função da pena. Por isso, a pretensão é analisar se na estrutura do Estado legalista pode ser o inimigo legitimamente delimitado e punido sob a justificação dos fins protetivos do direito penal.

No entanto, entre a proteção abstrata e a eficácia da punição de uma inimizade há uma realidade social que não pode ser ignorada. Sendo assim, é primordial ao nosso propósito sublinhar alguns aspectos criminológicos e político-criminais, sobretudo, porque o sistema jurídico penal é um conjunto de instituições que abarca critérios técnico-dogmáticos e se operacionaliza, também, através de disciplinas autônomas e paralelas, ao ter como objetivo garantir uma ordem social justa. Portanto, **entre este introito e as considerações finais, fragmentamos este escrito em três seções, as quais abordarão**:

Preliminarmente, na **seção dois**, a finalidade protetiva do direito será desenvolvida estabelecendo uma relação entre o bem jurídico e a sanção penal, cingidos em conformidade com os critérios do Estado Constitucional.

É certo que o desenvolvimento doutrinário jurídico-penal sobre o abrigo penal de determinados bens fundamentais perpassou por acepções diversas, que buscaram desenvolver um conceito substancial. Birnbaum foi o primeiro a verbalizar diretamente sobre bem jurídico, entendendo que "o objeto de toda ciência criminal é a preservação daqueles grandes benefícios aos quais se refere a finalidade de toda associação política, a saber, vida, honra, liberdade pessoal e propriedade".[3] Mas, dentre as conceituações tencionamos perquirir um bem jurídico que possua objetividade, enquanto postulado axiológico, já que como

[3] Tradução livre da autora. Texto original: "*El objeto de toda ciencia penal es la preservación de aquellos grandes beneficio a que se refiere el fin de toda asociación política, a saber, la vida, el honor, la libertad personal y la propiedad*". (BIRNBAUM, Johann Michael Franz. ***Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito***. *Traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, Colección Juristas Perennes,* nº 14, Valparaíso: Edeval, 2010, p. 12)

pressuposto básico para a individualização dos interesses merecedores de preservação penal, tem por função mais importante, a função de garantir a limitação da atuação penal.

Adentraremos na configuração do Estado Democrático, o qual promove uma sistemática constitucional capaz de extrair de sua hierarquia valorativa, o conteúdo material de legitimação penal, para aferir a tutela do bem juridicamente protegido pela Constituição, ou ainda que não possuam esse *status*, mereça amparo por estar ligado a um valor constitucional por uma relação de vinculação necessária, de modo a ratificar a punição em um grau mais elevado.

Se a norma jurídica é o instrumento formal que protege o bem jurídico, quer-se convalidar o simbolismo constitucional entre a ameaça potencial de punição e a coatividade concreta. Por esse motivo, será preciso examinar o paradigma principiológico da legalidade e suas derivações que se constituem como relevantes manifestações da dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, já que incorporam determinados valores objetivos essenciais da sociedade, possibilitando a ação repressiva e protetiva estatal.

As finalidades da sanção penal precisam, por fim, ser delineadas com vista a legitimar a estrutura do monopólio do poder contra um possível inimigo, bem como o tratamento que possa ser dirigido a ele. Para tal, as controvérsias existentes entre as teorias que legitimam a sanção penal, a dizer, da vertente retributiva e preventiva, sujeitar-nos-á a tratar da responsabilidade do Estado, quanto a não dessocialização do recluso, para firmar o dever estatal de não ingerência na personalidade do delinquente. A intenção não é antepor uma função singular, mas, primariamente, expurgar o que definitivamente não compete ao direito penal proteger, ou dirimir no plano social.

Na sequência, na **terceira seção**, a pretensão é emoldurar os caminhos percorridos para se controlar socialmente o comportamento delitivo etiquetado como perigoso. Indaga-se: quem tem sido identificado como criminoso? Sem qualquer presunção de esgotar a temática criminológica ou de política criminal, direcionamos nossa atenção às particularidades vinculadas ao objeto precípuo desta dissertação.

Deste modo, aos préstimos da Criminologia como ciência empírica que entende o crime, o criminoso, a vítima e o controle social, para além da dogmática penal, o objetivo é dissecar o fenômeno social criminoso através da estrutura vertical de dominação de poder, com a interpelação das principais teorias criminológicas que se prestaram a estudar o

paradigma da etiologia do crime, para podermos tratar da transição deste para o paradigma da reação social, e incidir *a posteriori* na teorização penal deslegitimadora.

Para tanto, por entender que sempre se busca um culpado pelos fracassos da segurança pública, principiaremos na digressão das escolas criminológicas, notadamente, no viés tradicional da teoria do consenso instigada pela sociologia criminal, para emergir-nos, após, na teoria do conflito responsável por contrapor os princípios da ideologia da defesa social, provocando a mencionada transição de paradigma. Em ato contínuo faremos um incurso na criminologia crítica, sobretudo, na teoria do etiquetamento e na criminologia radical, já que ambas não se limitam a discutir os motivos delitivos, mas questionam a legitimidade da eleição de determinadas pessoas como criminosas, e as implicações dessa seleção.

Daí a importância em persistir na desmistificação das cisões teóricas extremistas de política criminal, uma vez que a produção do direito penal oscila estreitamente entre essas correntes. Assim, escolhemos tratar da vertente da Tolerância Zero no ideário Lei e Ordem, por ela se pautar como esperança de controle coercitivo e eficiente do criminoso, demandando a radicalização e intensa intervenção penal. Portanto, caminharemos entre essa política criminal, e o Modelo garantista de responsabilidade penal, que fomenta uma garantia absoluta (negativa) de proteção individual e uma intervenção penal minorada.

Dentro desses interesses divergentes, buscar-se-á um paralelo, já que há muito a expansão penal deixou de ser pauta exclusiva dos "conservadores de direita", pois ao se identificar o direito penal como um contrapoder, os interesses se unificam. No mais, como não seria honesto utilizarmos apenas do arcabouço teórico do direito penal, pois não elucidaria o real alcance de sua proteção, vamos nos auxiliar de pesquisas estatísticas da realidade criminal, já que a problemática inicia na abstração normativa e percorre toda sua operacionalização, o que pode amortecer de certo modo a sua legitimidade.

Ao apreender que o sentimento de crise e medo, em relação à violência, pode ser subjetivamente maior, do que objetivamente, verificaremos se a porcentagem da possível zona de guerra que hoje vivemos no Brasil, seja dentro ou fora do sistema prisional, é apta a ratificar a acepção de um inimigo real por potencializar uma sociedade insegura.

Por último, na **quarta seção**, como dito alhures compreendendo que existe uma variação sobre o fundamento dogmático do direito penal, e que, em hodierno, tem sido ele incumbido de gerir diversas mazelas sociais, em razão da criminalidade violenta, atentaremos para essa realidade concreta, e delinearemos o funcionalismo sistêmico nos limites das determinações da Teoria do Direito penal do inimigo elaborada por Günther Jakobs.

Com efeito, essa teorização é uma parcela menor de todas as formulações da Teoria do Direito penal de Jakobs, a qual se denomina funcionalista por minudenciar a função da pena, e sistêmica pela apropriação de alguns elementos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Desse modo, a fim de demarcar o inimigo retomaremos, apenas, aos pressupostos da controvérsia entre a comunicação e a coerção da justificação punitiva. Isso porque, ao manter o conteúdo intrínseco da pena como coerção, Jakobs reproduz, até certo ponto, o predicado da racionalidade penal moderna.

É sabido que Jakobs desenvolveu a Teoria do Direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*), em 2003, como um novo modelo de enfrentamento ao crime, objetivando preservar a estrutura social. Desde então, não há consenso sobre o que se critica ou enaltece dessa categoria descritiva. Dando fôlego ao que se pretende analisar, podemos dizer que Jakobs, é muito mais não lido do que compreendido, o que induz discursos extremistas para um eterno confronto entre garantias absolutas e repressão generalizada. Por isso, é mister determinar o conteúdo e a relevância sistemática da noção de inimigo penal, para desmistificar dogmas.

O desígnio não é premiar uma teoria, mas conectar colocações diferentes. Afinal, o advento de novas realidades não deve estacionar em estigmas medievos, portanto, quer-se abalizar um inimigo sem rosto, sem cor e sem classe social determinada que pratica reiteradamente delitos de alta reprovabilidade. Ademais, Jakobs define o inimigo como o criminoso frequente, cuja periculosidade e lesividade dos delitos praticados são altíssimas. Será inimigo quem invariavelmente quebrar as expectativas normativas e não demonstrar garantias cognitivas de fidelidade à norma.[4]

Diante dos parâmetros que terão sido estabelecidos na seção dois, e assimilando que o funcionalismo de Jakobs se pauta na relação entre sociedade, norma e pessoa, vamos pontuar os pressupostos filosóficos do inimigo penal e suas características como a identificação de "não pessoa" e a sua periculosidade fática. Mas, isso será feito sob a ideia de que o direito é um subsistema do sistema social global, já que será preciso entender que o fundamento da análise sistêmica reside, no fato de que as ações se veem regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores.[5]

---

[4] JAKOBS, Günther. ***Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad***. Org. Jacobo López Barja de Quiroga. Trad. Teresa Manso Porto. Madrid: Civitas, 2004, p. 73.
[5] TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 52.

Se para Jakobs "o direito penal não pode reagir em face de um fato, enquanto lesão de um bem jurídico, mas somente contra o fato enquanto violação da norma",[6] vamos averiguar o quanto dessa linguagem normativa faticamente inutiliza a sua teorização, impede a densidade subjetiva do bem jurídico, ou a compreensão das consequências da aplicação da sanção penal, como medida de repressão em um Estado legalista. Por isso, ainda precisaremos distinguir se o possível estado de guerra discernido para um inimigo funcional, necessariamente será o estado de exceção. Isso, faremos confrontando o conceito de inimigo em Schmitt ao conceito de inimigo estabelecido em Jakobs.

Por último a análise se pautará no inimigo penal prescrito na lei penal brasileira, limitada, por certa "hipertrofia penal" que se amolde a uma necessidade pragmática de uma expansão penal (terceira velocidade do direito penal) regulada dentro do Estado dito democrático. E, claro, quais possíveis incongruências da descrição da inimizade devem ser rechaçadas, ou exaurem a justificação da pena estabelecida por Jakobs.

Em **síntese**, tentaremos responder a essas inquietações, porque o direito penal passou a ser visto como uma função inserida na ordem jurídica, que embora tenha imperfeições do campo da criação à aplicação da norma, não deixa de ser um mecanismo indispensável. No mais, criar uma nova cultura "não significa apenas fazer individualmente descobertas 'originais'; significa também [...] defender criticamente verdades já descobertas [...]; e, portanto, transformá-las em bases de ações vitais, em elemento de coordenação intelectual".[7]

Portanto, o escopo final é vislumbrar um direito penal que minore o desequilíbrio a partir da aproximação de colocações distintas, demonstrando que as teorias desenvolvidas, em regra, nas academias, devem ser analisadas com responsabilidade, para que sejam aplicadas com afinco à sociedade, como instrumento prático de legitimação e humanização do direito penal, com uma vinculação direta com o sistema social.

---

[6] JAKOBS, Günther, *In:* CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 31-55, p. 52.
[7] GRAMSCI, Antônio. **A concepção dialética da história**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1995, p. 13-14.

2. A ESTRUTURAÇÃO DO PODER DE PUNIR

> "Há duas maneiras de lutar: uma, pelas leis; outra pela força. A primeira é própria dos homens, a segunda dos animais". (MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. 5ª ed. Lisboa: Presença, 2008, p. 81)

O poder de punir discernido na roupagem do direito penal hodierno resultou de um processo diacrônico, que teve início com o advento da sociedade e a consequente necessidade de regular o convívio social com a finalidade de impedir a vingança privada.

Sem pretensão de se fazer, neste momento, um aporte histórico, cumpre lembrar que desde o início (século XVII e XVIII) do processo de secularização (laicização) do Estado, enquanto autêntico detentor do poder de punir, oposto ao direito romano e canônico, demanda-se uma justificação de legitimidade desse poder, visto que passou a não mais derivar de Deus ou da natureza, mas de um contrato entre homens que tencionam coexistir em sociedade. Na dissociação entre delito e pecado, o Estado "não deve se imiscuir coercitivamente na vida moral dos cidadãos e nem tampouco promover coativamente sua moralidade, mas apenas tutelar sua segurança, impedindo que se lesem uns aos outros".[8]

Nesse liame, o desenvolvimento institucional do poder acompanhou a modernidade, adquirindo um novo modo de controle social, o qual pressupõe um sistema de justiça penal que monopoliza o uso legítimo da força e formula o enunciado prescritivo incriminador (a lei penal). Então, interroga-se se para a segurança e a manutenção da ordem social moderna o poder de punir articula uma proteção mais coercitiva legitimamente.

Evidentemente, não se faz referência aqui aos delitos comuns que não perturbam intrinsecamente a estrutura social, ainda que o imaginário da coletividade social, envolto em uma sensação de insegurança reivindique a redução desses delitos interpessoais com uma punição severa. Ocorre que o ardor dessa punição, por vezes, não quer entender as causas da criminalidade, embora possa requerer do poder uma justificação constante de sua política criminal, porque o dever de proteção vindica o bem comum e a equidade.

Por isso, a estrutura do poder será direcionada para se identificar a coerção aos delitos praticados por aquele inimigo penal, sem rosto, sem cor, sem classe social, mas entendido como perigoso por depreciar as leis, e não por simplesmente violá-las. Essa possível periculosidade inserta na ordem social moderna carece de uma identificação do indivíduo e da

---

[8] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 218.

punição que lhe é imputada. Para tanto, percorreremos de início como o direito penal determina e protege um bem como essencial ao convívio humano, em benefício da coexistência, ante a possível ameaça de perigosidade direcionada às fraquezas do Estado.

2.1 BEM JURÍDICO COMO OBJETO DE PROTEÇÃO PENAL

É certo que as narrativas históricas estão comumente longe de serem lineares e dotadas de uma univocidade de sentido. Não obstante, não é duvidoso reconhecer que a justiça punitiva em tempos pretéritos tinha em simbiose delito e pecado, de modo que o direito penal tutelava os interesses da religião, e o ilícito possuía um significado teleológico. A separação das leis divinas da ordem jurídica estabelecida pelo poder estatal irrompeu no iluminismo, em que "o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva".[9]

Assim, o delito não era mais entendido como pecado, mas como uma conduta que causava um dano à sociedade. Embora o termo bem jurídico, como objeto de proteção (mediato ou imediato), não tenha sido empregado no período das luzes, este era alicerçado "na lesão de direitos subjetivos, direitos estes inatos ao indivíduo ou à comunidade, de natureza pré-jurídica".[10]

Sem se distanciar da ideia de lesão a direitos subjetivos, porém ultrapassando a concepção iluminista, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, no século XIX, rompendo com as ideologias absolutistas, identificou o bem jurídico como o interesse fundamental do indivíduo na sociedade, atribuindo-lhe um conteúdo individualista. Diante dessa doutrina jurídica privatista "o delito seria sempre a violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva pertencente ao cidadão ou ao Estado".[11]

O direito penal se apresentava como protetor dos direitos dos indivíduos e do Estado. Assim, Manuel Andrade ao interpretar Feuerbach, elucida que para este

> só a adoção de medidas tendentes a prevenir os atentados à liberdade, isto é, a violação dos direitos subjetivos, pode justificar a existência e o

[9] PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 23.
[10] COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 34.
[11] ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 43.

> funcionamento do Estado. A competência do legislador está circunscrita às lesões de direitos e às ações exteriormente reconhecíveis.[12]

A pena, então, seria uma ferramenta do Estado para proteção de direitos subjetivos, mediante limites instituídos ao *ius puniendi* (legislador penal) com a formatação do conceito material. Entretanto, não seria possível conjeturar bens coletivos ou supraindividuais dignos da tutela penal, em face das condições socioculturais da época e da influência privatística.[13]

A publicação em 1834 do artigo (*Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*)[14] de Johann Michael Franz Birnbaum, marcou o começo da história doutrinal e político-criminal do conceito de bem jurídico.[15] Nada obstante, não tenha ele falado "diretamente em 'bem jurídico' (*Rechtsgut*), mas indiscutivelmente foi o primeiro autor a introduzir no direito penal a ideia de 'bem' (um bem material) como objeto de tutela, em contraposição com a doutrina do Iluminismo".[16]

Birnbaum situou os bens jurídicos além do Direito e do Estado, este, então, teria por função garantir, e não criar bens jurídicos. Deste modo, os bens preexistiram à norma, e a conduta delituosa atingiria bens individuais ou coletivos, não lesionando simplesmente direitos subjetivos. Desse modo, Birnbaum entende que "o essencial na determinação da natureza do conceito de crime é que se você considerar o crime como lesão, este conceito deve naturalmente referir-se a lesão de um bem e não de uma lei".[17] Por isso, Manuel Andrade destaca que para Birnbaum a lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e objetivo de que mesmo para os objetos valorados como bens.[18]

O novo paradigma assumido por Birnbaum antecipou a ruptura dos aspectos jusracionalistas e iluministas, e despertou o predomínio do positivismo-moderado e sistêmico-social[19], mostrando-se, pois, oposto à doutrina do direito subjetivo em três pontos, conforme

---

[12] *Idem, Ibidem,* p. 48.
[13] COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 38.
[14] BIRNBAUM, Johan Michael Franz. ***Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito***. *Traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, Colección Juristas Perennes,* nº 14, Valparaíso: Edeval, 2010, p. 7.
[15] ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 51.
[16] GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.
[17] Tradução livre da autora. Texto original: "*lo esencial en la determinación de la naturaleza del concepto de delito es que si se quiere considerar al delito como una lesión, este concepto debe referirse naturalmente a una lesión de un bien, y no a la de um derecho*". (BIRNBAUM, Johann Michael Franz. ***Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito***. *Traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, Colección Juristas Perennes,* nº 14, Valparaíso: Edeval, 2010, p. 12)
[18] ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 52.
[19] *Idem, Ibidem,* p. 54.

evidencia Luiz Régis Prado: "na configuração do conceito de bem comum, na ampliação do fim do Estado e na renúncia em extrair a doutrina do objeto do delito dos postulados das condições de vida em sociedade".[20]

No cotejo, em um estrito positivismo legalista, Karl Ludwig Lorenz Binding elaborou um novo conceito de bem jurídico, com uma dimensão puramente formal. Assim, segundo Binding em uma perspectiva intrassistemática "compete exclusivamente à lei a competência para definir – e *hoc sensu* criar – o bem jurídico e identificar as formas de agressão que reclamam a intervenção do direito penal".[21] O Direito é o criador do bem jurídico, e este se propunha como direito subjetivo do Estado, de seleção aleatória e privativa do legislador. Ante esse "estado de valoração do legislador", competiria à norma jurídica definir o bem jurídico. Ademais, não é todo e qualquer bem que o direito penal pode proteger, mas apenas e tão somente aqueles que tenham relevância jurídica.[22] Nestes termos, o bem jurídico manterá uma relação de dependência com a norma, o que de certa forma, não estabelecia limites à atividade legislativa de criminalização de condutas.

Ainda sob a vertente positivista utilizando-se, todavia, de uma linha naturalística-sociológica, Franz Eduard Ritter von Liszt entende que "é a vida, e não o Direito, quem produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico".[23] Opostamente a Binding, para Liszt os bens jurídicos não seriam produto do ordenamento jurídico, mas da vida, sendo, portanto, estabelecidos previamente.

Enquanto fenômeno, o bem jurídico existe independentemente e desvinculado da norma penal, assim "o interesse, que vai dar lugar ao bem jurídico, é pré-existente ao conteúdo da norma; a esta cabe apenas acolhê-lo como objeto de proteção".[24] Destarte, busca na sociedade os bens passíveis de serem protegidos pelo direito penal, ao entender que "o direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana, sendo essa função protetiva a essência do direito, [...] a força que o produz",[25] também por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso.[26]

---

[20] PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 25.
[21] ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 65.
[22] *Idem, Ibidem,* p. 61.
[23] LISZT. Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Trad. José Higino Duarte Pereira. São Paulo: Russell, 2003, p. 93.
[24] TAVARES, Juarez E. X. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 188.
[25] LISZT. Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Trad. José Higino Duarte Pereira. São Paulo: Russell, 2003, p. 94.
[26] *Idem, Ibidem,* p. 98.

Sendo a realidade social imposta ao legislador, "chamamos de bens jurídicos os interesses que o Direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade".[27] É possível conferir um ponto em comum entre Binding e Liszt (apesar das muitas distinções), no que se refere a norma ser o meio pelo o qual se considera um bem como merecedor de tutela penal. Assim, elucida Liszt que

> ordenando e proibindo, prescrevendo uma determinada ação ou inação sob certas condições, as normas vêm a ser o anteparo dos bens jurídicos. A proteção, que a ordem jurídica dispensa aos interesses, é proteção segundo normas. O bem jurídico e a norma são, pois, as duas idéias fundamentais do direito.[28] (*sic*)

A concepção positivista passou a ser questionada, a partir do século XX[29], por influência dos pressupostos teóricos neokantianos, que em simbiose com uma vertente teleológica-metodológica de base normativista liga a concepção de bem jurídico a "um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma"[30], tendo por função averiguar a *ratio essendi* do tipo penal.

O bem jurídico não é posto no terreno dos interesses sociais, mas no mundo espiritual subjetivo dos valores culturais, sendo o objeto de proteção da norma jurídica.[31] Essa concepção relega a aferição de legitimidade da criminalização ou de restrição ao poder de legislar, ostentando um caráter meramente interpretativo.

Ademais, por efeito de uma concepção ontológica Hans Welzel considera que o respeito à norma dependerá de um imperativo ético, de modo que "o bem jurídico conserva seu sentido de objeto de proteção da norma [tal como no neokantismo], mas se vê substituído, em grau de preferência, pelos chamados valores ético-sociais"[32], aqui, a proteção de valores ético-sociais nada mais é do que a "incriminação da antissociabilidade".

Sustenta Welzel que a função primeira do direito penal não é a proteção dos bens jurídicos, mas sim a de assegurar a real vigência dos valores do ato da consciência jurídica, pois são esses valores que constituem o fundamento que sustenta o Estado e a sociedade. Desse modo, a função mais profunda do direito penal seria de natureza ético-social e de caráter positivo possibilitando uma proteção duradoura e eficaz, enquanto de modo diverso a

---

[27] *Idem, Ibidem,* p. 94.
[28] *Idem, Ibidem,* p. 96.
[29] PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 37.
[30] TAVARES, Juarez E. X. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 189.
[31] PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 37-38.
[32] TAVARES, Juarez E. X. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 191.

mera proteção de bens jurídicos se limitaria a ter apenas um fim preventivo, de caráter negativo.

Daí que, neste ponto, a proteção jurídica se confunde com a proteção moral, uma vez que o bem jurídico se impõe como bem vital do indivíduo e da comunidade, o direito penal deixa de ser concebido dentro de suas limitações e garantias. Isso, porque, esses valores éticos-sociais não são nitidamente definidos, e em seu processo de descobrimento, "o direito penal pode ser utilizado, conforme o destino político que se dê à incriminação, como instrumento ideológico dos mais perigosos".[33]

Pode-se ainda articular que houve uma revalorização do conceito de bem jurídico (pós-segunda guerra mundial), de modo que em uma concepção sociológica se buscou definir o significado e a extensão do bem jurídico, ao se entender, em síntese, que o delito é uma conduta socialmente danosa e o Direito é o subsistema do sistema social geral que agrega funções para sua autossobrevivência. As concepções sociológicas mais modernas são defendidas por Knut Amelung e Winfried Hassemer, este estabelece a verificação do dano social como necessária para intervenção do legislador penal, possuindo o bem jurídico penal um conteúdo político-criminal. Assim sendo, "o que importa não é a posição objetiva do bem e da conduta lesiva, mas a valoração subjetiva, com as variantes dos contextos social e cultural"[34], pois os bens não são produto de processos naturais, e sim provêm de acordos sociais baseados na experiência.

Sob a ótica sistêmica Amelug propugna a substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social, sendo "socialmente danoso [...] uma manifestação de disfuncionalidade, um fenômeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção".[35] O delito como comportamento danoso, não se atém a um fato que lesiona ou põe em perigo um bem, uma vez que "a danosidade e o bem jurídico respondem a questões diferentes que se prendem, respectivamente, com a função e o objetivo da norma".[36]

No entanto, a teorização sociológica sofre críticas, sobretudo, por não delimitar um conceito de bem jurídico e não conseguir explicar o porquê de certa sociedade criminalizar exatamente determinados comportamentos e não outros.[37]

---

[33] *Idem, Ibidem,* p. 194.
[34] PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 32.
[35] ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 97.
[36] *Idem, Ibidem,* p. 100.
[37] PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 35.

O desdobramento evolutivo da concepção de bem jurídico permanece com grande número de contribuições. Aliás, o conceito de bem jurídico penal ainda é discutível, mesmo que não se confunda com o objeto material do delito, uma vez que este é elemento do próprio tipo penal, podendo ser corpóreo ou incorpóreo, e onde incide a conduta delituosa que compõe o núcleo do tipo, exigindo que a consumação do delito modifique o mundo exterior. De tal modo, é concebível delito sem resultado naturalístico, mas não sem resultado jurídico, isto é, sem violar ou expor a perigo um bem jurídico tutelado pelo direito penal.

Dentre as definições do bem jurídico prepondera o entendimento de ser esse valor ou interesse da sociedade protegido pela norma. Segundo, Hans Welzel sob um aspecto objetivo o bem jurídico é "um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente".[38] Já Francisco Muñoz Conde vê o bem jurídico como um "pressuposto de que a pessoa necessita para sua autorrealização na vida social"[39], mencionando também a ideia dos interesses vitais. Assim sendo, o "conceito de bem jurídico é utilizado pelo Direito Penal como critério de classificação, aglutinando os diversos tipos delitivos em função do bem jurídico neles protegido".[40]

Na doutrina brasileira podemos mencionar o respeitável conceito de Heleno Cláudio Fragoso, segundo o qual "bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica"[41], assim sua natureza e qualidade dependem do sentido que a norma expõe ou que a ela é atribuído, compondo uma realidade normatizada pelo direito. Vale realçar que o "objeto da tutela é o bem, não o interesse [...]. O bem jurídico não se confunde com o escopo da norma. Fim e objetivo são categorias logicamente distintas, embora não haja escopo sem objeto".[42]

Por conseguinte, observamos que a determinação do bem jurídico-penal é fundamental para a compreensão dos fins a que se destina o direito penal. Não olvidando que "o essencial reside no caráter de fundamentalidade de que os bens se devem revestir para a realização humana em comunidade e não na sua natureza material ou imaterial"[43], então, ainda que haja objetividade e universalidade no bem jurídico, este antes de tudo é um postulado axiológico.

---

[38] *Idem*, *Ibidem*, p. 36.
[39] *Idem*, *Ibidem.*
[40] MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Trad. e notas Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 51.
[41] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 265.
[42] *Idem*, *Ibidem*, p. 278.
[43] CUNHA, Maria da Conceição. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa. 1995, p. 88.

Com efeito, das funções delineadas na doutrina acerca do bem jurídico, é pertinente eleger como principal a **função de garantia** de cunho político-criminal que atinge a limitação da atuação penal do Estado. Assim, o direito penal só tem razão de atuar para proteger bens jurídicos penais que foram acatados, havendo lesão efetiva ou o perigo de lesão. Somente quando se estiver diante de uma situação de indispensabilidade da proteção do bem jurídico o Poder Legiferante deverá atuar, fazendo valer, portanto, o Estado Democrático de Direito, evitando punições infundadas e ilegítimas.

Além disso, o bem jurídico tem outros papeis - interpretativo, individualizador e sistemático. Em sua função **interpretativa**, o bem jurídico condiciona a interpretação dos tipos penais, visto que é o "conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos".[44] Funciona como instrumento metodológico de interpretação da norma penal, possibilitando à supressão de condutas que não representem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

Na função **individualizadora** a gravidade da ofensa ao bem jurídico serve de parâmetro para uma reprimenda proporcional no momento concreto da fixação da pena. Já em sua função **sistemática** é um elemento classificatório determinador de tipos penais, um "importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do direito penal e [...] o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado por nosso código penal"[45], ao ordenar os delitos de acordo com o bem jurídico protegido.

Nilo Batista faz menção a uma quinta função, qual seja a função **crítica**, função essa que se manifesta, na medida em que "a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador, criando, [...] oportunidade para a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão".[46] Perquirindo acerca das finalidades do legislador, se pode aceder uma crítica do Direito Penal como um todo, ao passo que se pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima.

Sem prejuízo das demais funções, é nítido que na função de garantia o bem jurídico se apresenta na dimensão material da norma penal incriminadora, acentuando sua importância por limitar e legitimar a criminalização e descriminalização de condutas típicas. Por isso, a

---

[44] POLAINO, Miguel Navarrete. *El bien jurídico em el Drecho y Constitución.* Madri: Tecnos, 1990, *Apud* PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 41.
[45] BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 96.
[46] *Idem, Ibidem,* p. 97.

par de suas funções "o bem jurídico deve ser um conceito orientado político-criminalmente que atua de forma dogmática como um dos pressupostos de imposição da pena".[47]

2.2 PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS À TUTELA PENAL

Em um breve parêntese recordamos que o Estado Constitucional despontou de início como Estado Liberal, o qual "estava alicerçado em ideais que procuravam obter a superação do caos medieval e da primeira fase do Estado que superou a forma medieval: o absolutismo".[48] Para além do império da lei, o Estado Liberal é um ideal político que transcende a legalidade, pois concerne ao que a lei deva ser, e, implica que o governo não deva utilizar seus poderes coercitivos em relação a um indivíduo, salvo quando uma norma penal for violada. Portanto, tinha por fundamento os valores burgueses da liberdade individual e a limitação das funções do poder (de punir) estatal. Indubitavelmente, apenas a partir da Revolução Francesa (1789), e, por consequência, com o liberalismo, é que podemos falar em direitos e garantias constitucionais penais.[49]

Na ótica liberal, a liberdade é considerada o centro do ordenamento jurídico, porém no intitulado Estado Social[50] (*Welfare*) que tem com marco histórico a Revolução Industrial (século XIX), os direitos coletivos já encontram abrigo no ordenamento constitucional, o que fomentou a proteção dos interesses legítimos da sociedade, através de uma persecução penal direcionada para a segurança social, principalmente, por tutelar as liberdades positivas, reais ou concretas, com amparo no princípio da igualdade material entre os cidadãos.

No entanto, somente com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito a função do direito penal ultrapassou a noção individualista do Estado Liberal. Assim, não apenas protege o indivíduo, como queria o Estado Liberal, mas implementa novos bens, de modo que a função do direito penal, desde então, seria a de proteger bens jurídicos. Porém, a teorização do bem jurídico tem sofrido muitas mudanças, mormente, porque, não se pode

---

[47] SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 43.
[48] STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28.
[49] *Idem, Ibidem,* p. 27.
[50] Não se pode negar que o Estado Social "[...] no Brasil nunca passou de um simulacro, pois jamais se consolidou tal como ocorreu nos países europeus. Isso porque a América Latina, diferente da Europa, passou por processos de colonização, industrialização tardia e governos autoritários, o que não permitiu o desenvolvimento de um modelo de Estado Social". (MORAIS, José Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 81)

alcançar uma definição singular, devido ao advento de novas ameaças, ou a necessidade de preservar de forma mais extensiva um bem, uma vez que o fato criminoso passou a atentar contra objetividades jurídicas difusas.

Não é despiciendo ressaltar que o Estado Democrático de Direito originou a terceira dimensão dos direitos fundamentais, ao passo que o Estado passou a intervir em benefício da sociedade. Em outras palavras, se primeiramente (primeira dimensão), o poder tencionou garantir os direitos individuais - vida, liberdade e propriedade -; e, seguidamente (segunda dimensão), passou a intervir na sociedade para garantir a igualdade entre seus integrantes, por meio de direitos coletivos; por fim, em uma terceira dimensão[51], o Estado passou a garantir os direitos transindividuais (difusos), isto é, com fulcro nos princípios da fraternidade e da solidariedade expressando preocupação com as gerações humanas, tutelando direitos como a democracia, a autodeterminação e o desenvolvimento dos povos.

Pois bem. Decerto, a sociedade brasileira estabeleceu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, um pacto conduzido a um novo modelo de sociedade, constituído sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado este no desenvolvimento da democracia, estabelece um sistema de direitos fundamentais com base na justiça social, na igualdade material, e, principalmente, na legalidade. A partir de então se delimitou "claramente as abstenções dos poderes públicos frente às garantias individuais liberais dos cidadãos, bem como as obrigações de fazer do Estado a fim de satisfazer os direitos sociais de sua população".[52]

A Constituição traça o perfil do Estado e sua atuação, ao passo que limita os fundamentos, objetivos e princípios basilares (arts. 1º ao 5º, da CF/88) dele. O Direito como expressão da soberania do Estado, e, particularmente, o direito penal, devem exprimir os valores mais importantes do texto constitucional, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade. Isso porque, o "catálogo de direitos fundamentais constitui o núcleo

[51] Apesar de não existir consenso sobre o conteúdo de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, entende Norberto Bobbio que "tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética". (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6). Já Paulo Bonavides ao defender a existência dos direitos dessa dimensão, atribui a eles um aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo. Inclusive, esse doutrinador faz menção à possibilidade concreta de uma quinta dimensão, frente ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, e atribui como esfera da proteção à paz. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571-572)

[52] COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 82.

específico de legitimação e limite da intervenção penal e que, por sua vez, delimita o âmbito do punível nas condutas delitivas".[53]

Desse modo, ante a configuração do Estado Democrático de Direito, o direito penal passou a extrair da hierarquia valorativa contida na Constituição seu conteúdo material e sua legitimação. Como norma fundamental de cada comunidade a Constituição impõe seus princípios, a todo ordenamento jurídico, desempenhando o papel de orientar o legislador penal limitando, também, a sua discricionariedade, uma vez que reflete as concepções dominantes de uma sociedade. Nesses termos,

> a Constituição garante o desenvolvimento dogmático do direito penal mediante estruturas valorativas que lhes sejam próprias, e, também, estabelece limites materiais que não podem ser ultrapassados pelo legislador penal. [...], ou seja, apenas o poder constituinte tem o condão de condicionar a atividade do Poder Legislativo. [...] evitando que haja arbitrariedades.[54]

Se a Constituição assume uma função compromissória e dirigente, não pode situar os bens jurídicos eleitos como merecedores de tutela penal em um âmbito individualista.[55] Por efeito, o conceito de bem jurídico no entendimento das teorias constitucionais deve ser deduzido da Constituição. De tal modo, os bens jurídicos dignos de tutela penal são aqueles previstos na sistemática do texto constitucional, havendo duas correntes de pensamento na sobredita teoria: a corrente constitucional ampla ou genérica, e, a estrita.

Na vertente **genérica** o legislador tem maior liberdade na elaboração dos tipos penais, uma vez que "a norma constitucional não constitui fundamento obrigatório de dedução lógica dos bens jurídicos (obrigação de criminalização), senão unicamente um marco de referência".[56] Assim, para a criminalização de uma conduta como típica, dispensável se faz que os valores a serem tutelados pelo direito penal estejam previstos expressamente no texto constitucional, podendo ser tutelados aqueles considerados implícitos.

Embora não tenham *status* constitucional merecem proteção os bens que estão ligados a um valor constitucional por uma relação de vinculação necessária, de modo que a lesão àquele acarretará perigo a este. A crítica a esta vertente perfaz-se por ela não trazer em seu

---

[53] QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 18.
[54] FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.
[55] STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41-42.
[56] GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 92.

bojo o caráter limitador do *ius puniendi* estatal, isto é, ao legislador infraconstitucional não é imposto limite na escolha dos bens penalmente relevantes.

Noutra banda para vertente **estrita** o legislador só pode tutelar os bens que estejam abrigados no texto constitucional. Somente na Constituição é possível buscar os bens jurídico-penais, de modo que estes representam os bens socialmente relevantes, já que contidos no texto constitucional em prescrições específicas e explícitas. O bem jurídico-penal é então aquele cuja tutela penal foi demandada pelo legislador constituinte.

Essa concepção, entretanto, esbarra nas próprias limitações do Direito, enquanto ordenamento estático, o qual não pode prever toda a esfera de proteção imprescindível aos indivíduos no transcorrer do tempo. Porquanto, "a derivação exclusiva dos bens jurídicos à Constituição imporia ao legislador um campo limitado, que desdenharia o princípio do pluralismo político e da separação de poderes, concedendo ao bem um caráter estático".[57] Ainda assim a corrente restritiva se mostra mais sensata, notadamente para a defesa dos valores sociais mais relevantes passarem a ser juridicamente tutelados, ao passo que

> o ponto de partida da tese de que a Constituição exerce direita influência no conteúdo das normas penais consiste em considerar que os valores básicos constitucionalizados constituem os elementos axiológicos, de natureza ético-jurídica, que conferem unidade, fundamento e legitimidade ao conjunto da ordem jurídico-política da comunidade.[58]

Contudo, as teorias genérica e estrita se complementam, uma vez que a diretriz constitucional aduz uma natureza eclética, ancorando o bem jurídico na realidade social.

Neste ponto, se faz necessário tratar da **imposição material criminalizadora**, uma vez que "a tipificação penal de uma conduta sempre implicará, necessariamente, uma intervenção nos direitos fundamentais".[59]

Se o bem é tudo aquilo que satisfaz a necessidade da existência humana, um objeto da realidade que compõe um interesse da sociedade para a conservação de seu sistema social, quando salvaguardado pelo direito penal institui proteção à sociedade mediante a tipificação de condutas. Diante dessa abrangência da conceituação de bem, precisamente pelas constantes

---

[57] FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 52.
[58] GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87.
[59] STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46.

mutações históricas, culturais e sociais dos interesses, vimos que a delimitação do objeto de proteção penal não é tarefa simples.

Salienta-se que nem todo bem jurídico requer tutela penal. Inobstante, para que um bem jurídico possa receber a tutela penal deve ter importância social e necessidade de proteção do direito penal. Entende Luiz Luisi que "os bens jurídicos estão na base da criação dos tipos penais. Esta resulta da necessidade de proteção daqueles bens indispensáveis ao convívio ordenado dos homens".[60] Por isso, para sua tutela é forçoso que sejam insuficientes outros meios de defesa menos lesivos que o direito penal, sendo este a *ultima ratio*. O fracasso de todos os meios não penais, e, consequentemente, da política social, é fundamental para atribuir o *status* penal a um bem jurídico.

Não se pode olvidar as ressalvas impostas pelo princípio da **fragmentariedade** e da **ofensividade**. O Estado só abriga os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de maior gravidade, que ofendam um bem jurídico provocando uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem. Esses óbices "estão ligados à diversidade categorial dos bens jurídicos, que podem ser uma pessoa, uma conduta, uma coisa, um atributo jurídico ou social da pessoa, da conduta, ou da coisa, uma relação vital, um valor".[61] Nestes meandros, o bem jurídico-penal, por seu turno, compreende "os bens existenciais (pessoais) valorados positivamente pelo Direito e protegidos dentro e nos limites de uma determinada relação social conflitiva por uma norma penal".[62]

Os bens puramente ideológicos e culturais não merecem proteção penal, porque não são bens vitais da sociedade e do indivíduo. A criminalização, para estar legitimada, deverá ofender aqueles valores que a Constituição ponderar essenciais, e, aqui, não entram os valores morais, religiosos e todas as normas arbitrárias que nada protegem e, ainda restringem os direitos e garantias individuais e coletivas. Por conseguinte, "os bens jurídicos não têm uma validade natural e infinita; preferentemente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais".[63]

Por outro lado, existem novas categorias de bens jurídicos carecedores de preservação penal. Ao analisar os efeitos das transformações sociais no direito penal, como sobredito, reconhece-se a precisão da proteção dos interesses não só individuais como, também

---

[60] LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 50.
[61] BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 95.
[62] BIANCHINI, A.; MOLINA, A. G.; GOMES, L. F. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 223.
[63] ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 36.

interesses difusos e **coletivos**, os quais apresentam um caráter supraindividual ou transindividual, pois estão incorporados à coletividade social, não se referindo a um indivíduo determinado. Essa controvérsia no campo do direito penal entre a concepção de bem jurídico atravessa a segunda metade do século XX.

Cabe narrar que os interesses coletivos são interesses públicos que decorrem de um consenso coletivo, em que há unanimidade social de proteção e forma de proteção, sendo indivisíveis em relação aos titulares. Os interesses difusos também se referem à sociedade como um todo, aduzem indisponibilidade individual e indivisibilidade em relação aos titulares. No entanto, os "bens de natureza difusa trazem uma *conflituosidade social* que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade [...]".[64]

Nesse plano, se insere, a exemplo, a segurança pública[65], o qual garante a incolumidade das pessoas e do patrimônio público e privado, ao preservar a ordem social e minorar as instabilidades (perigos) do convívio humano. Portanto, requer prestações positivas do Estado, mas na perspectiva dos direitos vinculados à vida em sociedade, "inserido, assim, na seara dos direitos fundamentais de terceira geração devido à titularidade difusa e o caráter transindividual, onde a titularidade é de todos, sem poder especificar [...] quem o seja".[66]

Desse imperativo de implementação de instrumentos aptos a dar efetividade à tutela de interesses supraindividuais, surgiu uma celeuma devido à forte índole individualista tão enraizada na dogmática penal. De acordo com a concepção dualista, o bem jurídico, além de individual, é social e comunitário, portanto, são merecedores, também, da intervenção punitiva os bens não individuais. A concepção monista, por sua vez, entende o bem jurídico apenas com natureza individual, antropocêntrica, em que o ser humano é o núcleo do valor. Há ainda uma concepção mista, a qual corrobora a existência de bens supraindividuais, contanto que estejam ligados ao que interessa ao ser humano.

Notoriamente, no direito penal da contemporaneidade é imprescindível a delimitação dos bens jurídicos coletivos atrelados a bens supraindividuais que transcendem o indivíduo e cuja conceituação depende de um grau maior de abstração, isto é, desmaterializada. Nessa

---

[64] FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal**: a constituição penal. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 60.

[65] Decerto, aqui se insere uma série de problemas dogmáticos (os quais não temos a pretensão, nem possibilidade de listar) que reclamam ainda maior investimento em termos de investigação como o enfrentamento do crime organizado.

[66] ANDRADE, Vinicius Lúcio de. Direito fundamental à segurança Pública: Fraternidade, Participação e Efetividade. **Orbis Revista Científica**. vol. 4, n. 1, pp. 30-41. 2014, ISSN: 2178-4809, p. 33. Disponível em: http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/105/105. Acesso em: 05 jan. 2018.

linha, entende Claus Roxin que "a definição de bem jurídico não pode ser limitada a bens individuais: ela abrange também bens jurídicos gerais, mas esses bens só são legítimos quando convém ao próprio cidadão".[67]

Acrescenta Roxin que o bem jurídico como um interesse social juridicamente tutelado, pode ser material ou imaterial, uma vez que compõe circunstâncias reais. Também, são denominados como bens jurídicos, por Roxin, as condições individuais e as instituições sociais necessárias à coexistência, tem-se, aqui, um conceito personalista de bem jurídico.

Assim, para o doutrinador acima mencionado o bem jurídico não precisa ter realidade material, pois o fundamento da incriminação estatal vislumbra que "o princípio da proteção de bens jurídicos não se deve ser visto, sem embargo, como o único critério para a legitimação de tipos penais",[68] visto que é indispensável à tutela baseada na antecipação da punição, o que se faz com a criação de tipos de perigo abstrato de natureza preventiva, por reprimirem condutas sem que haja necessidade de uma lesão concreta a um bem.

Cumpre esclarecer que os delitos de perigo abstrato são legítimos e constitucionais, por efeito da periculosidade da conduta, ou seja, da potencialidade de lesionar ou colocar em risco, ainda que em abstrato, o bem jurídico resguardado pela norma penal. A própria Constituição de 1998 delineia um deles, qual seja o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, e prevê sua hediondez equiparada. Os tipos que proíbem ações entendidas como perigosas abstratamente têm por finalidade o desenvolvimento do indivíduo e a manutenção da sociedade, como bem comenta Jorge Figueiredo Dias

> há a necessidade de proteção por meio do direito penal das gerações futuras frente a riscos cujas consequências não se deixam de imediato perceber, mas que carregam em si um potencial de acarretar após um longo espaço de tempo a eliminação das condições de sobrevivência da espécie humana.[69]

Nessas implicações de Figueiredo Dias sobre o risco incorporado ao direito penal, afirma ele que não se nega a preservação da dignidade da pessoa do delinquente, nem tampouco denota o fim da proteção de bens jurídicos, uma vez que ao lado dos bens jurídicos individuais, "e no mesmo nível de exigência de tutela autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, transindividuais, transpessoais, colectivos".[70]

---

[67] ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.
[68] *Idem, Ibidem*, p. 27.
[69] DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 75, p. 45-58, 2003.
[70] *Idem, Ibidem.*

Ademais, há um vínculo existente entre a Constituição e o direito penal, no que toca as limitações ao *ius puniendi* consubstanciadas ao processo de seleção dos valores sociais (individuais, coletivos e difusos) a serem tutelados pelo sistema jurídico penal. Se a Constituição veda valores incompatíveis com o seu quadro axiológico, ela impõe limites à escolha dos bens jurídico-penais. Por conseguinte, a "comunidade reconhece hoje como valores fundamentais determinados interesses que não são pertença de alguém, mas de todos. Interesses cuja importância está hoje vertida e consagrada no texto constitucional".[71]

Nas palavras de Maria Luiza Schäfer Streck a consequência lógica desse paradigma é que o cerne do direito penal, bem como a teoria do bem jurídico deve ser direcionado para:

> [...] **combater os crimes que impedem a concretização dos direitos e garantias fundamentais**. Toda lei penal deve, portanto, representar a medida que o Estado adota para poder proteger os direitos fundamentais e os demais bens jurídicos que a Constituição ordena que sejam resguardados. Em contrapartida, **o legislador penal pode vulnerar os direitos fundamentais quando a severidade de suas previsões não chega a oferecer uma proteção suficientemente satisfatória e efetiva**.[72]

Daí que, a imposição constitucional de conteúdo assume duas finalidades. A primeira compreende a proteção aos direitos fundamentais, e se distingue como **imposição constitucional criminalizadora de conteúdo impeditivo**. Aqui, a Constituição por meio dos direitos e das garantias fundamentais, com valoração de cláusula pétrea, impõe limites ao legislador ordinário e ao intérprete da lei penal, de modo a proibir a descriminalização de ofensa a bens jurídicos de elevada importância social, como a vida e a liberdade sexual, tutelados pelos tipos penais do homicídio e do estupro.

Segundo, Robert Alexy constitui um direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine, ou seja, não derrogue determinadas normas.[73] É um limite material como fonte valorativa e como fundamento normativo, assim "se o surgimento de uma nova lei criminalizadora pós-Constituição regula melhor e com mais eficiência as dimensões dos bens vida e liberdade, também ela não poderá mais ser revogada nesse aspecto".[74]

Uma otimização do funcionamento do sistema penal é a segunda finalidade, denominada de **imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo**, nessa a

---

[71] SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 86, p. 245-246, set./out. 2010.
[72] STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46.
[73] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 200.
[74] LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

Constituição expressamente indica a necessidade de proteção penal, impondo ao legislador zona obrigatória de criminalização, bem como, o recrudescimento penal. A cláusula de abertura dessa imposição é a norma do art. 5º, inciso XLI, da Constituição de 1988 - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais -. Outra norma de relevante importância é o art. 227, § 4º, ao dispor que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente". O conteúdo prescritivo de criminalização sinaliza ao legislador

> a necessidade de criação de tipos penais para a proteção de determinados bens, ou caso aqueles já existam, para que não sejam retirados do ordenamento jurídico, pois dizem respeito a um conteúdo mínimo e irrenunciável de coerção de intervenção penal necessária.[75]

No entendimento de Robert Alexy o direito à proteção por meio de normas do direito penal é um direito de ação positiva normativa, o qual pressupõe a titularidade de direitos fundamentais. De tal modo, "os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas normativas são direitos e atos estatais de criação de normas".[76] Incide, justamente sobre "aquelas medidas estatais, também de caráter organizacional, que sejam imprescindíveis para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida".[77] Neste sentido afirma Figueiredo Dias que ao direito penal apenas cabe "uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas à livre personalidade de cada homem".[78] O legislador penal está materialmente vinculado à Constituição, assim a liberdade de legislar em matéria penal é relativa.

Ressalta-se, entretanto, que a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, a criação de novos bens jurídicos penais, "a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios político-criminais de garantia, são reflexos da expansão do direito penal"[79], principalmente, em virtude da sociedade moderna demandar uma necessidade gradualmente maior de proteção do que o Estado tem lhe proporcionado.

---

[75] FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal**: a constituição penal. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.
[76] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 201-202.
[77] *Idem, Ibidem,* p. 202.
[78] DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal e Estado de Direito Material. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, n. 31, p. 43, jan./jun. 1981.
[79] SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

2.3 INTERVENÇÃO PENAL LEGALIZADA EM PRINCÍPIO

2.3.1 Legalidade como ordem restritiva: paradigma principiológico

Os princípios constitucionais penais são, é possível dizer, uma exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do direito penal em um Estado Democrático de Direito.[80] Funcionam como limite da atuação estatal, tanto por parte do legislador, como por parte do Poder Judiciário, tendo por base a lógica de equilíbrio da acepção de dignidade humana da vítima e do violador da lei penal, compreendendo uma proteção formal juntamente com uma garantia substancial.

De fato, não seria prudente dissociar-se a estruturação do poder punitivo do estudo dos princípios penais jurídico-constitucionais, especialmente, por ser através dos princípios que se estabelece uma relação entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, e o conteúdo valorativo da lei penal. Aliás, ao se entender que segundo Canotilho o sistema jurídico é "um sistema normativo aberto de regras e princípios",[81]-[82] ao passo que o direito constitucional possa ser constituído com base em princípios, além de se possibilitar a solução de certas questões metódicas, permite-se maior abertura e legitimidade à ordem jurídica, em razão dos princípios consagrarem os valores que fundamentam e justificam essa ordem.[83]

Consequentemente é inverossímil se falar em direito penal sem a existência de princípios inseridos no cerne da Constituição, visto que um sistema não pode ser formado exclusivamente por regras, por ser incapaz de prever todas as situações juridicamente possíveis, bem como por limitar sua eficiência prática. Nada obstante, também não seria exequível um sistema exclusivamente de princípios, em virtude da indeterminação e imprecisão desses, o que poderia tornar o sistema muito complexo e falível em segurança jurídica. É por isso que o sistema se apresenta como um sistema aberto, a fim de que seja possível acompanhar a constante evolução social.

---

[80] LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.
[81] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1123.
[82] Segundo Canotilho há diversos critérios a serem utilizados para se distinguir regras e princípios, na medida em que esses têm como características: (i) um grau de abstração sensivelmente elevado; (ii) um grau de determinabilidade sensivelmente reduzido para sua aplicação ao caso concreto; (iii) caráter de fundamentalidade; (iv) proximidade da ideia de direito; (v) natureza normogenética. (*Idem, Ibidem*, p. 1124-1125)
[83] *Idem, Ibidem*, p. 1127.

A proteção dos princípios constitucionalmente consagrados implica também uma normatividade, de modo que o Estado de Direito impõe o postulado da submissão do poder punitivo ao princípio da legalidade, que para funcionalizar como uma ordem restritiva além cumprir os preceitos a ele inerente, carece inferir a igualdade e a proporcionalidade penal.

É dizer que entre os princípios previstos de forma expressa na Constituição de 1988, o princípio da **legalidade penal**, por sua relevância primeva traz imposições restritivas, materiais e formais ao processo de construção da lei penal, bem como, imposições de conteúdo. Assim, a legalidade é um atributo e um requisito do poder, que, embora consinta o seu exercício discricionário, não admite que esse mesmo exercício seja efetuado de modo arbitrário. Se a intervenção legal é a materialização do princípio da legalidade, este é a principal condição de legitimação de Estado Democrático de Direito e dos reclames da sociedade moderna.

Convém realçar que a ideia de legalidade penal, historicamente, surgiu com a revolução burguesa, sendo expressão do estágio mais importante do movimento dirigido à positivação do direito e à estatização da reação penal. Emerge, portanto, como resposta aos abusos do absolutismo e enquanto afirmação da nova estrutura social, servindo, a um só tempo, como garantia do indivíduo perante o Estado e como reforço do monopólio estatal do direito penal.[84] Na perspectiva das finalidades da pena, o princípio, "se entendia como reforço de uma política criminal preventivo-geral, a que aportaria o requisito da certeza do castigo, com a conseguinte maior efetividade da norma correspondente".[85]

Também conhecido por princípio da reserva legal, a ideia de legalidade pode ser revelada pela expressão *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. A introdução da mencionada fórmula em latim é atribuída a Feuerbach, que, em obra lançada no ano de 1801, trouxe as ideias de *nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena (legalis) sine crimine.* Desde a concepção feuerbachiana, o princípio já se assentava na referida ideia de prevenção geral da pena, aqui entendida como coação psicológica, bem como nos ideais liberalistas, "que através do código penal não só pretendia a defesa do Estado diante do criminoso, mas também do criminoso diante do Estado".[86]

---

[84] BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 65.
[85] Tradução livre da autora. Texto original: "[...] *se entendia como refuerzo de uma politica criminal preventivo-general, a la que aportaria el requisito de la certeza del castigo, com la conseguiente mayor efectividad de la norma correspondiente*". (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María Silva. ***Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.*** Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992, p. 252)
[86] BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 66-67.

Assim, foi lançado o brocado que expressa o contido art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição de 1988 - "não há crime sem lei (reserva legal) anterior (anterioridade) que o defina (taxatividade), nem pena sem prévia cominação legal" - o princípio da legalidade fomenta a necessidade de lei para criação de delitos, assim veda o estabelecimento de crimes pelo costume, a analogia *in malam partem*, a retroatividade *in pejus* da lei penal e incriminações vagas e indeterminadas. Deste modo, não exclui tão-somente as penas ilegais (função de garantia), porém ao mesmo tempo, constitui a pena legal (função constitutiva), sobretudo, por assegurar a um prévio conhecimento dos delitos e das penas, como também garante que o cidadão não seja submetido à coerção penal diferente da prescrita em lei.

Como fonte de integração do direito penal é defesa a intervenção dos costumes na definição de delitos ou no agravamento de penas, pois a única fonte produtora do direito penal é o Estado, em razão da competência privativa da União Federal para legislar (art. 22, inciso I, da CF/1988)[87]. A delimitação do que é ou não crime, e quais são as condutas criminosas, é tarefa exclusivamente legislativa. Sendo a lei *stricto sensu* a única fonte de conteúdo (imediata), é inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo. Essa concepção de reserva absoluta postula que

> a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, cumprindo a lei proceder a uma integral formulação do tipo.[88]

Evidentemente, a proibição do emprego de analogia para criar crimes, ou agravar penas se dá em virtude de ser a analogia uma fonte mediata do direito penal. No entanto, é admitida a interpretação analógica *in bonam partem*, isto é, quando o réu possa ser beneficiado, já que "a interpretação extensiva não ultrapassa o limite de garantia representado pela literalidade da lei, porque toda interpretação admissível se move dentro deste limite (o sentido literal possível)".[89]

A proibição da retroatividade da lei penal *in pejus* se consagra no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988 e no art. 2º, do Código Penal - "a lei penal não retroagirá, salvo

---

[87] Em seu parágrafo único, o art. 22 permite aos Estados-Membros, excepcionalmente, legislar em matéria penal, mas para isso é necessário a autorização do Congresso Nacional, por meio de lei complementar, e que o fato fique restrito aos limites territoriais do Estado-Membro.

[88] BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 73.

[89] SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92.

para beneficiar o réu" - mitigando[90] o postulado do *tempus regit actum* (art. 3º, do Código Penal), que delimita a regra da aplicabilidade da norma de direito material vigente à época da ocorrência do fato. Assim, ao se entender que o réu deve sempre ser protegido e beneficiado, em virtude de um individualismo acentuado, a *novatio legis* incriminadora *in pejus* só é aplicada para fatos ocorridos durante sua vigência. Opostamente, a *novatio legis in mellius* e a *abolitio criminis*, além da regra geral, empregam a retroatividade benéfica ao réu.

Ademais, a proibição de incriminações vagas e indeterminadas, aduz que a lei penal deve ser taxativa, não podendo o cidadão ficar à mercê do intérprete. Com propriedade, expõe Roxin, sobre a indeterminação da lei:

> uma lei indeterminada ou imprecisa, e por isso mesmo pouco clara, não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, por que não implica uma auto limitação do *ius puniendi* estatal a que se possa recorrer; ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo desta forma a esfera do legislativo.[91]

Nessa vertente, a imposição restritiva da taxatividade das expressões do preceito primário da lei penal, fomenta um rigor de linguagem que reduza as imprecisões do enunciado prescritivo. Assim, a tipicidade penal exige o mínimo de vagueza possível, a fim de que o *ius puniend* seja nitidamente demarcado. Em vista disso, o preceito indeterminado se distingue da denominada norma penal em branco, pois, aquele não prescinde de um complemento, em face de sua amplitude, o qual é produzido pelo interprete mediante juízo de valoração. As normas penais em branco, por sua vez, são *lex imperfectas*, ao determinar apenas integralmente a sanção e possuir o preceito primário (tipo objetivo) incompleto. Destarte, essa complementação (homogênea ou heterogênea) limita as margens de espaço de decisão, porque, remete o interprete necessariamente a outra disposição legal.

O problema no âmbito penal são os extremos, ou seja, a proibição ou o excesso total da utilização dos conceitos normativos gerais, que não descrevem com precisão as condutas proibidas, requerendo do magistrado um juízo valorativo para complementação da descrição típica, com graves violações à segurança jurídica e a liberdade. Nada obstante, sabendo-se que a margem discricionária do interprete sempre estará presente, "se no delineamento da conduta proibida não é exatamente factível uma descrição categórica, que a proposição seja menos

---

[90] Exceto, quando a lei for excepcional ou temporária, uma vez que essas possuem ultratividade, incidem nos fatos praticados durante sua vigência, mesmo estando revogada.

[91] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Trad. Ana Paulo dos Santos; Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 169.

obscura, que as ambiguidades sejam diminuídas"[92], estreitando-se ao máximo o arbítrio do aplicador da lei penal.

A Constituição faz uma imposição restritiva ao direito penal ao reduzir os limites da criminalização, assim materialmente a legalidade impossibilita a criação de normas penais que contrariem os direitos fundamentais, e formalmente atua quando fixa regulações estruturais para a fabricação das normas penais. Por certo, uma adoção meramente formal da legalidade pode não ensejar o freio à intervenção estatal, de modo que esta pode ser utilizada para justificar e legitimar um estado penal do terror. A legalidade "não é, portanto, apenas uma exigência de segurança jurídica que requeira a possibilidade de conhecimento prévio dos delitos e das penas, mas também uma garantia política do cidadão".[93]

Essa produção racional do direito através de normas gerais e abstratas objetiva minorar a insegurança proveniente de ordens arbitrárias. Assim, gera uma garantia de um tratamento igualitário para todos os cidadãos, ou seja, sem tratamento diferencial entre indivíduos ou grupos sociais. Todavia, essa igualdade que a legalidade fomenta, também, deve ser compreendida sob dois aspectos: a igualdade formal e a igualdade material, esta incide no plano fático, e aquela no plano normativo. Isto é, abstratamente, a lei deve estabelecer direitos e deveres igualitários a todos, entretanto, materialmente existem desigualdade gritantes, as quais a lei não pode ignorar.

Neste enquadramento explica Celso de Mello que o princípio da **igualdade** impede trato desuniforme às pessoas, sendo essa a sua função precípua, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, ao passo que as pessoas podem ser colhidas por regimes diferentes.[94] E não seria diferente com a norma penal. Se o conteúdo político ideológico absorvido pela a isonomia é a equidade (art. 5º, *caput*, CF/88), a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições. Portanto, é vedado ao legislador conceder benefícios sem justificativa, de modo que as disposições legais distintas devem estar pautadas em uma relação lógica entre a norma discriminadora e o fim que ela ambiciona. Isto é, devem ter critérios distintivos validamente justificadores de tratamentos jurídicos díspares legítimos,

---

[92] LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.
[93] SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.
[94] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 7.

fomentando uma compreensão coesa do conteúdo da isonomia. Nisso "o que se põe em pauta, portanto, são sempre as pessoas, fatos ou situações, pois só neles podem residir diferenças".[95]

Então, interroga-se "quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Quais os limites que adversam este exercício normal, inerente à função legal de discriminar?".[96] Não seria isonômico punir igualmente indivíduos que praticaram condutas ilícitas de gravidade distintas, atingindo bens jurídicos de importância díspares, como o patrimônio violado em um delito de roubo simples, e a violação da vida como resultado de um roubo qualificado (latrocínio), ainda que o bem primevo seja o patrimônio. A perigosidade da conduta delitiva requer inequívoca inocuização do delinquente, tratamento esse que o distingue daquele indivíduo que delinque de forma menos belicosa.

No âmbito constitucional penal, nitidamente, deve sempre estar presente uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios e o fim da norma penal, não olvidando a consonância entre os direitos e garantias constitucionais salvaguardadas. Nesta ocasião se impõe o princípio da **proporcionalidade**, determinando que a gravidade do fato deve corresponder a gravidade da pena, ou seja, a ideia lógica de proporcionalidade é necessária para graduar as penas, o que impediria, em tese, uma punibilidade através do talião.

Ao se decompor o discutido princípio tem-se que a necessidade do direito penal só é equitativa quando afasta os delitos através de seu fim preventivo; já a adequação penal tenciona delimitar os traços de sua subsidiariedade; e, a proporcionalidade em sentido estrito atua entre a criminalização primária e a criminalização secundária, o que "requer um juízo de ponderação entre a carga de privação ou restrição de direito que a pena comporta e o fim perseguido com a incriminação e com as penas em questão".[97]

Decerto não se pode refutar que o direito penal é o meio mais violento de que dispõe o Estado para exercer coerção sobre a liberdade dos cidadãos, portanto a razoabilidade não se limita a graduar as penas, mas, também, como reverbera Santiago Mir Puig "o princípio da proporcionalidade deve limitar toda intervenção estatal que atinja os direitos do cidadão, e tem o caráter de exigência constitucional quando [...] afeta os direito humanos".[98]

Essa proibição do excesso se conecta a proporcionalidade como uma garantia negativa à intervenção estatal, de modo que as restrições aplicadas a um direito fundamental na

---

[95] *Idem, Ibidem,* p. 25.
[96] *Idem, Ibidem,* p. 8.
[97] QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 88.
[98] SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 105.

dissolução de um conflito deve se limitar ao mínimo indispensável para que haja a harmonização social, sob o risco de a intervenção penal ser deslegitimada. A proporcionalidade atua, neste plano, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, porém a atividade estatal não se esgota nesta dimensão, uma vez que também há um imperativo de tutela ou dever de proteção, "no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência".[99]

Nessa formulação, o princípio da proibição de insuficiência (ou da proteção deficiente), enquanto corolário da razoabilidade indica uma omissão indevida do Estado na sua tarefa de proteção aos direitos fundamentais. Assim, tem por função o imperativo de tutelar o dever de proteção do Estado que resulta, inclusive, na vinculação com a proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção penal. Para efetivar esse dever de proteção, é permitido ao Estado afetar de modo proporcional um direito fundamental. Ocorre que o Estado "pode frustrar do seu dever de proteção atuando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar, hipótese vinculada à problemática das omissões inconstitucionais"[100], o que viola em conjunto as imposições constitucionais de conteúdo impeditivo e prescritivo.

Notadamente existe uma congruência substancial entre a proibição de insuficiência e a proibição de excesso, a dizer, o consenso a respeito da existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que "não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também [...] contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais".[101] As virtualidades do princípio da proporcionalidade, seja o excesso ou a insuficiência, atuam também na esfera "onipresente da política criminal", por isso o referido princípio

> não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio.[102]

---

[99] SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, pp. 60-122, mar./abr. mar./abr. 2004. ISSN: 1415-5400, p. 104.
[100] *Idem, Ibidem*, p. 98.
[101] *Idem, Ibidem*, p. 87.
[102] *Idem, Ibidem*, p. 122.

Pois bem. Enquanto o Estado de Direito associa-se ao princípio da legalidade, o Estado Social associa-se à necessidade social da imposição de conteúdo implícito como a intervenção mínima e a ofensividade a um bem jurídico, representada pelo risco ou dano efetivo, princípios esses aos quais já nos referimos quando tratamos das imposições materiais criminalizadoras.

Não obstante, a égide do Estado Democrático de Direito exprime a acepção de que o Estado está a serviço da proteção dos interesses dos cidadãos. Assim, ainda com o objetivo de eliminar o arbítrio do legislador, o princípio da legalidade, enquanto paradigma principiológico penal deve atender aos princípios explícitos da culpabilidade e da humanidade da punição, em uma fundamentação baseada na dignidade humana a fim de possibilitar que o indivíduo cumpra a lei penal.

Em resgate breve, é incontestável que o brocardo *nulla poena sine culpa* define o princípio da **culpabilidade** para o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII, CF/1988). Atua, portanto como elemento integrante da teoria analítica do crime, princípio medidor da pena (na dosimetria), e veda a responsabilidade penal objetiva, de modo que o simples nexo causal entre a conduta e o resultado não é suficiente para ensejar à pena. Logo, ao desenhar com firmeza a responsabilidade pela culpa, a culpabilidade autoriza a imposição de pena ao autor culpável de uma ação típica e antijurídica, exigindo que o julgador comine pena apenas quando "a conduta do sujeito, [...] associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável, sendo a reprovabilidade da conduta o núcleo da ideia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena".[103]

Na essência da culpabilidade a responsabilidade penal é sempre pessoal e o indivíduo que pratica o delito não poderá ser punido por sua personalidade, senão pelo fato que pratica e a culpa que o motivou. Isto é, a responsabilidade pelo fato contrapõe-se a probabilidade de punição pelo "modo de ser" do indivíduo. Assim, detém por corolário a "intranscendência da pena", ao impossibilitar que esta exceda a pessoa do autor do delito ou, mais analiticamente, dos autores e partícipes. Assegura ainda como corolário a "individualização judicial" ao estabelecer que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta a qual se destina.

Com maior profundidade a culpabilidade expressa uma responsabilidade social do Estado, ou uma co-culpabilidade da sociedade organizada, que na colocação de Juarez Cirino

[103] BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 103.

dos Santos, pode ser admitida como uma valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas.[104] Deve, então, o Estado arcar com as consequências de sua responsabilidade pela sonegação das possibilidades de autodeterminação dos indivíduos, "em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu".[105]

Na prática essa compreensão se direciona a culpabilidade, enquanto circunstância judicial da primeira fase da dosimetria da pena (art. 59, Código Penal), de tal modo não se pode "reprovar com a mesma intensidade as pessoas que ocupam situações de privilégio e a outras que se acham em situação de extrema penúria".[106] Convém enfatizar que tal lógica difere de um "vitimismo do delinquente" em uma sociedade hipoteticamente opressora, nem tampouco interdita o indivíduo da imputação punitiva, em razão de sua marginalização social.

Para o fechamento dessa dialética o princípio da **humanidade** circunscreve que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que agridam a dignidade humana ou ainda lesionem físico-psiquicamente o agente do fato delituoso. Tal princípio intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena, e tendo por fulcro os incisos III, XLVI e XLVII, do art. 5º, da Constituição de 1988, veda a tortura, penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou crueis. Nada obstante, atenta Guilherme Nucci que "no contexto da crueldade, o desleixo no controle da população carcerária pode levar [por exemplo,] o crime organizado a assumir, na prática, o destino do presídio, e com isso instala-se regime rigoroso e injusto".[107] Essa submissão dos reeducados seria uma forma latente, segundo o referido autor, de pena cruel e desumana no Brasil. Por certo, a pena não pode ser uma coerção puramente negativa, aliás, é imprescindível a concomitância de dois objetivos legais: o castigo e a reintegração. Sem estes objetivos a pena se torna autêntica vingança social, atentando contra a incolumidade da pessoa como ser social, uma vez que o indivíduo continua detentor da dignidade humana, não poderá ser tratado como objeto em um Estado discernido como democrático e de direito.

---

[104] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 231.
[105] BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 105.
[106] *Idem, Ibidem*.
[107] NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156.

2.3.2 Núcleo essencial da dignidade humana

A dignidade humana é uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, por isso é designada como uma categoria moral, unificadora de todos os direitos fundamentais. Defende Zaffaroni que dos princípios que derivam do Estado legalista, a dignidade se mostra como o mais valioso, pois sua violação implicaria no desconhecimento da essência do conceito de pessoa.[108] É a dignidade humana o primeiro limite material a ser poupado pela intervenção penal, já que prescrita no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, fundamenta o Estado Democrático de Direito, sendo regra, princípio e valor. Por este ângulo assinala de Paulo Bonavides que

> a dignidade da pessoa humana **deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo**, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana – período clássico e medievo –, **para se converter numa proposição autônoma do mais elevado teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais**.[109] (grifo nosso)

Deveras, "os seres humanos não têm preço ou valor, mas possuem dignidade, isto é, um valor incondicionado e absoluto que ultrapassa todos os valores".[110] Por outras palavras, dignidade "é a qualidade particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres".[111]

Trata-se, portanto, de valor que pertence de forma irrevogável aos seres humanos, como própria representação que fazemos da condição humana, independente de suas qualidades singulares. Diante de sua densidade, a dignidade humana personifica o sujeito de direito, ou seja, todos aqueles a quem são atribuídos direitos e deveres, perante a ordem jurídica. Dentro desse contexto, é válido enfatizar que

> o reconhecimento de que todos os nossos semelhantes possuem um valor não pode admitir gradação ou hierarquia. Se admitirmos a existência de uma comunidade moral à qual todos os homens pertenceriam, tal comunidade não pode ser vista como um clube cujos sócios podem aderir ou ser expulsos a qualquer momento em função de suas qualidades. **Se há uma comunidade moral, os <u>patifes</u> e os <u>párias</u> também fazem parte dela. E isso não nos**

---

[108] ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro I**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 245.
[109] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 537.
[110] RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 15.
[111] *Idem, Ibidem.*

> **autoriza a negar-lhes este mesmo valor. O máximo que podemos fazer é <u>puni-los, respeitando suas dignidades</u>**.[112] (grifo nosso)

Contudo, a dignidade da pessoa humana traz os valores incorporados pela sociedade, sendo o mínimo existencial o cerne de efetividade a ser garantido pelos poderes estatais. Esse mínimo existencial é "o conjunto de condições e circunstâncias materiais mínimas a que tem direito todo ser humano, revelando-se como núcleo irredutível da dignidade, cuja concretização foi eleita como principal objetivo do Estado Democrático de Direito".[113]

Nestes moldes, é cediço que os direitos humanos são históricos e mutáveis, posto isso, são sujeitos a transformações, ampliações, bem como, vulnerações. De conseguinte, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, assim, seja no âmbito internacional ou nacional há a violação dos direitos mais essenciais.

Ainda que os direitos humanos tenham por características a universalidade, a inalienabilidade (intransferíveis e inegociáveis), a imprescritibilidade (sempre exigíveis) e a irrenunciabilidade (seu titular não pode dispor), ressalta-se que não são eles absolutos, ante sua limitabilidade. São normas cogentes que obrigam e vinculam os Estados no âmbito interno e externo. No entanto, "o problema atual não é mais fundamentar os direitos do homem, é sim protegê-los, ou melhor, não se trata de um problema de cunho [puramente] filosófico, mas sim jurídico, em sentido amplo político".[114]

Embora seja "sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um (direito) termina e o outro (direito) começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável".[115] Todavia, nenhuma restrição de direito fundamental poderá danificar o núcleo essencial do direito objeto de restrição, visto que, a dignidade se apresenta como o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, mas todos possuem um conteúdo essencial, do contrário tal garantia restaria esvaziada em se aceitando uma identidade absoluta com o conteúdo em dignidade.[116] Dito de outra forma, muito embora, o princípio da dignidade da pessoa humana constitua um critério unificador de todos os direitos fundamentais, "não é absoluto, nem exclusivo, [...] o que significa que nem sempre a

---

[112] *Idem, Ibidem,* p. 41.
[113] BARCELLOS, Ana Paula de. **O mínimo existencial e algumas fundamentações**: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, *In:* TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 144.
[114] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.
[115] *Idem, Ibidem,* p. 29.
[116] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 140.

ideia de dignidade da pessoa humana pode, pelo menos diretamente, servir de vetor para a identificação dos direitos fundamentais".[117]

Ademais, a dignidade enquanto princípio informador e norteador do direito traz ainda um contraste entre o ideal de liberdade e o ideal de ordem. Neste sentido, nas lições de Bobbio "não se pode deixar de reconhecer que a ordem é um bem comum a todas as sociedades, tanto que o termo contrário 'desordem' tem uma conotação negativa semelhante à de 'opressão', contrário de 'liberdade'".[118]

Nesse encadeamento lógico podemos conferir, em síntese, as proposições de Friedrich Auguste Hayek de que é a sociedade que protege a liberdade, e promove ao mesmo tempo a ordem social. A liberdade, deste modo, não é apenas um valor específico uno e indivisível, mas nos permite melhor adaptação ao meio ambiente em constante mutação. A sociedade livre, consequentemente, não se limita a ser um "estado de legalidade", ao pressupor o princípio da liberdade individual e exigir que a lei possua os atributos de norma geral, igual para todos, abstrata e prospectiva.[119] Segundo Hayek a "liberdade de poder" se apresenta como a mais lesiva à liberdade individual, sendo comumente empregada para justificar medidas que a mutilam e a negam, ou induzem os indivíduos a renunciarem à liberdade em nome de uma liberdade coletiva.[120] No entanto, estando a liberdade visceralmente atrelada ao progresso da sociedade, alega Hayek que é "melhor a liberdade de alguns do que a de ninguém, e a liberdade de muitos do que a liberdade limitada de todos".[121]

Em verdade, a dignidade calcada na modernidade, isto é, no alcance da projeção do direito penal como o meio mais contundente e incisivo de controle social, deve rechaçar a abusiva restrição das liberdades tidas como parte essencial da condição humana. A propósito, o interesse do direito penal liberal no Estado Democrático e Social de Direito é que a intervenção legalizada de penas estatais atenda ao critério de estrita necessidade para sua majoração (repressão), como preservação do ser humano e da ordem social. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana serve para controlar o Estado, evitando as investigações tendenciosas e corporativas, e, as execuções extrajudiciais, ao passo que as instituições de Justiça e Segurança Pública têm por atribuição atuar em benefício do cidadão,

---

[117] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora *Jus*podivm. 2011, p. 538-539.
[118] BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 112-113.
[119] HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da liberdade**. Brasília: UnB, 1983, p. XX.
[120] *Idem, Ibidem*, p. 168.
[121] *Idem, Ibidem*, p. 32.

respeitando sua condição de pessoa como valor intrínseco, como análise densa do juízo de reprovabilidade da conduta delituosa.

No entanto, a dignidade da pessoa humana é ao mesmo tempo, o elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas, como também, é a justificativa para a imposição de restrição a direitos fundamentais. Em atendimento à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, "deve ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, [...] mas também sob o ponto de vista da sociedade, na sua totalidade, já que se cuida de valor e fim que esta deve respeitar e concretizar".[122]

Atua, assim, simultaneamente como "limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva, o que não afasta a controvérsia sobre o próprio conteúdo da dignidade é a existência, ou não de uma violação do seu âmbito de proteção".[123] Para Ingo Wolfgang Sarlet até mesmo o princípio da dignidade acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização.[124] Em abono dessa assertiva, corrobora Alexy:

> mesmo a dignidade comporta diversos níveis de realização e, portanto, uma certa graduação e relativização, desde que **não importe em sacrifício da dignidade**, será possível reconhecer também que a própria dignidade, como norma jurídica fundamental, possui um núcleo essencial e, portanto, apenas este, por via de consequência, será intangível.[125]

Ao impulsionar a civilidade, a dignidade da pessoa humana pretende consolidar uma atenção imparcial e superior do Estado, ao punir repressivamente delitos graves como a prática de tortura (art. 5º, inciso XLIII), ou qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XLI). Por certo, somente por meio da emancipação humana, associada à promoção da cidadania é possível a formação de uma consciência ética coletiva de que "a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens e valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais".[126]

---

[122] SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, pp. 60-122, mar./abr. mar./abr. 2004. ISSN: 1415-5400, p. 86.
[123] *Idem*. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 149.
[124] *Idem, Ibidem,* p. 155.
[125] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 297.
[126] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

2.4 LEGITIMAÇÃO DA PUNIÇÃO

2.4.1 Retribuição e Prevenção: (des)socialização do recluso

O direito penal tem inúmeros meios legais para alcançar os seus fins, e punir legitimamente quem ele identifica como culpado pela prática criminosa perigosa, como podemos imprimir do discorrido antecedentemente. Isto posto, a pena consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro de lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal.[127] Como consequência jurídica primeira do delito, a pena é detentora da dinâmica do castigo, por isso deve estar voltada à realidade social. É dizer que

> se a essência da pena precisa estar na **privação de bens jurídicos do agente**, essa mesma privação deve ser constantemente avaliada e redimensionada em face da percepção de seus resultados reais. **A materialidade da pena precisa estar determinada pelo seu sentido social**, pelo seu fim: é um conceito material de delito.[128] (grifo nosso)

Na valoração jurídico-criminal relaciona-se com o delito em duas fases diferentes: no juízo abstrato do legislador é uma ameaça potencial, por efeito da antijuridicidade tem um caráter imperativo (norma de conduta); e, na aplicação judicial é uma coatividade concreta (norma de sanção).

As teorias denominadas legitimadoras da pena podem ser sintetizadas em três máximas: "pune-se porque pecou (teoria absoluta); pune-se para que não se peque (teoria relativa); pune-se porque pecou e para que não se peque (teoria mista)".[129]

Em seu viés **absoluto-retributivo** "a pena não vislumbra nenhum fim socialmente útil, postulando a resposta, a expiação do mal cometido, traduzido juridicamente por um injusto penal"[130], mantendo obscuros os pressupostos da punibilidade. Assim, não se vislumbra qualquer outro objeto a não ser o de punir o indivíduo, lhe ocasionando um prejuízo - uma penalização em razão de seu desrespeito aos normais penais -, proveniente de sua própria conduta. Se o fim é punir, castigar e retribuir, também não há que se falar em ressocialização do condenado, muito menos em reparação do dano causado pelo delito.

---

[127] SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 53.
[128] *Idem, Ibidem*, p. 199.
[129] QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 9.
[130] *Idem, Ibidem*, p. 206.

Immanuel Kant justifica essa teorização, ao afirmar que a lei penal é um imperativo categórico[131], para tanto põe a pena como retribuição moral de uma exigência absoluta de justiça, possuindo um fim em si mesmo. Desse modo, "a pena judicial nunca pode servir [...] como meio para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas sim tem de ser infligida contra ele apenas porque ele cometeu o crime".[132] Na concepção de contrato social a pena prescindiria de aceitação mútua, não existindo aquiescência do homem empírico, seu fundamento está no merecimento, na retribuição do mal causado.

Ante essa justiça retributiva, Kant não enxergava a possibilidade de a pena ter uma finalidade preventiva (corretiva ou intimidativa), mais que isso, esta conduziria a instrumentalização do homem para fins sociais. Por isso, Kant entendia que o princípio da igualdade era o parâmetro que a justiça pública deveria adotar para definir a pena, assim "o mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo".[133]

De conseguinte, o conteúdo da pena seria o talião (*ius talionis*), pois nos limites do tribunal apenas o direito de retaliação é capaz de ofertar segurança na qualidade e na quantidade da punição. Embora reconheça Kant que literalmente "a diferença entre as posições sociais não permite aplicar o princípio da retaliação de pagar algo com a mesma moeda. [...], no entanto, ele pode permanecer sempre válido, no que concerne ao efeito".[134]

Este argumento parece correto à luz de suas premissas, mas tudo que o argumento provaria é que a pena deveria recair sobre o mesmo direito que o delito violou, inclusive, no caso do delito de homicídio. Ao criticar Cesare Beccaria como partidário de um sentimentalismo de uma humanidade afetada, Kant afirma que caso o indivíduo tenha assassinado alguém, então ele tem de morrer, pois

> não há nenhum sucedâneo capaz de satisfazer a justiça. Não há igualdade possível entre uma vida, penosa que seja, e a morte, portanto nenhuma igualdade entre o crime e a retaliação a não ser a morte do culpado, judicialmente executada e livre de qualquer mau-trato que pudesse fazer da humanidade, na pessoa do executado, algo monstruoso.[135]

---

[131] KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Trad. Clélia Aparecida Martins [*et al*]. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 118.
[132] *Idem, Ibidem.*
[133] *Idem, Ibidem,* p. 119.
[134] *Idem, Ibidem.*
[135] *Idem, Ibidem,* p. 121.

A função da pena em Kant é a imposição da justiça e essa precisa ser concretizada, caso contrário sucumbiria, por isso nos delitos definidos como "antinaturais porque são praticados contra a humanidade. [...] sua maldade reverte-se contra ele mesmo e lhe sucede o que tem feito a outros – não segundo a letra, mas conforme o espírito da lei penal".[136] Deste modo, somente é justo punir quando o crime estiver legitimamente definido, isto é, a pena não pode ser legitimada senão por meio do valor de manutenção da ordem, ao passo que "se a solução do problema da legitimação fosse absoluta, essas normas, por definição, nada perderiam de sua legitimação no caso da dissolução da sociedade".[137]

Com uma forma mais sofisticada de justificar a pena em diretrizes dialéticas Friedrich Hegel dizia que a pena era a negação da negação, isto é, uma afirmação. Entretanto, não se trata, para Hegel, de identificar o delito como um mal, pois, se assim o fosse, por certo a pena não teria sentido como um outro mal que apenas se adicionaria ao anterior.[138] Desse modo, "o crime, considerado não como produção de um mal, mas como violação de um direito tem de suprimir-se".[139] O delito ao negar a ordem jurídica é, seguidamente, negado pela pena que restabelece o sistema. Nos dizeres de Hegel o delito tem caráter negativo "e o direito, negando esta negação, restabelece-se e, [...] regressando a si a partir da sua negação, acaba por determinar-se como real e válido aí mesmo onde começara por ser em si e imediato".[140]

Para Hegel "a primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime - juízo negativo infinito em todo o seu sentido".[141] Por essa razão, o delito não nega somente o aspecto particular da vontade do ofendido, mas também sua capacidade jurídica, ou seja, o predicado universal e infinito que faz a mediação entre a vontade do indivíduo e sua liberdade, enquanto domínio do direito penal. A violação do direito enquanto direito possui uma existência positiva exterior, porém abrange a negação. Portanto, a violação é negativa para a vontade particular da vítima, mas tem existência positiva como vontade particular do criminoso.[142]

---

[136] *Idem, Ibidem,* p. 142.
[137] *Idem, Ibidem,* p. 122.
[138] SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. **Finalidades da Pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 210.
[139] HEGEL, Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 89.
[140] *Idem, Ibidem,* p. 80.
[141] *Idem, Ibidem,* p. 85.
[142] *Idem, Ibidem,* p. 87.

A pena teria, então, duas designações, uma interna e outra externa. Nesta, dirige o comportamento a partir da manutenção da identidade social. Já em sua feição interna, como confirmação simbólica restabelece a vontade geral através de uma negação, reafirmando a vigência da norma. Segundo Hegel a nocividade é atribuída ao delito nas diferentes teorias da pena que se fundamentam na preservação, na intimidação, na ameaça, na correção, no entanto "não se trata deste mal nem deste bem; o que está em questão é o que é justo e o que é injusto".[143] A teoria da pena deve exprimir a essência desse conceito, pois é desarrazoado que se promova um mal só porque um mal já existe.[144]

A pena que é imputada ao indivíduo que delinque não é somente justa em si, mas é uma liberdade reconhecida pelo delinquente, a qual deve se submeter como seu próprio direito, ao dignificá-lo como ser racional. Sobre a qualidade dessa punição Hegel afirma que a essência substancial do Estado não é especificamente a proteção e a segurança da vida e da propriedade de indivíduos isolados. É antes a realidade superior, por isso reivindica que tanto a vida, quanto a propriedade sejam sacrificadas.[145] É por isso que muitas determinações qualitativas, como, a exemplo, "o perigo para a segurança pública, fundam-se em relações que só posteriormente se definem, mas também muitas vezes acontece conceberem-se elas segundo as suas consequências e não segundo o conceito da coisa".[146]

Ademais assevera Hegel que é fácil expor o absurdo de uma pena de talião, todavia o conceito da pena não se comunica com essa quantidade de punição. Portanto, aquela igualdade predita por Kant somente "pode ser a regra para a essência do que o criminoso merece, mas não para a forma exterior desta pena".[147] Diferente disso teria a lei em si mesma algo dos caracteres da vingança, isto é, para o direito imediato, a abolição do delito seria uma vingança justa, ao se constituir como mera compensação. Hegel, consequentemente entende que "às modalidades da abolição do delito [exigem] uma justiça isenta de todo o interesse, de todo o aspecto particular, de toda a contingência da força, de uma justiça que pune, mas não se vinga".[148] Nessa linha de raciocínio Santiago Mir Puig explica que é correta

> a necessidade de proporcionalidade entre o crime e a pena, propugnada pela visão retributivista. [...] A proporcionalidade pode e deve ser concebida como um limite a ser respeitado pelo Estado, restringindo a sua atuação quando do exercício do poder punitivo; mas não pode ser entendida como

[143] *Idem, Ibidem,* p. 88.
[144] *Idem, Ibidem.*
[145] *Idem, Ibidem,* p. 89.
[146] *Idem, Ibidem,* p. 86.
[147] *Idem, Ibidem,* p. 92.
[148] *Idem, Ibidem,* p. 93.

> fundamento desse mesmo poder, justificando a pena como retribuição proporcional à lesão causada.[149]

Noutra banda, a teoria **relativa-preventiva** defende que a pena é uma garantia social para evitar práticas delitivas futuras. Tomam duas direções diferentes e determinadas, quais sejam a prevenção geral e a prevenção especial.

Em abreviação, a prevenção geral se destina à sociedade como um todo, a fim de que esta ao presenciar o sofrimento do transgressor da norma se intimide (aspecto negativo), e ao mesmo tempo tenha confiança (aspecto positivo) no ordenamento jurídico como um instrumento de estabilização de comportamentos. Desse modo, tem como bases fundamentais, a coerção, por intermédio do medo, gerando a intimidação do indivíduo através da norma penal; e, o raciocínio prudente do indivíduo perante a lei penal, de modo que haja uma predileção pela conduta conforme o ordenamento jurídico.

Impende destacar que essa concepção da pena enquanto meio, e não como um fim ou valor, representa, segundo Ferrajoli, uma característica de todas as "doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social, àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinquente àquelas da integração de outros cidadãos".[150]

Com efeito, a pena teria uma finalidade útil, que é o fim preventivo, consistente em proteger a sociedade ao evitar a prática de novos e futuros delitos. Cumpre ressaltar, como bem expõe Alamiro Salvador Neto que os efeitos aqui perquiridos são empiricamente de difícil comprovação, por isso deve se considerar o suposto consenso social, conjeturando a pena como demonstrativo de eficácia do Direito.[151]

Em vista disso, a prevenção teria três pressupostos, sob um enfoque amplo, segundo Hans Heinrich Jescheck, o primeiro seria um prognóstico do comportamento humano; o segundo resulta da adequação quanto aos limites da periculosidade da conduta criminosa; e, por último estaria a intimidação psicológica como elemento de combate ao delito, mormente mediante trabalho pedagógico, quando da execução da pena, fomentando, assim, a pretendida segurança social.[152] Portanto, o designo elementar da concepção preventiva é "evitar a

---

[149] MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos N. P. Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 62.
[150] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 240.
[151] SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 238.
[152] JESCHECK, Hans Heinrich. ***Tratado de Derecho Penal***: parte general. 4ª ed. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 59.

ocorrência de delitos além de determinado limite, socialmente insuportável, buscando então uma utilidade social para a pena".[153]

Acrescentamos, ainda, o pensamento de Feuerbach, para quem a pena, igualmente, teria como objetivo intimidar, evidentemente, dentro dos limites da legalidade, assim a reintegração do delinquente seria somente uma causalidade da pena, isto é,

> [...] a pena tem como finalidade impedir as lesões jurídicas, por meio da sua coação psicológica, instrumentalizada pelo Estado. O fim da pena, portanto, seria o de criar nos criminosos potenciais, dotados de livre arbítrio, um contra-motivo suficientemente forte para afastá-los do crime.[154]

O apontamento crítico da prevenção se refere a sua similitude com a retribuição, no que toca a justificação da pena, unicamente, no delito, pois conforme explica Alamiro Salvador Neto "um Direito sem sanção não seria um Direito, o que transforma a prevenção [...] em pura obviedade. O problema [...] não pode ser resumido à mera relação de necessidade da pena pelo crime em si, independente de qualquer legitimação externa".[155] Por sua vez, Roxin colaciona, também, algumas objeções sobre a prevenção geral, ao entender que

> **o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal**. **Quem pretender intimidar mediante a pena tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível.** [...] Em muitos grupos de crimes e de delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. [...] **como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros**? Mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal.[156]

A prevenção geral, segundo Roxin necessita de uma delimitação, pois nos moldes propostos "não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas consequências".[157] Por certo, existem delitos não evitados, delitos que, apesar da concepção de prevenção geral, continuam sendo praticados, mas entendem Antônio

---

[153] CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 46.

[154] Tradução livre da autora. Texto original: "[...] *la pena tiene como finalidad impedir las lesiones jurídicas, por medio de su coacción psicológica, instrumentalizada por el Estado. El fin de la pena, por lo tanto, sería el de crear en los criminales potenciales, dotados de libre albedrío, un contra-motivo suficientemente fuerte para apartarlos del crimen*". (FEUERBACH, Paul J. A. R. von. ***Tratado de Derecho Penal***. Trad. Eugênio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 64)

[155] SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. **Finalidades da Pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 239.

[156] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Trad. Ana Paulo dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 23-24.

[157] *Idem, Ibidem*, p. 25.

Molina e Luiz Gomes que "a eficácia da pena [...] não se pode medir por seus fracassos visíveis, senão pelos muitos outros delitos que, graças a ela, não chegam a ser praticados".[158]

A proposta da prevenção especial, por sua vez, se destina ao indivíduo. Destarte, detêm duas funções, uma inibidora, para evitar que o indivíduo cometa novos delitos, e uma função ressocializadora, para proporcionar que aquele possa se reintegrar à sociedade, de modo que, se assim desejar, não volte a delinquir. Neste sentido, a noção de prevenção especial visa impedir ou dificultar a reincidência por meio da atuação sobre o delinquente que não foi desestimulado à prática criminosa pela prevenção geral. Outrossim, em sentido amplo, pretende-se obter através da intimidação especial (da pena) a dissuasão dos que não delinquiram e podem sentir-se tentados a praticar algum delito.[159]

Ao se fazer um salto sobre os precedentes mais antigos, não é impróprio afirmar que foi a partir do último terço do século XIX, que, a concepção de prevenção especial se desenvolveu como uma alternativa moderna as determinações da prevenção geral.[160] A finalidade da pena atinge o sujeito que, ao praticar um delito, evidenciou sua personalidade atentatória à ordem social e potencialmente perigosa, evitando a reincidência.

Por efeito, a ideia de prevenção especial foi defendida por distintas correntes, como o Correcionalismo na Espanha e a Escola Positiva na Itália, todavia, sua sistematização mais moderna é atribuída a Liszt na Alemanha, enquanto precursor da Escola Sociológica. Na síntese das duas primeiras concepções citadas, podemos enunciar que no caráter essencialmente correcional, a pena objetiva a expiação, a afirmação da justiça e a educação, de modo que "não há criminosos incorrigíveis, mas somente não corrigidos".[161]

A Escola Positivista[162] defendeu a prevenção especial de maneira mais peremptória, uma vez que sofreu influência do positivismo naturalista, promovendo a mais eficaz defesa social frente aos delinquentes, principalmente, aqueles identificados como perigosos, com o objetivo de impedi-los de violar os valores mais importantes de qualquer "grupamento

---

[158] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 675.
[159] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 186-187.
[160] MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos N. P. Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.
[161] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 116.
[162] Essa escola será observada um tanto mais detidamente na seção três desse escrito, especificamente, em seu item 3.1.1 (Transição etiológica à reação social), quando trataremos do estudo sobre a identificação do criminoso.

humano".[163] Assim, tanto os positivistas, quanto os correcionalistas sustentam que a prevenção especial é a principal finalidade da sanção penal, devendo ser considerada em todas as fases de atuação punitiva do Estado.

Em verdade, o sistematizador da teoria da prevenção especial foi Liszt, ao entender que o âmbito de atuação dessa finalidade da pena é adstrito à execução penal, mas, aqui poderia atuar segregando, intimidando ou ressocializando o delinquente. De tal modo, ao interpretar Liszt, Oswaldo Marques apreende que a pena asseguraria a "comunidade frente aos criminosos, mediante o encarceramento que intimide o delinquente para que ele não pratique mais crimes, e preservando o delinquente da reincidência, mediante a correção".[164]

Nesse liame de justificação, Roxin condensa o pensamento de Liszt, no sentido de corrigir "o corrigível, isto é, o que hoje chamamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação da liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis".[165] Nada obstante, sem delimitar o poder punitivo do Estado, replica Roxin, "a teoria da prevenção especial tende, mais que um direito penal da culpa retributivo, a deixar o particular ilimitadamente à mercê do Estado".[166]

A visão de Liszt se mostra equilibrada, quando põe em foco o indivíduo criminoso, mas também entrelaça as estratégias da prevenção especial em um modelo global, marcado pela sua concepção sociológica, que impulsionou a superação do individualismo do direito penal liberal. Portanto, a prevenção especial é dividida em negativa (intimidação e segregação) e positiva (ressocialização). Nesta acepção, vale acrescentar a explicação de Ferrajoli ao analisar essa divisão de Liszt,

> a prevenção especial, vale dizer, aquela positiva de reeducação do réu e aquela negativa da sua eliminação ou neutralização, as quais, frise-se, não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados.[167]

Ademais, não é impreciso reconhecer que todas as correntes da prevenção especial corroboram que o poder punitivo deve estar focado na pessoa que praticou o delito,

---

[163] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 106.
[164] *Idem, Ibidem,* p. 108.
[165] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Trad. Ana Paulo dos Santos; Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 20.
[166] *Idem, Ibidem,* p. 21.
[167] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 246.

considerando as características pessoais desse delinquente, o que gera uma importância ao estudo da personalidade criminosa do indivíduo, mas que por si só não fundamenta a intervenção punitiva do Estado.

Em decorrência, têm-se as teorias mistas, que não são outra coisa senão a absorção das teorias relativas e das teorias absolutas, de modo que a pena teria ambas as funções - preventiva e retributiva -. As teorias ecléticas trazem as teorias mistas como um novo pensamento. A propósito, Santiago Mir Puig ao tratar do Estado Democrático de Direito recomenda que entre a retribuição e a prevenção "deve-se decidir a favor de uma "prevenção limitada", combinando a necessidade de proteger a sociedade não só com as garantias que ofereciam a retribuição, mas também com as que oferecem outros princípios limitadores"[168], e finaliza argumentando que

> só uma prevenção assim limitada poderá deflagrar um efeito positivo de afirmação do Direito próprio de um Estado Social e Democrático de Direito, e só assim poderão ser conciliadas as exigências antitéticas de retribuição, prevenção geral e prevenção especial em um conceito superior de "prevenção geral positiva".[169]

Nessa junção de teorias Roxin elabora a Teoria Unificadora Dialética[170], não contemplando a função retributiva, pois esta seria disfuncional, assim "o fim da pena somente pode ser do tipo preventivo"[171], seja sobre a generalidade da população, em uma imposição limitadora genérica, seja apenas sobre o autor do delito. Sendo assim, a pena tem que ser coercitiva com vistas à confiança do Direito e igualmente possibilitar ao criminoso a reintegração social.

O direito penal moderno, segundo Roxin, controla o indivíduo que delinque de três modos, "ameaçando, impondo e executando penas, e estas três esferas de atividade estatal necessitam de justificação, cada uma em separado",[172] ao passo que cada uma conduz a sua visão unilateral para determinada dimensão do direito penal, e implicam intervenções específicas na liberdade do indivíduo.

Roxin descortina a pena como instrumento de poder do Estado, então, para aferição de suas finalidades é forçoso analisá-la em sua cominação, aplicação e execução. Para elucidação

---

[168] MIR PUIG, Santiago. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos N. P. Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81.
[169] *Idem, Ibidem.*
[170] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Trad. Ana Paulo dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 26.
[171] *Idem, Ibidem*, p. 41.
[172] *Idem, Ibidem*, p. 26.

dessas nuances Roxin pontua que "as cominações penais só estão justificadas se tiverem em conta a dupla restrição contida no princípio da proteção subsidiária de prestações e bens jurídicos".[173] Aqui, a finalidade seria preventiva geral, pois precedem o indivíduo a quem se cominaria a retribuição ou a prevenção especial. Só assim se dissiparia a objeção que outrora Roxin emitiu sobre a prevenção geral, no que se refere a sua conversão em absoluto. Consequentemente, as cominações penais se justificam, também, através da imprescindibilidade de proteção preventivo-geral.[174]

Por seu turno, a aplicação da pena se legitima quando "conseguir harmonizar a sua necessidade para a comunidade jurídica com a autonomia da personalidade do delinquente, que o direito tem que garantir".[175] Ao se manter a autonomia da personalidade do indivíduo por meio de uma pena na proporção de sua culpa, haveria uma proteção geral e individual de bens e prestações estatais. Dito de outra forma, a prevenção geral se conserva através da função limitadora de liberdade e de culpa do indivíduo, bem como quando se reduz às exigências do Estado de Direito e as componentes de prevenção especial da sentença.[176]

De conseguinte, em Roxin a pena vislumbra uma prevenção subsidiária de delitos negativos e positivos, reafirmando a visão de direito penal como *ultima ratio*. Assim, será negativa por uma ideia de prevenção geral, que Roxin admite em alguns casos. E, positiva, porque a pena serve muito para estimular o cumprimento da ordem jurídica. A negativa serve para inibição, a positiva para enaltecimento.

Há de se observar que no caso da ocorrência de conflitos entre o ideário preventivo geral e especial, quando da aplicação da pena, Roxin elucida que deve prevalecer à prevenção especial, pois, assim haveria uma menor possibilidade de eliminar os efeitos da prevenção geral, o oposto não se mostra certo. Neste sentido, explica Alamiro Salvador Neto que

> a pena lastreada exclusivamente na prevenção geral pode significar efeitos contraproducentes de prevenção especial, como no caso do encarceramento demasiado, expondo o condenado à excessiva restrição de liberdade ou às mais variadas rotulações socialmente danosas.[177]

De último, no âmbito da execução Roxin admite a ressocialização, porém rechaça um tratamento coativo que interfira na estrutura da personalidade do apenado, mesmo que possua

---

[173] *Idem, Ibidem,* p. 32.
[174] *Idem, Ibidem*.
[175] *Idem, Ibidem,* p. 34.
[176] *Idem, Ibidem,* p. 40.
[177] SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. **Finalidades da Pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 243.

eficácia ressocializante. O conteúdo da execução da pena é a reintegração do delinquente à sociedade, de modo que tem por missão possibilitar a vida humana em comum e sem perigos. Por feito, a eficácia ressocializante não pode imiscuir-se na personalidade do indivíduo, independentemente, que seja mediante um tratamento coercitivo ou não, isto é, não há que se falar "em "operação cerebral" que transforma contra a vontade sujeito, aquele entendido como brutal desordeiro, em um obediente sonhador".[178]

Aliás, Roxin cautelosamente assevera que quanto a ressocialização devemos nos distanciar das "utopias de aperfeiçoamento demasiado cor-de-rosa", porque

> qualquer esforço **ressocializador apenas pode constituir uma oferta ao delinquente para que se ajude a si próprio** com o trabalho, mas fracassa inevitavelmente quando ele não está disposto a esse esforço. Sempre existirão alguns que voltarão a tropeçar [...]. Nunca será possível acabar completamente e para sempre com a criminalidade. [...]. Mas tal fato **não desvincula a sociedade da obrigação que tem face ao delinquente. Assim como este é co-responsável pelo bem-estar da comunidade** [...].[179] (grifo nosso)

Portanto, a concepção unificadora dialética fomenta o sentido e os limites do direito penal lhe atribuindo por função a "proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual".[180]

Figueiredo Dias acrescenta à teoria de Roxin a ideia de que a pena é uma garantia à sociedade das condições de coexistência, deste modo os direitos não maculados pela privação da liberdade, devem ser efetivados, evitando-se os efeitos deletérios do cárcere. Instiga a prevalência do mínimo ético e do princípio do *nihil nocere*, atentando para prevenção especial no que se refere à ressocialização.

Para encerrar este raciocínio, quando a legitimação da sanção penal se volta ao indivíduo que viola a norma impulsionando para além da coerção, sua ressocialização, Anabela Rodrigues argumenta que a pena no âmbito da execução, enquanto privação da liberdade em si mesma é progressivamente dessocializadora.[181] Neste sentido, a autora entende que o primeiro objetivo da prevenção especial deve ser evitar a dessocialização do indivíduo encarcerado. Noutros termos, antes de ser socializadora, a pena precisa ser não-

---

[178] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Trad. Ana Paulo dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 41.
[179] *Idem, Ibidem,* p. 42.
[180] *Idem, Ibidem,* p. 43.
[181] RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46.

dessocializadora, assim, "por um lado, que não ampute o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura; por outro lado, que reduza ao mínimo a marginalização de fato que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados".[182]

Isto posto, a prevalência na ordenação dos fins preventivos especiais não prescinde de diminuição na estigmatização social[183] e na neutralização do recluso, pois, "só quando, durante a execução da prisão, puderem evitar os efeitos dessocializadores que geralmente lhe estão associados se afastarão os obstáculos à realização da finalidade preventiva especial".[184] Não olvidando que quando desnecessária ou impossível a socialização do recluso, segundo Rodrigues, a função da prevenção especial, será positiva de advertência.

Deveras, conforme a autora é possível exigir do Estado à socialização do indivíduo que delinque, ao passo que lhe seja ofertado o máximo de condições para prosseguir a vida sem que pratique crimes.[185] Nada obstante, existe uma medida entre o dever de auxiliar os reclusos a evitar a reincidência e o respeito pela sua liberdade de consciência (personalidade moral), assim há o dever de proteger o recluso contra abusos do poder de punir fundados puramente nesse tipo de coerção. Isso pode ocorrer, quando os elevados níveis de politização e dramatização da violência convertem o delinquente em um inimigo e assinalam unilateralmente que a finalidade do direito penal é a repressão dessa violência.[186]

Neste ponto, observa Rodrigues que o direito penal manteve seu nível de controle, quando limitou de certo modo seus aspectos repressivos, seja com a supressão das penas corporais, na abolição da pena de morte, ou no conjunto de penas substitutivas à privação da liberdade.[187]

No entanto, ao ser a pena um instrumento a serviço da convivência humana, a prevenção especial enquanto segurança individual pautada na perigosidade do agente deve ter um caráter subsidiário, isto é, quando faticamente não se pode esperar resultados positivos da

---

[182] *Idem, Ibidem,* p. 52.
[183] Não é possível, evidentemente, aqui, precisar os pormenores da ressocialização no Estado brasileiro, mas ressoa com nitidez que a realidade do nosso sistema jurídico penal não corresponde, em múltiplos aspectos as exigências da nossa Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), seja em direitos, ou deveres de seus reeducandos.
[184] RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 50.
[185] *Idem, Ibidem,* p. 38.
[186] *Idem, Ibidem,* p. 32.
[187] *Idem, Ibidem,* p. 35.

socialização e da advertência.[188] Assim, o direito penal deve evitar a marginalização indevida do condenado, quando atribui à pena a função de manter o agente afastado de delitos futuros.

Em conclusão a esta seção, podemos verificar uma verdade talvez inconveniente, a dizer que não é função do direito penal impedir que o cidadão erre uma ou reiteradamente, o que invariavelmente redundaria na constatação de sua ineficácia, ou deslegitimação se fosse essa a sua função. Ocorre que, o direito penal tutela a proteção individual e coletiva de bens, em benefício da coexistência, por isso o estudo sobre a teoria do bem jurídico não se constitui como mera retórica, e obtém relevância para se contestar o que se protege, como se protege, e qual o instrumento de proteção penal.

Ao se precisar com exatidão tais indagações, podemos enunciar que a estrutura do poder penal, abstratamente, está legitimada a intervir repressivamente, quando seus objetos de proteção mais importantes forem violados. O problema dessa singela afirmação reside na seara pragmática, a dizer, a quem essa repressão atinge, e qual a política criminal destinada a identificar "culpados inimigos", e ao mesmo tempo protegê-los, em uma realidade criminalmente perigosa.

[188] *Idem, Ibidem*, p. 51.

3. CONTROLE SOCIAL DO COMPORTAMENTO DELITIVO

> "O homem só é cruel na proporção do seu próprio interesse". (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 72)

3.1 SISTEMA VERTICAL DE DOMINAÇÃO DE PODER

No decorrer do capítulo anterior, discorreu-se acerca da proteção exercida pelo direito penal no âmbito do Estado de Direito, delimitando, o quanto possível, o conceito de bem jurídico penal, bem como versando sobre a forma e os instrumentos empregados com o fito de escudar o bem jurídico da delinquência e legitimar a intervenção penal.

Ocorre que, do mesmo modo que o estudo do Direito penal do inimigo (diante dos objetivos aqui propostos) pressupõe digressões acerca da proteção penal, de igual modo, é preciso, antes, tratar-se mais a fundo do conceito de delinquente, a fim de verificar como tem sido identificados os criminosos. Nesse sentido, é certo que, para se entender quem são os sujeitos que delinquem, afigura-se imprescindível a realização de estudo, ainda que breve, acerca das principais teorias criminológicas que se prestaram a estudar a etiologia do crime e o comportamento criminoso.

Na sequência, caminharemos entre as propostas de intervenção máxima do poder de punir e de garantia absoluta de proteção individual contra esse poder. Para tanto, escolhemos respectivamente, o Movimento Lei e Ordem, e o Modelo Garantista de responsabilidade penal, particularmente, porque a produção do direito penal oscila estreitamente entre essas correntes. De último, analisaremos o quadro atual de porcentagem da violência na sociedade brasileira, o qual desestrutura subjetivamente e objetivamente o próprio sistema de justiça criminal, potencializando uma sociedade insegura.

3.1.1 Transição etiológica à reação social

O Estado como detentor exclusivo da responsabilidade de punir, limita o poder punitivo da sociedade, proibindo a autotutela. Então, na ocorrência de um delito incumbe ao direito penal concretizar a aplicação da norma ao particular, convertendo-se em pretensão

punitiva ao transgressor. O sistema penal, como plexo de instituições, (segmento policial, judicial e de execução) ao realizar o direito penal, é entendido como o "controle social punitivo institucionalizado"[189], e tem como objetivo garantir uma ordem social justa, ao punir o indivíduo etiquetado pela sociedade como criminoso.

Nessa perspectiva, observa-se que o sistema penal encarta o conjunto de instituições que se destina a operacionalizar o direito penal. Para tanto, ele retira fundamento, prioritariamente, dos diplomas normativos aplicáveis à espécie, sobretudo, da Constituição Federal, do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Sem prejuízo disso, contudo, o sistema penal conta, ainda, com o auxílio de diversas disciplinas autônomas e paralelas ao direito penal, a exemplo da medicina legal e da psicologia forense. No entanto, no escopo do presente trabalho, dentre estas, a que exsurge com maior relevância é a Criminologia.

Impende esclarecer que compete à Criminologia como ciência empírica e interdisciplinar, entender o crime, o criminoso, a vítima e o controle social. Assim, na análise das principais variáveis do delito, contempla este como problema individual e social, bem como examina os programas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.[190] O objetivo é dissecar o delito como fenômeno social para além da dogmática penal, e não apenas eliminar os comportamentos delitivos.

Por entender que sempre se busca um culpado pelo fracasso da segurança social, e, que essa culpa recai no responsável pela conduta desviada, pontuaremos as definições que foram atribuídas ao indivíduo reconhecido como delinquente, em uma transição entre o paradigma etiológico e o paradigma de reação social, incidindo na teorização deslegitimadora do sistema de justiça penal.

Em pertinente digressão, tradicionalmente, o pensamento criminológico, na Escola Clássica[191], identificava o delito como uma violação da lei, por meio de uma escolha do indivíduo pautada no livre-arbítrio. Desse modo, "ao definir a ação criminal em termos legais

---

[189] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 15.

[190] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

[191] Segundo a criminóloga Lola Aniyar de Castro, "[...] a Escola Clássica de Direito Penal não é pré-criminológica, mas é ela própria uma criminologia administrativa e legal do controle social [...] estabelecida por uma nova dominação legal, dentro da ideologia da sociedade livre do absoluto poder feudal ou monárquico e que garantiria o mínimo de intervenção estatal". (CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 37)

enfatizava a liberdade individual e os efeitos dissuasórios da punição".[192] Existia, aqui, uma preocupação exclusiva com o delito, excluindo-se, portanto, a análise sobre o delinquente.

De seu turno, o ponto nuclear na Escola Positiva era a concepção do delito como fenômeno biológico, natural, uma vez que o eixo da análise se desloca do delito para o criminoso, vislumbrando "o delito não como ente jurídico, mas como fato social a ser explicado por fatores morfológicos e sociais. Busca-se, então, pela análise dos fatos encontrar as leis que regem as condutas humanas".[193] Essa escola teve como principais preceptores Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafaele Garofalo.

Na antropologia criminal de Cesare Lombroso, o delito era um sintoma patológico, de modo que existia um criminoso nato possivelmente identificável por anomalias anatômicas e fisiológicas, o que caracterizava uma espécie à parte do gênero humano, predestinada, a cometer delitos. Desse modo, em Lombroso "o delinquente é uma espécie do gênero humano que comete crimes, em razão de seus caracteres antropológicos, explicados pelo atavismo. O delito seria um retorno atávico a formas primitivas de humanidade".[194]

Já na concepção da sociologia criminal, Enrico Ferri buscava os germes do delito na sociedade, admitindo uma "tríplice série de causas ligadas à etiologia do crime: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social), e, com elas, ampliou a originária tipificação lombrosiana da criminalidade".[195] Por meio desse entendimento Ferri propôs a defesa social contra o delinquente perigoso, a fim de reabilitá-lo ou segregá-lo o quanto antes da sociedade.

Ainda na perspectiva da Escola Positiva, também se confere notoriedade aos estudos de Rafaele Garofalo, que no concerne ao criminoso, entendia que a delinquência derivava de uma anomalia psíquica ou moral, ou seja, da "carência do delinquente de um adequado desenvolvimento da sensibilidade moral, de vivências altruístas; defeito que não é mero produto de fatores ambientas, senão condicionado por uma base orgânica".[196] Assim, atribuía

---

[192] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 36.
[193] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 16-17.
[194] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 106.
[195] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema penal máximo x Cidadania Mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 36.
[196] Tradução livre da autora. Texto original: "[...] *carência em eldelincuente de um adecuado desarrollo de lasensibilidad moral, de vivencias altruistas; defecto no mero producto de factores ambientales, sino condicionado por uma base orgânica*." (MOLINA, Antonio García-Pablos de. ***Tratado de Criminologia***. 3ª ed. Valencia: TirantloBlanch, 2003, p. 443)

à punição caráter de prevenção especial, com finalidade de defesa social, o que faz com que admita, inclusive, a pena de morte, destinada à eliminação do criminoso do convívio social.

Essas perspectivas, do final do século XIX (na Europa), conferiram à criminologia o papel de defesa da sociedade, e a reestruturação social seria fundamental para conter o vírus que, segundo o pensamento da época, vitimizava os cidadãos. Assim, foram estabelecidas as matrizes fundamentais da criminologia enquanto ciência, em decorrência da metodologia empregada pelo positivismo, que passou a estudar os objetos da ciência através do empirismo, utilizando o método indutivo, em contraponto ao dedutivo-lógico, utilizado pelos classicistas. Nesse sentido, a Criminologia "é definida como uma Ciência causal-explicativa da criminalidade, sendo esta concebida como fenômeno natural causalmente determinado".[197]

O paradigma etiológico era regido pela ideologia da defesa social e pelos "princípios da legitimidade, do bem e do mal, da culpabilidade, da finalidade ou da prevenção, da igualdade, do interesse social e do delito natural".[198] Em síntese, como ferramenta auxiliar do direito penal, o discurso criminológico da Escola Positiva tinha como características o consenso (sociedade monolítica), o determinismo e o experimentalismo.

Cumpre destacar que ao abordar o comportamento delitivo como um fenômeno coletivo, sujeito às leis do determinismo sociológico, a criminalidade é elucidada a partir de defeitos individuais designados por patologia ou por socialização insuficiente, sem se cogitar, entretanto, as condições e os mecanismos de construção social.[199]

O advento da Escola Positiva, que em muito se contrapunha à Criminologia Clássica, desencadeou o que se pode chamar de uma "luta de escolas", em que clássicos e positivistas debatiam a respeito do acerto de suas concepções. Tal conjuntura serviu de fomento a um dos primeiros indícios da transição do paradigma etiológico para a ideia de reação social, na medida em que configurou o ambiente perfeito para o surgimento das chamadas escolas ecléticas ou intermediárias. Nessa lógica,

> como consequência de tal polêmica, surgiriam, ademais, prestigiosas escolas criminológicas "ecléticas", preocupadas por conseguir o difícil equilíbrio ou síntese dos postulados clássicos e positivistas [...] sem prejuízo de que a obra de Lombroso e Ferri seguiu exercendo uma notável influência em posteriores orientações antropológicas, psicológicas e psiquiátricas ou sociológicas, mais ou menos apegadas ao positivismo.[200]

---

[197] ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema penal máximo x Cidadania Mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 35.

[198] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 40.

[199] *Idem, Ibidem,* p. 215.

[200] Tradução livre da autora. Texto original: "*Como consecuencia de tal polémica, surgirían, además, prestigiosas escuelas criminológicas "ecléticas", preocupadas por conseguir el difícil equilíbrio o síntesis de*

Conquanto sejam diversas as mencionadas escolas ecléticas, dentre estas, para a finalidade de elucidar as premissas necessárias ao estudo do inimigo penal, sobressai-se a Teoria Psicossocial de Gabriel de Tarde, o qual, em oposição à antropologia criminal e ao determinismo biológico, enxerga o delinquente como um profissional, que precisaria de longo tempo de aprendizagem no meio criminoso, através de técnicas de intercomunicação e de convivência. O delito seria, então, imitação. Doutra banda, tem-se, ainda, a chamada Escola de Defesa Social, que teve como seus maiores expositores Filippo Gramática e Marc Ancel, cuja maior preocupação era articulação de uma eficaz proteção da sociedade por meio de uma adequada coordenação entre a Criminologia, o Direito Penitenciário e o Direito Penal.[201]

Após as ditas escolas intermediárias, o cenário criminológico foi invadido pelas teorias modernas da biologia, da psicologia e da sociologia criminal. Sem ignorar a relevância das concepções biológicas e psicológicas da criminologia, fato é que o foco doutrinário reside com a sociologia criminal, diante das noções de teorias do consenso e do conflito, fundadas na concepção de sociedade que orienta cada uma das teorias.

As chamadas teorias do consenso são de corte funcionalista, e partem da perspectiva de que "a finalidade da sociedade é atingida quando há um perfeito funcionamento de suas instituições, de forma que os indivíduos compartilhem os objetivos comuns a todos os cidadãos, aceitando as regras vigentes".[202] Aqui, podem ser enquadradas a Escola de Chicago, a Teoria da Anomia e a Teoria da Subcultura delinquente.

Como resultado da bipolarização sociológica e jurídica causada pela luta de escolas, surge a Escola de Chicago, influenciada pelo pragmatismo americano, e pelo pensamento de Herbert Spencer e Auguste Comte. Seu advento em Chicago deveu-se a diversos fatores peculiares da referida cidade, em especial ao astronômico crescimento populacional ocorrido entre os anos de 1840 e 1900, bem como à grande miscigenação racial e étnica ali ocorrida.[203] A metodologia empregada, baseada nos *social surveys* (inquéritos sociais), é de grande

---

los postulados "clásicos" y "positivistas" (Escuela de la Defensa Social, Terza Scuola, La Joven Escuela o Escuela de Marburgo, etc.) sin perjuicio de que la obra de Lombroso y Ferri siguiera ejerciendo uma notable influencia en posteriores orientaciones antropológicas, psicológicas y psiquiátricas o sociológicas, más o menos apegadas al positivismo". (MOLINA, Antonio García-Pablos de. ***Tratado de Criminología***. 3ª ed. Valencia: TirantloBlanch, 2003, p. 443)

[201] *Idem*. ***Tratado de Criminología***. 3ª ed. Valencia: Tirantlo Blanch, 2003, p. 465-466 e 472.

[202] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 134.

[203] *Idem, Ibidem,* p. 139-151.

importância, por atribuir às pesquisas em grande escala um papel central para implementação de políticas públicas.[204]

A Escola de Chicago tem como cenário a cidade, na defesa de que esta não se trata apenas de um mecanismo físico ou construção artificial, mas está diretamente envolvida na vida das pessoas que nela habitam. Sustenta-se, nesse sentido, que existirão características peculiares de acordo com as áreas específicas, bem como que a vizinhança servirá como instância de controle social informal. O ponto nodal de seu pensamento, porém, reside na ideia de que a desorganização social seria crucial para a gênese do crime, levantando a ideia de ecologia social. É lançada, então, a noção do *gradient tendency*, segundo o qual uma cidade desenvolve-se segundo círculos concêntricos, consubstanciando um conjunto de zonas ou aneis a partir de uma área central, de modo que, quanto maior a proximidade desta, maiores os índices de criminalidade. Propõe, então, uma priorização das ações preventivas em detrimento das repressivas, bem como a realização de mudanças efetivas nas condições econômicas e sociais, e, notadamente, uma reconstrução da solidariedade social.[205]

Na elucidação tradicional de cunho sociológico acerca da criminalidade através da Teoria da Anomia, de Robert Merton, compreende-se a motivação para a delinquência emanaria da impossibilidade de o cidadão obter sucesso econômico ou *status* social. Desse modo, a anomia faz referência à "ruptura dos padrões sociais que comandam a conduta, significando também pouca coesão social".[206] O delito não decorre de uma patologia social, mas de pressões culturais e sociais originárias das estruturas da sociedade. Entende Merton que a privação material por si só não induz o delito, nem tampouco a falta de oportunidades, mas a privação no contexto da cultura. No entanto, não é resultado de uma falta de cultura, porém da adesão a uma "cultura de sucesso e individualismo", que originaria o delito.

Põem-se, também, em relevo as causas sociais do delito através da Teoria da Subcultura[207], que se fundamenta no "caráter pluralista e atomizado da ordem social; na cobertura normativa da conduta desviada; e, na semelhança estrutural, em sua gênese, do comportamento regular e irregular".[208] Seu desdobramento produz a Subcultura do

[204] MOLINA, Antonio García-Pablos de. ***Tratado de Criminología***. 3ª ed. Valencia: Tirantlo Blanch, 2003, p. 745-748.
[205] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 151-182.
[206] LEAL, César Barros; JÚNIOR, Heitor Piedade (orgs.). **Violência e vitimização**: a face sombria do cotidiano. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 30.
[207] Embora se desloque do paradigma positivista, ainda mantém seu caráter etiológico, com um deslocamento de causalidade natural e antropológica para uma causalidade social.
[208] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

Delinquente[209] criada por Albert Cohen -, o qual considera o delito como um produto subcultural. Nada obstante, pontua que

> a delinquência não é um produto inerente à classe inferior, mas sim uma função das limitações sociais e econômicas suportadas pelos membros dos grupos sociais desafortunados. O entorpecimento da responsabilidade da pobreza é a real violação na criação da carreira delinquente.[210]

O fenômeno da subcultura é encontrado somente nas chamadas sociedades complexas, industrializadas. Albert Cohen se refere à subcultura sempre em relação à cultura dominante, nem sempre hegemônica, mas uma cultura que surge dentro de outra.[211] A Subcultura da Violência sustenta que alguns grupos aceitam a violência como um modo habitual de dirimir os conflitos. Defende, aliás, que algumas subculturas valorizam a violência, impondo, inclusive sanções aos indivíduos que descumprem as leis, da mesma maneira que a sociedade. Entretanto, essa subcultura pune com o ostracismo, ou a apatia daqueles que não se adéquam aos padrões impostos pelo grupo, o qual compreende o delito como escolha da coletividade.

Adverte Jock Young - na análise da subcultura e da diversidade - que é impossível demonstrar que a privação absoluta conduza automaticamente ao cometimento de delitos: "não é a mera marginalidade ou a "privação absoluta" de bens e direitos que "causa violências, mas sim a privação relativa", essa sendo definida "como excesso de expectativas com relação às oportunidades que existem para alcançá-las".[212]

É verdade que a falta de bens materiais, os padrões falidos de educação social e o declínio geral dos valores, causam uma miséria difundida, contudo, tal conjuntura não torna, necessariamente, um indivíduo sujeito ativo de um delito, visto que, existem pessoas que não estão privadas de excelente moradia, educação pedagógica e familiar exemplar, mas nem por isso deixam, definitivamente, de estarem disposto ao crime. Isto é, pessoas economicamente favorecidas também praticam delitos. O problema que se coloca à anomia é o de desvendar as tensões socialmente estruturadas que instigam o indivíduo a procurar soluções desviantes. Ao

---

[209] Outras teorias contêm aspectos da Subcultura Delinquente de Albert Cohen. Dentre elas está a Teoria subcultural da violência de Marvin Wolfgang e Franco Ferracuti.
[210] COHEN, Albert. *Apud* MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 147.
[211] LEAL, César Barros; JÚNIOR, Heitor Piedade (orgs.). **Violência e vitimização**: a face sombria do cotidiano. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 20.
[212] YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 141.

postular o determinismo sociológico, o sistema é visto como fabricante do crime, e este é entendido como uma disfunção do sistema social.[213]

Demais isso, esse determinismo etiológico, não identificava os conflitos estruturais do sistema, mas apenas a mera existência de tensões, e por não problematizar a ciência criminal conservava seus vírus basilares. A desconstrução desse paradigma, ao menos no âmbito teórico, desencadeou no contexto histórico de crise do Estado de Bem-Estar[214], propiciada, evidentemente, pela revolução política e cultural.

A par das teorias fundadas no consenso social, surgem as ditas Teorias do Conflito, para as quais a coesão e a ordem social são fundadas na força e na coerção, resultando da dominação de parte da sociedade por outra. As denominadas Teorias do Conflito foram responsáveis por confrontar[215] os princípios da ideologia da defesa social, provocando a transição do paradigma etiológico de criminologia para o paradigma da reação social, passando a "conceber as normas a partir de um pluralismo ou de uma perspectiva de conflito, como resultado da dominação de uma classe sobre as demais".[216] O delinquente e até mesmo o delito deixam de ser os pontos cruciais da criminologia, em favor do sistema de controle, entendido este como o "conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de estruturas de reação da sociedade".[217]

Daí que, ao ter por base a sociologia criminal (norte-americana), pressupõem uma sociedade com uma pluralidade de grupos e subgrupos que apresentam oposições valorativas. Mas, é o conflito gerado por essas oposições que garante a conservação do sistema e produz as alterações necessárias para seu desenvolvimento dinâmico e estável. Assim sendo, o conflito é funcional, pois assegura a mudança social e contribui para a integração e conservação da ordem normativa.

---

[213] LEAL, César Barros; JÚNIOR, Heitor Piedade (orgs.). **Violência e vitimização**: a face sombria do cotidiano. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 30-31.

[214] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 182.

[215] Segundo, Alessandro Baratta: "[...] a teoria do *labelling approach* (ou enfoque da reação social) teria negado o princípio da igualdade; as teorias do conflito, com base no *labelling*, teriam questionado o princípio do interesse social e do delito natural; e, as várias investigações sobre a efetividade dos fins da pena teriam desmitificado o princípio do fim ou da prevenção". (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 42)

[216] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 86.

[217] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132.

Diferentemente do viés tradicional do paradigma da reação social, especialmente, a Criminologia Crítica não questiona os motivos delitivos, mas a legitimidade da eleição de determinadas pessoas como criminosas e as consequências dessa seleção. De tal modo, examina "as bases da ordem social, o funcionamento do sistema e suas instâncias, e ainda mostra simpatia pelas classes oprimidas, ataca o fundamento moral do castigo e a não punição do Estado".[218] Ao entender que a nocividade é o fundamento da intervenção penal, busca esclarecer o real impacto da pena, fazendo a sociedade perceber que o delito não é um problema específico do sistema legiferante.

As transformações desse pensamento criminológico possuem teorizações várias, porém ao que importa a esse escrito, impende realçar as teorias: abolicionista; e, especialmente, a *labelling approach*.

A teoria do *Labelling Approach* (ou do etiquetamento, da rotulação ou da reação social) - que tem como precursor Howard Saul Becker -, foi o instrumento teórico mais importante de transição do modelo etiológico para a Criminologia Crítica, como marco da teoria do conflito. Deslocou a atenção da ciência criminal do criminoso e das causas do crime, para quem é definido criminoso, o porquê dessa definição, e quais efeitos surgem da atribuição desviante.

Em verdade, ao mudar a investigação do controlado para o controlador, a definição da criminalidade passa a ser esclarecida em três níveis: (1) o impacto de atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante; (2) o processo de atribuição do *status* de criminoso; e, (3) o processo de definição da conduta desviada.[219] Nessa vertente, verificam-se os motivos de algumas condutas serem criminalizadas, e outras, igualmente lesivas, não; e, o fato de algumas pessoas serem mais vulneráveis a ser selecionadas pelo sistema do que outras, diante de condutas idênticas.[220] Desse modo, na abordagem central do *labelling approach*,

> uma conduta não é criminal 'em si' ou 'per si' (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por traços concretos de sua personalidade (patologia). O caráter criminoso de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de certos processos sociais de 'definição', que atribuem a mesma um caráter, e de 'seleção', que etiquetam um autor como delinquente.[221]

---

[218] *Idem, Ibidem*, p. 149.
[219] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 208.
[220] ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 592.
[221] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 205.

Com efeito, para a teoria em exame, a criminalidade não tem natureza ontológica, ao passo que o desvio não é uma qualidade do ato praticado, e sim uma interação entre o indivíduo que o pratica e aquele que se insurge contra o ato, aplicando em consequência lógica as regras penais. O desvio é criado pela sociedade, mas "as sociedades modernas não constituem organizações simples em que todos concordam quanto ao que são as regras e como elas devem ser aplicadas em situações específicas".[222]

Há de se observar que "os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio [desvio primário], e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como *outsiders* [desvio secundário]".[223] Howard Becker atribui dois significados a conceituação *outsiders*, a princípio, estes seriam aquelas pessoas que são consideradas desviantes por outras, "situando-se por isso fora do círculo dos membros "normais" do grupo. Mas, [...] do ponto de vista da pessoa rotulada de desviante, podem ser aquelas que fazem as regras de cuja violação ela foi considerada culpada".[224]

Os detentores do poder seriam os responsáveis pela atribuição do rótulo de criminoso, e não o seu alvo. A propósito, Lola Aniyar de Castro assevera que "a delinquência oculta, ou cifra negra, não são considerados delinquência".[225] Em vista disso, verificou-se uma distribuição desigual da criminalidade, a qual promove um estereótipo permanente de réus e vítimas, uma vez que o sistema penal se direcionava mais contra determinadas pessoas, do que contra certas condutas delitivas. Desse modo, a "clientela" do sistema criminal se constituiria, predominantemente, por indivíduos economicamente desfavorecidos, "não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos".[226]

As possibilidades de exclusão de um indivíduo da sociedade pela soma dos processos de exclusão advêm do fato do indivíduo não ser considerado criminoso pelo ato que pratica, e sim pela etiqueta que lhe é conferida (desvio secundário). Essa rotulação social permite excluí-lo da sociedade, sendo ele estigmatizado e rejeitado.

---

[222] BECKER, Howard Saul. ***Outsiders***: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 27.
[223] *Idem, Ibidem,* p. 20.
[224] *Idem, Ibidem,* p. 27.
[225] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia**: da reação social. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 79.
[226] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 552.

Vale realçar que as instituições formais de controle social não são unicamente responsáveis pelos processos de definição da estigmatização, porque o senso comum igualmente o determina, isto é, "o sistema penal não realiza o processo de criminalização e estigmatização à margem ou inclusive contra os processos gerais de etiquetamento que tem lugar no seio do controle social informal [...]".[227]

A contribuição do *labelling approach* "decorre da necessidade de repensar o ordenamento penal no contexto de uma sociedade aberta, democrática e pluralista, ampliando as margens de tolerância para superação dos conflitos e das tensões sociais".[228] Assim, essa concepção possibilita a atenuação das desigualdades impostas pelo sistema de etiquetamento, ao analisar e listar as relações de poder que definem quem está no lugar de dizer o que é crime e quem é criminoso. Como "o principal efeito da rotulação seria o de induzir a novos atos desviantes e/ou delitivos",[229] evitar a rotulação advinda dos desvios primários; e, o prejuízo da autoimagem do condenado, permitiria a reintegração desse à sociedade.

Entretanto, ao examinar a discorrida teorização Alessandro Baratta entende que ela teria um "médio alcance", pois pouco considera em termos de associação da estrutura punitiva à estrutura econômica das sociedades. Destarte, não atinge verticalmente o nível estrutural dos mecanismos produtores de desigualdade social e não questiona os critérios estabelecidos para formulação da política criadora da norma penal.[230] Ademais, ao restringir "a criminalidade à definição legal e ao efeito etiquetamento, exaltam o momento de criminalização, e deixam fora da análise a realidade de comportamentos lesivos de interesses merecedores de tutela".[231]

Nessa linha de raciocínio, em que mais se critica do que se propõe, a criminologia marxista avoca o papel da classe trabalhadora (explorada) e passa a criticar o modo de produção capitalista e os meios de reprodução. O fenômeno delitivo é ao mesmo tempo "consequência e causa de desorganização social e de divisão na classe trabalhadora na hora de abordar as políticas".[232] Dito de outra forma, o capitalismo é compreendido como o alicerce de uma criminalidade insolúvel, ao promover a criminalização da pobreza, e a consolidação definitiva de uma carreira criminosa aos marginalizados do cárcere.

---

[227] *Idem, Ibidem,* p. 107.
[228] ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 597.
[229] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia**: da reação social. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 101.
[230] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 98-99.
[231] *Idem, Ibidem,* p. 98.
[232] ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 720.

Ao discorrer sobre desigualdade substancial no direito penal, Alessandro Baratta sustenta que esse "tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista".[233]

Diante desse quadro de deslegitimação do sistema penal - ao menos no âmbito teórico -, a doutrina mais radical é denominada de Abolicionismo, pois apregoa a supressão total do sistema penal. Este só seria legítimo se alcançasse suas finalidades protetoras, no sentido de diminuir a violência, cumprindo as garantias formais e materiais, do contrário o controle formal deveria dar lugar aos modelos informais de soluções de conflitos, já que o mal que o direito penal ambiciona impedir é inferior aquele que a intervenção punitiva seletiva e arbitrária causa.

Abomina-se a intervenção punitiva do Estado, em virtude dos efeitos negativos das sanções penais, e por ser incapaz de prevenir delitos seja em seu caráter geral ou especial. O abolicionismo vê a função preventiva da pena como ineficiente, e essa como ilegítima. Sendo assim, deposita todas as expectativas na individualidade e no humanismo para a solução dos conflitos penais. Em resumo, Luigi Ferrajoli[234] que é garantista, explica que os abolicionistas:

> não reconhecem justificação alguma ao direito penal e propugnam pela sua eliminação; impugnam desde a raiz seu fundamento ético-político ou consideram que as vantagens proporcionadas por ele são inferiores ao custo da tríplice constrição que produz: a limitação da liberdade de ação para os cumpridores da lei, o submetimento a juízo de todos os suspeitos de não cumprir e o castigo de quantos se julguem que a descumpriram.[235]

O seu principal precursor foi Louk Hulsman, o qual se utilizando de uma perspectiva fenomenológica defendia que o crime não existe como realidade ontológica, portanto, é criado pela lei, assim como o criminoso. O sistema fabricaria culpados, assim seu funcionamento se ampara no conceito metafísico de culpabilidade. De tal modo, Hulsman defende que

> é preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que, [...] unem os órgãos de uma máquina cega cujo objeto mesmo é a produção de um sofrimento estéril. Um sistema desta natureza é um mal social. Os

---

[233] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

[234] Para Ferrajoli o seu modelo penal mínimo seria uma alternativa progressiva frente ao abolicionismo, pois o direito penal permite a liberdade de escolha entre praticar ou não praticar o delito, já a dita intervenção disciplinar *ex-ante* do abolicionismo impede essa liberdade, à custa da liberdade de todos.

[235] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 247-248.

> problemas que pretende resolver - e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende - deverão ser enfrentados de outra maneira.[236]

Nestes moldes, busca atribuir outra linguagem para o crime, substituindo-o por "situação problemática",[237] com o fito de estabelecer uma solução direcionada a ela. O processo de descriminalização sugerido por Hulsman se apresenta como uma forma de superar o conceito de crime. Ressalta-se que "a eliminação do conceito de crime obriga a uma completa renovação de todo o discurso em torno do chamado fenômeno criminal e da reação social que ele suscita".[238]

Hulsman entende que o processo de criminalização apresenta três categorias de problemas interrelacionados: (1) a confiança superestimada de que a criminalização controla as situações-problema; (2) o custo social da justiça criminal pelo processo de estigmatização; e, (3) os problemas internos das organizações que interagem formando a justiça criminal.[239]

Assim, para além de abolir a categoria de crime, o modelo de interação deve abolir o lugar da vítima em uma situação-problema; e, a noção de gravidade. A respeito da vítima "sua participação deve ser direta no desenrolar do processo, a partir de uma orientação voltada aos seus interesses [autodefesa]".[240] Por sua vez, a noção de "gravidade é o principal instrumento do sistema criminal"[241], e, em geral, constitui uma quantidade de medo e insegurança[242], que objetivamente não atinge os indivíduos, mas no âmbito subjetivo causa sofrimento.

A estratégia é resolver a situação-problema utilizando outros sistemas que não o penal. As regras civis[243] de conciliação[244] e indenização são vistas como sendo mais eficientes para dirimir os conflitos intersubjetivos, pois respeitam as diversidades pessoais, incrementam a tolerância sem soluções estereotipadas. Hulsman estabelece os valores morais como limite para as violências, aferindo que os fenômenos criminais não interferem de maneira justa na

---

[236] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdida**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993, p. 91.
[237] *Idem, Ibidem,* p. 95.
[238] *Idem, Ibidem.*
[239] Tradução livre da autora. HULSMAN, Louk. *The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies. In: **Israel Law Review**, issue 3-4, Summer-Autumn. Jerusalem: Israel Law Review*, v. 25, pp. 681-709, 1991. Disponível em: http://law.biu.ac.il/files/law/shared/israel_law_rev._amicus_1.pdf. Acesso em: 15 out. 2017.
[240] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdida**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993, p. 117.
[241] *Idem, Ibidem,* p. 102.
[242] Elucida Hulsman que "o sentimento de insegurança se espalha na população da mesma forma difusa que um gás na atmosfera, sem que se possa controlá-lo. Trata-se de uma força psicológica praticamente incontrolável, sobre a qual, curiosamente as informações sérias têm pouca influência". (*Idem, Ibidem,* p.109)
[243] *Idem, Ibidem,* p. 132.
[244] Hulsman propõe a conciliação direta entre os indivíduos envolvidos em situações-problema, a partir da sugestão de cinco estilos: o punitivo, o compensatório, o terapêutico, o conciliatório e o educativo.

realidade social, por não considerarem as individualidades, já que o delito e o indivíduo que o pratica são observados de modo estático. O direito penal seria um problema em si mesmo.

Nada obstante, Hulsman reconhece que em casos graves não se pode prescindir de mecanismos penais, porém harmonizando o contexto não-penal com uma intervenção de emergência, em razão da liberdade e da segurança dos cidadãos, posto que

> uma coisa é suprimir a mecânica penal. Outra coisa é excluir toda coerção. É preciso dar a polícia, no âmbito da manutenção da paz pública, a possibilidade de prender um indivíduo que está atacando outro [...]. [Mas,] seria necessário instaurar um controle judiciário rigoroso sobre o poder de coerção assim concedido a polícia.[245]

De fato, a abolição teorizada por Hulsman dirige-se à aceitação e legitimação por parte da sociedade de mecanismos que possam reduzir às atividades das instituições que compõem o sistema penal de justiça.

Corroborando essa ideia, Nils Christie sustenta que a intervenção coercitiva do Estado pode se fazer indispensável ante a gravidade da situação, porém deve ser restringida ao máximo, visto que as prisões possuem inúmeras desvantagens. Ademais, entende que o grande inimigo do ser humano é o Estado, que ao criar o crime atribui rotulações estigmatizantes, ou seja, "o crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir [...] a certos atos o significado de crimes, e às pessoas o simples atributo de criminosas".[246] A indústria do crime, a que se refere Christie, é um dos setores mais dinâmicos do capitalismo, de modo que "o sistema penal é um vírus que só ataca os mais fracos".[247]

O Estado como anônimo e longínquo da realidade social deve se afastar das resoluções de conflitos interpessoais, ao passo que gera uma espécie de verticalização corporativa, por tratar o indivíduo como um impotente incapaz de resolver seus problemas de modo autônomo. Para Christie, o delito é algo relativo, em que o legal e o ilegal não são mais que opiniões, por isso "encontrar o nível adequado de dor não é uma questão de utilidade, de controle da criminalidade, ou de ver o que funciona. É uma questão de padrões baseados em valores. É uma questão cultural".[248]

---

[245] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdida**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993, p. 113.
[246] CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.13.
[247] *Idem, Ibidem*, p. 50.
[248] *Idem, Ibidem*, p. 198.

Entretanto, embora as críticas ao sistema jurídico penal sejam autênticas, o abolicionismo penal pode produzir o perigo de alternativas piores ao acreditar ingenuamente em uma humanização coletiva e esquecer que a supressão do Estado origina a vingança privada. Isto é, a ausência de um direito penal suporia o abandono do controle da criminalidade ao livre ardil das forças sociais.

Além do mais, os influxos do Estado Democrático de Direito demonstram que "o Direito Penal revela-se como [...] um instrumento capaz de conter as tensões causadas por comportamentos que afetem gravemente as liberdades humanas e a convivência".[249] Deste modo, o debate entre o controle e a motivação da criminalidade e as políticas abolicionistas, caduca sem solução, quando existe uma dependência do uso do poder punitivo, não só em uma "situação-problema" grave, mas também diante de problemas de menor potencial. Aqui, o debate da expansão do poder punitivo ganha destaque.

3.2 POLÍTICA CRIMINAL DE EXTREMOS

3.2.1 Declínio da Tolerância: Lei e Ordem

No campo político, a pauta do incremento da lei penal, sem a análise da Política Criminal, tem sido um mecanismo eficaz para atender os anseios populares, em virtude de sua primitiva concepção de vingança e de a sociedade estar submersa em uma "patologia de esperança". Outrossim, o discurso em defesa da segurança pública, frequentemente, garante resultados positivos em eleições futuras, aos parlamentares que subscrevem esses projetos de leis. Então, teoricamente, a atuação do Estado diante do crime como fenômeno social não resulta do arbítrio de um regime totalitário, mas de um Estado Democrático de Direito que objetiva responder às reivindicações da cidadania.

Assim, estando à criminalidade em pauta na sociedade brasileira, as funções da Política Criminal recebem impulso da opinião pública e são executadas por um poder político que tem plena legitimidade democrática. Cenário este que torna a tarefa da Política Criminal muito mais difícil, porque a sociedade insiste em cisões que se multiplicam sem que haja um mínimo de consenso sobre as razões do dissenso. Ou seja, "grupos extremistas" podem requerer despenalização e descarcerização generalizada, enquanto um outro grupo demanda a

[249] LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

radicalização e intensa intervenção penal. Porém, esses interesses se intervertem, na medida em que através do direito penal (como instrumento de contrapoder), determinado grupo obtenha alguma proteção (benefício).

Importa enfatizar que compete a Política Criminal conjugar meios penais (dogmática) ou não penais de controle social da criminalidade, seja na elaboração da legislação criminal, ou na reforma e aprimoramento dos órgãos encarregados de sua aplicação, visando regular os indivíduos por meio de normas de convivência social, Portanto,

> a Justiça política sendo a relação entre a ação e estado variável da sociedade, pode variar à medida que se torne necessária ou útil à sociedade tal ação, e só será bem discernida por quem analisar as relações complicadas e mutabilíssimas das combinações civis.[250]

Ocorre que a população, sôfrega por segurança, impulsionada especialmente por uma mídia sensacionalista, pressiona os políticos para a implementação, quase sempre, de políticas conservadoras e repressoras, pois inexiste preocupação com os meios, quando o que somente importa são os resultados. A repressão por si só pode acabar sendo uma política de Estado que responde pelo nome de Segurança Pública, fomentando em sua maioria uma funcionalidade deficiente do sistema penal. Essa é a dialética do eficientismo penal, que, usufruindo de uma comunicação vertical através dos meios de comunicação de massa, incutem o aumento genérico da criminalidade, ao pleitear uma eficácia absoluta do direito penal no controle dos comportamentos ilícitos e dos comportamentos não funcionais para o sistema social.

Essa política de penalização da insegurança ontológica e social é representada, primordialmente, pelo o intitulado Movimento Lei e Ordem (*Law and Order*), que despontou na segunda metade do século XX, nos Estados Unidos da América, partindo da premissa de que para se reduzir ou conter as desordens sociais era necessário punir intensamente pequenos delitos, pois assim evitar-se-ia a prática de delitos mais graves, em virtude da relação de causalidade entre a desordem e a criminalidade. Assim, se constituiu como verdadeira política de propaganda do poder punitivo máximo. O direito penal era entendido como um instrumento de dominação, ao expressar tipicamente emergencialidade e eficientismo, sendo visto como o único meio capaz de proteger os interesses sociais,

O fundamento teórico dessa política criminal norte-americana sobreveio, em 1975, com a publicação da obra “Pensando sobre o delito”, de James Q. Wilson, criminólogo da direita punitiva, filiado ao neoconservadorismo. Em seu escrito já principiou acerca da “teoria das janelas quebradas”, mas, foi a partir do artigo “*Broken windows: the police and*

[250] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 16.

neighborhood safety", escrito em conjunto com Geoge L. Kelling, em 1982[251], que defendeu mais fortemente a necessidade de se punir até as menores incivilidades.[252] Nada obstante, em 1996[253], houve uma repercussão mais expressiva dessa teoria com o livro "*Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crimes in Our Communities*", escrito em parceria por George L. Kelling e Catherine M. Coles. Esses criminólogos se utilizaram da metáfora das janelas quebradas para expressar a ideia de que as pequenas desordens podem sim motivar mais desordens e comportamentos inadequados, ainda que não ofensivos às leis penais. Nessa lógica,

> se uma janela de um edifício está quebrada e se ela não é consertada, as demais janelas em pouco tempo estarão quebradas também, porque uma janela quebrada sem conserto é sinal de que ninguém se preocupa com ela e, portanto, quebrar mais janelas não teria custo algum. Um edifício com todas as janelas quebradas traduz a ideia de que ninguém se importa com o que acontece nas ruas, e logo outros edifícios estarão danificados.[254]

Sob essa ótica, a criminalidade e a segurança pública eram os principais temas do discurso político conservador, o que favoreceu a eleição de Rudolph Giuliani a prefeito de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, em 1994, e viabilizou a implementação de uma polícia municipal de guerra.[255] Entendia-se que as teorias de total proteção ao indivíduo perante o Estado propiciavam um avanço da criminalidade no país, o que incutia medo nos cidadãos. Então, deixou-se de tolerar quaisquer violações as normas e aos códigos morais ultraconservadores, os quais a polícia tinha por função relegitimar, por meio da coerção, sendo os principais alvos "a embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e outros comportamentos anti-sociais".[256]

De consequência, a polícia passou a utilizar a técnica da Tolerância Zero, que retirou fundamento da ecologia criminal, e que reprimia todo comportamento enunciado como ilegal, funcionando de forma descentralizada e deslocalizada, o que admitia a adoção de determinado segmento da população como seu inimigo, comumente uma minoria que estava na base da

---

[251] No prefácio ao livro "*Fixing Broken Windows*" de Kelling e Coles, James Q. Wilson relata que: "*The title - Fixing Broken Windows - is an allusion to* ***an essay Kelling and I published in The Atlantic Monthly in March 1982****. We used the image of broken windows to explain how neighborhoods might decay into disorder and even crime if no one is in charge*". (KELLING, George; COLES, Catherine M. ***Fixing Broken Windows****: restoring order and reducing crime in our communities*. *New York: Free Press*, 1996, p. xv - *Foreword*)

[252] ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 783.

[253] KELLING, George; COLES, Catherine M. ***Fixing Broken Windows****: restoring order and reducing crime in our communities. New York: Free Press*, 1996.

[254] ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 783.

[255] *Idem, Ibidem,* p. 785.

[256] WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [onda punitiva]. Trad. Sergio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 26.

estrutura sócio-racial. Deste modo, o desconhecimento da realidade de cada região aumentou o poder discricionário da polícia, os abusos de poder, bem como a reprovação popular.

A contenção repressiva dos pobres, igualmente, alargou "o número de mortos por balas da polícia em cerca de 35% e o número de pessoas mortas enquanto estavam sob a custódia da polícia sofreu um incremento de 53%".[257] Aqui, ocorrera o descrédito à polícia como instituição, carimbando-lhe a reputação de truculenta, corrupta e ineficiente.

No entanto, no imaginário social não atingindo por essa intolerância, a inovação penal aparentava ser possível ao se "fazer recuar a delinquência real e o sentimento de insegurança subjetivo por meio de políticas públicas, judiciárias e penitenciarias zelosas, focadas nas **categorias marginais** encontradas nas falhas e nos fossos da nova paisagem econômica".[258] De tal modo, três em quatro cidadãos se declaravam mais seguros.[259]

Por efeito, ainda que, os dados não sejam de todo invulneráveis, como afirma o crimonólogo Albert J. Reiss, houve redução da taxa de criminalidade, depois da efetivação de um policiamento coerente com o proposto pela teoria das janelas quebradas (ainda no início de 1980), isto é, com incremento do efetivo policial nas ruas voltado para minorar sensação de insegurança e com foco em crimes menores e medidas preventivas. Embora, tenha ocorrido uma queda nas taxas de roubo, furto e estupro, o homicídio continuou intenso.[260] Contudo, especificamente em Nova Iorque, essa política não pode ser citada como causa determinante da redução da criminalidade, porquanto os índices decaíram em outras metrópoles americanas, ademais outros fatores contribuíram para essa redução.[261]

A medida, portanto, não era vista como sendo necessariamente repressiva, mas sim descritiva da realidade sem controle social, pois obviamente os criminosos manteriam suas atividades em uma cidade sem proteção. A causa do crime era a irresponsabilidade e a imoralidade pessoais do criminoso. E, o meio mais seguro para deter as infrações violentas era não permitir nenhuma amostra de descontrole (incivilidade) sem castigo. Diante das diferentes formações histórico-culturais, as pequenas desordens, às quais não se presta atenção seriam sempre o início de problemas graves de convivência. Por isso, era necessário revitalizar os espaços públicos através da tolerância zero.

---

[257] ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 786.
[258] WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [onda punitiva]. Trad. Sergio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 13.
[259] ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 786.
[260] Citação indireta. Tradução livre da autora. REISS, Albert J. ***Policing a city's central district: the Oakland story***. *Research Report. National Institute of Justice: University of Michigan, march* 1985. Disponível em: http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015028421546;view=1up;seq=3. Acesso em: 15 out. 2017.
[261] YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 202.

Ao radicalizar a definição do desvio (delito), a distinção entre o que é visto como crime grave e como crime menor se reduz ao mero interesse individual e discricionário. Sustenta Jock Young, criticamente, que a ordem causal poderia ser invertida, no sentido de que "não foi a polícia de tolerância zero que erradicou a delinquência, mas sim a baixa da delinquência permitiu desviar recursos policiais para realizar a política de tolerância zero".[262]

Na interpretação de Loïc Wacquant, essa intolerância só servia para administrar a miséria por meio do direito penal, assim o manejo da

> lei-e-ordem está para a criminalidade assim como a pornografia está para as relações amorosas, ou seja, um espelho que deforma a realidade até o grotesco, que extrai artificialmente os comportamentos delinquentes da trama das relações sociais [...], que ignora deliberadamente suas causas e seus significados, e que reduz seu tratamento a uma sequência de iniciativas [...] inverossímeis, resultante do culto do desempenho ideal, mais do que da atenção pragmática ao real.[263]

Essa gestão da pobreza "transforma a luta contra o crime em um *titilante teatro burocrático midiático* que [...] sacia e alimenta os fantasmas da ordem do eleitorado, reafirma a autoridade do Estado através de sua linguagem e de sua mímica viris".[264] Porque, é fácil alienar qualquer sociedade aterrorizada por uma criminalidade possivelmente incontrolável, ofertando como esperança a tentativa de retroceder os níveis de tolerância até com as formas de desvio não violentos.

Cumpre elucidar que o direito penal não pode ser o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, de modo que os comportamentos irrelevantes passem a sofrer consequências graves. Não se pode esquecer que para a conduta se transformar em infração penal com sanção gravosa, deve-se investigar a importância do bem jurídico atingido pelo comportamento antissocial. Pois, onde tudo é proibido, o Estado não tem mais função de ser. Definitivamente será impossível efetivar a tutela penal.

A política de intervenção baseada na tolerância zero não seria por definição desproporcional, se conseguisse faticamente evidenciar que a repressão mais dura para delitos menos graves inibe delitos realmente graves, e, que o nexo de causalidade entre desordem e criminalidade é superior a qualquer circunstância. Entretanto, enquanto sua identificação for simplificada como sendo o oposto ao direito penal mínimo, em um contexto marcado pela a polarização e a desconfiança, a população segue favorável à maximização repressiva.

---

[262] *Idem, Ibidem*, p. 201.
[263] WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [onda punitiva]. Trad. Sergio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 11.
[264] *Idem, Ibidem.*

Ademais, haverá uma falsa impressão perpétua de controle, uma vez que quanto mais infrações penais, menores as probabilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando o sistema ainda mais seletivo e com maior cifra negra. Sendo fácil para o Estado aumentar o número de presos por condutas menos gravosas, enquanto as condutas realmente gravosas permanecerão impunes, e a consequência lógica é um direito meramente simbólico. O direito penal perderá sua importância, em virtude da certeza de impunidade, porque "cada hora de labor da polícia, do ministério público, do tribunal e das autoridades penitenciárias gasta nos domínios marginais do direito criminal, é uma hora retirada à prevenção da criminalidade séria".[265]

A negligência do Movimento Lei e Ordem com seu caráter meramente regressivo nos conduz, necessariamente, à sua ausência de credibilidade, por deixar a cargo do direito penal uma função de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menores que sejam, deixem de ser reprimidas, também por não alcançar a perspectiva da vítima do crime e provocar riscos de erosão normativa.

Não se pode ignorar o óbvio, afinal são os problemas estruturais do sistema que produzem as taxas de criminalidade. No entendimento de Jock Young a sociedade heterogênea apresenta um mosaico de escolhas, assim, vê o fracasso social mais como falha sistêmica, do que como culpa do delinquente. Nada obstante, adverte o autor que "quem delinque não está lutando contra o sistema, mas sim vitimizando ainda mais o gozo de determinados direitos por parte dos setores mais vulneráveis".[266] Ademais, a disseminação da criminalidade permite imputá-la a grupos variados, e não apenas a um grupo.[267]

É necessário, como assevera Jock Young não somente punir os indivíduos por quebrarem janelas, "mas consertar as janelas. Isto é, empreender um programa de reconstrução social abrangente [...]. Tolerância zero à criminalidade deve ser tolerância zero a desigualdade".[268] Nada obstante, para além da discussão sobre os custos advindos do declínio tolerância onde de alguma forma foi implantada, a preocupação de tal movimento é a persistência de que o seu oposto, necessariamente, é o direito penal mínimo.

---

[265] ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 411.
[266] YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 210.
[267] *Idem, Ibidem*, p. 211.
[268] *Idem, Ibidem*, p. 205.

3.2.2 Minimalismo Garantista

Quando o sistema jurídico penal é visto como um "mal necessário", a crise conjuntural que atinge sua legitimidade incita a sua relegitimação. Entre as críticas ao sistema de controle penal, as proposições de extinção[269]; e, a intervenção punitiva máxima, situa-se o garantismo penal como corolário do modelo penal minimalista e utilitarista, objetivando a diminuição do poder punitivo em contraposição à liberdade humana.

Esse modelo garantista de responsabilidade penal, elaborado pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, concebeu a limitação do poder penal "absoluto" como princípios políticos, morais ou naturais. Outrossim, ao seguir o postulado iluminista *Liberté, Fraternité, Égalité* (liberdade, fraternidade e igualdade) - decorrente da Revolução Francesa (1789) -, acabou sendo incorporado às codificações, e convertendo-se em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito.[270]

Cabe historiar que a expressão garantismo, que irrompeu no século das luzes, sendo comumente associada a Francesco Mario Pagano[271], e entendida como doutrina penal, significava, mais precisamente, a limitação da discricionariedade potestativa do julgador. No século XIX, Émile Littré[272] definiu o vocábulo, em seu "*Dictionnaire de la langue française*", utilizando o fundamento filosófico-político de Charles Fourier, para quem o garantismo era um sistema de segurança social, apto a propor reformas no âmbito público e privado, assegurando os direitos dos cidadãos mais suscetíveis ao arbítrio estatal.

Inobstante, entende Luigi Ferrajoli que a incorporação do garantismo ao universo jurídico, mormente, no âmbito penal, é mais recente. Na Itália, o vocábulo foi introduzido apenas século XX, o que pode ser estendido a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a garantia é sinônimo do Estado Constitucional de Direito.[273]

---

[269] Para Ferrajoli, o abolicionismo engendra o perigo de alternativas piores do que o direito penal, por ser uma "utopia regressiva" ao se basear na ilusão de uma sociedade bondosa.

[270] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 75.

[271] IPPOLITO, Dario. *El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y lalección de Beccaria. Doxa.* ***Cuadernos de Filosofía del Derecho****, Alicante,* n. 30, pp. 525-542, 2007. Disponível em: www.cervantesvirtual.com/research/el-garantismo-penal-de-un-ilustrado-italiano-mario-pagano-y-la-leccion-de-beccaria--0/ae04f8b3-6dc1-4345-80a4-d650e769a8ea.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 07 dez. 2017.

[272] *Idem, Ibidem.*

[273] Tradução livre da autora. Texto original: "*La palabra garantismo es nuevaen el léxico jurídico. Fue introducida en Italia em lo saños 70 em el âmbito del Derecho penal. Sin embargo, creo que puede extenderse a todo el sistema de garantías de los derechos fundamentales. En este sentido, el garantismo es sinónimo de*

Amparando-se no Estado Democrático de Direito, ao pretender oferecer proteção aos princípios (axiomas) prescritos em lei, o garantismo descrito pelo jusfilósofo Luigi Ferrajoli, em 1989, no seu livro "*Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*", visa autolimitar o exercício do *ius puniendi* estatal. Ferrajoli discorre sobre o garantismo na esfera epistemológica, axiológica, teórica, fenomenológica, e por último formula uma teoria geral do garantismo voltada a todos os âmbitos do direito.

Como proposição de teoria geral, segundo Ferrajoli, o garantismo detém três significações, seriam elas: (1) um modelo normativo de direito, chamado de estrita legalidade; (2) uma teoria jurídica acerca da validade e da vigência da norma e a distinção entre ambas; e, (3) uma filosofia política, que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa de quem a eles deve servir, e a correspondente divergência entre justiça e validade.[274] Impende ressaltar que o garantismo, enquanto modelo normativo de direito

> [...] precisamente, no que diz respeito ao **direito penal**, [é um] o modelo de "estrita legalidade", próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.[275] (grifo nosso)

Assim, caracteriza-se como uma técnica de tutela idônea a garantir que o sofrimento causado ao indivíduo, em razão da intervenção do Estado em sua esfera de direitos, através do direito penal, seja o menor possível. A propósito, ao visar a recuperação dos limites do direito penal liberal, tenciona uma intervenção penal mínima, por meio de um programa de descriminalização e do afastamento da pena privativa de liberdade, seja com a sua redução pela metade, ou estabelecendo um limite máximo dez anos para qualquer delito, limite esse que deveria ser sancionado pela norma constitucional.[276]

Em meio a essa relação entre liberdade individual e poder estatal, de inspiração libertária, a efetividade do garantismo se determina a partir de um modelo de crítica da racionalidade, da justiça e da legitimidade da pena. Desse modo, "os diversos princípios

---

Estado constitucional de Derecho". (PISARELLO, Gerardo; SURIANO, Ramón. *Entrevista a Luigi Ferrajoli*. ***Isonomía. Revista de Teoría e Filosofia del Derecho***. *Mexico*, n. 9, pp. 187-192, 1998. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/entrevista-a-luigi-ferrajoli-0/. Acesso em: 07 dez. 2017)

[274] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 787.

[275] *Idem, Ibidem,* p. 684.

[276] *Idem, Ibidem,* p. 332.

garantistas [penais e processuais penais] se configuram, antes de tudo como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal".[277]

Com fito de minimizar o poder institucionalizado, Ferrajoli formula e separa os princípios fundamentais em modelos axiomáticos, que constituem uma morfologia complexa, sendo três garantias relativas à pena (retribuição, legalidade, culpabilidade), três direcionadas ao delito (materialização do fato, ofensividade e intervenção mínima); e, quatro relacionadas com o processo (jurisdicionariedade, acusatório - separação entre o juiz e a acusação -, ônus da prova e contraditório ou da defesa).[278]

Por conseguinte, nomeia como princípio basilar da tipologia garantista, o princípio da legalidade, fazendo a distinção entre a mera legalidade e a legalidade estrita. Deste modo, "enquanto axioma, a mera legalidade limitar-se-á exigir a lei como condição necessária da pena e do delito; [e], o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal".[279]

Na observância dessa legalidade estrita, no direito penal material e processual, bem como ao insistir em uma conduta avalorativa por parte do julgador, quando da necessária cisão entre direito e moral, o garantismo se apresenta como manifestação contemporânea do positivismo[280], de modo que Ferrajoli reproduz as ideias principais da escola da exegese, ainda, que, se identifique como um positivista crítico.[281] Portanto, a bifurcação entre vigência e validade, autorizaria o jurista - em benefício do cidadão - criticar o direito que, embora vigente, se constate inválido, o que permitiria a vinculação do constitucionalismo garantista ao constitucionalismo positivista.[282]

Na busca pela verdade processual das decisões judiciais, que, consequentemente, impõem a sanção penal, o garantismo concentra poderes nas mãos das partes do processo, conferindo-lhes protagonismo em detrimento do julgador. Sobreleva o processo, não a

---

[277] *Idem, Ibidem,* p. 38.
[278] *Idem, Ibidem,* p. 75.
[279] *Idem, Ibidem,* p. 76.
[280] Em uma leitura rasa sobre o enfoque utilitarista e consequencialista do direito penal poder-se-ia acreditar que Ferrajoli (garantista) e Jakobs (funcionalista) se situam no mesmo lado, avaliando a utilidade e as consequências da punição e desacreditando na reprovação do mal, uma vez que nomeiam a prevenção como função da pena. No entanto, diferentemente do garantismo, a abordagem sistêmica do funcionalismo se funda na segurança cidadã.
[281] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 803.
[282] FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 8-68, p. 17. Vale acrescentar que Ferrajoli refutava a conexão entre direito e moral, a contraposição entre regras e princípios e a prática da ponderação ao invés da subsunção, quando do exercício da atividade judicante.

jurisdição. Assim, o juiz garantista deve estar comprometido unicamente com as garantias delineadas no texto constitucional. A decisão como produto do processo só tem legitimidade através do debate processual permeado pelas garantias derivadas do devido processo legal.

Pois bem. No ordenamento jurídico brasileiro, o garantismo foi importado precisamente durante o período de redemocratização, marcado pela promulgação das normas constitucionais e pela a imposição do respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Em sua essência teórica, a Constituição Federal de 1988 é garantista, uma vez que tutela diversos princípios abordados por Ferrajoli, no entanto, na prática não se alcança a exegese garantista.

Por certo, o garantismo (radical e unifocal) é uma resposta à crise do sistema penal, com fulcro na prevenção geral negativa (penas informais), ao ter por intento evitar que tanto a sociedade faça justiça com as próprias mãos, como o Estado aplique sanções incompatíveis com os princípios constitucionais, com penas injustas e excessivas. Teoricamente, tem uma dupla finalidade preventiva[283], ao proteger a vítima do delito, e, o delinquente, que ao praticar o delitivo, fica a mercê da violência da sociedade - inconformada com o ato criminoso -, bem como, do poder de punir estatal.

Na realidade, o garantismo vai, de fato, de encontro ao modelo político criminal de alta repressão, ao representar a ideia de defesa absoluta dos direitos fundamentais (individuais), aqueles bens e valores cuja tutela é justificativa da existência mesmo do Direito e do Estado. Entretanto, "o erro do garantismo está em sua estrutura de intervenção penal autolimitada em princípios intocáveis"[284], e distantes das mutações da política criminal, ou seja, alheio à realidade do delito, do delinquente e da vítima.

É, neste ponto, que o minimalismo garantista pode exibir um excesso de desequilíbrio. De tal modo, pontuamos a imprecisão medular que se contrapõe à redução da criminalidade grave, e ao controle contrabalançado do comportamento delitivo.

Segundo Ferrajoli, na criação das leis somente a legitimidade formal é respeitada, de modo que a compatibilidade substancial da Constituição é negligenciada. Inclusive, é inerente à racionalidade prática do sistema, reprimir o crime com base em uma legislação muitas vezes vaga, ambígua ou imprecisa. Isso oportuniza o decisionismo, e a utilização de critérios

---

[283] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 311.
[284] RIPOLÉS, José Luiz Diéz. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 40.

discricionários norteados de preconceitos e estereótipos fundados em valores socioeconômicos, ou na perigosidade do indivíduo acusado. O risco amplo de arbitrariedade por parte do Estado-juiz, inevitavelmente, dissolveria o conjunto das garantias processuais de determinados réus (marginalizado ou perigoso).

Desta feita, sob o jugo de proteger o cidadão acusado, e minimizar as penas arbitrárias e desproporcionais, Ferrajoli dispõe sobre os modelos de certezas relativas e subjetivas do direito penal máximo e do direito penal mínimo[285], e ressoa com nitidez que esses modelos mantêm um "equilíbrio precário de forças", sob a lógica de que

> a certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.[286]

Poderíamos concluir que, em verdade, não há espaço para o almejado equilíbrio, ao se compreender que, ou a punição será descriteriosa, ou simplesmente não deve haver punição, em razão de se atribuir mais importância às garantias individuais (absolutas) do criminoso, do que propriamente à liberdade e à segurança da população. Entretanto, não há incompatibilidade alguma entre a tutela dos direitos individuais e a tutela dos bens de natureza coletiva. Isto é, para a efetiva punição do indivíduo que delinque vitimando uma coletividade, não é necessária a sua coisificação em prol da sociedade.

Deveras, a busca pela verdade processual deve ser o objetivo prioritário do processo penal, e deve coexistir com interesses legítimos, por meio de regras processuais específicas. Todavia, a atividade probatória

> não deve ser obstaculizada em seu uso de regras lógicas ou argumentativas amplamente partilhadas, por freios garantistas negadores da evidência. [...] Sem prejuízo das reações enérgicas que deveriam incidir sobre quem realize práticas de investigação e provas proibidas.[287]

---

[285] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 84.
[286] *Idem, Ibidem,* p. 84-85.
[287] RIPOLÉS, José Luiz Diéz. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 54.

O excesso de benefícios (garantias) em favor do indivíduo acusado, como a implementação de regras de exclusão de provas relevantes, beneficia tanto os acusados inocentes, quanto os culpados:

> [...] quando nenhum dos erros previsíveis [...] é considerado mais grave do que o outro [...] isto implica que mais erros são admitidos ou tolerados em sua modalidade de falso negativo (ou falsa absolvição), embora, na verdade, o risco de cometer seja cada vez mais restrito falsos positivos (ou sentenças falsas). Dizer então que o padrão do modelo Ferrajoliano é muito exigente é dizer que está longe da preponderância da evidência [...], e, portanto, **gera um aumento excessivo da cota de absolvições falsas que estamos dispostos a assumir como um preço desde que as sentenças falsas sejam reduzidas ao mínimo, mas também produz um aumento desordenado de erros no total**.[288] (grifo nosso)

A certeza racional perseguida pelo garantismo penal gera um duplo risco. Assim, para além de gerar um crescimento desproporcional do número total de absolvições e condenações equivocadas, na análise de Larry Laudan "também acarreta num crescente risco de cada cidadão ser vítima de um crime grave (como resultado da diminuição do potencial incapacitante que tem o processo, especialmente em relação aos reincidentes)".[289]

Por efeito, a imprecisão teórica é a aparente arbitrariedade de permitir-se o recurso aos princípios unicamente em favor do indivíduo, como se já não houvesse consenso acerca da existência de direitos que transcendem as singularidades de cada sujeito.[290] Não é por outra razão que a denominação garantista, muitas vezes, pode se desviar como estratégia de defesa dos acusados, e esse desvirtuamento da teoria para proteção exclusiva dos direitos

---

[288] Tradução livre da autora. Larry Laudan explica: "[...] *cuando ninguno de lo serrores previsibles asociados a la decisión de que se trate es considerado más grave que el outro [...] ello conlleva que se admitan o toleren más errore sensu modalidad de falso negativo (o de absolución falsa), aunque em efecto, así se restringe cada vez más el riesgo de cometer positivos falsos (o de emitir condenas falsas). Decirentonces que el estándar del modelo ferrajoliano es demasiado exigente equivale a decir que se aleja mucho del de la preponderancia de la evidencia [...], y por ello generaun incremento excesivo de lacuota de absoluciones falsas que estamos dispuestos a asumir como preciocon tal de que se mantengan al mínimo las condenas falsas, pero también produceun incremento desmedido de lós errores en total* [...]". Texto original. *In:* GARCIA, Edgar R. Aguilera. *Garantismo extremo o mesurado: La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan*. ***Isonomía***. ***Revista de Teoría e Filosofia Del Derecho***. *Mexico*, n. 40, p. 61-93, abril 2014. ISSN 1405-0218. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000100004&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 07 dez. 2017.

[289] Tradução livre da autora. Texto original: "*Tienen que ver también com el crecimiento de la cifra total de errores (absoluciones falsas y condenas falsas consideradas en conjunto)* ***y com el crecimiento del riesgo de todo ciudadano de ser víctima de un delito grave (como efecto de la disminución del potencial incapacitante que tiene el proceso, sobre todo respecto de ofensores reincidentes)***". GARCIA, Edgar R. Aguilera. *Garantismo extremo o mesurado: La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan.* ***Isonomía***. ***Revista de Teoría e Filosofia del Derecho***. *Mexico*, n. 40, p. 61-93, abril 2014. ISSN 1405-0218. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000100004&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 07 dez. 2017.

[290] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. *passim*.

fundamentais individuais dos acusados, para além de ocorrer em detrimento das vítimas - a quem recai a violência -, dá-se em lesão aos direitos coletivos, como a segurança pública.

Não se pode olvidar que as vulnerações de direitos em decorrência do ilícito penal podem atingir tanto a esfera da vítima, quanto a do sujeito ativo do delito. No entanto, na sociedade atual, a vítima de um delito é duplamente perdedora, defronte ao agressor e defronte ao Estado, que a exclui de participar do conflito do qual é protagonista.

Na análise da política criminal na encruzilhada, José Luis Diéz Ripollés perfilhando o equilíbrio do protagonismo da vítima, afirma que não se quer um "jogo de soma zero", em que:

> qualquer ambição por parte do delinquente, por exemplo, em garantias processuais ou em benefícios penitenciários, supõe uma perda para vítima, que o vê como um agravo ou uma forma de evitar as consequências da condenação; e, em menor medida, o mesmo vale para o inverso, todo avanço na melhora da atenção a vítima do delito é bom que se repercuta em deterioração das condições existenciais do delinquente.[291]

A sociedade não pode prescindir de um sistema de garantias de responsabilidade penal, mas esse sistema deve atentar para o conjunto de necessidades coletivas, não interferindo na adequada satisfação dos interesses daqueles diretamente afetados pelo delito - vítimas reais - e na salvaguarda dos direitos coletivos.

Segundo Ripollés, o modelo de responsabilidade penal garantista não é "a alternativa ao modelo de segurança [...], [pois] carece de uma racionalidade pragmática para antepor uma aproximação social a uma aproximação repressiva em relação à delinquência".[292] Ademais, a sua relutância às reformas penais, em geral, acaba por "desqualificar um bom número de iniciativas de ativação do direito penal que, demonstram uma eficácia ou efetividade aceitáveis sem que, tenham colocado em perigo princípios básicos".[293]

Portanto, os limites estabelecidos no modelo garantista não permitiriam qualquer repressividade penal que mitigasse princípios elegidos como absolutos. Embora, não trabalhe com a definição de delinquente, repete a lógica de vitimização socieconômica do indivíduo acusado, isto é, perante o Estado o individuo é fraco, por isso deve ter garantidos, incondicionalmente, em sua completude, os direitos fundamentais individuais.

---

[291] RIPOLÉS, José Luiz Diéz. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 25.
[292] *Idem, Ibidem*, p. 51.
[293] *Idem, Ibidem*, p. 41.

3.3 PORCENTAGEM DO MEDO E DA PUNIÇÃO

O conflito social, por certo, pode instituir elaborações evolutivas e retroativas nas instituições e estruturas de controle. Inobstante, em "uma sociedade na qual os riscos se referem a danos não delimitáveis, globais e, com frequência, irreparáveis; que afetam a todos os cidadãos; e, que surgem de decisões humanas";[294] o espetáculo das operações punitivas importa mais que sua eficácia. Assim, ao ser inserida em um plano de individualidade massificada, a sociedade de risco demanda soluções instantâneas para os conflitos sociais. Aliás, a história do crime e da punição tem produzido todo o tipo de insegurança social, de modo que "o medo tem sido o condutor das subjetividades e um poderoso aliado dos dispositivos de controle social".[295]

É dizer, o perigo instalado na sociedade é muitas vezes percebido apenas contra as aparências de normalidade. Todavia, o final do século XX foi marcado pelo aumento da criminalidade violenta e organizada[296], que fomentam em vários níveis a permanência de um estado de corrupção, e causam danos reais a sociedade. Então, impende distinguir os limites do quadro atual da violência no Estado brasileiro. Quadro esse submerso na faticidade do perigo, e não somente na ficção midiática do medo.

Ao apontar para a permanência do crime em todas as sociedades, Émile Durkheim entende que "o crime é normal porque uma sociedade isenta dele é completamente impossível".[297] De fato, é inimaginável uma sociedade sem qualquer violação a norma penal, por não ser possível ter um céu na terra. O que se reivindica, permanentemente, é a contenção dos excessos.

A falência do modelo de segurança pública adotado no Brasil é notória, visto que consegue juntamente refletir um sentimento de impunidade e de injustiça. Ao tentarmos encontrar a solução de um problema criminal no nosso ordenamento jurídico, identificamos problemas maiores, o que torna dificultoso dimensionar em qual medida a sanção penal poderá inibir o delinquente, satisfazer a vítima e proteger a sociedade através da prevenção.

---

[294] BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010, p. 19.
[295] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 46.
[296] MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008, p. 184.
[297] DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 3ª ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 83.

Para melhor compreender a dinâmica atual da violência é imprescindível mensurar o problema em números, ou mais acertado, em estimativas, pois a realidade é incomensurável - os números têm valor relativo, apenas aproximativo.

No *ranking* mundial de número de presos por habitantes, o Brasil ocupa, a vigésima nona[298] posição, com 318 presos por 100 mil habitantes, conforme Relatório de julho de 2017 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ[299], e do Instituto de Pesquisa em Políticas Criminais (*Institute for Criminal Policy Research* - ICPR[300]) da *Birkbeck, University of London* - nos Estado Unidos da América -, que, juntos tomam por base a população nacional estimada em 208.273.635[301] milhões, o que resulta em 657.680 mil presos, nos cerca de 1.478 estabelecimentos prisionais brasileiros.

Cumpre alertar que esse número estimado de presos abrange indivíduos que sequer estão residindo dentro do sistema prisional. Isto é, os indivíduos que estão em regime fechado, semiaberto, aberto, prisão domiciliar, liberdade condicional e prisão preventiva, indiscriminadamente, estão sendo tutelados pelo sistema penal[302]. E, ainda, de acordo com o mencionado Relatório do Conselho Nacional de Justiça, a porcentagem de presos provisórios atinge 34% da população carcerária, montante esse de rotatividade elevada.

Por ser o Brasil o país que tem a sexta maior população do mundo, a sua colocação em número absoluto de presos, diante da desordem estrutural do nosso país, pode facilmente induzir o entendimento de que na dinâmica do fluxo carcerário, quanto maior a população, maior será o número de pessoas presas. No entanto, essa análise esquece que não existe, necessariamente, correlação direta entre taxas de encarceramento e a densidade populacional

---

[298] *Prison Population Rate*. Disponível em: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 31 out. 2017.

[299] Relatório de Informações Penitenciárias do Conselho Nacional de Justiça 2017. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf. Acesso em: 31 out. 2017; E, Relatório de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf. Acesso em 31 out. 2017.

[300] *Prison population total* (*including pre-trial detainees, remand prisoners*). Disponível em http://www.prisonstudies.org/country/brazil. Acesso em: 31 out. 2017.

[301] Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html. Acesso em: 31 out. 2017.

[302] Esse aprisionamento aparente é bem nítido no Estado de Alagoas, pois não existe no estado uma unidade prisional para o cumprimento de pena dos condenados em regime semiaberto e aberto. Desde a interdição da Colônia Agroindustrial São Leonardo, devido à inadequação da unidade prisional, em setembro de 2008, os condenados aos mencionados regimes prisionais passaram a cumprir suas penas em prisão domiciliar, e até então nenhum outro local foi destinado a fim de que houvesse a devida progressão do regime. A carência de fiscalização faz do cumprimento de pena uma ficção. (Essa interdição é uma informação pública disposta no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social de Alagoas. Disponível em: http://www.seris.al.gov.br/unidades-do-sistema/nucleo-de-ressocializacao-da-capital.)

de um país, já que há de se considerar outras variáveis estruturais, por exemplo, a composição demográfica por idade e o bem-estar econômico dos cidadãos.

Essas proporções, por vezes, são concebidas como um encarceramento em massa, o qual, nos dizeres de Pedro Serrano se distingue como "uma fórmula estrutural de manter o sistema e o controle social, a partir do viés do neoliberalismo que aprofunda a desigualdade social e propõe como solução do problema, a prisão".[303] E, não seria só a grande desigualdade social geradora desse encarceramento contemporâneo, mas também as condenações impostas pela "[...] produção, distribuição e consumo das drogas tornadas ilícitas [seriam] a principal causa do vertiginoso aumento do número de presos em todo o mundo".[304] No Brasil, o resultado desse aumento é atribuído à imprecisão da Lei nº 11.343/2006 - Lei de Drogas -, que, por exemplo, não estabelece critérios objetivos para diferenciar o mero usuário de drogas do traficante.

No entanto, se a legislação criminal fosse aplicada em sua integralidade, não só o traficante seria o principal alvo do sistema, porém muito mais pessoas seriam criminalizadas reiteradamente. Sob essa ótica, Zaffaroni elucida que "se o sistema penal tivesse realmente o poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social".[305] Neste sentido, pressupondo ser a sociedade criminosa, Andrei Schmidt assevera que "se o poder punitivo formalizado incidisse em todos os crimes praticados, teríamos o aprisionamento de todo o sistema social".[306]

Por sinal, não é o número de presos que define o número de delitos. Compete ressaltar que a violência é sempre representada pelos delitos de sangue, não só porque eles realmente existem em grande escala e são capazes de produzir resultado material, mas também porque provocam ojeriza rapidamente e mostram a lógica de um estado de guerra real.

A despeito da precariedade de determinadas informações, o Atlas da Violência de 2017[307], realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA -, e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, revelam a prevalência da violência letal[308] e a fragilidade do

---

[303] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p. 58.

[304] KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos**: as drogas tornadas ilícitas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47.

[305] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 26-27.

[306] SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplina**r. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 130.

[307] Atlas da Violência de 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf. Acesso em: 28 out. 2017.

[308] A porcentagem da violência é dimensionada através da violência letal, a dizer, por exemplo, o delito de homicídio, porque, de regra, este é um *delicta facta permanentis* (deixa vestígio).

equilíbrio em torno das políticas efetivas de segurança pública, de modo que jovens do sexo masculino, negros e com baixa escolaridade continuam sendo as principais vítimas de violência mortal no país, como se realmente estivéssemos em uma situação de guerra civil.

Ainda, que, o Atlas da Violência registre o número de homicídios ocorridos no Brasil, em 2015, o considerando estável, segundo o Ministério da Saúde, nesse ano houveram 59.080 crimes letais, o que fixa o percentual de 28,9%. Essa cifra

> faz com que em apenas três semanas o total de assassinatos no país supere a quantidade de pessoas que foram mortas em todos os ataques terroristas no mundo, nos cinco primeiros meses de 2017, e que envolveram 498 casos, resultando em 3.314 indivíduos mortos.[309]

A evolução das taxas de homicídios ao longo do tempo se deu de forma individualizada entre as regiões brasileiras, porquanto ocorrera uma redução do indicador na região Sudeste (que até a década de 90 era a região que concentrava os estados mais violentos do país); uma virtual estabilidade na região Sul; mas, houve um crescimento acentuado na região Nordeste, no que se refere os óbitos causados por agressão mais intervenção legal, conforme conclui o próprio Atlas da Violência.[310]

Nessa conjuntura, a "mortalidade da juventude masculina, entre 15 a 29 anos de idade, correspondeu a 47,8% do total de óbitos (e 53,8% se considerarmos apenas os homens entre 15 a 19 anos)".[311] Desses identificadores, a atenção especial permanece com as taxas de homicídios de homens jovens nos estados de Alagoas e Sergipe que atingiram, respectivamente, 233,0% e 230,4% mortes por 100 mil homens jovens.[312]

Decerto, as mortes violentas podem se subdividir em: acidentes fatais; suicídios; homicídios (acrescido de latrocínios e lesão corporal dolosa seguida de morte); intervenções legais (intervenção policial) e operações de guerra; e, eventos cuja intenção é indeterminada, o que pode ocultar o verdadeiro nível de agressão letal por terceiros. Portanto, a taxa de homicídio está oficialmente subregistrada.

Importa pontuar que o índice de homicídio, em 2015, no Estado de Alagoas chega a 52,3%, o que expressa 1.748 mortes. Incluindo as mortes violentas por causa indeterminada, em Maceió ocorreram 574 homicídios, na ponderação do número de habitantes que, a época, era de 1.013.773, o percentual fica em 56,9%. Já em Arapiraca - segundo município mais

---

[309] Atlas da Violência de 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf. p. 55. Acesso em: 28 out. 2017.
[310] *Idem, Ibidem,* p. 08.
[311] *Idem, Ibidem,* p. 55.
[312] *Idem, Ibidem,* p. 26.

populoso do Estado alagoano - essa porcentagem ascende para 61,9%, com 143 mortes, em razão de o município ter, então, 231.053 habitantes.

Esses índices revelam a naturalização do fenômeno e o descompromisso por parte de autoridades com a vida da população. Além do mais, um estudo publicado pela Organização não governamental do México, *Seguridad, Justicia y Paz*[313], mapeou as cinquenta cidades mais violentas do mundo, e o Brasil teve 21 (vinte e uma) cidades etiquetadas, dentre elas está a capital de Alagoas, Maceió com 51,78% de crimes letais no ano de 2016.

A propósito, a letalidade policial caminha no mesmo ritmo da vitimização policial, pois são produtos de um modelo de enfrentamento à violência que permanece em sua concepção militarista, sem técnica coerente. Se é verdade que a polícia brasileira é a que mais mata, o que se pode denominar de auto de resistência, em caso de conflito com o criminoso; também é verdade que os profissionais da segurança pública são vítimas do aumento da violência, para além das dificuldades estruturais, salariais, e do *déficit* de reconhecimento social que têm de enfrentar diariamente.

No primeiro semestre de 2017 foram registrados 245[314] homicídios de policiais, entre militares, civis e rodoviários federais, estando esses em serviço, ou de folga, em decorrência da profissão acabaram sendo atingidos até em comunidades ditas pacificadas. O Rio de Janeiro continua liderando o *ranking*, entre os estados brasileiros, visto que foram 82 homicídios, naquele semestre, quase o dobro de 2016. Inobstante, o levantamento de dados referentes a mortes de policiais continua apresentando um alto grau de subnotificação, como admitem os números da segurança pública.

O sistema acaba se retroalimentando, quando a polícia civil, com baixa capacidade de elucidação de crimes e de identificação dos criminosos, aposta na prisão em flagrante, que, muitas vezes é feita pela polícia militar. Todavia, a condescendência da lei penal permite que muitos criminosos permaneçam em liberdade, mesmo que exista uma postura policial mais enérgica. Outrossim, conforme o Relatório do Banco Nacional de Mandados de Prisão[315] do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, existem cerca de 607.477 mil mandados de prisão expedidos pelo Poder Judiciário que ainda não foram cumpridos, ou seja, muitos indivíduos que hoje se encontram em liberdade não deveriam estar dispondo de tal direito.

---

[313] *Seguridad, Justicia y Paz*. *Metodología del Ranking* (2016) *de las 50 ciudades más violentas del mundo*. Disponível em: http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/biblioteca/prensa/summary/6-prensa/239-las-50-ciudades-mas-violentas-del-mundo-2016-metodologia. Acesso em: 28 out. 2017.

[314] Ordem dos Policiais do Brasil - OPB. Mortômetro. Disponível em: http://opb.net.br/noticias-detalhe.php?idRow=4238. Acesso em: 28 out. 2017.

[315] Banco Nacional de Mandados de Prisão do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: http://cnj.jus.br/bnmp/#/relatorio. Acesso em: 02 out. 2017.

Mesmo com a polícia trabalhando, o seu modelo tem se apresentado ineficiente, seja para segurança da sociedade, seja para segurança dos integrantes de sua própria corporação. Aliás, Zaffaroni usa a figura do policial para definir e distinguir o Estado de Polícia do Estado de Direito, no sentido de que "a polícia seria compreendida como exercício de administração, de governo, portanto o estado de polícia é aquele regido pelas decisões de governo, no qual a sua decisão é lei".[316]

Esse referido estado de polícia é, no Brasil, ante a veiculação da grande mídia capitalista, público e notório, mormente, na cidade do Rio de Janeiro, a qual apresenta um cenário de permanente "catástrofe anunciada". A propósito, sob o fundamento da "lei e da ordem", por articulação entre União e Estado-Membro, o Exército ocupou favelas, no evento "Rio 92"[317], nos "Jogos Pan-americanos" de 2007, como também nos anos que precederam e nos eventos esportivos de 2014 e 2016.

Permitiu-se ao Exército, por meio de autorização judicial, a realização de busca e apreensão genéricas e ocupações de residências. A cargo da Polícia Militar ficou a investigação das finanças do tráfico de drogas, patrulhamentos, bloqueios de acessos e efetuação de prisões. Conclui-se, que, ao jugo de tempos excepcionais, mecanismos de exceção são decretados com intuito de restabelecer a ordem pública a qualquer custo. No entanto, essas ocupações resultam muitas vezes na exasperação da violência e no aniquilamento social de indivíduos.

Ocorre que, em virtude dos conflitos e mortes ocorridos no sistema penitenciário brasileiro, no início de 2017, em diversos estados[318], o presidente da república, Michel Temer autorizou o emprego das Forças Armadas para novamente garantir a lei e a ordem no sistema prisional, mediante Decreto[319] em 17 de janeiro. O emprego desse efetivo, entretanto, estava sujeito à concordância dos governos estaduais, já que a segurança dos estabelecimentos prisionais continuaria sob a responsabilidade dos agentes penitenciários (segurança interna) e policiais militares (segurança externa). Vale narrar que as forças armadas é a face estatal das operações de guerra, sendo treinadas para conflitos armados voltados à segurança nacional,

---

[316] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed Trad. Vania Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 41.

[317] Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992.

[318] Amazonas, Roraima, Rio Grande do Norte, Paraná e Minas Gerais.

[319] BRASIL, Decreto Presidencial de 17 de janeiro de 2017 - Autoriza o emprego das Forças Armadas para a garantia da Lei e da Ordem no Sistema Penitenciário brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/dsn/Dsn14434.htm.

isto é, delitos de repercussão nacional ou internacional, o que difere, por completo, da dirigida à segurança pública, principalmente, a segurança de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Ademais, mais recentemente, em 16 de fevereiro de 2018, o sobredito presidente decretou intervenção federal (Decreto nº 9.288/2018[320]) no Estado do Rio de Janeiro, até 31 de dezembro de 2018, em razão da crise da segurança pública, e sob o jugo de "por termô a grave comprometimento da ordem pública", conforme o estabelecido no art. 34, inciso III, da Constituição Federal. O que novamente incumbiu as Forças Armadas regular a segurança pública através de seu interventor General Walter Souza Braga Netto. O medo inserido na metrópole carioca não é a perda do patrimônio, mas o risco de morte violenta, pois os criminosos da pós-modernidade utilizam armamento de guerra.

Enxergamos que a guerra hoje se apresenta como um colapso estrutural do sistema de justiça penal, por isso explicá-lo, partindo apenas de seu arcabouço normativo (teórico) não seria honesto, pois não elucidaria seu real funcionamento, já que a problemática inicia na abstração normativa, que advêm de fracassos legislativos, e percorre toda a operacionalização do direito penal, amortecendo, de certo modo, a sua legitimidade, e, a ideia de finalidade preventiva da pena e protetiva desse direito.

Portanto, não se pode interpretar de forma simples um problema visceral, ao passo em que o cenário atual que o Brasil apresenta na violência urbana conjuga os índices de homicídios significativamente elevados com a atuação de organizações criminosas que ostentam armamento de guerra, criando um estado paralelo nas grandes metrópoles e desestruturando todo o sistema jurídico penal.[321] Assim, dentro e fora do sistema prisional existe uma guerra real, acentuada e permanente entre organizações criminosas, facções rivais ou milícias por domínio do território. Por certo, ao mesmo tempo em que, por exemplo, se poderia discutir penas e sanções alternativas para aqueles que não praticaram delitos graves e violentos, seria necessária a ampliação das transferências e de isolamentos de presos considerados de alta periculosidade ou ainda vistos como líderes de facções criminosas.

Não é difícil argumentar que quanto mais elevado o desenvolvimento humano, menos desigualdade existe e, quanto menos desigualdade, menos violência ocorre. No entanto, como dito alhures, as instituições penais não podem ser responsabilizadas por funções que não lhes

---

[320] BRASIL, Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018 – Intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de por termô a grave comprometimento da ordem pública. Disponível em: http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

[321] MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008, p. 185.

são próprias. Os problemas de fragmentação social, bem como os anseios por igualdade material não podem ver no direito penal o mecanismo para obter uma resposta. É dizer, é equivocado se questionar a função do direito penal, quando se acredita que este é uma ferramenta que pode suprir diversas demandas sociais. O problema que daqui decorre é que os medos reais também não são minorados, a propósito, como vimos, o Estado de Alagoas persiste nas colocações de liderança nos índices em mortes violentas, que alargam a criminalidade perigosa.

O paradoxo da cultura do medo promove problemas ainda mais graves, pois os medos fictícios ignoram as condutas que geram uma insegurança real na estrutura social. E, não se pode negar ou diminuir a extrema gravidade dos fenômenos criminais que têm efeitos devastadores para as instituições sociais, só porque eles não estão na pauta do dia do espetáculo midiático da insegurança. Diante desse quadro não há “solução mágica”, se é que podemos falar em solução. Porém, o desequilíbrio, certamente, pode ser atenuado. É sobre essa proposição que discorreremos na próxima seção.

4. O INIMIGO PENAL EM UM DIREITO FUNCIONAL

> "A esperança da impunidade não pode se precipitar no silêncio da lei". (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 4ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1986, p. 89)

Com alicerce no incessante aumento no cometimento de delitos de alta reprovabilidade se tem atribuído ao direito penal o dever de gerir e solucionar as inúmeras mazelas sociais decorrentes dessa criminalidade seja através da tipificação penal de novas condutas, do recrudescimento de penas, ou do banimento de criminosos.

Sendo certo que a dogmática jurídico-penal não mais pode se limitar a ser um mero instrumento de controle social totalmente alheio à realidade concreta, cumpre delinear de forma clara, sob a acepção do funcionalismo sistêmico, os limites das determinações da Teoria do Direito penal do inimigo elaborada por Günther Jakobs, e quais perspectivas podemos legitimamente exigir do direito penal ao conferir-lhe uma função específica no âmbito social, notadamente, no ordenamento jurídico brasileiro.

Importa lembrar que o Direito penal do inimigo é uma parcela menor de todas as formulações da Teoria do Direito penal de Jakobs, portanto, evidentemente, não é possível alcançar todo fundamento disposto na teoria. Para delimitar o inimigo retomaremos, apenas, os pressupostos da controvérsia entre a comunicação e a coerção, já que a acepção do inimigo tem um vínculo intrassistêmico com o sistema de Direito descrito por Jakobs.

Com efeito, a teorização de Jakobs caracteriza-se como funcionalista, em razão da construção da minudência dogmática sobre a análise da função da pena; e, a apropriação dessa função por meio de elementos da Teoria dos sistemas, é o que a distingue como sistêmica. Não se podendo olvidar que o direito penal, enquanto subsistema do sistema social contribui para que exista uma integração coerente entre as comunicações, para além da mera imposição da coerção.

Ademais, ao compreender as consequências e os efeitos da aplicação da lei penal, como medida de repressão, sem limitar a adequação do fato à sua consecutiva aplicação em um sistema pré-estabelecido, o funcionalismo fixa seu liame de justificação racional na incorporação de valores. Desse modo, o direito penal passou a ser visto como uma função inserida na ordem jurídica, que embora tenha imperfeições do campo da criação à aplicação da norma, não deixa de ser um mecanismo indispensável do Estado no combate à criminalidade, mormente, a criminalidade apta a causar danos estruturais à sociedade.

4.1 DIREITO ENQUANTO SUBSISTEMA SOCIAL

4.1.1 Garantia de expectativas normativas

No funcionalismo o direito penal é estruturado, interpretado e aplicado por intermédio de suas finalidades precípuas. Desse modo, "o direito está orientado a garantir a identidade normativa, [e] a garantir a constituição da sociedade".[322] O alemão **Günther Jakobs** - professor emérito de direito penal e filosofia do direito na Universidade de *Bonn* -, é o doutrinador responsável pela vertente mais radical do funcionalismo, por ser excepcionalmente normativista.

De pronto, Jakobs recusa a função genérica atribuída ao direito penal de proteção de bens jurídicos, pois "[...] o bem não deve ser representado como um objeto físico ou algo parecido, mas como uma regra, como uma expectativa garantida".[323] Isto é, em sua reformulação o direito penal garante a expectativa de que não haverá ataques a bens jurídicos, pois uma vez protegendo-se bens jurídicos, a norma tende a estabilizar-se reafirmando a manutenção do sistema.

Jakobs entende que a comunicação é a única operação social efetiva da sociedade, enquanto sistema. Por conseguinte, na formação da sociedade enquanto sistema de comunicação "o delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua".[324] Deste modo, o delito só poderá ser entendido em um contexto legitimamente social se interpretado de acordo com seu significado comunicativo, pois o direito penal não pode significar mais que a ordem jurídica que ele contribui para conservar.

---

[322] Tradução livre da autora. Texto original: "*el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad*" (JAKOBS, Günther. ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 15)

[323] Tradução livre da autora. Texto original: "[...] *el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada*". (LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). ***El funcionalismo en derecho penal***. Colombia: *Universidad Externado de Colombia*, 2003, p. 43)

[324] Tradução livre da autora. Texto original: "*El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya*". (JAKOBS, Günther. ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 18)

Neste sentido, o ponto de partida para o desenvolvimento do funcionalismo sistêmico de Jakobs foi à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann[325] e a visão do Direito como um sistema autopoiético,[326] fechado operacionalmente e autorreferente, embora, seus "instrumentos de análise não são conceitos [...] fechados, mas modelos abstratos que descrevem as fronteiras dos sistemas e a forma pela qual os processos comunicativos internos aos sistemas sociais operam".[327]

Impende relatar que Luhmann descreve o direito positivo moderno como um subsistema funcional, que "compõe, ao lado de outros subsistemas funcionais (política, economia, ciência [...]), uma sociedade, entendida como sistema social global que se reproduz autopoieticamente mediante um processo comunicativo".[328] Ademais, as relações inter-sistêmicas ocorrem através de acoplamentos estruturais, isto é, "mecanismo pelo qual um sistema utiliza, para colocar em funcionamento seus próprios elementos, as estruturas de um outro sistema, sem desordenar os limites entre eles".[329] Desse modo, a teoria dos sistemas forneceu as bases de sustentação da teoria de Jakobs impelindo a esta o caráter de radical, por meio da integração da concepção de autopoiese, de acoplamento estrutural, e de comunicação.

Luhmann entende que o Direito enquanto subsistema social é uma estrutura que promove a orientação social, e a sua prescrição normativa tem por função uma generalização de expectativas. Assim, a configuração fundamental da sociedade se produz através do Direito, e a função do direito penal é garantir essa configuração. Para Luhmann o sistema não se integra como todas as pessoas da sociedade, por isso "a capacidade de equilíbrio do sistema depende da capacidade [...] de absorção da pluralidade de expectativas normativas dos subsistemas do indivíduo".[330]

De igual sentir na teorização de Jakobs o Direito se desenvolve dentro de um contexto global, como subsistema da sociedade que desempenha uma prestação específica essencial para o todo, uma vez que o direito penal exerce sua função de reduzir as expectativas, por

---

[325] Não há espaço, dentro dos limites deste trabalho, traçados pelos seus objetivos, para se fazer uma justificação ou uma análise aprofundada da teoria de Luhmann, a digressão se limita a sua compatibilidade metodológica, enquanto base para teoria de Jakobs.

[326] É a produção das operações sistêmicas na própria rede operacional. Isto é, a reprodução dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização por uma relação recursiva entre eles.

[327] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

[328] *Idem, Ibidem.*

[329] LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2ª ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 272.

[330] Interpretação de Zaffaroni ao tratar do discurso relegitimante sistêmico de Luhmann e Jakobs, *in:* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 85-88.

meio de suas comunicações características. Desse modo, "seja como for, a solução de um problema social por meio do Direito Penal tem lugar em todo caso através do sistema jurídico enquanto sistema social parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade".[331]

Pois bem. O fundamento da análise sistêmica reside no fato de que as ações se veem regidas por expectativas, as quais "encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondentes a diversas variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas".[332] De conseguinte, a norma jurídica se constitui como uma "generalização de expectativas sociais, de modo que as expectativas sociais se estabilizam através das sanções, tendo a pena a finalidade de manter a vigência da norma como modelo de contrato social".[333]

A credibilidade do sistema penal se dá com a aplicação da sanção que se segue à violação da norma jurídica, protegendo a expectativa de cumprimento das normas. Por isso, é imprescindível a violação da expectativa normativa para que ocorra a reafirmação da validade da norma, mediante a sanção, ao passo que, "são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura".[334]

É oportuno esclarecer que há dois tipos de expectativas normativas, a de caráter positivo e a de caráter negativo. Neste último, todos devem agir de modo a não produzir efeitos capazes de gerar dano a outrem, ou seja, de deteriorar o círculo alheio; naquele primeiro, as instituições do sistema devem funcionar sistematicamente e em consonância com as esferas individuais, de modo que, aqui, o dever é de aperfeiçoar o *status* de organização de outra pessoa ou instituição estatal. Portanto, todas as pessoas são garantes das expectativas normativas.

Jakobs defende assim como Luhmann, que a sociedade está no centro no sistema social, sendo o homem um subproduto[335] da sociedade. Ante a influência da teoria dos

---

[331] Tradução livre da autora. Texto original: "*Sea como fuere, la solución de un problema social através del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad*". (JAKOBS, Günther. ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 21-22)

[332] TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 52.

[333] LYNETT, Eduardo Montealegre, *In:* CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 11-30, p. 13.

[334] GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 32, p. 139, out./dez. 2000.

[335] Neste ponto, criticamente Luigi Ferrajoli entende que "ao reduzir o indivíduo à condição de subsistema físico-psíquico, funcionalmente subordinado às exigências do sistema social geral, é inevitavelmente solidária como modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da

sistemas, especialmente, a ideia da norma jurídica ser uma expectativa, Jakobs diz que em uma quebra de expectativa o indivíduo descumpre seu papel social, desestabiliza o sistema, por isso a reação contrafática deve ser a aplicação da pena.

Daí que considera que o fato social identificado como violador da norma e a sanção que será aplicada ao infrator, fomentam um processo de comunicação sobre a validade da norma, uma vez que "o fato não é concebido como uma ameaça por parte da natureza, mas, especificamente, no âmbito social, como um conflito sobre a configuração da sociedade, isto é, como uma contribuição para a comunicação".[336] Por isso, a pena não se limitaria a ser identificada como coerção, mas indo além no processo de comunicação, seria uma resposta ao transgressor da norma, para afirmar que sua aplicação permite que a norma prossiga funcionando como modelo de orientação idôneo, sendo entendida como uma contradição à conduta do infrator.

Se o direito penal tem por encargo a identificação da necessidade de estabilização normativa,

> o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas. Portanto, o direito penal como proteção de normas jurídicas significa que **uma pessoa, incorporada em seus bens, é protegida dos ataques de outra pessoa**.[337] (grifo nosso)

A garantia e a reafirmação da vigência da norma jurídica são o único fim do direito penal e da sanção penal, ficando a tutela de bens jurídicos em um plano puramente normativo, isto é, "a pena não garante bem jurídicos, muito menos os repara, mas garante a vigência da norma, [de modo que] **a proteção de bens jurídicos em todo caso será obtida como um resultado mediato**".[338]

---

pessoa". (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 222)

[336] Tradução livre da autora. Texto original: "*el hecho no se concibe como una amenaza por parte de la naturaleza, sino de modo específicamente social, como conflicto en torno a la configuración de la sociedad, esto es, como contribución a la comunicación".* (JAKOBS, Günther. ***Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal***. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 51)

[337] Tradução livre da autora. Texto original: "*el Derecho no es un muro protector colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas. Por lo tanto, la idea del Derecho penal como protección de bienes jurídicos sólo puede significar que se protege a una persona o a la generalidad, en cuanto colectivo imaginado de todas las personas, en su relación con otra persona, contra la lesión de los derechos sobre sus bienes*". (*Idem, Ibidem*, p. 61)

[338] Tradução livre da autora. Texto original: "*la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato*". (*Idem, Ibidem*, p. 59)

Nessa lógica, "o direito penal não pode reagir em face de um fato, enquanto lesão de um bem jurídico, mas somente contra o fato enquanto violação da norma".[339] A norma está no centro de interesse do sistema, então, da violação do bem jurídico resultará sempre, uma lesão à própria norma, independentemente do bem jurídico violado. Em verdade, a doutrina que avalia o bem jurídico como critério de legitimação da norma e que procura definir o seu conteúdo é criticada por Jakobs, porque este não vê utilidade em tal definição, uma vez que ela não limitaria o legislador penal, nem tampouco legitimaria a norma. A proteção jurídica transforma o interesse em algo vital à sociedade, quando o eleva ao *status* de bem jurídico, não existindo um conceito de bem jurídico prefixado para o legislador.

A estabilização do bem jurídico não é função do direito penal, uma vez que "não é toda e qualquer modificação prejudicial de um bem enquanto fato positivamente valorado que interessa ao Direito Penal; pelo contrário, a modificação deve se dirigir contra a própria valoração positiva".[340] Igualmente, negando a probabilidade de limitar o *ius puniendi* por meio do conceito de bem jurídico, Günter Stratenwerth entende que "o motivo para a elaboração de um tipo penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a inconveniência de um comportamento".[341] Assim, a pena não teria significado em relação aos bens jurídicos que sofressem lesão mediante uma conduta penal, pois não tem como função restabelecer o dano material ao ofendido, por não se colocar na esfera dos efeitos concretos e externos ao sentido da comunicação, mas somente os seus efeitos primários da validade da norma violada.[342]

É dizer, embora o modelo de Jakobs tenha uma concepção formal, o seu entendimento de que a pena surge como uma confirmação do Direito, não é de todo oposto ao pensamento material de Friedrich Hegel[343], para quem "o mal não é o crime, mas a existência real de uma negação da liberdade, que, sem pena, continuaria existindo".[344] Isto é, o delito negaria a norma jurídica, a pena negaria o delito e restabeleceria a norma jurídica. Nos dizeres de Jakobs, "o fato e a pena encontram-se no mesmo plano: o fato é a negação da estrutura da sociedade; enquanto a pena é a marginalização dessa negação, ou seja, a confirmação dessa

---

[339] JAKOBS, Günther, *In:* CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 31-55, p. 52.
[340] JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 63.
[341] Claus Roxin resume o entendimento do referido autor, *In:* ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 15.
[342] JAKOBS, Günther. ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 54.
[343] Como discorrido na seção 2, em seu item 2.4.1, especificamente, quando tratamos do viés retributivo da pena.
[344] HEGEL, Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 89.

estrutura".[345] Por isso, é necessário um direito penal cuja função primária não se limite à manutenção da segurança cognitiva dos bens, mas antes garanta a validade das normas.[346]

A pena como feição interna teria uma confirmação simbólica. Muito embora o funcionalismo negue o fim retributivo (material) da pena, formalmente corrobora o pressuposto de normas válidas legitimadas pelo Estado. Se o funcionalismo sistêmico parte da organização regulativa de uma dada sociedade, a partir de sua própria configuração, o que nos determina cumprir o direito penal é a identidade normativa do grupo social, conforme apregoa Jakobs, mormente, com sua aspiração de que a pena represente a realidade do sistema jurídico. Aliás, ao interpretar Kant, Jakobs conclui que

> O problema não consiste, portanto, em saber se uma sociedade civil pode legalmente se dissolver antes de ter cumprido suas obrigações - isso não poderia acontecer independentemente de ser um dever compensar ou punir preventivamente na medida em que é uma norma de validade universal e de reações ao crime que carecem de alternativas - mas sim se a retribuição se fundamenta no dever de punir e não apenas concede uma autorização para punição.[347]

No entanto, além disso, as expectativas normativas precisariam de uma base cognitiva para existir na realidade, isso porque

> não basta contradizer o autor, depois de sua conduta, mediante a pena, confirmando deste modo a configuração da sociedades; pelo contrário, também há que se procurar não incrementar a probabilidade de ulteriores infrações da norma, de modo que as pessoas, temendo por seus legítimos interesses, por seu bem, não comecem a duvidar da realidade do ordenamento jurídico.[348]

Não olvidando que a uniformização dos papeis sociais é uma qualidade ligada à realidade social fática, a pena deve representar uma aprendizagem coletiva e generalizada de fidelidade ao ordenamento jurídico como atitude natural, "por conseguinte a pena significa

---

[345] JAKOBS, Günther, *In:* CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 31-52, p. 50.

[346] JAKOBS, Günther. ***Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad***. Org. Jacobo López Barja de Quiroga. Trad. Teresa Manso Porto. Madrid: Civitas, 2004, p. 67.

[347] Tradução livre da autora. Texto original: "*El problema no consiste, pues, en si una sociedad civil puede lícitamente disolverse antes de haber cumplido con sus deberes -ello no podría suceder con independencia de que se trate de un deber de retribuir o de castigar preventivamente en la medida que se trate de normas de validez universal y de reacciones al delito que carecen de alternativas- sino en si la retribución per se fundamenta un deber de castigar y no sólo otorga una autorización para el castigo*". (*Idem*. ***La pena estatal: significado y finalidad***. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2004, p. 13)

[348] Tradução livre da autora. Texto original: "*no basta con contradecir al autor, después de su hecho, mediante la pena, confirmando de este modo la configuración de la sociedad; por el contrario, también ha de procurarse que no se incremente la probabilidad de ulteriores infracciones de la norma, de modo que las personas, temiendo por sus legítimos intereses, por su bien, no comiencen a dudar de la realidad del ordenamiento jurídico*". (*Idem*. ***Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal***. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 56)

uma contradição do significado do fato, e a dor da pena deve produzir prevenção geral positiva".[349] Essa formulação atrelada à teoria de prevenção geral positiva, também implica processos de comunicação social a partir da pena. Porém, aqui, a pena representa somente um meio para se obter efeitos sociais de prevenção, ou seja, embora Jakobs não descarte a possibilidade de que uma pena tenha efeitos preventivos gerais ou especiais, entende que esses não devem servir para definir a função pena.

Isso, porque, a prevenção geral "é completamente abstrata, objetivando motivar a comunidade a preservar os valores e a cumprir as expectativas intersubjetivas de vigência das normas; e, portanto, marginalizando as condutas que se oponham a essa expectativa social".[350] Em vista disso, pode-se dizer que é inovadora a concepção da finalidade da pena através da própria comunicação, pois, ainda, que

> [...] se vincule à pena determinadas esperanças de que se produzam consequências de psicologia social ou individual de características muito variadas, como, por exemplo, a esperança de que se mantenha ou solidifique a fidelidade ao ordenamento jurídico. [...] a pena já significa algo independente dessas consequências: significa autocomprovação.[351]

Nessa perspectiva, a pena não é tão somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção. Daí a crítica de Jakobs quanto às modalidades preventivas de pena, pois ao considerar os efeitos que a pena exerce no autor individual ou nos autores potenciais, descuida a atenção da danosidade que o fato criminoso causa à validade social do sistema normativo. E, não se pode esquecer que o delito é uma conduta socialmente danosa, isto é, disfuncional que compromete a manutenção funcional do sistema social, bem como uma coexistência mais estavelmente pacífica.

Mais que isso, Jakobs entende a pena como comunicação, mas não deixa de defender que sua concretização se faça para além da comunicação linguística ou simbólica, através da coerção do transgressor da norma, quando, por exemplo, com sua conduta delitiva garante que não se deve respeitar a vida alheia, produzindo significado no plano externo à sociedade, de

---

[349] Tradução livre da autora. Texto original: "*consiguiente, la pena significa una contradicción del significado del hecho, y el dolor de la pena debe producir prevención general positiva*". (*Idem, Ibidem*, p. 57)

[350] Tradução livre da autora. Texto original: "*es completamente abstracta, objetivando motivar a la comunidad a preservar los valores ya cumplir las expectativas intersubjetivas de vigencia de las normas; y, en consecuencia, marginando las conductas que se oponen a esa expectativa social*". (*Idem*. ***La pena estatal****: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2004, p. 31-32)

[351] Tradução livre da autora. Texto original: "[...] *puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación*". (*Idem*. ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p.18)

modo que a pena como resposta somente no plano simbólico estaria objetivada em menor medida que o fato delitivo.

É nessa conjuntura que se insere a teorização do Direito penal do inimigo. Ao manter o conteúdo intrínseco da pena como coerção, Jakobs reproduz, até certo ponto, o predicado da racionalidade penal moderna. Desse modo, acaba separando seu discurso sobre a pena em dois planos, o comunicativo, vinculado ao plano do significado da pena, da infração e de validade, e o outro plano ligado a sua concretização. Para harmonizar esses dois períodos, Jakobs não inclui os efeitos concretos de coerção dentro de sua definição de pena, mas faz coexistir a comunicação da validade da norma com a necessidade de imposição de uma pena coercitiva, em salvaguarda da segurança social.

Cumpre evidenciar que é no plano da comunicação que Jakobs ancora e fundamenta toda a sua teoria da imputação. Para tanto ao ser questionado sobre a possibilidade da pena ser um "adestramento por intimidação", e qual seria a função do direito penal moderno ante a identificação da culpabilidade como princípio instituído por ele, Jakobs explica que:

> O princípio da culpabilidade garante duas coisas: em primeiro lugar, que o fato não deve ser interpretado como casualidade ou como capricho do destino, senão como obra, artefato de uma pessoa; e, em segundo lugar, que esta pessoa é competente para intervir em assuntos públicos [tenha capacidade jurídica para lhe ser imputado o fato delitivo].[352]

É a culpabilidade[353] que demarca o campo penalmente relevante, pois, ainda que o injusto seja o pressuposto imprescindível para efetivação do juízo de culpabilidade, ele cumpre uma função acessória no sistema de imputação. Destarte, os resultados previsíveis e dirigíveis pela vontade são imputáveis, já que a ação é a causação de um resultado inevitável individualmente. O equilíbrio da norma pela expectativa de seu cumprimento compreende a culpabilidade como responsabilidade por um *déficit* de motivação jurídica influente, em um comportamento ilícito, de modo que, a pena, enquanto coerção se insere em critérios definidos dentro da legalidade.

Em síntese, o direito é um subsistema que agrega funções para sua autossobrevivência. Assevera Jakobs que não há um processo comunicativo apto aprioristicamente a funcionar em todo (ou qualquer) modelo de sistema social, no entanto sob o Estado de Direito a pena

---

[352] Tradução livre da autora. Texto original: "*El principio de culpabilidad garantiza dos cosas: en primer lugar, que el hecho no debe interpretarse como casualidad o como capricho del destino, sino como obra, artefacto de una persona; y en segundo lugar, que esta persona es competente para intervenir en asuntos públicos*". (*Idem, Ibidem*, p. 20)

[353] Para Jakobs o conhecimento do injusto não faz parte do dolo ou da culpa *stricto sensu*, pertencendo à culpabilidade. (JAKOBS, Günther, *In:* CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35)

mantém a estrutura normativa da sociedade entre pessoas, em benefício da coexistência, por isso "uma norma também tem vigência quando é violada; [...] Mas a validade da norma não é um fim em si mesma; As pessoas querem se estabelecer no sistema legal e encontrar aí sua liberdade e bem-estar".[354]

É assim que Jakobs formula o conceito de pena, colocando o ponto central de sua definição na ideia da pena como comunicação, e retornando ao ideal da pena como coerção, recepcionando uma ideologia de segurança social (em especial, no que se refere ao inimigo). Deveras para o doutrinador alemão "a punição não tem outro intuito senão o de manter a ordem social, de forma que todas as teorias [retributiva ou preventiva] se situam [...] no interesse pela estabilização da norma".[355] Portanto, é sob essas premissas do funcionalismo sistêmico que analisaremos o inimigo penal por ele descrito com critério funcionalizador.

4.2 DE CIDADÃO A INIMIGO

4.2.1 Conceituação sistêmica: não-cidadão

A contenção da violência é indispensável a qualquer sociedade. Portanto, avaliando a utilidade e as consequências da punição; e, objetivando preservar a estrutura social, Jakobs desenvolveu a Teoria do Direito penal do inimigo[356] (*Feindstrafrecht*), em 2003, como um novo modelo de enfrentamento ao crime. Aliás, seu livro "*Derecho penal del enemigo*" foi escrito em co-autoria com Manuel Cancio Meliá. Enquanto Jakobs ficou com a incumbência de discorrer sobre as noções que por si só geraram controvérsias, Meliá listou as críticas que em grande parte propiciaram mais divergências sobre a categoria descritiva, ao sintetizar que 'Direito Penal do Inimigo' se caracteriza por três elementos básicos: (a) ordenamento

[354] Tradução livre da autora. Texto original: "*Ciertamente: uma norma también rige cuando es infringida;[...] Pero la vigencia de la norma no es un fin en sí mismo; las personas quieren establecerse en el ordenamiento jurídico y encontrar allí su libertad y su bienestar. Sin embargo, la víctima sólo es libre en el plano conceptual - está en su derech - pero no realmente, y el bienestar no puede realizarse contrafácticamente*". (JAKOBS, Günther. ***Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal***. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 54.)

[355] *Idem*. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 34.

[356] É válido destacar que o Direito Penal funcional, enquanto teoria do inimigo se afasta dos pressupostos de Luhmann.

jurídico-penal prospectivo; (b) penas desproporcionalmente altas; e, (c) relativização ou supressão de determinadas garantias processuais.[357]

Em verdade, Jakobs tratou do tema pela primeira vez, em 1985, em um congresso de penalistas alemães. Na oportunidade, quando abordou a incriminação do estado prévio à lesão de um bem jurídico, imprimiu a ideia de inimigo penal, a partir de uma crítica que visava proteger a esfera privada da liberdade, e fixar limites materiais a esse inimigo como tendência legislativa.

Em 1999, no entanto, sua visão passou a ser descritiva, de modo que ao tecer comentários nas Jornadas de Berlim dirigidas à "ciência jurídico-penal alemã frente à mudança de milênio", considerou o reconhecimento do Direito penal do inimigo como inevitável, o que só veio a ter uma notoriedade maior depois de 2001, com o incremento dos atentados terroristas no mundo (institucionalizando uma nova era de combate ao inimigo), mormente, após o atentado deflagrado contra as Torres Gêmeas do *World Trade Center*, em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, essa ameaça transnacional, passou a propagar um "medo universalizado".

Desde então, não há consenso sobre o que se critica ou enaltece dessa categoria descritiva (teórico-normativa). De toda sorte, é certo que Jakobs é muito mais não lido do que compreendido, e, que, os discursos extremistas acabam conservando um eterno confronto entre garantias absolutas e repressão generalizada. Sem dúvida, qualquer concepção teórica pode ser corrompida ou usada para fins ilegítimos. Por isso, é mister determinar o conteúdo e a relevância sistemática da noção de inimigo penal, a fim de desmistificar dogmas e possibilitar sua aplicação com prudência no âmbito político criminal. Evidentemente, não se quer, aqui, constituir um direito comparado, mas tão somente verificar a sua possível incidência para determinados fatos típicos, em face da realidade constatada no Estado brasileiro.

Em sua teorização Jakobs deixa patente que não está ditando como o direito penal deve ser, mas sim descrevendo como ele tem sido continuamente. Logo, se largamente muitos são inimigos do Estado, inexistiria impedimento de se estabelecer limites a esse conceito e às suas implicações. Nos dizeres de Jakobs, um direito penal do inimigo "claramente delineado é

[357] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

menos perigoso, do ponto de vista do Estado de Direito, do que misturar todo o Direito Penal com fragmento de regulações próprias de Direito Penal do Inimigo".[358]

Com efeito, o direito penal teria dois destinatários, o inimigo da sociedade e o cidadão. O inimigo é definido como o criminoso frequente, cuja periculosidade e a natureza lesiva dos delitos praticados são altíssimas. Noutros termos, inimigo é quem invariavelmente quebra as expectativas normativas e não demonstra garantias cognitivas de fidelidade à norma.[359] Em consequência, ao se afastar dos preceitos instituídos no pacto social, o inimigo do Estado transfigura-se em uma "não-pessoa", deixando de usufruir dos benefícios dados ao conceito de pessoa.

Há, portanto, uma distinção primordial entre cidadãos que tenham cometido um erro, e, aqueles denominados inimigos que tencionam suprimir a ordem social, com a prática reiterada de infrações penais perigosas como, por exemplo, a criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, e os delitos sexuais. Assim, nem todo sujeito ativo de um delito é nocivo ao ordenamento jurídico, apenas na hipótese de reiteração de delitos graves. A concepção do doutrinador, em síntese, é que o direito penal pode ver o autor como um cidadão, otimizando sua esfera de liberdade, ou como um inimigo, vendo-o como fonte de perigo. Convém ressaltar que não seriam duas esferas isoladas do direito penal de forma contraposta, mas, sim, "dois polos de um só mundo ou duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal".[360]

Ao fundamentar um direito penal com dois polos de regulações, Jakobs promove uma conceituação descritiva de inimigo, a partir dos precedentes jusfilosóficos de Thomas Hobbes e Immanuel Kant, em seus ideários contratualistas, uma vez que para estes, o delinquente que infringe o contrato social não pode usufruir dos benefícios do Estado.

Com o fim de preservar os interesses sociais e evitar a guerra de todos contra todos, perpetrada no estado de natureza, o Leviatã hobbesiano neutralizava os indivíduos que cometiam atos de elevada traição (lesa-majestade), e, resistiam aos ditames impostos pelo soberano, de modo que não retirava de todo e qualquer criminoso o papel de cidadão. Assim,

---

[358] JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23.

[359] Citação indireta. Tradução livre da autora. Texto original: "*Quien no presta una mínima garantía cognitiva de comportamiento fiel al Derecho se excluye a símismo*". (*Idem*. ***Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad***. Org. Jacobo López Barja de Quiroga. Trad. Teresa Manso Porto. Madrid: Civitas, 2004, p. 73.)

[360] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21.

para Hobbes, "quem resiste ao soberano é inimigo, porque se torna *estranho* [...] ao sair do contrato com seu próprio ato de resistência. [...] não se trata de [mero] delinquente, mas antes de um inimigo que, com sua resistência reintroduza guerra".[361]

Neste liame, para Hobbes o inimigo está em guerra declarada contra o Estado, portanto, merecedor de um tratamento de guerra. Deveras, "trata-se de *inimigos declarados*, não porque declarem ou manifestem animosidade, mas sim porque o poder os *declara* como tais".[362] Daí a ideia de que o Estado cria os seus inimigos, isto é, "o inimigo não vem *onticamente imposto*, não é um dado de fato que se impõe ao direito, mas é *politicamente assinalado*".[363] (grifos no original)

Em Kant, aquele que ameaça reiteradamente a sociedade e o Estado, e que não participa da constituição civil, isto é, não se deixa coagir ao estado de civilidade, não pode ser tratado como pessoa, mas sim como inimigo sendo expulso do estado comunitário-legal. Dito de outra forma, "pode haver povos ou seres humanos em estado de natureza, cuja simples presença anárquica representa um perigo e, em tais condições existe o direito de obrigá-los a participar do contrato social".[364] Desse modo, a recusa de entrar na sociedade civil já é uma ameaça e autoriza o Estado a proceder de modo hostil, ao entender que o *status* de cidadão não é algo que não se pode perder.

Por sua vez, Jakobs considera os conceitos de inimigo elaborados por Jean-Jacques Rousseau e Johann Gottlieb Fichte além de abstratos, muito radicais - embora também sejam contratualistas -, pois ambos os estudiosos definem todos os delinquentes como inimigos da sociedade, admitindo, inclusive, a exclusão do cidadão como membro do Estado. Além do mais, Rousseau defende como punição do Estado, a morte do cidadão declarado culpado; e, para Fichte, o indivíduo perde os seus direitos como cidadão e como ser humano, quando abandona o contrato social, assim a sua morte civil é o resultado lógico dessa conjuntura. Ao divergir dessa concepção, Jakobs sustenta que um ordenamento jurídico deve, em princípio, conservar também no Direito o criminoso, por dois motivos:

> o delinquente tem um Direito, de acertar-se novamente com a sociedade e, para tanto, deve conservar seu *status* de pessoa, de cidadão – em todo caso, no Direito; o delinquente tem, ademais, o dever de ressarcir, e deveres

[361] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 125.
[362] *Idem, Ibidem*, p. 23.
[363] *Idem, Ibidem*, p. 142.
[364] *Idem, Ibidem*, p. 128.

> pressupõem personalidade, [...], o criminoso não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu fato.[365]

Contudo, o inimigo "não só, não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas".[366] Jakobs, de tal modo, retrata o "conceito de pessoa"[367] como um produto social que institui uma unidade ideal de direitos e deveres, que, são regidos através de um corpo e uma consciência. A pessoa é o destinatário de expectativas normativas, titular de deveres, e "enquanto titular de direitos dirige tais expectativas a outras pessoas; a pessoa, como se pode observar, não é algo dado pela natureza, senão uma construção social".[368]

Nota-se que não se pode dar uma explicação simplista a definição do inimigo como uma "não-pessoa", embora seja perceptível que Jakobs contraste o conceito de pessoa e ser humano. Isto é, o inimigo continua sendo humano, ainda que perca seu papel social como pessoa. Nas palavras de Jakobs, "pessoa é algo diferente de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquele é um produto social".[369]

Portanto, "só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva - suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real".[370] E, evidentemente, "uma pessoa também pode ser construída *contrafaticamente* como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante".[371]

Então, se o Estado emprega a coerção para impedir indivíduos de desestruturar reiteradamente o sistema,

---

[365] JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 05.
[366] *Idem*; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 42.
[367] Quando Luhmann afirma que não existe "exclusão de pessoas da sociedade" [...], isso é correto, mas não significa que todos os seres humanos sejam pessoas. ("*Cuando Luhmann afirma que no existe exclusión de personas de la sociedad [...], ello es correcto, pero no implica que todos los seres humanos sean personas*". (JAKOBS, Günther. ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 38)
[368] Tradução livre da autora. Texto original: "[...] *en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social".* (*Idem*. ***Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal***. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 20.)
[369] Tradução livre da autora. Texto original: "*persona es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; éste es el resultado de procesos naturales, aquélla un producto social*". (*Idem, Ibidem*, p. 21*)*
[370] *Idem*; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45.
[371] *Idem, Ibidem*, p. 42.

> a reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de [Immanuel] Kant entre estado de cidadania e estado de natureza, pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo.[372]

Inobstante, Jakobs argumenta, que, "embora o tratamento com o inimigo seja a guerra, trata-se de uma guerra rigorosamente delimitada".[373] Enquanto tática de contenção do profissionalismo criminoso de alta periculosidade a "despersonalização se produz [...] exclusivamente no que se refere ao possível uso defeituoso da liberdade. A personalidade jurídica fica incólume. Exemplo disso, é assegurar o direito a manter a integridade física".[374]

Involuntariamente Eugênio Zaffaroni corrobora que "o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador dos direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo".[375] A cidadania, aqui, descrita na compreensão de Jakobs é a concepção de "não cidadão", ou "não pessoa", visto que as garantias constitucionais em sua inteireza não podem salvaguardar os indivíduos que as violam permanentemente.

O termo empregado causa impacto negativo, mas a nitidez com que o problema é definido, estabelece que o fim não é demonizar o ser humano, mas puni-lo sem as mesmas benesses de um cidadão que não quebra a expectativa normativa, ou o faz em menor intensidade. Nesta linha, esclarece Eugênio Pacelli que

> [...] o inimigo que se refere Jakobs [...] não perde sua humanidade. Não receber o tratamento de pessoa (social e jurídica, portanto) significa dizer apenas que determinados comportamentos, em razão da sua peculiar natureza, poderiam revelar o completo abandono de uma sociedade com a qual não se respeitam as condições fundamentais de existência.[376]

Portanto, a identificação como "não pessoa" não se refere a humanidade intrínseca, ou melhor dizendo, a dignidade humana do indivíduo, mas a sua despersonificação como cidadão, em razão da violação permanente do direito alheio, e do consequente

---

[372] *Idem, Ibidem,* p. 35-36.
[373] *Idem, Ibidem,* p. 64.
[374] *Idem, Ibidem,* p. 65.
[375] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19.
[376] PACELLI, Eugênio de Oliveira. *In:* JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, prefácio, p. xxiv.

descumprimento de seu papel social. Deste modo, a cidadania[377] é condição natural da pessoa capaz, enquanto parte integrante de um Estado.

4.2.2 Periculosidade fática

A finalidade do Direito penal do inimigo é o banimento de um perigo, por isso pode ser visto como medida de segurança aplicável a imputáveis perigosos.

Em sendo os cidadãos detentores do direito à segurança, devem exigi-lo do Estado, já que no dualismo direito penal direcionado ao cidadão e ao inimigo, somente aquele mantém a vigência da norma, porque a cognitividade é levada a efeito, por meio de comportamentos que reafirmam as expectativas normativas. Portanto, a pretensão é minorar o estado de incerteza, quanto à segurança que o Estado pode prestar para estabilizar as expectativas normativas frente a fato delitivo de elevada periculosidade.

Jakobs concebe o direito penal como algo que se organiza em torno de si próprio, não sendo limitado por fatores externos. Por isso, em determinadas situações a sanção penal pode ter por função a eliminação de um perigo, e não só a proteção da vigência da norma. Assim, ao incidir o "efeito especial preventivo para assegurar a pena privativa de liberdade, o autor não é concebido como uma pessoa competente, mas como um foco de perigo. No plano material, trata-se de uma medida de segurança [antecipada] que se denomina pena".[378]

A punição daquele considerado inimigo se fundamenta na periculosidade, independentemente da constatação de sua inimputabilidade. A perigosidade não só está incutida no inimputável portador de uma patologia psiquiátrica, mas, igualmente, no indivíduo juridicamente imputável, isto é, que possui culpabilidade, porque podendo se comportar conforme o direito optou livremente por se comportar contrário a ele. Dito de outra forma, quando a pena leva por efeito a periculosidade do inimigo, sendo esta temporária ou não, pouco importa que aquele seja imputável ou inimputável.

---

[377] Em uma proporção menor, vale lembrar que no Brasil a sentença penal condenatória - transitada em julgado - suspende os direitos de cidadania ou políticos (art. 15, inciso III, da Constituição Federal de 1988) do indivíduo, enquanto durar os efeitos da condenação. Não seria ele considerado cidadão apto (capaz) a votar ou ser votado, inclusive, essa suspensão o torna inútil para políticos que veem no voto a perpetuação da alienação social.

[378] Tradução livre da autora. Texto no original: "[...] *en el ámbito del efecto preventivo-especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad, el autor no es concebido como persona competente, sino como foco de peligro. En el plano material, se trata de una medida de seguridad que se denomina «pena»: la custodia de seguridad*". (JAKOBS, Günther. ***Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal***. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003, p. 58)

Impende consignar que a periculosidade[379] implica um juízo de probabilidade de reincidência do indivíduo - "probabilidade de reiteração criminal" -, a qual produz uma ideia de risco. O inimigo teria "uma personalidade criminógena definível como adversário do princípio da organização de poder social, incapaz de um *modus vivendi* comum".[380] Seriam, assim, caracterizados por uma "duradoura orientação da vida em vinculação com estruturas criminais permanentes, que excluiria qualquer presunção de fidelidade jurídica".[381]

Em uma interpretação puramente linguística os críticos entendem que o fundamento da punição na periculosidade representa um direito penal do autor, uma vez que não se proíbe o ato em si, mas "[...] o ato como manifestação e uma forma de ser do autor. [...] O ato teria valor de sintoma de personalidade: o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não, o ato".[382] Ora, essa interpretação não é correta, uma vez que para Jakobs o crime só se configura ante a existência do fato típico, antijurídico e culpável, e, em caso de punição do inimigo, vindica a periculosidade. Quer dizer que a proibição reside no ato em si e no perigo que ele produz na sociedade. Aos préstimos de Welzel, "a vontade má como tal não se pune, só se pune a vontade má realizada" - consumada ou tentada.

Na trilha desse desiderato, a segurança atua frente a fatos futuros, de modo que a proteção normativa evite a produção de danos, o que configura um direito prospectivo. Evidentemente, a dita "antecipação da tutela penal" não se faz por profecia, porquanto se um indivíduo diariamente comete delitos de alta repressão e o Estado o pune fortemente, essa punição tem por finalidade também evitar delitos futuros, ou seja, "pune-se previamente", ante a periculosidade do indivíduo. Desse modo, a pena produz efeito físico com a privação da liberdade do indivíduo, e pretende que este não permaneça cometendo crimes ao menos fora do sistema prisional, o que denota uma **prevenção especial** durante o tempo de duração da pena privativa de liberdade.

Em Jakobs, o referido efeito preventivo considera a violação da lei penal como sintoma de futuros delitos a serem cometidos pelo mesmo indivíduo. O conflito, portanto se constituiria diante desse risco. Por isso, seria necessário "renunciar à solução da frustração de uma expectativa normativa em favor da solidez da decepção diante de futuras

---

[379] Explica-se que "a temibilidade do delinquente é maior ou menor conforme é maior ou menor a sua inadaptabilidade ou idoneidade à vida social: quanto mais anti-social (*sic*), mas temível é o indivíduo, porque maior é o mal que dele se pode esperar". (ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré. **As três escolas penais** - clássica, antropológica e crítica. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 217)

[380] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 12.

[381] *Idem, Ibidem*, p. 13.

[382] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 118.

expectativas".[383] Aqui, se definiria o indivíduo entendido como inimigo penal, de modo que, em tese, a obrigatoriedade normativa a todos imponível não é afetada. Nada obstante, não se podendo determinar o inimigo, "a reinterpretação preventivo-especial do conflito no plano cognitivo traz como consequência [...] a suspeita de que a prevenção especial apenas funciona quando flanqueada por efeitos secundários de cunho preventivo-geral".[384] Ainda assim, no caso dos "reincidentes adultos, não se trataria tanto de reabilitação, mas de segurança, [...] em sujeição penal".[385]

O indivíduo, deste modo, é um "objeto de coerção", porque defraudada de maneira duradoura a quebra da expectativa normativa, "o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito penal do inimigo. [...] toma como ponto de referência as dimensões do perigo".[386] Com clareza Zaffaroni assevera que "o único critério objetivo para medir a periculosidade e do dano do infrator só pode ser o da periculosidade e do dano real e concreto de seus próprios delitos".[387] Seguramente, quem não violar a lei penal repetidamente não será inimigo (ao menos nos termos descritos por Jakobs), nem tampouco perigoso, no que toca a esfera penal.

O Estado neutraliza o delinquente profissional por intermédio de sua imputação, mas tem que "assegurar ao menos uma parte das garantias de Estado de Direito do Direito Penal material e do Direito Processual, para torná-lo sustentável para o Estado de Direito".[388] Assim, evidencia Jakobs que o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado, uma vez que possui o monopólio da força a seu favor.

Demais disso, ainda que se proponha um limite ao conceito de inimigo, visto que faticamente já atua em uma medida mais extensa, é possível asseverar que a vulneração de alguns direitos, será sempre uma questão quantitativa, e não qualitativa. Sem se distanciar do real, Jakobs explica e exemplifica, em que conjuntura é possível limitar direitos:

> a coação não se dirige contra a pessoa em Direito - esta nem oculta provas nem foge -, mas contra o indivíduo, que com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo. A situação é idêntica a respeito de qualquer coação a uma

[383] JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 46.
[384] *Idem, Ibidem,* p. 47.
[385] *Idem, Ibidem.*
[386] *Idem*; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.
[387] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.
[388] JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47.

> intervenção, por exemplo, [...] na intervenção nas telecomunicações, nas investigações secretas.[389]

Com efeito, as medidas cautelares citadas pelo penalista, são providências excepcionais que podem ser empregadas durante o curso da investigação criminal, ou do processo judicial. Porém, quando lidas de modo rudimentar são retratadas como violadoras de direitos fundamentais. Cabe, então, realçar nesta análise que nenhum princípio (direito) por si só é absoluto. Aliás, adverte Alexy que "os direitos fundamentais admitem restrições, que podem advir da própria Constituição"[390] (como vimos, inclusive, na segunda seção desse escrito). Como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito[391], de modo que não há que falar em processo sumário, pena indiciária, ou em esquartejamento público visando à intimidação.[392]

A propósito sobre os limites do poder de punir do Estado na ocorrência, por exemplo, de um elevado número de homicídios (como o quadro relatado na terceira seção deste escrito, quando tratamos do mapa da violência do Brasil) Jakobs assevera que não será suficiente, no caso em que ocorreram homicídios em massa, que a punição seja em massa. Isso porque a coerção estatal é um recurso que não pode ser incrementado indefinitivamente. Aqui, a erosão da norma primária "não matarás", será estabilizada por meio de uma coerção infligida pela pena com peso mensurável para ir além do significado simbólico da punição.[393]

Neste contexto, sobressai com nitidez que o Estado não estaria autorizado a imputar pena capital aos indivíduos ditos perigosos. Evidentemente, aqui, no Brasil a pena de morte é vedada pela garantia fundamental prescrita no art. 5º, inciso XLVII, da Constituição de 1988, só podendo ser excepcionada, em se tratando de estado guerra declarada (art. 84, inciso XIX, Constituição 1988).

Não obstante, a impossibilidade da coerção sem limites, segundo Jakobs não estaria atrelada somente à proibição legal, mas à própria finalidade do direito penal, por isso "é possível infligir dor apenas na medida em que isso equilibra o que o autor agravou de forma imputável por seu fato, e como de fato deu um exemplo de desrespeito à liberdade e ao

---

[389] *Idem*; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.
[390] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 286.
[391] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.
[392] JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.
[393] *Idem*. ***Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal***. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 54-57.

bem-estar".[394] Dito de outra forma, ao empréstimo da literatura de Michel Foucault poderíamos dizer que "é preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar",[395] em benefício da própria coexistência.

O Direito penal do inimigo quer, na verdade, proteger e preservar a estrutura da relação interpessoal (a sociedade). É legítimo o seu objeto de proteção, ao passo que o Estado não pode permanecer inerte frente à evolução criminosa.

Aliás, a persecução penal de todas as graves violações a direitos humanos, portanto, não deve integrar apenas o direito do cidadão que delinque, mas, primordialmente, à efetiva proteção do ofendido, pois em todo mundo existe uma ordem mínima juridicamente vinculante, em razão de que "não devem tolerar-se as vulnerações dos direitos humanos elementares, independentemente de onde ocorram, e que, ao contrário, há que reagir frente a tais vulnerações, mediante uma intervenção e uma pena".[396]

Em uma interpretação límpida dos Direitos Humanos Universais, de fronte aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, afirma Jakobs que os desiguais devem ser tratados desigualmente, aqui, se referindo não só a desigualdade material, mas também a desigualdade legal que deve ser incutida ao inimigo. Não olvidando que "a punição internacional ou nacional de vulnerações dos Direitos Humanos, depois de uma troca política, mostra traços próprios do Direito penal do inimigo, sem ser só por isso ilegítima".[397]

No mais, ao tratar da eficácia global dos direitos humanos Jakobs assevera que não existe um estado mundial de eficácia jurídica, mas apenas um postulado de concretização, então para proteger o âmbito "comunitário legal" é possível que a pena sofra mutação de instrumento de manutenção da vigência da norma para instrumento de legitimidade da vigência da norma, principalmente, porque a eficácia global de direitos humanos é contrariada de forma radical e eficiente pelos criminosos.[398]

---

[394] Tradução livre da autora. Texto original: "*es posible infligir el dolor únicamente en la medida en que con ello sólo se equilibre aquello que el autor ha empeorado de modo imputable mediante su hecho, y puesto que de hecho ha dado un ejemplo de falta de respeto a la libertad y el bienestar*". (*Idem*. *Ibidem*, p. 56)

[395] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 4ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1986, p. 69.

[396] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45.

[397] *Idem, Ibidem*, p. 50.

[398] JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 20-21.

4.2.3 Estado de guerra: exceção ou democracia

O ponto de partida para compreensão do inimigo do campo da ciência política foi introduzido por Carl Schmitt, teórico reacionário, que entendia ser inimigo aquele que resistia aos ditames impostos pelo soberano, defendendo que essa inimizade poderia ser desobediência externa ou interna. Segundo Schmitt[399] quando as instituições constitucionais não se apresentam aptas a realizar a unidade política[400], outros setores do sistema político e social devem ser responsáveis pela substância política através de um Estado neutralizador. Na interpretação schmittiana de Gilberto Bercovici, a finalidade é que o Estado neutralizador "utilizando-se dos poderes de exceção, consiga excluir quem é hostil ou estranho à ordem política, podendo jogar a legitimidade contra legalidade e, assim, excluir o inimigo".[401]

Sob a ótica da soberania ser evocada sempre como uma exceção, o conceito de inimigo em Schmitt pode se relacionar ao conceito de inimigo estabelecido pelo Direito penal do inimigo de Jakobs. Deveras, Schmitt estabelece que o inimigo deva ser tratado como criminoso[402], propondo sua relação com o conceito de política e com a concepção de Estado soberano, o qual regula os conflitos sociais, ao garantir o monopólio do político. Assim,

> ele [o inimigo] é precisamente o outro, o estrangeiro e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais **não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro**.[403] (grifo nosso)

De tal modo, o fundamento definidor do político, em Schmitt é o conceito de amigo-inimigo do Estado, em que o inimigo é político (público). Na análise desse antagonismo de Schmitt entre amigo e inimigo, Bernardo Ferreira elucida que

> o inimigo político é em primeiro lugar um inimigo público, e a hostilidade em relação a ele não precisa se manifestar sob a forma de ódio privado. Sendo assim, as motivações do conflito político devem ser pensadas em

---

[399] SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Rio de Janeiro: Vozes, 1992, p. 130.
[400] "A unidade política pressupõe a possibilidade real de existência do inimigo e, com ela, outra unidade política coexistente". (*Idem*. *Ibidem*, p. 54)
[401] BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 82-83.
[402] SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Rio de Janeiro: Vozes, 1992, p. 131.
[403] *Idem*, *Ibidem*, p. 127.

> termos da sua natureza pública, as razões da luta política devem ser buscadas naquilo que opõe os grupos humanos como coletividade.[404]

Schmitt afirma que para se estabelecer a ordem, a paz e o próprio Estado, é necessária a eliminação, inclusive física, de dissidentes e violadores da ordem coletiva, pois a "ação má" é o pressuposto do direito penal. A discricionariedade do soberano declara seu inimigo, e essa vontade soberana é diversa da ordem jurídica reguladora, uma vez que provém do próprio decisionismo (político) estatal.[405] Desse modo, cabe ao soberano o poder de decidir internamente para conservar a ordem, mesmo que para isso seja necessário suspender a ordem existente ou instituir uma nova configuração jurídico-política válida.

Isso, porque Schmitt deduzia que na crise ou "nas emergências, que são os momentos em que cabe definir e enfrentar o inimigo, o poder de defender a Constituição corresponde ao Executivo e não ao Judiciário, pois este [só seria útil quando já] definido o inimigo".[406]

Não é diminuto relatar que a construção lógica do conceito de democracia de Schmitt perpassa por situações que implicam a imposição de uma autoridade absoluta, determinada pela vontade do povo. Isto é, o poder do soberano é plebiscitário, por se revestir de legitimidade através da soberania popular. Por isso, Schmitt propõe uma soberania do Poder Executivo, uma vez que o sistema parlamentar atenderia apenas aos interesses de uma fração da sociedade, sendo dessa forma um obstáculo para realização integral da democracia homogênea. Ademais, ao negar também ao Poder Judiciário a atribuição de guarda da Constituição[407], o faz porque a decisão elaborada na crise tem feição política. Ao Poder Judiciário, portanto, caberia a exegese legal, já que se decidisse politicamente estaria em oposição com sua própria natureza.

Por conseguinte, o fundamento da democracia reside na identidade e na homogeneidade do povo, sendo a igualdade substancial o princípio autenticamente democrático, e não a liberdade. Entretanto, "a igualdade democrática está ligada à desigualdade, pois, para Schmitt, a igualdade é política, portanto discriminatória, devendo tratar igualmente os iguais e definir o inimigo [do Estado]".[408]

---

[404] FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**: crise ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 41.
[405] SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 163.
[406] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 143.
[407] SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 19.
[408] BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 79.

A crise no terreno da aplicação da lei (efetividade social) evidencia a ficção da constituição formal e a vulnerabilidade do Estado Democrático de Direito. Por isso, em Schmitt o ordenamento jurídico deve funcionar em conjunto com o estado de exceção. Nada obstante, o Estado de Schmitt, "ainda que concebido em acordo com sua teoria da soberania e do guardião da constituição, não é, a toda evidência, um Estado totalitário, embora total nos termos da teoria das ordens concretas".[409] Assim, "não se poderia negar a coerência de Schmitt por causa de suas terríveis consequências no campo da ciência política".[410]

Dessa forma, ainda que, para Schmitt, o inimigo deva ser tratado como criminoso e para Jakobs o criminoso deva ser tratado como inimigo, para ambos os autores o inimigo deve ser retirado da convivência social. Entretanto, quando o delinquente interno de Jakobs viola a lei, atentando contra a segurança da coletividade e a soberania, perde seu *status* de cidadão, mas não se torna um inimigo externo, nem tampouco contra ele será cominada pena que atinja a sua incolumidade física.

Neste ponto, cumpre esclarecer que "[...] a objeção de que o Direito Penal funcional é por definição hostil ao sujeito, não é compatível nem com relação teórica nem com a relação prática que existe entre socialidade - [...] - e subjetividade".[411] Isso porque, a perspectiva funcional não está atada a um modelo social determinado. O funcionalismo não é edificado para configurar um determinado Estado absolutista ou democrático. Por isso, segundo Jakobs

> há sociedades liberais organizadas de modo funcional, enquanto as sociedades coletivas organizadas de modo disfuncional desaparecem [...]. A partir de uma perspectiva funcional é a força de auto conservação que conta. [...] nenhum sistema pode renunciar a essa força [...], que, por exemplo, conduzisse a uma ampla retirada para medidas jurídicos-civis, seria uma crise não só do *ius puniendi*, mas também do público.[412]

---

[409] SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 16.
[410] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 137.
[411] Tradução livre da autora. Texto original: "[...] *la objeción de que el Derecho penal funcional es por definición hostil al sujeto, no es compatible ni con la relación teórica ni con la relación práctica que existe entre socialidad - incluyendo la socialidad constituida jurídicamente - y subjetividad*". (JAKOBS, Günther. ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 35-36)
[412] Tradução livre da autora. Texto original: "*Hay sociedades liberales organizadas de modo funcional, mientras que las sociedades colectivistas organizadas de modo disfuncional se quiebran [...]. Desde una perspectiva funcional, sólo esa fuerza de autoconservación es la que cuenta. Sin embargo, ningún sistema puede renunciar a esa fuerza [...], que, por ejemplo, condujese a una amplia retirada hacia medidas jurídico-civiles, sería una crisis no sólo del ius puniendi, sino también de lo público*". (*Idem, Ibidem,* p. 36-37)

O pensamento crítico sintetizado por Gomes entende que "[...] uma teoria positivista com uma dimensão tão neutra (funcionalista), ao não definir previamente a forma específica de seu funcionamento nem o sistema social [...], somente pode permitir o arbítrio punitivo".[413]

Ainda que, a princípio, a leitura sistêmica do direito penal o torne tolerante a autorizar e justificar qualquer tipo de sistema estatal, pouco importando o modelo econômico, político ou ideológico, todavia, o direito penal, enquanto paradigma funcional deixa de ser visto apenas em relação ao indivíduo, e passa a ser raciocinado em relação e para a manutenção do sistema, tendo por sustentáculo normas que o autoconservam. Aliás, é a exclusão arbitrária dessas normas essenciais que torna o sistema disfuncional, sucumbe o seu poder punitivo e, consequentemente, o próprio Estado.

Sobressai com clareza a distinção substancial entre Schmitt e Jakobs, ao passo que aquele circunscreve necessariamente um Estado governado por um soberano que politicamente irá decidir a seu bel-prazer quem será inimigo externo. Já Jakobs, por sua vez, descreve o inimigo penal de qualquer modelo social, que deve ser descrito previamente em lei. Isto é, a configuração e a delimitação do inimigo não estariam atadas ao arbítrio individual, mas sim à justificação legal.

Noutro giro, não se pode omitir que os descompassos entre a garantia da soberania estatal e os fatores da exceção incidem, sobretudo, em países da America Latina, em virtude desses não acompanharem a evolução da organização estatal, industrial, tecnológica, e, serem herdeiros de regimes autoritários. Inclusive, no Brasil, a exceção como estrutura política imperou enquanto norma na Ditadura Militar que governou por duas décadas (1964-1985), sendo insígnia da barbárie e de mortes por motivo vil, praticadas por agentes públicos.

Imperioso notar que na contemporaneidade a instalação de um estado de exceção para a manutenção da ordem social e defesa do Estado se faz legítima como garantia da própria democracia. Inclusive, a Carta Constitucional de 1988 em seus artigos 136 e 137 identifica normativamente o estado de defesa[414] e o estado de sítio[415] como duas variações da exceção, que se justificam como mecanismos políticos que objetivam defender o próprio Estado Democrático de Direito.

---

[413] GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

[414] O estado de defesa é uma medida imprescindível para preservar ou restabelecer a ordem pública ante a ameaça institucional ou a calamidade.

[415] Será decretado estado de sítio, em razão da ineficácia patente do estado de defesa, ou da declaração de estado de guerra.

Sabendo, de conseguinte, que a legitimação da intervenção punitiva exige deferência à Constituição Federal e, também, ao preceito internacional do art. 9º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a legalidade penal (e a retroatividade) como garantia política é igualmente protegida das anomalias do Estado de Direito, por meio do art. 27.2[416], do diploma internacional. Poderíamos concluir que a norma penal é imune ao chamado estado de exceção, seja em uma situação política grave, como no caso de uma guerra civil, ou em determinada situação de emergência.

Na rotina de muitas sociedades democráticas, no entanto, o estado de exceção pode se adjetivar pela sua permanência, não como mecanismo constitucional exclusivo dos períodos de crise sócio-político-econômica, mas, como categoria útil em sede de teoria constitucional para excluir indivíduos desagregadores e nocivos à própria soberania estatal.

Essa exceção permanente que governa nos países latino-americanos, universalizando a injustiça, atinge essencialmente a população pobre. Aliás, Pedro Serrano em análise ao "Autoritarismo e golpes na América Latina" evidencia, que, o inimigo externo, naqueles países, "a pessoa do terrorista, é comparado ao inimigo interno, na pessoa do marginal(izado), compondo uma sinfonia de perseguição e punição pela pena do legislador que é executado, como exceção permanente à regra de Direito, pelas políticas e pelos tribunais".[417]

Cabe, aqui, ressaltar que Jakobs não descreve uma teoria de classes sociais, de modo que o inimigo penal será aquele que invariavelmente violar a norma penal, pouco importando, o substrato social em que esteja inserido. Deste modo, a pessoa que não pratica delito de alta repressão reiteradamente, mas de alguma forma sofre uma restrição maior em qualquer garantia processual penal, não se torna, por isso, inimiga, ou uma "não-pessoa" nos moldes descritos pelo doutrinador alemão. Portanto,

> se realmente a sociedade está imersa numa tendência para a diminuição dos direitos de liberdade, essa tendência não se dará exclusivamente no Direito Penal, e de fato cabe imaginar certas crises nas quais só uma tendência desse tipo pode oferecer uma *ultima ratio*. A decisão acerca de se tratar de um

[416] Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 27. Suspensão de garantias: 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção [...].
2. **A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos** determinados nos seguintes artigos: **3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade)**; [...] nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. (grifo nosso)

[417] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p. 13.

> processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, pelo contrário, da necessária defesa nuclear, é puramente política, mas não jurídico-penal.[418]

Ocorre que, é bem verdade que o Estado Democrático de Direito no Brasil, ao mesmo tempo, universaliza injustiças, quando assiste imóvel o aumento progressivo da organização e especialização da criminalidade, o alto índice de reincidência criminal, ou distribui "favores imerecidos" aos seus amigos delinquentes, fomentando, assim, uma **impunidade permanente**.

Não se pode negar que a lei penal e processual penal são brandas e benevolentes com o criminoso, mormente, aquele que pode custear um defensor que possibilite a salvaguarda de todas as benesses que o sistema oferece. Podemos identificar isso, por exemplo, na progressão do regime de cumprimento de pena, e no rol dos recursos criminais, que juntos conseguem fazer do cumprimento de pena mais um mito, que, induz o menosprezo à vítima e assegura à sociedade que vale a pena não cumprir a lei penal.

A propósito, esse quadro desordenado advém, também, do tão debatido princípio da não-culpabilidade, que tem sido interpretado com imprecisão pelo Supremo Tribunal Federal[419]. A Corte tem permitido vez ou outra, o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É certo que o princípio da não-culpabilidade como direito humano fundamental que é, por se encontrar no rol do art. 5º, especificamente, no inciso LVII, da Constituição Federal de 1988; é cláusula pétrea e não pode ser suprimido, ao menos, da constituição vigente. No entanto, do outro lado há a necessidade de preservação e confiabilidade no sistema, que é a base das instituições democráticas.

Decerto, na teoria e na prática o sistema penal tem sido utilizado para reafirmar os valores da sociedade vigente. Porém, "esses valores podem ser [...] positivos ou negativos. É por isso que [...] não basta para um estado verdadeiramente humanista e democrático se auto-

---

[418] Tradução livre da autora. Texto original: "*Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad'', esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una ultima ratio. La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal*". (JAKOBS, Günther. ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 40-41)

[419] Precedente paradigma: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, Julgado em 17.02.2016, Publicado em 17.05.2016)

intitular como um Estado Democrático de Direito".[420] Por isso, em sendo o delito de alta repressão, a exemplo dos delitos hediondos ou equiparados, a punição deve "oferecer segurança suficiente para as expectativas normativas da vítima em relação ao agente"[421], não importando a classe social ou a etnia desse último. Inclusive, argumenta Jakobs:

> **não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal**, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial - comunitário-legal -, **deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos**; porém, isso não **é uma pena contra** pessoas culpáveis, mas contra **inimigos perigosos**.[422] (grifo nosso)

A contenção de criminosos perigosos que optaram livremente por ficarem à margem da lei, não pode ser identificada como derivação de estado de exceção, mas sim como condição para uma sociedade menos perigosa dentro de um regular Estado de Direito. Isto não significa, necessariamente, a relativização indiscriminada de garantias constitucionais, ou em uma eterna perseguição de minorias. Indubitavelmente,

> [...] a ciência do Direito Penal pode evidenciar o que é que trazem exatamente as novas regulamentações legais e o que do trazido deve ser considerado, conforme a valoração estabelecida, como algo positivo ou prejudicial. Mas, é impotente perante as alterações políticas de valores, e não se pode optar em favor das alterações políticas de valor.[423]

O problema não é só jurídico-normativo, mas sim político-estrutural. Portanto, é imprescindível que sejam empregados com prudência as operações de combate, a fim de punir criminosos perigosos, de forma que a sociedade não fique mais refém de indivíduos, evidentemente desvinculados de qualquer princípio humanitário.

---

[420] JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

[421] *Idem*. **Direito penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21.

[422] *Idem*; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

[423] Tradução livre da autora. Texto original: "*la ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores*". (JAKOBS, Günther. ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 41)

4.3 INIMIGOS DA LEI BRASILEIRA: ALCANCES PUNITIVOS

4.3.1 Consequências de uma nova cultura

Se o Direito não pode garantir infalivelmente a plena satisfação de todas as expectativas normativas, principalmente, quando a conduta e a subjetividade do indivíduo neguem tenazmente as leis penais - sendo identificado como inimigo - o Direito se mostra deficitário para lidar com esta explosão de conflitualidade. Daí, a importância da delimitação do que se protege e contra o que se protege no enfrentamento de delitos típicos da modernidade perigosa.

As formas de criminalidade tipificadas, por sua habitualidade, profissionalidade e organização, indiscutivelmente, exprimem um elevado grau de lesividade social, além dos danos materiais e imateriais que causam. Mais que isso, fomentam uma macrocriminalidade com uma finalidade precipuamente econômica, sendo praticadas, ainda, por indivíduos economicamente favorecidos, por isso designados de crime dos poderosos (*crimes of the powerful*).[424]

Nessa lógica, sem cair em um "determinismo econômico", é preciso reconhecer que o enfrentamento tanto da criminalidade clássica, como da criminalidade dos poderosos como objeto da dogmática penal.[425] Isto é, a situação marginal do delito dos "não-poderosos", não é por si só um ato de luta contra a estrutura dominante. As mudanças sociais não podem prescindir de uma dogmática que condene tanto os abusos dos poderosos, quanto dos delitos intraclasses. A igualdade de tratamento a todos os cidadãos "obrigam a incorporar a criminalidade dos poderosos ao acervo de condutas objeto do direito penal, liberando este do estigma de ser direito dos pobres",[426] e de que é subserviente apenas a um setor hegemônico. Além do mais, obviamente, "as leis restringem mais alguns grupos do que outros, e são mais violadas por alguns grupos mais frequentemente do que por outros".[427]

---

[424] MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008, p. 178.
[425] *Idem, Ibidem,* p. 185.
[426] RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 51.
[427] YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 229.

Afinal, nem toda lei penal nova exprime excesso desmedido, ao passo que o expansionismo penal demonstra que as sociedades conceberam uma nova cultura e novas necessidades. Inclusive, a "esquerda política tem aprendido o quanto rentável pode resultar o discurso da *law and order*, antes monopolizado pela direita política",[428] uma vez que as minorias também reclamam por proteção penal.

A existência do Direito penal do inimigo na legislação brasileira parte de uma decisão política do legislador, para garantir a sobrevivência dos valores sociais, frente às constantes mutações políticas, econômicas, tecnológicas e sociais. Por isso, impõe-se a proteção dos bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade.

O crescimento das demandas sociais traz a necessidade de segurança, de contenção do perigo com identificação e controle de riscos mais temerários. O Direito ganha destaque como instrumento funcional de redução de complexidades e estabilização de expectativas normativas, tencionando a segurança social em vista de uma coexistência pacífica, ou menos conflituosa. O objetivo é criar óbice para tentar controlar o autoritarismo e a despersonalização do homem, uma vez que é impossível evitar, totalmente, o crime.

Por efeito, a legitimidade do direito penal reside em sua capacidade para reduzir ao mínimo o quanto possível os níveis de violência existente na sociedade.[429] Na trilha desse pensamento, ao resumir a concepção de Silva Sánchez, procura-se compreender o Direito penal do inimigo como uma "velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade [primeira velocidade], e com uma minimização das garantias necessárias a esse fim [segunda velocidade]".[430] Essa expansão intensiva estabelece que só a inocuização oferece garantias de êxito, no que toca a delinquência violenta, visto que os efeitos intimidatórios e ressocializadores seriam ineficazes para aquele delinquente. Embora a expansão do direito penal, bem como, o conceito de inimigo penal, em tese, possam se contrapor com as garantias mínimas do sujeito de direitos, a relativização de garantias e processuais penais não é algo de todo extralegal.

Corrobora Roxin, que também é funcionalista, ao entender que é admissível ao poder punitivo submeter a tratamento penal o inimigo político, distinguido esse como "socialmente inadaptado". No entanto, enquanto esse poder persistir na perseguição de pessoas "associais",

---

[428] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.
[429] SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. ***Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo***. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992, p. 181.
[430] *Idem*. **A expansão do direito penal**. 3ª ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163.

ou vistas como indesejáveis pela sociedade (*e.g.*, mendigos), o domínio do direito penal será assoberbado por grupos de pessoas cujo tratamento como criminoso é injustificável em um regime jurídico-penal.[431] Feita essa distinção primordial, Roxin afirma que se pode, de fato, reprimir o inimigo, porém é preciso saber em que medida isto será concretizado em um Estado de Direito.[432] Assim sendo, a necessidade de repressão daqueles que oferecem grande risco à norma e às pessoas por ela protegida, não se perfaz, fundamentalmente, por meio de arbitrariedades.

É por isso que na medida em que os riscos atentam contra os fundamentos primordiais da sociedade constituída na forma de Estado, Jakobs verbaliza sobre prevenção. A propósito, Guiseppe Bettiol, embora seja defensor do fim retributivo da pena e se posicione contrário à prevenção geral, pondera que

> se é verdade que o direito penal dos Estados totalitários é mais severo que o direito penal democrático, isso ainda não significa que esse seu atributo derive, necessariamente, da exclusiva aceitação do critério da prevenção geral, bem podendo ser fruto de uma diferente valoração da gravidade dos fatos delituosos.[433]

Argumenta Jakobs que a finalidade preventiva especial deve se limitar a ser um instrumento para a diminuição da violência inerente às relações sociais, mormente, porque o delinquente fica impedido, durante o tempo que cumpre a pena, de cometer delitos ao menos fora do sistema prisional. Justifica-se a aplicação da pena com a harmonia entre a necessidade para a comunidade jurídica, com a autonomia da personalidade do delinquente. Por certo, o indivíduo tem liberdade de ser intrinsecamente bom ou mau. Contudo, evidentemente, terá que sofrer os efeitos da sanção penal se decidir por violar a lei penal reiteradamente.

Silva Sánchez adiciona a esse argumento, ser possível no direito penal moderno atuar no limite de sua eficácia **preventivo-integradora**, ou seja, munida de um processo formal, público e norteado por princípios que dificulte arbitrariedades e impunidades.[434]

---

[431] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Trad. Ana Paulo dos Santos; Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 21.
[432] *Idem, Ibidem,* p. 22.
[433] BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p.180.
[434] SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. 3ª ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164.

4.3.2 Vestígios da hipertrofia penal da periculosidade

A finalidade, neste ponto, não é compor comentários exaurientes sobre as características penais das leis que serão apontadas, mas tão somente observar os principais reflexos do Direito penal do inimigo, quanto ao intento punitivo funcional de um inimigo etiquetado politicamente. E, assim demonstrar a presença, a influência e a possibilidade de utilização dessa teoria, ainda que limitada, na prescrição legislativa brasileira, diante do quadro crescente de violência.

Afinal, **quem a lei elege como inimigo?**

Partimos do entendimento de que o inimigo penal não é definido como um indivíduo patológico, nem tampouco delimitado, exclusivamente, a uma classe social, mas quem invariavelmente não demonstra segurança cognitiva de que irá se comportar conforme o Direito. Importa ressaltar que segundo Jakobs "a personalidade é algo irreal enquanto construção exclusivamente normativa".[435] Desse modo, não incumbe à formulação normativa os limites clínicos de uma possível personalidade criminosa. Porém, em face da ocorrência do fato típico, ilícito e culpável, cumpre ao Estado punir o infrator da norma, sobretudo, quem reiteradamente viola os bens mais valiosos.

No Brasil a norma penal especial que hodiernamente pauta (na linguagem, de Jakobs de forma mediata) os bens jurídicos penais mais valorosos, e ratifica sua violação como de elevada gravidade é a Lei de Crimes Hediondos - Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 -. Tomaremos essa prescrição normativa como parâmetro, por constituir uma periculosidade abstrata e por reunir as demais condutas típicas que assim se caracterizam.

Por efeito, o precedente social da referida lei foi a criminalidade dos anos 80 e 90, momento em que os delitos de grave ameaça à pessoa preponderavam, causando um amedrontamento na população, o que unido a forte veiculação midiática acabou por pressionar os legisladores a se posicionarem frente à situação babélica.[436]

De conseguinte, a hediondez é definida pelo sistema legal em um rol taxativo, não cabendo ao julgador dispor de um juízo de valor, quanto a sua aplicação em casos concretos independentemente das circunstâncias fáticas em questão. Não há que se falar, deste modo,

---

[435] *Idem*. **Direito penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.
[436] HABIB, Gabriel. **O Direito penal do inimigo e a Lei de crimes hediondos**. Salvador, Bahia: *Jus*podivm, 2013, p. 10.

em discricionariedade judicial. Isto é, se o potencial inimigo se distingue como aquele que pratica alguma das condutas típicas classificada na prescrição do art. 1º, da Lei nº 8.072/90 -, esse inimigo não seria uma escolha livre do julgador. Então, os inimigos eleitos pelo referido artigo seriam os indivíduos que praticam delitos contra os bens jurídicos mais importantes:

- a vida: Homicídio simples quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente; Homicídio qualificado[437]; Lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e Lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º);
- o patrimônio: Latrocínio; Extorsão qualificada pela morte e Extorsão mediante sequestro;
- a dignidade sexual: Estupro simples e qualificado, Estupro de vulnerável, Favorecimento a prostituição e a exploração sexual de menor[438];
- a saúde pública (bem jurídico coletivo): Epidemia com resultado morte e Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos;

Demais disso, o parágrafo único do referido artigo insere ainda como hediondo em proteção aos bens jurídicos supra individuais, o delito de Genocídio, que tutela o ser humano em relação ao seu grupo e este em relação à humanidade. Mais recentemente também nesse parágrafo foi incluído pela Lei nº 13.497, de 26 de outubro de 2017 -, o delito de Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, o qual tutela a segurança pública.

Não se pode olvidar que a existência de delitos hediondos é preconizada pelo Texto Constitucional de 1988 em seu art. 5º, inciso XLIII, considerando-os delitos inafiançáveis[439] e insuscetíveis de graça ou anistia, incluindo também os delitos de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo como condutas tão gravosas quanto e que, por sua implicação, conduzem às mesmas medidas dirigidas aos delitos hediondos, ou seja, são delitos equiparados a hediondo.

Daí que, a relação com o potencial inimigo passa a determinar-se a partir da coerção legitimada pelo direito penal sucedido do próprio texto constitucional. Acompanhando o

[437] Vale lembrar que houve duas alterações recentes do Código de Penal, no que se refere às qualificadoras do delito de homicídio: A Lei nº **13.104, de 9.3.2015**, que incluiu o feminicídio (inciso VI); e, a Lei nº **13.142, de 6.7.2015** que não só alterou o art. 121, mas também o art. 129 (lesão corporal), no que se refere a pratica contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

[438] A Lei nº **12.978, de 21.5.2014**, há pouco classificou como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

[439] Essa vedação possui uma aplicação meramente simbólica, posto que se após o flagrante delito, não se verifique os requisitos para decretação da prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal), ou não sendo o caso de prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21.12.1989), o indivíduo será posto em liberdade sem pagar fiança, já que a norma constitucional veda o pagamento para obstaculizar a própria liberdade. Assim, é uma vedação que mais beneficia, do que prejudica o indivíduo.

raciocínio de Jakobs, na medida em que o indivíduo é compelido a um tratamento mais aflitivo, sua periculosidade é reprimida, ou ao menos prevenida de se tencionar fora do sistema prisional.

Acontece que se para Jakobs a finalidade do direito penal é a reafirmação da vigência da norma, não se ocupando ele do conceito material de bem jurídico, poder-se-ia dizer que os delitos enumerados pela lei da hediondez não têm nenhuma conexão entre si, nenhum critério caracterizador de uma espécie de criminalidade para além da violação da norma? Gabriel Habib ao minudenciar a referida lei, entende que a violação da norma por si só "não autoriza a criação do rol de delitos que na visão Jakobs seriam praticados pelo inimigo. Isto é, não haveria critério jurídico-dogmático que serviria de base para a identificação desses delitos"[440], já que a prática de qualquer delito consiste na violação da vigência normativa.

Decerto, em Jakobs o mandado normativo não prescreve "não cause a lesão de um bem", mas sim "não viole seu papel de cidadão fiel ao direito", uma vez que para ele materialmente não se limita o poder legiferante. No entanto, em uma sociedade, é básico contar com a expectativa de que se respeitará os direitos alheios não se afetando elementos essenciais da estrutura dessa sociedade, por isso, ainda que tenha sido inócua a violação do direito de outrem, o agente causará uma afetação à eficácia da norma que tentou violar.[441]

Jakobs não inutiliza a ideia de bem jurídico, mas apenas atribui importância mediata, periférica. Ao garantir uma relação entre as pessoas, o direito penal assegura a expectativa de que não haja ameaças aos bens, entretanto se o fim do direito penal fosse à proteção de todos esses bens jurídicos não haveria como legalmente existir nenhuma sociedade. Portanto, a crítica que esse paradoxo fomenta não se pauta em ser o bem jurídico o objeto de proteção imediata ou não, mas na carência de delimitação de seu conceito. Contrariedade essa, que, dificulta o entendimento sobre o porquê de certa sociedade criminalizar determinados comportamentos.

Assim, de fato, para Jakobs não é necessário recorrer a conceituação dos bens jurídicos mais complexos e polêmicos, uma vez que se interpreta a sociedade como comunicação e que esse processo de comunicação gera sujeitos livres. Segundo ele, a sociedade seleciona o bem, pois o direito penal não se desenvolve na consciência individual,

---

[440] HABIB, Gabriel. **O Direito penal do inimigo e a Lei de crimes hediondos**. Salvador, Bahia: *Jus*odivm, 2013, p. 14.
[441] JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 63.

mas na comunicação.[442] Embora perfaça uma descrição neutra, tentando excluir benesses utópicas ou arbitrariedades, entende que a subjetividade não é só um pressuposto, mas também uma consequência da socialidade.[443] Por esse desfecho, Zaffaroni aponta que

> a concepção sistêmica alemã não é ingênua, pois, apesar de se aproximar muito da descrição da realidade operacional do poder, admite-se de forma pragmática, a partir da premissa de que o importante é o sistema, base comum de todo o organismo. [...] Tudo que serve para sustentar o sistema social é progressista. Desta forma, esta concepção não é independente de toda axiologia, mas pressupõe uma base axiológica, representada pelo valor positivo do sistema social.[444]

Não conceituando o bem jurídico que possa ser densamente protegido através da norma mais gravosa, o critério sistêmico é político-criminal. Seria esse um limiar para a formulação de uma teorização justificadora do arbítrio político? Nada poderia ser mais injusto do que acusar Jakobs de tais pretensões. O intento é justamente conter tendências arbitrárias, apontando sem sutilezas os problemas de se ignorar a realidade criminal.

Nada obstante, os parâmetros constitucionais pátrios (*vide* seção dois) se constituem, neste ponto, de modo diferente. A submissão do legislador aos bens jurídicos constitucionais, não só ratifica a obviedade da importância do bem jurídico vida, mas, também, que os bens jurídicos transindividuais como a segurança pública, enquanto ausência de perigo daquilo que pertence a todos - dentre outros catalogados na Lei de Crimes Hediondos - ostentam grau de proteção constitucional e importância social.

Pois bem. No que se refere à repressão inscrita na Lei de Crimes Hediondos, para além da repetição da proibição constitucional sobre a concessão dos institutos penais da graça e anistia, adiciona-se a vedação do indulto (art. 2º, inciso I), e a ampliação do tempo de prisão temporária para o limite de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período (art. 2º, § 4º).

O que mais simbolizava o aspecto coercitivo de neutralização do indivíduo, o afastando de modo duradouro do convívio social regular seria o cumprimento integral da pena em regime fechado como previa o § 1º do art. 2º da Lei n° 8.072/1990 -, então, revogado e antes disso, fora declarado inconstitucional com efeitos *erga omnes* através do *Habeas*

---

[442] *Idem,* ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 67.
[443] *Idem, Ibidem,* p. 13.
[444] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 86.

Corpus nº 82.959[445], julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que sedimentou entendimento no sentido de que a impossibilidade do indivíduo progredir de regime prisional conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Isto é, embora a Constituição tenha criado a figura da hediondez, não vedou a progressão de regime, nem precisou severidade no incremento ou na execução a sanção penal. E, não fez porque tal incumbência compete à lei infraconstitucional. Porém, seria deveras inócuo criar-se a hediondez, sem impor nenhuma diferenciação (a não ser a impossibilidade do benefício dos três institutos da extinção da punibilidade, já mencionados) em relação aos delitos comuns. Enfim, por força da nova redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 -, ao referido § 1º a pena será cumprida inicialmente em regime fechado, e, consequentemente, o § 2º instituiu os limites da progressão, de modo que esta se dará no cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

O que podemos arrematar desse percurso feito pela Lei de Crimes Hediondos é que o Estado legiferante (embora limitado pelo texto constitucional) define politicamente o que é mais grave por meio da incriminação e da cominação em abstrato, podendo, por vezes, ficar a cargo do Poder Judiciário, enquanto intérprete da lei, controlar o previamente definido. A lei penal tem uma blindagem contra a interpretação constitucional desajustada, seja para criminalizar, descriminalizar, ou ainda agravar determinada conduta. Assim, o filtro constitucional atua em defesa de uma dupla face na proteção dos bens jurídico-penais, ao passo que nenhum poder é impassível de desacertos.

Essencialmente a Lei de Crimes Hediondos direciona sua repressão para o modo de cumprimento da pena, porém os delitos nela etiquetados têm aspectos, ao menos, aparentes da teorização do inimigo. Cada lei ordinária que delimitou cada delito, possui uma justificação própria, embora as suas primeiras versões tenham ocorrido em um período histórico compatível (exceto a lei antiterrorismo). Logo, afora os excessos ideológicos, no ordenamento

[445] Precedente paradigma: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 23.02.2006, Publicado em 01.09.2006)

jurídico brasileiro, a hipertrofia legislativa, enquanto marco da sociedade pós-industrial, é verificada sem grandes enigmas, vejamos:

- Lei n.º 6.368, de 21.10. 1976 - Revogada pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas; prescreve medidas para **prevenção** do uso indevido, **atenção e reinserção social** de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para **repressão** à produção não autorizada e ao **tráfico ilícito de drogas**; e, define crimes.
- Lei n° 9.034, de 3.5.1995 - Revogada pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, define **organização criminosa** e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.[446]
- Lei n° 9.437, de 20.2.1997 - Revogada pela Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, dispõe sobre registro, **posse e comercialização de armas de fogo e munição**, sobre o Sistema Nacional de Armas, e define crimes.
- Lei nº 9.455, de 7.4.1997, que define o delito de **Tortura** (art. 5º, XLIII, CF/1988), registrando-se que tal delito dá-se, em grande parte, no contexto da ação investigatória estatal. Objeta-se a produção de provas ilícitas (art. 5, LXI),
- E, finalmente o delito de **Terrorismo** foi regulamentado pela Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, atendendo ao disposto no inciso XLIII, do art. 5º da Constituição Federal[447], disciplina o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de **organização terrorista**.

É certo que os possíveis excessos capitaneados nessas leis redundam quase sempre no quanto da pena e em seu cumprimento. Embora, alguns desses excessos, quanto ao delito de tráfico de drogas tem sido minorado pelo Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, no julgamento Plenário do *Habeas Corpus* nº 11.8533/MS[448] -, decidiu que o tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006) - em que o agente é primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa -, não deve ser considerado crime de natureza hedionda. Assim, o condenado pode ser beneficiado

[446] Embora, por si só não seja um delito hediondo, se a organização praticar qualquer dos delitos descritos no rol da hediondez, a pena em abstrato de 1 (um) a 3 (três) anos, regulada pelo art. 288, do Código Penal, passa a ser de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão, conforme o art. 8º, da Lei de Crimes Hediondos.

[447] Também corrobora o disposto do art. 4º, inciso VIII, da CF/1988 - "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII - repúdio ao terrorismo [...]".

[448] EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 11.8533, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23.06.2016, Publicado em 19.09.2016)

pela progressão do regime depois do cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, como prevê o art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.810/1994). Ademais, o Senado Federal através da Resolução nº 5, de 2012[449], suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do mesmo § 4º do art. 33, porque declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS[450] -, julgado em 01.09.2010.

Cumpre ainda fazer um adendo. Já existem normas de Direito penal do inimigo inseridas no ordenamento jurídico de vários países, porém Jakobs aponta repetidamente, como exemplo, as atividades terroristas. No entanto, ainda que, no Brasil exista a recente figura típica do terrorismo, com honestidade à realidade brasileira, poder-se-ia considerar os ditos terroristas como inimigos do Estado? Ao menos em lei, sim. Foi politicamente assinalado, sendo a propósito, incontestável a gravidade do fenômeno terrorista e sua projeção internacional.

Inexistem dúvidas quanto à necessidade de uma lei que efetivamente determine taxativamente os elementos caracterizadores do terrorismo atendendo os comandos constitucionais. Contudo, é certo que tal lei se configura como expoente máximo do Direito penal do inimigo, vez que é composta por tipos penais que constituem criminalização em estágio prévio a lesões de bens jurídicos e sanções com repressividade elevada. Isso, por si só não é violador de garantias penais, como infatigavelmente expomos alhures. Ademais, a projeção desta afirmativa no século XXI não mais se apresenta incoerente, uma vez que se quer debater e delimitar a legitimidade de um direito penal preocupado com o controle da criminalidade acentuada não só pela delinquência clássica, mas também pelas organizações criminosas e pelo terrorismo.[451]

Embora, não se possa negar que a taxatividade penal seja um problema deveras inquietante em várias dessas "leis penais do inimigo", voltemos para o objetivo que nos prestamos. A controvérsia maior se perfaz quando se quer precisar o momento exato em que a transição do "cidadão" ao "inimigo" seria produzida. Como se faria essa transformação? O professor alemão não respondeu minúcias, apenas precisou a existência de reiteração

---

[449] SENADO FEDERAL. Resolução nº 5, de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm. Acesso em: 30 jan. 2018.

[450] A ementa será, aqui, suprimida, por ser muito extensa. *Vide*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 97.256, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01.09.2010, Publicado em 16.12.2010.

[451] MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008, p. 200.

criminosa grave, e expôs uma realidade da sociedade pós-moderna, sugerindo um controle legal pré-estabelecido, sob o risco de a intolerância penal atingir todos aqueles que violam a norma, o que acarretaria em grande escala uma política criminal arbitrária.

Por sua vez, Silva Sánchez, ao tratar da expansão penal e definir essa como justificadora da repressão penal para determinadas situações, entende que "a transição do cidadão ao inimigo seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas".[452]

Diante dessa moldura, desenha-se com firmeza que o inimigo não só pratica condutas de alta repressão, mas persiste reiteradamente em sua prática. Como o direito penal não pode atuar por ilações, e sim com fatos, indícios e provas, podemos concluir que a Lei de Crimes Hediondos lista "potenciais inimigos". Afinal, entender de modo distinto seria dizer que todo indivíduo que pratica um delito hediondo é e sempre será um criminoso perigoso, ou ainda sem essa enumeração de delitos

> o autor de furtos sucessivos (reincidente), embora de pouca importância social, poderia ser submetido a uma longa medida de segurança (ou pena) por ser considerado perigoso, ao passo que um homicida ocasional poderia sofrer uma pena mínima (ou nenhuma pena), face a sua não-perigosidade.[453]

Neste ponto, instaura-se o problema com a periculosidade fática, a qual segundo Jakobs vindica uma prevenção especial, por existir um certo perigo de reincidência. Repetimos com o auxílio das palavras de Roxin que "sucedem graves crimes de sangue que frequentemente se devem a motivos e situações que não se voltaram a repetir e ninguém retira de tais casos as consequências da impunidade".[454] Indiscutivelmente não se poderia ignorar a gravidade da conduta, ou a importância do bem violado, pelo simples fato de se praticar uma única vez uma conduta gravosa.

As limitações da descrição de Jakobs não respondem a essa problemática, pois a periculosidade indica apenas um sentido genérico, um estado de perigo, de probabilidade de um dano futuro. É concebida para ser aplicada a delinquentes considerados perigosos, ainda que completamente imputáveis. O problema da faticidade perigosa é que, ou ela será verificada tardiamente, ou previamente, e neste último caso, ela necessariamente teria que

---

[452] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 149.
[453] QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 56.
[454] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Trad. Ana Paulo dos Santos; Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 22.

advir de uma abstração genérica como foi efetuado na Lei de Crimes Hediondos, invalidando a importância do requisito da reiteração delitiva, que o próprio Jakobs estabelece.

A periculosidade, assim como, a demanda por um direito penal preventivo, seja com enfoque positivista, ou no combate à criminalidade, está incutida na legislação infraconstitucional. A propósito, a finalidade preventiva da pena esta expressa no art. 59, do Código Penal. Portanto, o julgador estabelecerá as circunstâncias judiciais da primeira fase da dosimetria da aplicação da pena, conforme seja necessário e suficiente para "reprovação e prevenção do crime".

Isto é, a pena teria que equacionar a prevenção e a retribuição. Para Jakobs não é possível constituir um juízo razoavelmente adequado de conexão entre essas duas concepções, mormente, em relação ao inimigo. Por isso, tornou-se mais difícil a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados, que na interpretação de Jakobs enseja prevenção especial, pois a finalidade da privação da liberdade de um delinquente de evidente periculosidade deve ser diversa daquele delinquente que não apresenta um grau de evidência similar.[455]

Na análise da dosimetria da pena não há que se confrontar o tratamento da periculosidade ditada por Jakobs como as circunstâncias judiciais subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos do crime), nem tampouco compor um etiquetamento de incurável ou curável ao indivíduo, atribuindo-lhe uma personalidade criminôgena, o que só poderia ser identificado por meio de um exame criminológico (identificação psicológica), no qual se verifica "a psique individual do modo de ser permanente do indivíduo, ou seja, a criminosidade do delinquente ou a sua capacidade de delinquir".[456]

O debate que os rótulos impõem, sobre a aferição dessa periculosidade perpassam o indivíduo na condição de investigado, indiciado, acusado e condenado, e propagam o seguinte quesito: Qual o tratamento a que o inimigo seria submetido? Existem normas processuais penais que podem ser expressas como Direito penal do inimigo. O entrave novamente se faz no momento em que, dentro do processo criminal, poderiam ser essas normas aplicadas ao indivíduo, e quais garantias seriam minoradas.

Jakobs entende que o inimigo, diferentemente do cidadão, obstaculiza a operacionalidade da intervenção penal, de modo a permitir a diminuição de suas garantias.

---

[455] JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 69.
[456] HUNGRIA, Nelson. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945, p. 156.

Assim, a manutenção das expectativas não se guia pelo processo operativo comunicacional, porque o "delinquente profissional contumaz" não se comunica, sendo incoerente dispor este de todas suas garantias penais. Os exemplos insignes seriam:

No plano processual: tanto a Lei n° 9.296, de 24.7.1996 que dispõe sobre a **interceptação de comunicação telefônica** regulamentando inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal; quanto a Lei nº 12.403, de 4.5.2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à **prisão processual, fiança, liberdade provisória, e outras medidas cautelares**; atingem previamente garantias individuais, que impossibilitam ao *ius puniendi* minorar os efeitos dos delitos de perigo abstrato e que não deixam vestígio, como a organização criminosa que demanda uma ação controlada, através de procedimentos de investigação para a formação de provas.

No plano da execução: a Lei nº 10.792/2003, de 1º.12.2003, que alterou a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.810/1994) em seu art. 52, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado como uma forma especial de cumprimento da pena no regime fechado, aplicado diante da "prática de fato previsto **como crime doloso** [o qual] **constitui falta grave** e, quando ocasione **subversão da ordem** ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal [...]". Contribui para o fortalecimento das expectativas normativas, no enfretamento de delitos graves e de presos perigosos no sistema de execução de penas. Mas, sempre teve sua taxatividade fortemente criticada, assim como todo termo que remete a ordem e a segurança pública, por ensejar uma abstração coletivista. Contudo, não seria isonômico, nem se atenderia a individualização da pena, manter sob o mesmo regime um indivíduo que foi retirado da sociedade com a finalidade preventiva dele não mais praticar delitos, e ainda assim ele reitera a atividade delitiva dentro do próprio sistema prisional.

Noutro plano, cumpre observar que a Lei n° 9.099/95, de 26.9.1995 ao regular os Juizados Especiais "Criminais" visa cominar penas pecuniárias ou restritivas de direitos a infrações de menor potencial ofensivo. Ocorre que a pretexto de afastar a incidência da pena de prisão acaba por flexibilizar o devido processo legal, ficando este sem a produção da prova e sem ampla defesa. Não obstante, como norma penal de segunda velocidade, se opõem ao modelo do Direito penal do inimigo, mesmo quebrando a formalidade do processo penal, com

o fito de processar um número maior de ações.[457] E, claro, que não têm competência para processar nenhuma conduta típica de elevada gravidade.

Neste ponto, poderíamos afirmar que o Direito penal do inimigo suportaria um ingresso irreprimível de diversas finalidades externas e sem conexão com o direito penal, ao se firmar na concepção de que deve estabilizar expectativas normativas a todo custo. Entretanto, qualquer teoria está apta a ser submetida a essa desvirtuação, principalmente, em um país subdesenvolvido como o Brasil. Por certo, não só os delitos e as normas processuais acima citadas fazem parte da realidade brasileira. Até porque, "a percepção dos riscos é uma construção social que não está relacionada com dimensões reais de determinadas ameaças",[458] de modo que essa hipertrofia não só trouxe normas indispensáveis, mas também imperfeitas.

O fato é que nem sempre se deve estar contrário à criminalização, pois há condutas que devem ser perseguidas pelo Estado de maneira mais repressiva, porém

> a urgência é uma necessidade de o Estado atuar rapidamente, e tal necessidade é incompatível com o direito penal, pois a definição legal de um crime [e a necessidade da norma processual] sempre estará sujeita à característica da relevância, e não da urgência.[459]

O direito penal, por certo, é incapaz de atingir, por completo, as demandas do mundo globalizado, ante a contínua velocidade da criminalidade. Por isso, a temática da punição repressiva deve apreender sempre a prevenção à criminalidade perigosa.

---

[457] MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008, p. 176-178.
[458] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 77.
[459] SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 153.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

> "Se não formos capazes de viver inteiramente como pessoas, ao menos façamos tudo para não viver inteiramente como animais". (SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 119)

No ajuste final de tudo que foi emoldurado, é certo que a discussão sobre a finalidade primeira do direito penal ser, ou não, a proteção dos bens jurídicos mais importantes para coexistência, nos leva a compreender que a ordem na escala de proteção - mediata ou imediata - não afeta a resposta penal para condutas que ofendem ou colocam em perigo bens individuais ou coletivos.

É dizer que é função do direito penal manter a ordem social funcionando através da salvaguarda dos bens mais caros, porém em sendo a desordem originada de fatores externos as finalidades desse direito, importa a imposição de limites e justificação a essa função protetiva, a fim de retirar da ciência penal o que não lhe compete. O panorama constitucional brasileiro adequadamente atribui destaque a essa função. O fato da base da teorização do inimigo penal advir do funcionalismo sistêmico, o deixa desprovido de importante função conceitual, sobretudo, para ser legitimamente assinalado sob o jugo de conter condutas de alta reprovabilidade.

Ora, se a positivação jurídica de um valor, um interesse, ou um bem social é realizada depois que a própria sociedade eleva esse bem à categoria de essencial para a vivência pacífica e plena, o legislador não escolhe e não poderia escolher a seu bel prazer, nem tampouco o Direito cria o bem, mas tão só o transforma em jurídico. O legislador deve deferência ao texto constitucional que limita sua atuação. Por isso, o estudo do bem jurídico não se reduz à simples retórica, e obtém mérito para se contestar o que se protege, como se protege, e qual o instrumento de proteção penal.

Nessa direção, no entanto, não se pode negar os limiares de que o Estado legalista dispõe para justificar seu poder repressivo contra os atos de elevada periculosidade e aptos a provocar uma ruptura na harmonia social. A Carta Constitucional não poupou esforços para acompanhar as demandas incontestáveis da modernidade, notadamente, no que se refere ao abrigo a bens de natureza transindividual e de tipos de perigo abstrato de natureza preventiva. Assim, ao mesmo tempo que estabelece garantias, ela permite a vulneração de direitos fundamentais quando a severidade penal de suas previsões não chega a oferecer uma proteção penal satisfatória.

Bem, tanto a imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo e impeditivo, quanto às derivações do paradigma da legalidade, autorizam que se estabeleça um tratamento punitivo distinto aquele indivíduo que viola a lei penal, e além de contribuir em vários níveis para permanência de um estado de corrupção, provoca danos reais à sociedade.

Decerto, os princípios que se compatibilizam com o ideal de diferenciação que o inimigo penal fomenta, são os princípios da isonomia, da proporcionalidade penal (seja no excesso ou na insuficiência), e da dignidade. Este último, ao estabelecer um núcleo essencial, permite a proteção e a coerção do delinquente, sem a figura do suplício de um corpo inimigo esquartejado ou lançado às chamas de uma fogueira. A dignidade em um Estado de Direito acompanha a culpabilidade e a humanização da pena. Tudo isso para atender a dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, a qual exorta o individualismo fantasioso, ao valorar a eficácia dos direitos fundamentais também sob o ângulo coletivo.

Deve-se buscar a igualdade da tutela penal, a partir da diferença proporcional da conduta praticada. Diante da permissão constitucional é desacertado persistir na ideologia de que o Estado Democrático de Direito não comporta, nem atribui ao direito penal a função de punir coercitivamente aqueles que atentam desumanamente contra qualquer dos direitos fundamentais. Como vimos na seção dois, a Constituição possui um rol exaustivo de proteção em combate à criminalidade perigosa, assim, em tese, a acepção do inimigo penal não estaria de um todo apartada da nossa realidade normativa legítima.

No entanto, essa moldura não isenta de justificação a legitimação da sanção penal, isto é, sob que aspecto punitivo o *ius punitivo* deve se pautar. No liame de justificação entre retribuição e prevenção, o ordenamento pátrio une as duas funções e ainda se responsabiliza pela reintegração social do réu. Por certo, não é função do direito penal impedir que o cidadão erre uma ou diversas vezes, e quando se fala em inimigo penal essa pretensão de socialização é ainda mais custosa. Sem elucubrações, não é difícil evidenciar que o Estado não tem o poder de interferir intrinsecamente em uma possível personalidade criminógena do indivíduo. Isto é, o indivíduo tem liberdade para ser bom ou mau. Mas, terá que sofrer as consequências de sua decisão de violar a norma penal reiteradamente. A abordagem, em maior parte das teorias que legitimam a sanção penal, auxiliou a compreensão da teoria da pena de Jakobs, a qual ele direciona para justificar a punição do inimigo penal.

Ao se precisar com exatidão tais indagações, não poderíamos negar uma realidade inerente à sociedade brasileira, enquanto país periférico e subdesenvolvido. Isto é, no âmbito pragmático essa estrutura de poder, invariavelmente atinge seletivamente, quem não se

amolda nas delimitações de inimigo descrito por Jakobs, mas que por necessidade de responder a sociedade e lutar contra a ineficácia, ao direito penal são atribuídas funções sociais diversas.

Definitivamente, os problemas de fragmentação social e os anseios por igualdade material não podem ver no direito penal o mecanismo para dar uma resposta. A persistência nessa concepção redundará sempre na tentativa de se encontrar um culpado inimigo, patológico, marginalizado, etiquetado, vítima da sociedade opressora, que junto com a crescente impunidade fomentam as teorias deslegitimadoras.

É notório que o Estado e a sociedade contribuem de certo modo para formação de muitos criminosos, inclusive os perigosos. Porém, a marginalização por si só não está apta a isentar o indivíduo da imputação punitiva. E, o direito penal não pode ser responsabilizado pelos fracassos das políticas sociais, principalmente, a política de educação. Também não pode ele substituir essas mesmas políticas, porque ao direito penal cumpre punir. Assim, se todas as áreas sociais falham e o indivíduo fica sob a tutela do estado penal, não pode ser atribuído a este efetivar o que um plexo de políticas não conseguiu cumprir.

Por isso que dentro desta dinâmica sempre medeiam políticas criminais máximas e mínimas, que foram discorridas nesse escrito, sobretudo, porque o Direito penal do inimigo há muito é interpretado como uma política criminal intolerante, que suprime garantias a qualquer custo, por expressar a expansão penal alimentada pela sociedade pós-moderna. Ocorre que, o Movimento Lei e Ordem foi utilizado, justamente, para se aferir uma distinção gritante.

Sabemos que a contenção da violência sempre será indispensável a qualquer coletividade. Todavia, deve-se partir da certeza de que não é função do direito penal proteger todos os bens existentes na sociedade, de modo que comportamentos irrelevantes passem a sofrer consequências graves. É de fácil percepção que a política da Tolerância Zero produz uma falsa impressão de controle, uma vez que quanto mais infrações penais, menores as probabilidades de se cumprir a tutela penal.

A consequência lógica de se perseguir repressivamente todo tipo de conduta típica é um direito penal puramente simbólico, provedor de impunidades, difusor do medo e justificador de políticas autoritárias de controle social, o que difere da acepção do inimigo penal, uma vez que esta delimita os delitos e os criminosos que devem ser punidos com repressão. Ora, se a gravidade da conduta se alia a reiteração dela, o perigo passa a ser real,

por consequência, as garantias constitucionais em sua inteireza não podem salvaguardar os indivíduos que as violam permanentemente.

É neste ponto que o garantismo ergue sua torre principiológica absoluta. Embora seja inegável a importância das garantias penais e processuais penais, é certo que negar evidências factuais não contribui para minoração de injustiças e impunidades. Ao querer-se sempre ofertar favores imerecidos a quem gravemente viola repetidamente os direitos alheios, assume-se deliberadamente um duplo risco, de beneficiar tanto os acusados inocentes, quanto os culpados. Deveras, o excesso de benefícios proporciona uma impunidade graduada, onde a ótica da vítima e da sociedade é relegada ao esquecimento.

Além do mais, as estatísticas da criminalidade perigosa só aumentam, representando um estado de guerra real, que se desdobra em um perigo cotidiano muito concreto, que precisa ser fortemente combatido. Ao constatar os números e, na realidade, ver o sangue vitimado cruzar territórios, poderíamos dizer que não há razões particulares para sermos otimista. Enxergamos que a guerra hoje se apresenta como um colapso estrutural do sistema de justiça penal. Afinal, os insucessos legislativos percorrem toda a operacionalização do direito penal, enfraquecendo, de certo modo, a ideia da finalidade preventiva da pena. Seria incongruente trazer à baila a análise do inimigo penal, em uma sociedade sem altos índices de vitimização letal à vida e sem um sistema penitenciário com superlotação seletiva. Os dados comprovaram as nossas inquietações.

Portanto, ao entender que, no funcionalismo sistêmico, o direito penal é estruturado, interpretado e aplicado por intermédio de sua finalidade de garantir a identidade normativa e a constituição da sociedade, o Estado não pode permanecer imóvel diante do avanço da criminalidade. A redução de liberdade é necessária, como o são a disciplina, o rigor proporcional, afinal, a pena é detentora da dinâmica do castigo. Inclusive, nem sempre se deve estar oposto à criminalização, pois há condutas que não podem deixar de ser perseguidas pelo Estado, sejam delitos da classe marginalizada, sejam delitos dos poderosos, que fomentam uma macrocriminalidade organizada.

Aliás, os custos da criminalidade organizada e inimiga sempre serão elevados, seja porque reclamam um aparato estatal eficiente para combatê-la e preveni-la, seja por fomentar custos intangíveis, como a descrença da população no sistema jurídico penal. Desse modo, se a certeza do Direito é técnica, a punição dos inimigos reais do Estado deve ser objetivamente delimitada em um processo penal sem ostracismo. O culpado e a vítima devem ser respeitados

a luz dos princípios constitucionais. E, isso não é sinônimo de impunidade, ou de demonização do Direito.

Os Direitos Humanos conferem proteção ao indivíduo contra a violência, e em momento algum eles fomentam a criminalidade, pois da segurança individual advinda do respeito pelo Estado dos direitos individuais e coletivos nasce à segurança social. Assim, o sistema penal em um Estado Democrático de Direito deve se regular pela tutela de ambos os pólos. Não se trata de simples antinomias entre liberdade ou segurança, prevenção ou garantias, tampouco de abrir mão das conquistas constitucionais, mas de aceitar as adaptações necessárias para se minorar impunidades e injustiças.

Existe um aglomerado de sujeitos passivos que só reclamam direitos, e não se fazem lembrar dos deveres que têm perante ao Estado e a sociedade como um todo. Aqui, a ideia funcionalista de Jakobs é elucidativa sob a qualificação dos papeis sociais e do respeito ao círculo (direito) alheio. Afinal, o individualismo autista é conflitante com a ideia de sociedade e "contrato social", isto é, que comporta sujeitos de direitos e deveres integrantes de um sistema social, regulado por um Estado de Direito.

Com efeito, os termos empregado por Jakobs como "não pessoa", periculosidade, e estado de guerra causam impacto negativo, mas a clareza com que o problema é delineado demonstra que o fim não é demonizar o ser humano, mas puni-lo sem as mesmas benesses de um cidadão que viola norma penal em menor intensidade. Assim sendo, nos moldes de Jakobs só será inimigo do sistema (social) penal, quem invariavelmente quebrar as expectativas normativas, não demonstrando nenhum respeito pelos bens essenciais à coexistência pacífica. Jakobs quer funcionalizar o sistema e o estabilizar normativamente. O intento é justamente conter tendências arbitrárias, apontando sem sutilezas os problemas de se ignorar a realidade criminal.

Não se deve corromper a teoria de Jakobs antes mesmo de se permitir folheá-la destituído de dogmas estigmatizados de uma repressão generalizada. Tal conduta conduz a teoria quase sempre para fins ilegítimos. Por isso, é imprescindível determinar o conteúdo e a sua relevância. E, verificamos de pronto que as razões para a expansão penal não atendem aos fundamentos do direito penal, mas sim a questões de cunho político e social. O direito penal tem para Jakobs função própria, de resistência à defraudação das expectativas, de modo que a pena como comunicação possa ser substituída pela prevenção especial, quando o indivíduo a ser punido é um inimigo. Não se pode negar que há um certo grau de indiferença entre operações e estruturas na função realizada pelo direito penal de Jakobs. Por isso, há

divergências básicas na discussão acerca da legitimidade de um Direito penal do inimigo, ainda que com diferente base metodológica, isto é, criminológica, político-criminal ou dogmática.

Jakobs não estabelece critérios delimitados ou respostas para diversas indagações que lhe foram feitas. Isso, porque, afirma ele está descrevendo a realidade, e não estabelecendo uma teoria. Acaba, todavia, por citar dois possíveis critérios, quais sejam, o cometimento de delito de alta gravidade, e a reiteração dessa prática criminosa. Acontece que, quanto à alta gravidade, Jakobs atribui pouca ou nenhuma importância à conceituação material do bem jurídico. E, no que se refere à perigosidade fática, quando constituída previamente, irá advir de uma abstração genérica como foi feito na Lei de Crimes Hediondos, o que invalida a relevância do requisito da reiteração delitiva. Fica difícil realizar uma repressão qualificada ao delito com base nesses parcos critérios.

Em contrapartida, no ordenamento pátrio, a dita repressão qualificada pode ser analisada por requisitos vários, claro que sem pretensão de se taxar o delinquente de inimigo, pois as palavras expressam significados diversos que acabam por desvirtuar a pretensão perquirida, ou o estigma as dirige para uma visão unilateral de um direito penal seletivo. Mas, entre um e outro extremo existem incertezas.

Por último, é certo que não existe paz perpétua, porém um direito penal sem vingadores ou psicose coletiva pode ser edificado, quando o sistema de justiça criminal pátrio deixar de se limitar a interesses de um discurso de emergência, e se propuser a agrupar a dogmática penal à política criminal, não se esquecendo da realidade. Nisso, a restrição de alguns direitos, como a liberdade, será sempre necessária para se responder proporcionalmente à criminalidade perigosa, para a qual devem ser infligidas medidas penais desiguais na medida das desigualdades analisadas.

REFERÊNCIAS

- LIVROS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Sistema penal máximo x Cidadania Mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré. **As três escolas penais -** clássica, antropológica e crítica. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BECKER, Howard Saul. ***Outsiders***: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BIANCHINI, A.; MOLINA, A. G.; GOMES, L. F. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIRNBAUM, Johan Michael Franz. ***Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito***. *Traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, Colección Juristas Perennes,* nº 14, Valparaíso: Edeval, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdade e Liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. **Criminologia**: da reação social. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CUNHA, Maria da Conceição. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa. 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 2013.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I - Questões fundamentais. Coimbra: Coimbra. 2004.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 3ª ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal**: a constituição penal. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**: crise ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

FEUERBACH, Paul J. A. R. von. ***Tratado de Derecho Penal***. Trad. Eugênio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 4ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1986.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. (coord.). **Direito Penal**: parte geral. v. 2. São Paulo: RT, 2007.

GRAMSCI, Antônio. **A concepção dialética da história**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1995.

HABIB, Gabriel. **O Direito penal do inimigo e a Lei de crimes hediondos**. Salvador, Bahia: *Jus*podivm, 2013.

HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.

HEGEL, Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdida**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. ***Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad***. Org. Jacobo López Barja de Quiroga. Trad. Teresa Manso Porto. Madrid: Civitas, 2004.

_____. ***La pena estatal****: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2004.

_____. ***Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal***. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

_____. ***Sociedad, norma y persona****: en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

_____. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JESCHECK, Hans Heinrich. ***Tratado de Derecho Penal***: parte general. 4ª ed. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos**: as drogas tornadas ilícitas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Trad. Clélia Aparecida Martins [*et al*]. Petrópolis: Vozes, 2013.

KELLING, George; COLES, Catherine M. ***Fixing Broken Windows****: restoring order and reducing crime in our communities*. *New York*: *Free Press*, 1996.

LEAL, César Barros; JÚNIOR, Heitor Piedade (orgs.). **Violência e vitimização**: a face sombria do cotidiano. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISZT. Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tomo I. Trad. José Higino Duarte Pereira. São Paulo: Russell, 2003.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2ª ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 272.

LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). ***El funcionalismo en derecho penal***. Colombia: *Universidad Externado de Colombia*, 2003.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos N. P. Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. ***Tratado de Criminología***. 3ª ed. Valencia: Tirantlo Blanch, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAIS, José Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Trad. e notas Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva. 2001.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RIPOLÉS, José Luiz Diéz. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Rio de Janeiro: Globo, 1962.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Trad. Ana Paulo dos Santos; Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. ***Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo***. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplina**r. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

_____. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte:Del Rey, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [onda punitiva]. Tradução de Sergio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro I**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

- ARTIGOS:

ANDRADE, Vinicius Lúcio de. Direito fundamental à segurança Pública: Fraternidade, Participação e Efetividade. **Orbis Revista Científica**. vol. 4, n. 1, pp. 30-41. 2014, ISSN: 2178-4809. Disponível em: http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/105/105. Acesso em: 05 jan. 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal e Estado de Direito Material. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, n. 31, p. 43, jan./jun. 1981.

_____. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 75, p. 45-58, 2003.

GARCIA, Edgar R. Aguilera. *Garantismo extremo o mesurado: La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan.* ***Isonomía***. ***Revista de Teoría e Filosofia del Derecho***. *Mexico,* n. 40, pp. 61-93, abril 2014. ISSN 1405-0218. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000100004&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 07 dez. 2017.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 32, p. 139, out./dez. 2000.

HULSMAN, Louk. *The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies. In:* ***Israel Law Review****, issue 3-4, Summer-Autumn. Jerusalem: Israel Law Review*, v. 25, pp. 681-709, 1991. Disponível em: http://law.biu.ac.il/files/law/shared/israel_law_rev._amicus_1.pdf. Acesso em: 15 out. 2017.

IPPOLITO, Dario. *El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria. Doxa.* ***Cuadernos de Filosofía del Derecho****, Alicante,* n. 30, pp. 525-542, 2007. Disponível em: www.cervantesvirtual.com/research/el-garantismo-penal-de-un-ilustrado-italiano-mario-pagano-y-la-leccion-de-beccaria--0/ae04f8b3-6dc1-4345-80a4-d650e769a8ea.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 07 dez. 2017.

PISARELLO, Gerardo; SURIANO, Ramón. *Entrevista a Luigi Ferrajoli*. ***Isonomía. Revista de Teoría e Filosofia del Derecho****. Mexico,* n. 9, pp. 187-192, 1998. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/entrevista-a-luigi-ferrajoli-0/. Acesso em: 07 dez. 2017.

REISS, Albert J. ***Policing a city's central district: the Oakland story***. *Research Report. National Institute of Justice: University of Michigan, march* 1985. Disponível em: http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015028421546;view=1up;seq=3. Acesso em: 15 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, pp. 60-122, mar./abr. mar./abr. 2004. ISSN: 1415-5400.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 86, p. 245-246, set./out. 2010.