

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
URI – CAMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

LETICIA CENI

O DIREITO PENAL DO INIMIGO
EM CONFRONTO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ERECHIM

2016

LETICIA CENI

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO
EM CONFRONTO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado ao Curso de Direito,
Departamento de Ciências Jurídicas e
Sociais Aplicadas da Universidade Regional
Integrada do Alto Uruguai e das Missões –
Campus de Erechim.

Orientadora: Me. Diana Casarin Zanatta.

ERECHIM

2016

Aos meus pais que, nem sequer por um momento, deixaram de acreditar em mim.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, indispensável o agradecimento a Deus, por ter me dado uma família maravilhosa que me acompanhou nessa difícil e árdua trajetória, sempre me aconselhando e guiando meus passos.

Aos meus pais, Claudio e Vani, meu irmão Cassiano, meus maiores exemplos de força e coragem, que não mediram esforços para que eu chegasse até aqui, que sempre me apoiaram, me ajudaram e me incentivaram a seguir em frente em cada momento de dificuldade, assim como, me ensinaram os maiores valores de um ser humano, honestidade e humildade. É a eles que devo todo amor e gratidão, e a quem dedico essa conquista.

Ao meu namorado, que sempre esteve ao meu lado na busca por essa conquista, me mantendo firme quando as dificuldades pareciam não cessar.

Ao restante da minha família agradeço pela compreensão, pelo carinho e pelas orações que sempre me deram força para seguir nesse caminho.

Ainda, agradeço aos meus amigos, a extensão da minha família, aqueles que a vida colocou no meu caminho, que compartilharam comigo os momentos de alegria, de tristeza, de sofrimento e de angústia, e que de um jeito ou de outro, se fizeram presentes sempre que precisei. Vocês estarão sempre no meu coração.

Agradeço também à URI – Erechim e a todo corpo docente do curso de Direito, pela troca de conhecimentos e experiências que me proporcionaram. Em especial à minha orientadora Diana Casarin Zanatta, a quem eu muito admiro, exemplo de mulher e de profissional, que, mesmo com sua rotina exaustiva, se fez presente em todos os momentos, repassando seu conhecimento, indicando o melhor caminho e me auxiliando em todas as dúvidas.

A todos o meu muito obrigada.

*Abra seus braços para as mudanças, mas
não abra mão de seus valores.*

(Dalai Lama)

RESUMO

O presente trabalho estabelece uma abordagem acerca da atual crise do sistema punitivo, a ser atribuída à ineficácia do Direito Penal quando da aplicação da pena. A partir desse cenário, são elencadas algumas das alternativas para saná-la. Dentre elas, o Direito Penal Máximo, ou Direito Penal do Inimigo, criado por Günther Jakobs, que vem sendo tratado como uma expansão do Direito Penal, uma resposta às sociedades contemporâneas que clamam por um enrijecimento do sistema punitivo, frente às novas formas de criminalidade. O Direito Penal do Inimigo faz uma distinção entre cidadãos e inimigos, retirando desses últimos a condição de pessoa, e acreditando haver a necessidade da aplicação diferenciada do Direito Penal para os considerados inimigos, de acordo com a periculosidade do agente. O estudo é de extrema importância, uma vez que os métodos dessa chamada Terceira Velocidade do Direito Penal vêm causando muitas críticas quando analisados sob a ótica do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que, são incompatíveis com o que prega um estado garantista, acabando por afrontar garantias constitucionais conquistadas ao decorrer dos anos. Para atingir a finalidade do estudo, tratou-se, no primeiro capítulo, acerca do poder punitivo estatal e da crise por ele enfrentada atualmente. Em um segundo momento, foram abordadas as respostas doutrinárias à crise, chegando-se à expansão do direito penal pretendida quando do Direito Penal do Inimigo. Por fim, foram analisados os métodos desse Direito Penal Máximo, sob a ótica do Estado Democrático de Direito. A pesquisa utiliza o método indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Criminalidade. Direito Penal do Inimigo. Terceira Velocidade. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This study sets out an approach about the current punitive system crisis, be attributed to the ineffectiveness of the criminal law when applying the penalty. From this scenario, they are listed some of the alternatives to cure it. Among them the Criminal Law Maximum, or the Enemy Criminal Law created by Günther Jakobs, which has been treated as an expansion of criminal law, a response to contemporary societies calling for a tightening of the punitive system, in the face of new forms of crime. The Criminal Law of the Enemy makes a distinction between citizens and enemies, removing this last personhood, and believing there is a need for differentiated application of criminal law to those considered enemies, according to the dangerousness of the agent. The study is of utmost importance, since the methods of this so-called Third Speed criminal law have caused a lot of criticism when analyzed from the perspective of the democratic state, considering that are incompatible with that preaches a guarantees state, eventually affront to constitutional guarantees conquered over the years. To achieve the purpose of the study it was in the first chapter about the punitive power state and the crisis he faced today. In the second time, were dealt with the hypothetical responses to the crisis, even if the expansion of criminal law required when the Criminal Law of the Enemy. Finally, we analyzed the methods of criminal law maximum, from the perspective of the Democratic State of Law. The research uses the inductive method and technique of bibliographic research and documentary.

Keywords: Crime. Criminal Law of the Enemy. Third Speed. Democratic State.

SUMÁRIO

1	<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>8</u>
2	<u>O PODER PUNITIVO ESTATAL.....</u>	<u>9</u>
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER PUNITIVO.....	9
2.2	TEORIAS DA PENA.....	13
2.3	A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A CRISE DO SISTEMA PUNITIVO.....	18
3	<u>OS MOVIMENTOS PENHAIS COMO RESPOSTA À CRISE DO PODER PUNITIVO.....</u>	<u>22</u>
3.1	DIREITO PENAL MÍNIMO.....	22
3.2	ABOLICIONISMO PENAL.....	26
3.3	DIREITO PENAL MÁXIMO: DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	30
4	<u>ANÁLISE DOS MÉTODOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</u>	<u>37</u>
4.1	O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	37
4.2	DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL.....	42
4.3	CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO – INEFICÁCIA DE SEUS MÉTODOS NO COMBATE A CRIMINALIDADE.....	48
5	<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>53</u>
	<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>54</u>

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo, desenvolvido por Günther Jakobs em 1985, na Alemanha, surgiu como uma resposta às novas formas de criminalidade decorrentes da transformação social. A Teoria do Inimigo compõe a Terceira Velocidade do Direito Penal, a qual faz uma distinção de tratamento entre aqueles considerados cidadãos e os considerados inimigos da sociedade. Estes últimos, vistos como ameaças ao Estado, delinquentes permanentes e, portanto, não merecedores das mesmas garantias.

Os métodos do Direito Penal do Inimigo visam neutralizar ameaças, punindo o agente não pelo ato cometido, culpabilidade, mas por suas características pessoais, sua personalidade. Ou seja, pelos riscos que oferece ao Estado e à sociedade.

O que se pode observar é que essa terceira velocidade está cada dia mais evidente. Isso porque a sociedade insatisfeita e insegura vê no Direito Penal a única forma de resolver os problemas sociais. Entretanto, existe uma grande resistência por parte de muitos doutrinadores e aplicadores do direito acerca dessa expansão do Direito Penal, pois acreditam que implica em um retrocesso no que diz respeito às garantias conquistadas até então.

Diante disso é que se faz imprescindível o presente estudo, a fim de se analisar a evolução do poder punitivo estatal e a ineficácia quando da aplicação da pena, o que vem ocasionando uma crise no sistema punitivo. A partir dessa problemática, passa-se a tratar dos movimentos penais de resposta à crise, dentre eles o Direito Penal Mínimo, o Abolicionismo Penal e, por fim, contrapondo ambos ao Direito Penal do Inimigo, denominado Terceira Velocidade do Direito Penal, sendo que, desse último foram analisados os seus métodos e a possibilidade de aplicação quando de um modelo de Estado Democrático, além das críticas acerca desse Direito Penal de Exceção.

Para tanto, o trabalho foi desenvolvido através do método indutivo, por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental.

2 O PODER PUNITIVO ESTATAL

A obrigação de regulamentação de comportamentos e condutas, bem como a repressão e punição de ações que pudessem colocar em risco a ordem social, surgiu juntamente com a sociedade e as relações interpessoais, a fim de permitir o entendimento social e garantir condições básicas de existência, segurança e desenvolvimento.

O que se debateu durante muito tempo foi a quem pertencia o direito de punir. Enfim, muito embora hoje o Estado seja o titular exclusivo do *ius puniendi*, nem sempre essa faculdade/obrigação permaneceu sob sua responsabilidade, bastando que se estabeleça um retrospecto histórico, para se verificar que o processo foi um tanto quanto duradouro.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER PUNITIVO

A ânsia demonstrada pelo ser humano por punição sempre permaneceu presente, desde a humanidade primitiva, uma vez que faz parte do próprio instinto humano contestar o mal sofrido e garantir a sua sobrevivência e de seus próximos. Segundo Beccaria (1999, p. 25) “basta que se consulte, pois, o coração humano e se achará nele os princípios fundamentais do direito de punir”.

Acerca da punição na humanidade primitiva, assegura Carrara (2002, p. 51):

[...] os homens primitivos foram levados, pelo sentimento de vingança, a infligir um mal a quem o houvesse causado a outrem, muito antes que os cálculos da razão demonstrassem convir isso à Justiça e ser indispensável à tutela dos direitos humanos.

Deste modo, qualquer ação que pudesse colocar em risco a existência do conjunto era sufocada, sem qualquer premissa de justiça, pela própria vítima ou seus familiares, haja vista que inexistia, à época uma entidade responsável pela

conservação e preservação do bem-estar comum, tampouco pelo exercício da punição.

A punição era desproporcional e discricionária, pois decorria de um sentimento inato de vingança privada, já que se dava ao livre arbítrio do ofendido, sendo considerado um direito exclusivo deste e de sua família (CARRARA, 2002).

Em seguida, a vingança originalmente privada foi substituída pela vingança divina, em consequência do processo civilizatório do homem com influência da religião. Deste modo, a regulamentação do direito de punir foi transferida aos sacerdotes.

Para Carrara (2002, p. 52) tal pensamento, em seu nascedouro, foi benéfico haja vista que:

[...] aqueles homens, ferozes na sua altivez, e que consideravam como direito próprio a vingança, não se teriam submetido a resignar o suposto direito nas mãos de outros seres, a eles semelhantes. Foi fácil, ao invés, persuadi-los à abnegação de tal sentimento insinuando-lhes que a sua satisfação era um direito exclusivo de Deus.

Assim, verifica-se que, nesse período, a pena não era aplicada para saciar o desejo de vingança do ofendido ou do grupo em que estava inserido, mas tão somente para satisfazer um ser que estava acima dos demais. Um exemplo de legislação característica dessa fase foi o Código de Manu.

Contudo, ainda nessa fase, na visão de Bitencourt (2014, p. 36), as penas continuaram sendo severas e excessivas, pois, visavam à satisfação da divindade ofendida pelo crime:

A impregnação de sentido místico no Direito Penal ocorreu desde suas origens mais remotas, quando se concebia a repressão ou castigo do infrator como uma satisfação às divindades pela ofensa ocorrida no grupo social. Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso, por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação.

Assim, na vingança divina, como também ocorria na vingança privada, a pena nada mais era do que um revide à agressão sofrida, não havendo um progresso muito relevante no sentido de justiça.

Foi, no entanto, em razão desse excesso entre a agressão sofrida e a pena/castigo utilizada para revidar essa agressão, que se passou a pensar em mecanismos para adequar a reação do ofendido ao mal cometido. Surgiu então a Lei de Talião, constituindo, indubitavelmente, uma evolução na história do Direito Penal, conforme ensina Costa (2012, p. 54):

O jus talionis (direito de talião), não permitindo que o revide ultrapasse a medida da ofensa, constitui sem dúvida um progresso. A um olho arrancado, somente outro olho; a um dente, outro dente. O Código de Hamurabi e a Lei das XII Tábuas acolheram o princípio (grifo do autor).

Na mesma direção, Bitencourt (2014, p. 37) entende que a Lei de Talião “[...] foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal”.

Nos padrões de justiça atuais, pode ser considerada como desumana, mas a Lei de Talião foi fundamental para a evolução do Direito Penal, sendo, inclusive, consagrada posteriormente por várias legislações, haja vista que estabelecia um limite à pena a ser aplicada, até então inexistente.

Entretanto, em que pese o referido progresso, em contrapartida, o que ocorreu foi que, com o desenvolvimento da população e conseqüentemente o maior número de infratores, inúmeras pessoas tinham seus membros mutilados, tendo, inclusive, a perda de sentidos e funções, em virtude do Direito Talional (BITENCOURT, 2014).

Para corrigir esta problemática, como resposta a essa retaliação, nasce finalmente a possibilidade de composição, ou seja, a possibilidade de o infrator pagar para se esquivar do castigo. Nesse sentido, leciona Cernicchiaro (1972, p. 17):

A reparação dos danos decorrentes do delito – ainda que estabelecida

contratualmente pelas partes interessadas, o que conferia ao Direito Penal um cunho individualista – constituiu também uma forma de limitação da intensidade do ofendido e serviu para, paulatinamente, ser ultrapassada a fase primitiva das ideias e instituições penais. Ademais, deslocou a execução da pena do corpo do ofensor para um proveito econômico.

A composição, assim como a Lei de Talião, foi de tamanha importância, que veio a ser incluída pelo Código de Hamurabi e adotada, também, pelo Direito Germânico, sendo considerada a base da reparação no Direito Civil, bem como das penas pecuniárias no Direito Penal (BITENCOURT, 2014).

Com a evolução da civilização, bem como com uma melhor organização da sociedade, formou-se a ideia de Estado, o qual passou a ser o responsável pela manutenção da ordem social e consequentemente pelo poder/dever de punir, uma vez que, representava a coletividade.

Acerca dessa fase, pontua Cernicchiaro (1972, p. 14):

O período da vingança pública se caracteriza pela aplicação das sanções no interesse da sociedade. Surge com a criação do poder político distinto da vontade individual, ou de uma classe social. O direito penal supera, nesta época, a fase do interesse manifestado na Vingança Privada, e o fim da justiça não se volta para Deus, mas para a coletividade.

Nesse período, portanto, não era o particular, tampouco o sacerdote, o responsável pela aplicação da sanção, mas sim a autoridade pública, uma vez que partia-se do pressuposto de que o delito não era uma ofensa à vítima ou à divindade somente, mas sim à sociedade como um todo (CARRARA, 2002).

Muito embora a essência das sanções, em um primeiro momento, tenha permanecido dotada de severidade e crueldade, é inquestionável que foi um avanço em relação aos períodos anteriores, tendo em vista que o interesse coletivo passou a prevalecer sobre o interesse individual.

O poder de punir passou a ser titularidade exclusiva do Estado, cabendo somente a ele, dentro da limitação imposta pelo regime político adotado, julgar aqueles que violam o ordenamento jurídico, assim como, cominar as respectivas sanções (BENTHIEN, 2008).

Esse direito subjetivo varia a depender do modelo de Estado adotado, sendo, em alguns Estados, mais liberal e, em outros, mais restrito. Contudo, em qualquer dos casos, conforme preceitua Sabino Jr. (1965, p. 256), “o direito de punir é deferido ao Estado, por lei, e surge com a promulgação da norma penal”.

Deste modo, o direito de punir do Estado é vislumbrado quando da transgressão da lei penal. O Estado somente se manifesta quando provocado, utilizando-se do seu poder cogente para regular o convívio social.

Assim, da obrigação que o Estado tem de punir, decorre, por outro lado, uma consequência ao delinquente, qual seja, a de cumprir a pena imposta (SABINO JR., 1965).

A partir desse retrospecto, para que se compreenda a problemática proposta, há que se estabelecer uma abordagem a respeito das denominadas teorias da pena.

2.2 TEORIAS DA PENA

Inevitavelmente, o conceito de pena encontra-se fortemente relacionado ao de Estado, haja vista que é o modelo deste que a justifica. Entretanto, prevalece um entendimento genérico de que a pena se legitima pela sua necessidade, sendo um recurso à disposição do Estado para tornar possível a convivência em sociedade.

Nesse sentido, Sabino Jr. (1965, p. 254) disserta acerca do conceito de pena:

[...] é a pena uma atividade do estado destinada a castigar o infrator (sendo de natureza retributiva) e a prevenir a prática de novas violações penais (quando é de natureza preventiva). E isso se consegue por meio da ação penal. Alguns autores lhe atribuem a função de reprimir o mal causado pela infração, e a de corrigir o infrator, havendo, pois, uma relação de causa e efeito.

Na mesma linha, assevera Capez (2012, p. 358):

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a

retribuição punitiva ao delinquente, promovendo a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Ocorre que, de acordo com cada fase histórica, modelos de Estado e suas peculiaridades, era necessário buscar-se soluções para reprimir e evitar as condutas antijurídicas, o que é denominado pelos doutrinadores como teorias da pena.

Afinal, conforme aponta Silveira (2013, p. 30) “os fundamentos da pena encontram-se ligados às mudanças que ocorreram nas concepções de Estado, de sociedade e de Direito ao longo da História”.

Assim, em um primeiro momento, surge a teoria absoluta, a qual visava tão somente a punição do indivíduo infrator pelo fato cometido, sendo, portanto, detentora de um caráter meramente retributivo, na medida em que não almeja a prevenção de delitos futuros, mas apenas castigar aquele que transgrediu a norma.

Destarte, em que pese a pena ser aplicada pelo Estado, tem como mera finalidade punir a conduta em si, haja vista que decorre da ânsia da sociedade por justiça, mantendo, dessa forma, resquícios da punição como meio de legitimação da vingança.

Destacam-se como defensores dessa teoria, que têm origem no direito alemão, dois principais pensadores: Kant e Hegel, sendo que suas teorias são estudadas pelos mais diversos doutrinadores.

Acerca da Teoria de Kant, Bitencourt (2014, p. 138) sintetiza:

Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.

Por outro lado, na visão de Hegel a pena é justificada pela necessidade de restaurar a vigência da vontade da coletividade, ou seja, aquela prevista na norma e transgredida pelo infrator (BITENCOURT, 1999).

Mir Puig (1985 apud BITENCOURT, 1999, p.104) afirma que “se a ‘vontade geral’ é negada pela vontade do delinquente, ter-se-á que negar esta negação

através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral”.

Assim, conclui Bitencourt (2014) que, no entendimento de Hegel, a pena equivale ao delito cometido, mantendo-se de certa forma, a proporcionalidade prevista na Lei de Talião, no entanto:

Compreende que, na hora de determinar a natureza e medida da pena, seja difícil aplicar de modo literal o princípio da lei de talião, embora isso não elimine a justiça do princípio em relação à necessária identidade valorativa da lesão do Direito, por obra da vontade do delinquente, e da lesão da vontade do delinquente com a aplicação da pena (BITENCOURT, 2014, p. 139).

Dessa forma, o que se verifica na teoria absoluta é que ela não se preocupa com a ressocialização e demais aspectos sociais da pena, mas única e exclusivamente com a punição imediata, apropriada à agressão, estando por demais ultrapassada nos dias atuais.

Nesta senda, em contrapartida à teoria supramencionada, surgiu a teoria relativa da pena, visando não atribuir à pena uma função meramente retributiva, mas sim uma função de evitar a propagação de novos delitos.

Acerca desse aspecto de prevenção conferido à pena, por meio das teorias relativas, discorre Sabino Jr. (1965, p. 257) sobre as duas modalidades existentes:

[...] as teorias relativas consideram que a pena é a medida que tende a impedir o delito. Daí afirma-se que o punível é mero pressuposto e não fundamento da pena: *punitur non quia peccatum est, sed ne peccetur*. Essas teorias pretendem explicar a necessidade estatal e o modo de atuação da pena. Assim é que, pelas teorias preventivas gerais, a pena tem uma influência psicológica e inibidora da infração sobre a generalidade, por meio da intimidação; para as teorias preventivas especiais, a aplicação da pena visa impedir a infração por meio de influência sobre o apenado, atendendo à personalidade de cada infrator, e também da individualização (intimidação do delinquente ocasional, reeducação do delinquente suscetível de correção, tornar inócuo o incorrigível) (grifo do autor).

Isso posto, verifica-se que as teorias relativas têm como pressuposto essencial a manutenção da ordem social, por meio do ente Estatal, na medida em que este possui a prerrogativa de impor aos particulares deveres e obrigações que,

quando descumpridos, são passíveis de punição.

Dessa forma, três são os principais efeitos produzidos quando da aplicação de uma pena, cujo fundamento toma por base a prevenção. O primeiro deles é a aprendizagem do indivíduo infrator, possibilitando ao mesmo recordar as regras básicas do convívio em sociedade, bem como desmotivá-lo da prática de novos delitos. O segundo, por sua vez, é conquistar a confiança da sociedade, assim como intimidá-la, através da efetiva atuação do Direito. Por fim, o terceiro efeito implica na pacificação social, por meio da intervenção do Estado (PRADO, 2012).

Conclui-se, portanto, que as razões dessa teoria são basicamente constituídas na conveniência social.

Ocorre que a aplicação literal da teoria absoluta ou da relativa de forma isolada seria ineficaz para solucionar os conflitos sociais que interessam o Direito Penal, razão pela qual surge a Teoria Mista ou Unificadora da Pena, que é uma composição das duas teorias anteriormente mencionadas (BITENCOURT, 2014).

A Teoria Mista ou Unificadora da Pena dá à retribuição e à prevenção o mesmo grau de importância, buscando sanar as lacunas deixadas pelas demais teorias da pena.

Na opinião de Bitencourt (1999, p. 116):

Inicialmente estas teorias unificadoras limitaram-se a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, da pena, reproduzindo, assim, as insuficiências das concepções monistas da pena. Posteriormente, em uma segunda etapa, a atenção da doutrina jurídico-penal fixa-se na procura de outras construções que permitam unificar os fins preventivos gerais e especiais a partir dos diversos estágios da norma (cominação, aplicação e execução).

Em razão do exposto, é a teoria mais aceita pelos doutrinadores nos dias atuais, pois, se encontra em conformidade com o disposto no art. 59, *caput*, do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

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

prevenção do crime: [...] (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Como se pode observar, a teoria mista engloba as finalidades da pena previstas em ambas as teorias anteriormente mencionadas, quais sejam, a retribuição que implica ao transgressor da lei, a restrição de um direito; a prevenção que decorre da recuperação do agente e da intimidação da sociedade, quando da atuação da máquina estatal; e, por fim, a ressocialização, que significa atingir a consciência do criminoso, para que volte a conviver dentro das normas da sociedade.

Já em uma visão garantista acerca da pena, surge a teoria agnóstica, defendida por Zaffaroni, a qual é inovadora e objetiva o restabelecimento do Direito Penal com o escopo de garantir a mínima intervenção Estatal.

Na realidade, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011, p. 98) definem a teoria mencionada como sendo uma negativa às teorias anteriores, senão vejamos: “Não se transpõe esse atoleiro com uma nova teoria punitiva, mas sim apelando para uma teoria negativa ou agnóstica da pena”.

Fala-se isso porque a teoria agnóstica da pena tenta demonstrar que o discurso de ressocialização, correção, intimidação e prevenção, na prática, não é vislumbrado, não passando a pena de uma retaliação pelo mal praticado.

Nesse ponto, a teoria agnóstica teria aplicação para impedir o mal da vingança arbitrária pela vítima da agressão, garantindo que o infrator seja punido somente pelo Estado e que este, por sua vez, observe o princípio constitucional da mínima intervenção do Direito Penal.

Na mesma senda, leciona Vanin (2015, p. 3):

Impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou pelas forças solidárias a ela, e o excesso punitivo (de violência) do Estado é o escopo deste novo modelo de direito. A pena apresenta-se, por derradeiro, como instrumento político de negação da vingança, como limite ao poder punitivo, como o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência.

Assim, depreende-se que a teoria agnóstica da pena, mantém a legitimação

do Estado para aplicação da pena, no entanto, atenua ao máximo o *ius puniendi* do mesmo.

Diante disso, depreende-se que, muito embora as brilhantes criações doutrinárias acerca das funções da pena, vive-se, hoje, uma crise no sistema punitivo, pois, apesar de, na teoria, tudo funcionar perfeitamente, não é o que se vislumbra quando da prática, conforme se passa a demonstrar.

2.2 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A CRISE DO SISTEMA PUNITIVO

Com a sociedade contemporânea e o aumento da criminalidade, passou-se, também, a repensar o poder punitivo e sua real função, tendo os doutrinadores se preocupado cada vez mais com a finalidade da pena e funcionalidade do sistema penal.

Tal fato ocorre porque a nova realidade, surgida com a sociedade moderna, trouxe o aparecimento de novos riscos, bem como de novos bens jurídicos a serem tutelados, o que vem desestabilizando o controle do Estado, que não consegue mais dar efetividade ao seu sistema normativo, desencadeando uma verdadeira crise do poder punitivo estatal.

Ao centro dessa atual crise, segundo Fragoso (2003, p. 546), encontra-se a problemática acerca da determinação do papel da pena, uma vez que:

Parece claro que a justificação da pena se encontra na própria função do Estado, como tutor e mantenedor da ordem jurídica, destinada à consecução e à preservação do bem comum. Isso se faz através da proteção de certos estados valiosos, que são os bens jurídicos, que o Estado busca preservar através da ameaça penal.

O que se vislumbra nesse cenário atual é um enfraquecimento do Direito Penal, uma vez que há um excesso de leis penais para preservar os bens jurídicos, mas, em contrapartida, a ineficácia do sistema em atribuir à pena, a finalidade para a qual foi criada, bem como descumprir sua real função, como mantenedor da ordem pública.

Ainda nesse sentido, Fragoso (2003, p. 546) assevera que o Direito Penal atual:

[...] sofreu um impacto criminológico devastador da criminologia da reação social, que submeteu a análise o próprio sistema da justiça punitiva. A criminologia clássica buscava uma explicação causal do delito, tarefa na qual não logrou resultados. Tinha seu objeto determinado pelo Direito Penal, que deveria indicar o que se entende por crime. Com base nisso, tentava-se realizar a análise causal explicativa do crime. Em nosso tempo as coisas mudaram muito, porque o próprio sistema punitivo é submetido à análise crítica. Indaga-se que a função desempenha verdadeiramente o direito punitivo, como técnica de controle social e, em que medida serve aos interesses e preconceitos dos que têm o poder de fazer as normas. Indaga-se, sobretudo, como funciona realmente o sistema repressivo do Estado. Pergunta-se até que ponto o Direito Penal corresponde à defesa de valores de validade geral, nunca sociedade pluralística e democrática; até que ponto o próprio Direito Penal aparece como rotulador de condutas delituosas, cumprindo assim uma função ideológica, e até que ponto a formulação ideal corresponde à realidade do aparato policial-judiciário repressivo.

Diante do exposto, o que se verifica é que a crise decorre da discrepância notória entre o discurso pregado pelo Estado e a eficácia das medidas por ele adotadas frente a essas novas problemáticas sociais, o que faz com que se discuta a própria funcionalidade desse direito penal subjetivo conferido ao Estado.

Tiburtino (2009, p. 7) aponta que essa crise vivenciada apresenta-se como:

[...] ruptura, corte, desequilíbrio com o modelo ideal proposto de sistema penal. Aquilo que nos servia de exemplo a seguir, sofre um desligamento da realidade vivida. Não há como tomar por modelo, ideias que se têm mostrado insuficientes para lidar com o surgimento de novas situações. Assim os elementos essenciais ligados ao conceito de crise são as ideias de ruptura e de desequilíbrio. Ruptura significa corte, divisão, rompimento. É a quebra, o abandono de algo, especialmente de ideias que deverão ser substituídas por outras e dando, portanto, surgimento ao novo. Por outro lado, desequilíbrio é instabilidade, perda do controle que leva à insegurança, à incerteza. É o sentimento de que alguma coisa precisa ser feita para restaurar, ou, para implantar o equilíbrio, a segurança, a certeza, a crença.

A realidade hoje vivenciada encontra-se bem distante da brilhante criação jurídica e doutrinária que rege o sistema punitivo, haja vista que o Direito Penal não

cumpra sua finalidade de controle social e proteção de bens jurídicos, mantendo meramente uma função simbólica, ou seja, dando à sociedade uma falsa ideia de proteção. Assim, entende Bianchini (2013, p. 5) que, na crise vivenciada, “é o próprio Direito Penal que está sendo colocado à prova, sob o aspecto, principalmente, de sua autêntica utilidade social”.

Acerca dessa problemática, Sánchez (2011, p. 14) afirma:

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva).

Destarte, o que se discute é a incompetência do sistema penal, que não consegue cumprir as funções básicas para as quais se propõe, o que implica, segundo os doutrinadores, na sua deslegitimação.

Andrade (2006, p. 170) compara a deslegitimação do sistema punitivo a uma nudez:

A deslegitimação, explicitada na teoria e na prática (observação empírica), constitui, antes de mais nada, a radical demonstração de que o sistema penal está nu, pelo desvelamento de suas múltiplas incapacidades; ela explicita a inteira nudez do sistema penal e particularmente da prisão, reduzida que está a espaço de neutralização e de extermínio indireto. Entender a deslegitimação é entender que o sistema penal está nu, que todas as máscaras caíram e que ele agora exerce, abertamente, sua função real [...]

A busca incansável do Direito Penal para abranger todos os fatores de riscos advindos com a globalização acaba por afastá-lo de princípios basilares, tornando-o falho. Segundo Masi (2014, p. 272), “a exclusiva proteção de bens jurídicos, a taxatividade, a lesividade e a culpabilidade são usualmente mitigados em nome de um esforço para corresponder às expectativas sociais de contenção de riscos”.

O grande desafio é justamente esse, tendo em vista que o Direito Penal não

pode permanecer inerte frente à criminalidade advinda com a modernidade e simplesmente ignorar as novas demandas, contudo, também não pode simplesmente se expandir ao ponto de extrapolar os limites constitucionais que o regem, sob pena de se incorrer em um retrocesso ao direito penal primitivo.

No que tange a essa dificuldade encontrada pelo Direito Penal, assevera Cavalcanti (2011, p. 1):

O Direito como mecanismo científico de controle social inserido no compasso de evolução das ciências sociais, não consegue regulamentar determinadas matérias sem subverter seus próprios padrões evolutivos. Esta é uma das razões ou senão a principal razão pela qual é tão difícil preservar as garantias de princípios formulados ao longo da evolução do Direito e conseguir concomitantemente alcançar a regulamentação jurídica de temas oriundos da moderna sociedade tecnológica.

Em razão disso, há uma incerteza e insegurança frente a este período de adequação, novas discussões e concepções acerca da área de incidência do Direito Penal e os rumos que este deve tomar, conforme explica Mais (2014, p. 15):

Para a dúvida entre cientistas e operadores do Direito sobre se o Direito Penal deve adaptar seus instrumentos jurídicos e garantias ao moderno desenvolvimento técnico ou se devemos buscar outros instrumentos jurídicos que possam melhor responder a este panorama do Direito Penal. Contrapõem-se teses que, antagonicamente, ou pretendem legitimar a intervenção penal em novos âmbitos da atividade social ou intentam reduzir sua ingerência ao tradicional e inafastável núcleo antropológico do Direito Penal clássico.

O que se verifica, portanto, é que essa crise do sistema punitivo está desencadeando novas propostas para o Direito Penal. Propostas estas que visam solucionar a criminalidade moderna, mas que devem ser analisadas detalhadamente, para que não sejam insuficientes a ponto de não garantir a segurança da sociedade, tampouco que venham a suprimir garantias conquistadas ao longo dos anos.

3 OS MOVIMENTOS PENAIS COMO RESPOSTA À CRISE DO PODER PUNITIVO

Conforme exposto anteriormente, o Direito Penal, ao longo dos anos, vêm enfrentando uma crise de legitimação, uma vez que identificada a ineficácia do poder punitivo quando da aplicação da pena. Em razão disso, surgem movimentos de política criminal que buscam combater a criminalidade na sociedade de riscos, os quais se passa a abordar a seguir.

3.1 DIREITO PENAL MÍNIMO

Dentre os movimentos mencionados, encontra-se o chamado Minimalismo Penal, proposto e defendido por Luigi Ferrajoli (2006) e Alessandro Baratta (2002), o qual pressupõe a atuação mínima do Direito Penal, mantendo-o como *ultima ratio*, ou seja, o Direito Penal só deve ser aplicado quando esgotadas todas as outras formas de controle social.

Para essa corrente, é indispensável que haja formas alternativas de solucionar os problemas menos relevantes, se penalizar algumas condutas menos graves, evitando que estas cheguem à instância penal (PALADINO, 2009).

Magalhães e Pereira (2009, p. 11) sustentam que o Direito Penal, de acordo com a corrente minimalista, passa a ter um caráter subsidiário, não perdendo, no entanto, a rigidez da punição:

Sendo assim, o Direito Penal, de acordo com a referida corrente, passa a ser um sistema de caráter subsidiário – pois só terá incidência quando falharem os outros meios de controle social – e fragmentário – pois passa a se ocupar, tão somente, das mais graves lesões aos bens jurídicos mais importantes à sociedade. Vale ressaltar que o Direito Penal mínimo não proíbe uma aplicação rígida do direito. Pelo contrário, a aplicação deve ser rígida, mas, ao mesmo tempo, racional.

O Direito Penal Mínimo, portanto, é um Direito Penal garantista, que defende

a readequação do sistema punitivo de acordo com os princípios constitucionais, bem como a redução de sua atuação, a fim de que seja utilizado de maneira racional e não apenas como um instrumento de retribuição ao mal cometido.

Corroborando com o exposto, Ferrajoli (2006, p. 102) disserta acerca da racionalidade quando da aplicação da norma penal, tão almejada pelo minimalismo penal:

[...] o direito penal mínimo, que dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza.

Essa racionalidade tão tratada pelo Minimalismo Penal busca, justamente, coibir a atuação exacerbada do Direito Penal, que viola garantias fundamentais da pessoa humana. A medida encontrada pelos abolicionistas como resposta à crise de legitimidade do sistema punitivo é estimular a utilização e criação de mecanismos mais brandos de controle social, que respeitem os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, pois são eles os parâmetros para aplicação de uma pena justa e suficiente.

O Minimalismo Penal, portanto, visa contrapor a atual situação de banalização do Direito Penal, que pune toda e qualquer conduta, atraindo para si, através de inúmeras leis, a responsabilidade de intervir nas mais diversas situações, afrontando o princípio da intervenção mínima, abaixo conceituado:

O Direito Penal mínimo ou princípio da intervenção mínima propõe ao ordenamento jurídico penal uma redução dos mecanismos punitivos do Estado ao mínimo necessário. Assim, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos (TORRES, 2015, p. 2).

Verifica-se que o Direito Penal é uma ferramenta de exceção, só devendo ser utilizado quando não surtirem efeitos as demais alternativas para o controle social, caso contrário se terá o livre arbítrio do legislador e a criação de normas penais

injustas (AZEVEDO, 2012).

Inclusive, segundo Fragoso (2003, p. 24), a política criminal pautada na atuação máxima do Direito Penal, não se relaciona com os ideais de uma política criminal moderna:

Uma política criminal moderna, em consequência orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas antissociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais.

O que se depreende, portanto, é que o Direito Penal Mínimo preza pelos direitos individuais do cidadão, sendo esse o parâmetro para aplicação da pena. Ou seja, não retira do Estado o direito que lhe é conferido de punir, mas limita o mesmo, fazendo com que, havendo outras possibilidades eficazes e menos severas de se punir, estas sejam utilizadas.

Segundo Baratta (2002), a ideia é reduzir ao máximo a área de incidência do Direito Penal, legitimando a atuação do Estado somente nos limites necessários para assegurar a ordem pública e em se tratando de bens de relevante valor social.

Deste modo, na visão minimalista, a privação da liberdade do indivíduo deve ser a última alternativa, quando esgotadas todas as demais e quando, incontestavelmente, necessária.

Nesse sentido, é a lição de Silva (2007 apud MACHADO, 2008):

Em outras palavras, a prisão somente deve ser aplicada para se evitar um mal maior para a sociedade, em decorrência da sua falência (alto custo, ineficácia e injustiça); bem como, a conhecida seletividade do sistema penal deve ser combatida pelas garantias individuais. Em resumo, o direito penal mínimo, reconhecendo certa utilidade social no controle penal, aponta para a descriminalização (abolição de vários tipos penais, tendo como critério a fragmentariedade e subsidiariedade), despenalização (criação de vias alternativas que solucionam o conflito penal sem aplicação de pena) e desinstitucionalização (diversificação da resposta penal, transferindo o conflito para os sujeitos envolvidos).

Caso contrariado o exposto, se terá um direito repressivo e selecionador, que

servirá unicamente para corromper indivíduos, bem como para oprimir determinadas classes (BARATTA, 2002).

Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 80) também defendem a intervenção mínima, pois acreditam que a aplicação de uma pena severa, de forma irracional, quando existentes outras medidas que poderiam ser adotadas alternativamente, resulta no aumento da violência:

Se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto jushumanista a que continuamente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os feitos gravíssimos que a agressão produz mediante injusto jushumanista, o que resulta num suicídio.

Afinal, indubitavelmente a atuação irracional do Direito Penal, acarreta a relativização de um dos direitos mais importantes do ser humano, qual seja a liberdade. Direito este que, não pode ser tratado com tamanha irresponsabilidade e descaso pelo ente público, mais ainda se analisadas as condições do sistema carcerário atual, conforme preceitua Callegari (1998, p. 478):

Haja vista que o Direito Penal lida com o bem jurídico liberdade, um dos mais importantes dentre todos, nada mais lógico do que esse ramo do Direito obrigar-se a dispor das máximas garantias individuais. E mais, conhecendo o nosso sistema carcerário, fica claro que só formalmente a atuação do Direito Penal restringe-se à privação da liberdade. Na prática, a sua ação vai mais além, afetando, muitíssimas vezes, outros bens jurídicos de extrema importância, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, verbi gratia; uma vez que no atual sistema prisional são frequentes as ocorrências de homicídios, atentados violentos ao pudor, agressões e diversos outros crimes entre os que ali convivem.

Igualmente, diante da falha do Estado quando da aplicação da pena, Baratta (1993, p. 52) explica que, na situação atual, a pena nada mais é do que uma “violência institucional que cumpre a função de um instrumento de reprovação da violência estrutural”.

Deste modo, o que se verifica é que a aplicação de uma pena mais severa,

como meio de controle social, não tem a eficácia que se espera. Muito pelo contrário, acaba por ter um efeito oposto, haja vista que, na maioria das vezes, a pena aplicada é desproporcional ao ato infracional cometido, causando uma série de outros problemas sociais, como os que vêm ocorrendo.

Em razão dessa problemática, Santos (2005, p. 1) sustenta que: “o sistema penal precisa ser reduzido. Não precisamos de um Direito Penal melhor, precisamos de qualquer coisa melhor que o Direito Penal”.

Assim, partindo da premissa que o atual sistema punitivo é tão somente um causador de sofrimento desnecessário, nasce também uma proposta de extingui-lo por completo.

3.2 ABOLICIONISMO PENAL

Diante ineficácia do poder punitivo, bem como, dos prejuízos dele decorrentes, em meados do Século XX, ganha força um movimento mais radical, que defende o Abolicionismo Penal, ou seja, o aniquilamento do sistema penal, acreditando que, comprovada sua ineficiência, não há razão para existir.

Acerca do objetivo dos abolicionistas, lecionam Buttelli e Ávila (2015, p. 9), *in verbis*:

[...] os abolicionistas buscam desconstruir, sem qualquer pretensão revisionista, toda e qualquer postura que pretenda a discussão do sistema penal a partir da lógica jurídico-penal. Dessa radical cisão não escapam sequer os minimalistas, qualificados pejorativamente enquanto “justificadores” ou “reformadores” do sistema penal.

Para os doutrinadores que defendem essa teoria, é inútil que se repense e se modifique o sistema penal, pois acreditam que ele é desnecessário, razão pela qual a solução para atual crise de legitimidade encontra-se na sua eliminação.

Ademais, os abolicionistas desacreditam que a modificação ou ampliação do sistema punitivo seja uma saída, pois entendem que o Direito Penal não dá e jamais dará conta de punir todos os atos infracionais, ou seja, a tipificação de novas

condutas é inútil.

Posto isso, frisa-se que esse movimento é defendido basicamente por três autores: Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen, sendo que cada um deles apresenta uma proposta distinta acerca do abolicionismo.

Entretanto, o núcleo central da proposta abolicionista em qualquer das vertentes é a desconstituição do sistema penal e abolição da pena, a fim de se evitar a violação as garantias fundamentais, a distinção de classes e a propagação de violência, razão pela qual não podem ser analisadas de forma isolada.

Primeiramente, parte-se do entendimento do precursor da teoria. Para Hulsman, as razões para a abolição do sistema penal encontram-se no próprio sistema, que não consegue cumprir sua finalidade, vindo a criar mais problemas do que aqueles que deveria resolver, sendo, portanto, considerado um “mal social”:

É preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que, de maneira incontrolada e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, 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 problemas que ele pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 91).

Hulsman adota, portanto, a visão mais enérgica dentre as vertentes abolicionistas, pois defende a abolição integral do sistema penal, retirando do Estado toda e qualquer possibilidade de agir frente aos delitos praticados. (SÁ; MATOS; OLIVEIRA, 2013). O doutrinador sustenta sua proposta, pelo fato de não encontrar qualquer aspecto positivo no sistema penal, acreditando, assim, que outras instâncias poderiam melhor substituí-lo.

Compartilhando do entendimento, cita-se Passeti e Silva (2007 apud MACHADO, 2008, p. 20):

A teoria do abolicionismo penal sintoniza-se com o presente, evitando dicotomias e discriminações, mas, principalmente, procura mostrar que a sociedade sem o sistema penal já existe. As pessoas, no cotidiano, encontram soluções pacíficas para os acontecimentos, principalmente

através de mecanismos conciliatórios e compensatórios, que dispensam qualquer intermediação do sistema penal. Mesmo com os dispositivos de segurança, há um limite estritamente violento que é inatingível ao sistema penal. Os mais conhecidos, também incluídos no que se convencionou chamar de "cifra negra", são: os homicídios entre quadrilhas nas ruas, entre prisioneiros nos cárceres, as violências cometidas pela polícia contra o alegado cidadão suspeito, a prática da tortura, os vínculos entre a polícia e o narcotráfico.

Depreende-se do exposto que o entendimento de Hulsman, assim como de outros doutrinadores que acreditam na abolição total do sistema punitivo, encontra amparo no próprio instinto humano de solucionar seus problemas, sem que, para tanto, haja a necessidade de um sistema punitivo, controlador de condutas.

Assim, para essa vertente que é basicamente o escopo das demais, manter um sistema penal falho, que não consegue cumprir suas finalidades básicas, só acarreta prejuízos à sociedade, sendo preferível que ele inexista.

Em razão disso, o abolicionismo visa deslegitimar a atuação do Estado, extinguindo o sistema punitivo e fortalecendo outras medidas de solução de conflitos, conforme explicam Mongruel, Herrera e Chagas (2015, p.10): “A proposta abolicionista considera que como resposta ao sistema penal pode ser realizada por mecanismos conciliatórios, dispensando uma instância formal do Estado”.

Ainda, Silva (2002, p. 1) explica o abolicionismo como sendo uma teoria utópica diferenciada, pois:

[...] não declara a crença de que os conflitos sociais irão desaparecer com a abolição do sistema penal, pelo contrário, reconhece a manutenção de tais conflitos. No entanto, postula pela abolição do sistema penal por entender – e demonstrar – que este serve apenas como instrumento de falsa resolução dos conflitos sociais.

Fala-se em falsa resolução de conflitos, pois a aplicação da pena é vista pelos abolicionistas como um sofrimento desnecessário, que tem servido tão somente para ampliar os índices de violência, bem como, para impor um tratamento desigual entre os cidadãos, uma vez que aplicada apenas para os grupos menos favorecidos da população (FERREIRA, 2013).

Não obstante, Hulsman e Celis (1993, p. 161) criticam a justiça criminal, sob

os seguintes argumentos:

A “criminalização” é injusta na medida em que, pela sua estrutura, nega as existências variáveis na vida social e os diferentes significados então produzidos, e porque é incapaz de percebê-los e combatê-los. Também é injusta – nestes termos – porque não se pode lidar igualmente com criminosos e vítimas: a maioria deles nem sequer aparece diante da justiça penal (cifra negra); em regra, eles são tratados em outro lugar e de uma forma que não é sequer conhecida pela justiça criminal.

Diante dessa problemática é que se fortalece a ideia de abolição do sistema penal e uma nova concepção de justiça criminal, uma justiça mais próxima da sociedade e da realidade, onde os próprios envolvidos possam participar ativamente da solução de conflitos, tornando-a não somente uma forma de repreensão do ato infracional.

Buttelli e Ávila (2015, p. 8) explicam que essa seria a solução mais plausível para se repreender de forma eficaz os atos infracionais cometidos e evitar a sua reincidência:

[...] os abolicionistas veem na estrutura das justiças civil e administrativa alternativas para o florescimento de uma alteridade (v.g. aproximação entre eu “vitimizado” e outro “criminalizado”) que permitiria à vítima à ao acusado a realização de um diálogo salutar e construtivo, um encontro cara-a-cara, oportunidade em que o infrator poderia compreender as contradições sociais que o conduziram a prática de uma reação lesiva, individual e egoística, bem como a vítima observar a condição de miserabilidade socioeconômica que oprime e que serve de impulso ao cometimento do desvio.

Contudo, Mathiesen vai além, pois, entende que, não basta apenas a abolição do sistema penal, mas sim de toda e qualquer forma de repressão presente na sociedade (ZAFFARONI, 1991). Ou seja, é inútil que se elimine o sistema punitivo, sob o argumento de que ele é causador de um sofrimento desnecessário e propagador de violência e, por outro lado, se legitime outras formas de punir advindas da sociedade.

Nils Christie, por sua vez, também acredita que a participação da vítima e do

infrator na solução problema é uma forma de se reduzir diferenças, sendo o modelo ideal de justiça solidária, conforme explicam Buttelli e Ávila (2015, p. 10):

Nils Christie foi responsável por imaginar uma interessante perspectiva alternativa ao direito penal, a saber, uma justiça solidária, oportunidade na qual a vítima, despida da condição passiva de mera espectadora, se converte em produtora e não mera consumidora das soluções do seu próprio conflito. Com efeito, um método inovador que obriga os envolvidos a escutar ao invés de usar a força, a acordar ao invés de dar ordens, incentivando-os a fazer o bem ao invés do mal.

Entende-se que somente assim se terá uma forma de punição justa, adequada e humanizada, embasada nas especificidades de cada caso e de cada indivíduo, de acordo com o belo discurso penal que, até então, não foi posto em prática.

Diante disso, pode-se concluir que a teoria abolicionista visa estimular os valores presentes na própria sociedade, de sociabilidade, solidariedade e cooperação, evitando o sofrimento e as desigualdades causadas quando da atuação do Estado (CIPULO, 2014).

Ocorre que, esses não são os únicos movimentos de resposta à atual crise do sistema punitivo, muito pelo contrário, outros doutrinadores defendem totalmente o oposto do que prega o minimalismo e o abolicionismo penal, acreditando que somente um direito penal máximo, rígido e positivado pode resolver os problemas da sociedade moderna.

3.3 DIREITO PENAL MÁXIMO: DIREITO PENAL DO INIMIGO

Contrapondo a essência das teorias anteriormente abordadas, qual seja, a contração do Direito Penal, ou até mesmo a extinção do sistema punitivo, nasce outra vertente, denominada de Direito Penal Máximo.

Essa corrente também é uma consequência dos reflexos da globalização no Direito Penal e das novas formas de criminalidade com ela advindas. No entanto, o Direito Penal Máximo pressupõe uma maior e mais rígida atuação do Estado,

através da criação de novos tipos penais, aumento das penas e restrições de garantias fundamentais.

Foi com o Movimento Lei e Ordem, ocorrido nos Estados Unidos, na década de 1970, que essa política criminal apareceu pela primeira vez, justamente com intuito de conter a criminalidade. Contudo, com o passar dos anos, foi ganhando força através de outras teorias que defendem a expansão do Direito Penal, sendo que, em 1985, Günther Jakobs desenvolveu, na Alemanha, o chamado Direito Penal do Inimigo, o qual veio a se intensificar a partir de 1999 e, mais ainda, após 2001, quando do ataque terrorista norte-americano.

Essa teoria está relacionada com a ampliação do Direito Penal, decorrente do clamor da própria população, que busca por mais segurança diante da ineficiência das políticas públicas, ou seja, a desordem do Estado é que vem proporcionando a abertura desses novos caminhos (CALLEGARI; MOTTA, 2008).

Para o autor da teoria, Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se justifica, uma vez que tem o intuito de atender as finalidades do Direito Penal disseminadas pelos discursos jurídicos. Nesse sentido:

[...] se caracteriza por caminhar junto a uma concepção dos fins do Direito Penal no sentido do que é chamado de Funcionalismo Sistemático que visaria garantir especialmente a integridade do ordenamento jurídico, tendo por fim o restabelecimento da ordem jurídica violada pelo delito, atuando através da retribuição penal. Sobre esta concepção, segundo o Jusfilósofo “o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade (JAKOBS, 2003 apud BENTO, 2013, p. 6).

Trata-se de um Direito Penal de exceção, que prevê a aplicação desigual das leis, tendo em vista que faz uma distinção entre cidadãos e inimigos do Estado e considera que estes últimos não merecem as mesmas garantias.

Para Jakobs e Meliá (2009), cidadãos são aqueles que têm condição de pessoa, oferecendo uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal. Diferente dos inimigos que, por sua vez, têm negada sua condição de pessoa, por não se adequarem aos ditames sociais.

Acerca do conceito de inimigo, descreve Sánchez (2002, p. 149):

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

Para a referida teoria, os inimigos são aqueles que se afastam de forma permanente do Direito, sendo considerados delinquentes de alta periculosidade e, portanto, não merecedores das mesmas garantias penais, processuais e constitucionais (CALLEGARI; DUTRA, 2007).

Jakobs e Meliá (2009, p. 42) entendem que o Estado pode proceder de duas maneiras frente aos delinquentes, quais sejam: “vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico mediante coação”.

Não obstante, Bento (2013, p. 7) discorre acerca desse tratamento diferenciado entre cidadãos e inimigos, como sendo duas tendências opostas, afinal, enquanto que o cidadão merece que sejam respeitadas as garantias constitucionais e legais, o inimigo, por sua vez deve ser tratado como uma ameaça:

Jakobs contrapõe duas tendências opostas no Direito Penal, as quais convivem no mesmo plano jurídico, embora sem uma distinção absolutamente pura: o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão. Ao primeiro, cumpre a tarefa de garantir a vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade (prevenção geral positiva). Ao outro, cabe a missão de eliminar perigos.

Conclui-se, portanto, que existem indivíduos que, ainda que tenham, em alguma oportunidade, violado a lei, são passíveis de retomar o *status* de cidadão e viver de acordo com as normas do Estado; já outros delinquentes, que estão determinados a viver na criminalidade, razão pela qual, jamais vão se adequar as normas. Cabe, assim, ao Estado identificá-los e proceder com a aplicação da lei de acordo com as características pessoais desses indivíduos.

Godinho Ju. e Salomão Neto (2014, p. 313) exemplificam quem seriam os

inimigos referidos por Jakobs, *in verbis*:

[...] podemos exemplificar os inimigos como criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas, na qual não se sujeitam às normas e conseqüentemente não podem ser detentores dos benefícios atinentes à „pessoa“; não são sujeitos de direitos, são objetos; não se sujeitam a um procedimento penal legal, mas a um procedimento de guerra; a eles não são impostas penas, mas sim castigos.

Por se tratarem de indivíduos extremamente perigosos que colocam em risco a própria funcionalidade do Estado, Jakobs e Meliá (2009, p. 138) justificam a aplicação desse tratamento diferenciado, por entender que:

[...] aquele que pretende ser tratado como pessoa deve dar em troca uma garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Se não existir essa garantia ou se ela for expressamente negada, o direito penal passa a ser uma reação da sociedade ante o ato de um de seus membros para ser uma reação contra um inimigo. Isso há de implicar que tudo está permitido, a incluir uma ação desmedida; ou melhor, é possível que ao inimigo seja reconhecida uma personalidade potencial, de tal modo que na luta contra ele não se pode ir além do necessário.

Pelo exposto, indubitavelmente ao se tratar de Direito Penal do Inimigo está se falando em direito penal do Autor, haja vista que, a punição não leva em consideração o fato cometido, mas sim o grau de periculosidade do agente, conforme prelecionam Cremasco e Sanches (2007, p. 5):

[...] ao inimigo não se oferece esta garantia, devendo ser condenado por sua periculosidade e não conforme sua culpabilidade. A punibilidade aqui é vista pelo âmbito interno do indivíduo, e a pena é proporcionada consonante a segurança e de acordo com os atos a serem praticados pelo agente, caracterizando desta forma, o direito penal do inimigo como um direito penal do autor.

Na mesma senda, assevera Capez (2005, p. 115):

[...] a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida.

Enquanto o Direito Penal do cidadão encontra respaldo no garantismo penal e nos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o agente só será punido pelo fato cometido, o Direito Penal do Inimigo, conforme demonstrado, possui mecanismo oposto.

O Direito Penal a ser aplicado ao inimigo, de acordo com o entendimento de Jakobs e Meliá (2009, p. 90), está pautado em três pressupostos, quais sejam, o adiantamento da punibilidade, a aplicação de penas desproporcionalmente altas e, por fim, a relativização ou até mesmo supressão de garantias processuais:

[...] em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Em virtude disso, Sánchez (2011, p. 159) considera que o Direito Penal no Inimigo é uma terceira velocidade do Direito Penal, por entender que ele encontra características das outras duas velocidades, quais sejam a Pena Privativa de Liberdade e a Restritiva de Direito, visto que:

[...] utiliza-se da pena privativa de liberdade, como o faz o direito penal de primeira velocidade, mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais, o que ocorre no âmbito do direito penal de segunda velocidade.

Verifica-se, portanto, que, para o Direito Penal do Inimigo, a solução do sistema punitivo, encontra-se no Direito Penal positivado, pois acredita-se que somente a tutela de novos bens jurídicos, o enrijecimento da norma e a eliminação de garantias podem combater os riscos da sociedade moderna.

Posto isso, indubitavelmente, essa corrente é muito bem aceita pela população, uma vez que causa, ainda que falsamente, uma espécie de segurança àqueles que desacreditam em outras formas de proteção.

Prevalece nas sociedades pós-industriais, uma sensação social de insegurança e um descrédito em outras instâncias de proteção. Isso ocorre por que:

É inegável que, deixando de lado outras considerações, as normas da moral social – como normas que são – desempenham uma função de orientação, ao permitir predizer em certa medida a conduta dos demais, de modo que caiba renunciar assim ao permanente processo de asseguramento cognitivo. Mas, então, a ausência de uma ética social mínima torna, de fato, imprevisível a conduta alheia e produz, obviamente, a angústia que corresponde ao esforço permanente de asseguramento fático das próprias expectativas, ou a constante redefinição das mesmas. Pois bem, as sociedades modernas, nas quais durante décadas se foram demolindo os critérios tradicionais de avaliação do bom e do mau, não parecem funcionar como instâncias autônomas de moralização, de criação de uma ética social que redunde na proteção dos bens jurídicos (SÁNCHEZ, 2011, p. 75).

No entanto, ainda que o Direito Penal do Inimigo, teoricamente, satisfaça o desejo da população, diante da atual violência globalizada, não se pode olvidar que, diante de um Estado Democrático de Direito, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, todas as pessoas, ainda que incorram em sanções penais, devem ter garantidas igualmente condições mínimas de dignidade (CARVALHO, 2001).

Nesse sentido, o Pacto de San José da Costa Rica, internalizado através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, e que se equivale a uma Emenda Constitucional, tendo em vista o seu *status* supralegal, trata, em seu art. 25, da proteção judicial dispendo o seguinte:

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela

Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (BRASIL, 1992)

Assim, faz-se necessária uma análise constitucional acerca dos métodos que regem o Direito Penal do Inimigo sob a ótica do Estado Democrático de Direito e seus princípios basilares.

3 ANÁLISE DOS MÉTODOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em que pese terem sido abordadas acima algumas das respostas à crise do sistema punitivo, o que se observa é que, atualmente, em virtude do clamor da sociedade por mais segurança, a tendência é, incontestavelmente, a expansão do Direito Penal, rumo a um Direito Penal Máximo, mais rígido e cada vez menos humanista. Fala-se isso pois essa resposta é a que mais contenta aos olhos da população e que dá uma sensação, ainda que falsa, de que algo está sendo feito pelo Estado.

Essa tendência já vem sendo avistada diariamente, com a criação de novos tipos penais, o enrijecimento das penas e a relativização das garantias individuais, que estão cada vez mais presentes nos ordenamentos jurídicos.

Contudo, esses métodos são alvos de inúmeros questionamentos de doutrinadores e aplicadores do direito, especialmente quando se está diante de um Estado Democrático de Direito.

4.1 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os principais questionamentos dos doutrinadores acerca do Direito Penal Máximo ou Direito Penal do Inimigo partem do pressuposto de que seus métodos são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, razão pela qual é indispensável tratar do Direito Penal dentro desse modelo de Estado garantista (CAPEZ, 2012), instituído pelo art. 1º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira de 1988, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Posto isso, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito é uma conquista da sociedade, tendo em vista que trouxe para a sociedade a garantia de um direito positivado, ajustado na dignidade da pessoa humana, na igualdade e nos direitos do homem, que demorou anos para ser alcançado.

Nesse sentido, Capez (2012, p. 23) assevera que o Estado Democrático de Direito:

[...] é um avanço e uma necessidade para a época em que predominavam os abusos e mimos do monarca sobre padrões objetivos de segurança jurídica, de maneira que se tornara uma obsessão da ascendente classe burguesa a busca da igualdade por meio de normas gerais, realçando-se a preocupação com a rigidez e a inflexibilidade das regras.

Da mesma forma, o referido autor diferencia o Estado Democrático de Direito do Estado de Direito, por entender que, enquanto esse último limita-se a pregar que todos são iguais perante a lei, entendendo ser suficiente a atuação do Estado quando da criação de uma lei aplicável a todos, o Estado Democrático de Direito ultrapassa o mero discurso de igualdade, instituindo metas e buscando preservar, de fato, princípios e valores sociais (CAPEZ, 2012).

Shecaira e Corrêa Jr. (1995, p. 11) compartilham do mesmo entendimento, assim dissertando acerca da complementação de ambos os termos:

O Estado de Direito, por natureza, tem seu fundamento na submissão do Estado ao império da lei. É a lei que determina sua formação, estrutura e jurisdição. Esse conceito tem como corolário a busca de garantias formais pelo Estado de Direito. Já o Estado Democrático fundamenta-se na busca da consolidação de bens materiais dos cidadãos. Tem como escopo a redução das desigualdades sociais.

Desta maneira, compreende-se que, um Estado que se intitula “Democrático”, como é o caso do Estado Brasileiro, vai muito além, tendo em vista que não presa apenas pela mera criação de leis iguais para todos, mas pela aplicação das leis de acordo com a realidade social, preponderando o interesse da sociedade. Ou seja, a expressão “Estado Democrático de Direito” não implica em redundância, pois, ao incluir o termo “Democrático”, conforme disserta Capez (2012, p. 24), quer se afirmar que o Estado:

[...] não é apenas aquele que impõe a submissão de todos ao império da mesma lei, mas onde as lei possuam conteúdo de adequação social, descrevendo como infrações penais somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade.

Acerca desse aspecto, Guimarães e Rego (2009, p. 1) compreendem que, uma vez que a Constituição Federal consagra o Estado Brasileiro como sendo um Estado Democrático, devem ser priorizados os direitos fundamentais e os demais fundamentos a que se propôs a Constituição Federal de 1988:

Logo, o Estado brasileiro contemporâneo é um Estado Constitucional, no qual deve imperar o equilíbrio político-institucional, que implica em inegociável respeito ao prescrito pela sua Constituição e que tais prescrições reflitam, acima de tudo, o interesse dos cidadãos, postulado básico da República.

Tal percepção se aplica igualmente ao Direito Penal Brasileiro, o qual deve respeitar de sobremaneira os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, o que, nas palavras de Bitencourt (2014, p. 42) implica em ser utilizado como “[...] instrumento de controle social, limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre cidadãos de uma determinada sociedade [...]”, sob pena de afrontar diretamente a Constituição Federal, principalmente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, norteador do direito penal constitucional.

Do mesmo entendimento compartilha Capez (2012, p. 25), afirmando que:

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados deste perfil político-constitucional.

Depreende-se, conseqüentemente, que os direitos do homem devem servir de parâmetro para elaboração da norma penal, sendo utilizados, inclusive, como uma forma de limitação ao poder punitivo, afastando qualquer possibilidade de que uma norma que os contrarie ingresse no ordenamento jurídico.

Capez (2012, p. 25) sustenta, ainda, que:

Podemos, então, afirmar que o Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado.

Assim, entende-se que, muito embora somente a lei possa obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo, ela não pode ser simplesmente elaborada arbitrariamente pelo legislador; muito pelo contrário, o conteúdo da toda e qualquer norma penal, assim como a sua aplicação ao caso concreto, deve se submeter à análise de compatibilidade com os princípios constitucionais.

Confirmando o exposto, Bitencourt (2014, p. 47) disserta:

A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta mediante um procedimento cerca de todas as garantias jurídico-constitucionais.

Somente assim, com a observância da lei e a adequação da mesma ao caso específico, respeitando, acima de tudo, a dignidade do cidadão, é que se terá um Direito Penal justo e humanitário, o qual deve prevalecer em um modelo de Estado Social.

Verifica-se, portanto, que o operador do direito tem um papel indispensável na garantia de prevalência desses princípios constitucionais e conseqüentemente na aplicação da justiça, afinal, como explica Capez (2012, p. 26):

Aplicar a justiça de forma plena, e não apenas formal, implica, por tanto, aliar ao ordenamento jurídico positivo a interpretação evolutiva, calcada nos costumes e nas ordens normativas locais, erigidas sobre padrões culturais, morais e sociais de determinado grupo social ou que estejam ligados ao desempenho de determinada atividade. Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto.

É nesse aspecto que o Direito Penal do Inimigo encontra maior resistência por parte dos doutrinadores, tendo em vista que retira de algumas pessoas a própria condição de cidadão, afrontando o princípio mais relevante para o âmbito penal, o da dignidade da pessoa humana.

Assim, em que pese o clamor da sociedade por uma maior atuação do Estado e rigidez do Direito Penal, há que se considerar que:

O Direito Penal é muito mais do que um instrumento opressivo em defesa do aparelho. Exerce uma função de ordenação dos contatos sociais, estimulando práticas positivas e restando as perniciosas e, por essa razão, não pode ser fruto de uma elucubração abstrata ou da necessidade de atender a momentâneos apelos demagógicos, mas, ao contrário, refletir, com método e ciência, o justo anseio social (CAPEZ, 2012, p. 27)

Deste modo, muito embora haja o anseio da população por maior segurança, toda lei que atente contra a dignidade do homem, desrespeitando sua condição de pessoa, deve ser julgada inconstitucional (PRADO, 2012).

Não obstante, desse princípio maior que é a dignidade da pessoa humana decorrem outros princípios que regulam o direito penal constitucional, e que também visam limitar a atuação Estatal, garantindo a supremacia dos direitos humanos, bem como a manutenção do Estado Democrático de Direito, nos quais, os métodos do

Direito Penal Máximo também esbarram.

Dentre os referidos princípios, cuja aplicação do Direito Penal do Inimigo afronta, faz-se necessário tratar dos principais, quais sejam: princípio da legalidade, princípio da culpabilidade, princípio da intervenção mínima, princípio da individualização da pena, princípio da proporcionalidade, e, por fim, princípio da humanidade, os quais se passa a analisar.

4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

A inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito, se dá em virtude de inúmeras razões, mas, principalmente, pelo fato de que a referida teoria implica em um retrocesso nas garantias constitucionais conquistadas ao longo de muitos anos, simplesmente desconsiderando os direitos do homem e os limites de punir do Estado, o que é inaceitável.

Afinal, segundo Bitencourt (2012, p. 48):

O Estado não pode – a não ser que se trate de um Estado totalitário - invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente devem ser uma realidade concreta.

Os referidos limites são justamente os princípios constitucionais do direito penal, que foram elaborados com o intuito de resguardar a liberdade e os direitos essenciais do indivíduo (PRADO, 2012).

Ocorre que só faz jus à aplicação de um direito penal constitucional aquele considerado cidadão, sendo que, para os demais, que não detém sequer a condição de pessoa, pois se afastaram de forma definitiva do direito, deve ser aplicado um Direito Penal de exceção, no qual muitos dos princípios constitucionais não são observados.

Nesse sentido, Zaffaroni (2012, p. 198) explica a proposta de Jakobs:

A proposta de Jakobs é estática, pois admite o tratamento diferenciado destinado ao inimigo de forma limitada, e acredita que isso irá conter o Estado de Polícia presente em todo Estado de Direito concreto. Portanto, Jakobs não visa ao fim do Estado de Direito. Ele considera que a sua tática evitará a contaminação de todo o Direito Penal com fragmentos do Direito Penal do Inimigo.

Entretanto, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), conclui-se que toda e qualquer pessoa tem o direito de ver respeitado todas as garantias constitucionais, não tendo o legislador feito qualquer ressalva quando da aplicação dos princípios jurídicos. Pelo contrário, conforme afirmam Jakobs e Meliá (2009, p. 112); “não há inimigos no Direito Penal, pelo que de fato, todos os seres humanos são cidadãos.” Portanto, merecedores dos mesmos direitos.

Prado (2012, p. 131) se refere aos princípios penais da seguinte forma:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição Federal e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

Posto isso, depreende-se que a aplicação do Direito Penal está estritamente vinculada à lei, não podendo simplesmente renunciar o texto constitucional como pretende o Direito Penal do Inimigo. Caso contrário, se legitimará o livre arbítrio do Estado e a insegurança jurídica do cidadão (GODINHO JR; SALOMÃO NETO, 2014).

É em razão do exposto que se discute a legalidade do Direito Penal do Inimigo, pois, ao analisar suas características, verifica-se a violação a muitos dos princípios constitucionais.

Fala-se isso, pois, primeiramente, ao tratar de Direito Penal do Inimigo, se está diante de um Direito Penal do Autor, ou seja, um Direito Penal que não leva em

consideração o fato cometido, mas sim as características do agente, o seu grau de periculosidade, o que, por si só, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 118) é uma “corrupção do direito penal”.

Afinal, com base na referida característica, pode-se punir a pessoa antes mesmo dela cometer qualquer fato tipificado em lei, afrontando de sobremaneira o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, que dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

Para Prado (2012, p. 134) o dispositivo legal supra mencionado tem como função essencial a “limitação das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão”. Ou seja, traz uma das maiores garantias ao indivíduo: a de que não sofrerá qualquer sanção, se não pelo cometimento de fatos tipificados, sendo inaceitável, portanto, que alguém venha ser punido pela sua condição pessoal.

Na mesma senda, cita-se o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 119):

Seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.

Esse método do Direito Penal do Inimigo também é repudiado em razão da violação ao princípio da culpabilidade que está atrelado a outras garantias constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e à individualização da pena (PRADO, 2012).

Acerca desse aspecto, se pressupõe que a punição de um indivíduo está vinculada a existência de uma conduta, ação ou omissão pela qual possa ser responsabilizado.

Conforme explica Prado (2012, p. 140):

A responsabilidade penal pelo fato significa a exigência de uma conduta humana – externa e concreta -, o que quer dizer tanto a não-punição do simples pensamento, quanto a não-punição pela simples intenção, modo ou condição de vida.

O Direito Penal Brasileiro é regido pelo princípio da responsabilidade pelo fato, pois, ao contrário, implicaria em criar estereótipos de autores, punindo-se apenas determinado grupo de pessoas, como, segundo Capez (2012, p. 44), ocorreu na Alemanha nazista, quando “[...] não haviam crimes, mas criminosos. Incriminavam-se os ‘traidores’ da nação ariana e não os fatos eventualmente cometidos. Eram tipos de pessoas, não condutas”.

Superado esse aspecto, também não se pode olvidar que o Direito Penal do Inimigo, conforme exaustivamente mencionado, retira de determinados indivíduos a própria condição de pessoa, acreditando que estes devem ser simplesmente banidos do convívio social, punidos antecipadamente, bem como terem suas garantias suprimidas e serem submetidos a penas mais graves.

Alencar (2010, p. 476) explica como se daria essa aplicação distinta do Direito Penal:

O direito penal do inimigo é dividido, por Jakobs, em dois polos opostos de um mesmo contexto jurídico-penal, de um lado o indivíduo é tratado pelo Estado como pessoa, deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais, de outro é tido como não pessoa, é uma fonte de perigo permanente, está em guerra com o Estado, portanto deve ser punido com medida de segurança.

Diante desse cenário, indubitavelmente, há, também, a afronta ao princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput* da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que assim dispõe: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Não há que se admitir que, em um Estado Democrático de Direito, as pessoas

recebam tratamento desigual, menos ainda em razão de suas convicções, pensamentos ou características pessoais, como pretende o Direito Penal do Inimigo.

Inclusive, assim defende Zaffaroni (2012, p. 11):

[...] o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas (inimigos da sociedade) é próprio do Estado Absoluto, que, por sua essência, não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de Direito.

Corroborando com o exposto, Callegari e Dutra (2007, p. 439), entendem que:

Direitos fundamentais, como sua própria denominação evidencia são a base de todo sistema jurídico que reconhece aos seus cidadãos direitos e garantias inalienáveis e intangíveis. A diferenciação de direitos dos cidadãos e do inimigo já começa por violar o direito elementar de igualdade.

O mesmo ocorre com o princípio da proporcionalidade das penas, tendo em vista que aqueles considerados inimigos, em razão única e exclusivamente dessa condição, serão condenados a penas mais rigorosas, sendo simplesmente ignorado o fato de que não pode haver excesso quando da aplicação da pena (JESUS, 2014).

O Direito Penal do Inimigo preocupa-se apenas com a eliminação daqueles que são considerados ameaças à sociedade e ao Estado, entendendo que estes devem ser neutralizados, pois não possuem qualquer chance de retomar ao *status* de cidadão, sendo esse entendimento totalmente oposto ao que prega o princípio da proporcionalidade (ALENCAR, 2010).

A proporcionalidade, segundo Bitencourt (2014, p. 69), é que justifica a existência de um sistema penal, pois “um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar”.

Em razão de todo o exposto, o Direito Penal do Inimigo também fere o princípio da humanidade, já que, mesmo havendo outros métodos para resolução de conflitos, deixa de aplicá-los quando se tratar de “inimigos” do sistema.

A ideia de humanização das penas fundamentada com base no princípio da

dignidade da pessoa humana, conforme explica Prado (2012, p. 148), pressupõe que, “em um Estado de Direito democrático vedam-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atentem contra a dignidade humana”.

Esse princípio é de suma importância para o Direito Penal, haja vista que qualquer norma que o contrarie deve ser considerada inconstitucional, afinal, conforme leciona Bitencourt (2014, p. 69), a “dignidade da pessoa humana é o bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si”.

No caso do Direito Penal do Inimigo, a negativa à condição de pessoa é grave suficiente para caracterizar a afronta a esse princípio.

Por fim, além de todo o exposto, inevitável se tratar acerca do princípio da intervenção mínima, o qual é desconsiderado pelo Direito Penal do Inimigo.

Prado (2012, p. 143) conceitua o princípio da intervenção mínima como sendo aquele que:

[...] estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais.

O mesmo autor ainda defende esse princípio por entender que:

Aparece ele como uma orientação político-criminal restritiva do jus puniendi e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado democrático de Direito. O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema a uma função meramente simbólica negativa (PRADO, 2012, p. 143).

Posto isso, a afronta entre ambos é notória, pois, se, por um lado, o princípio da intervenção mínima prevê que o Direito Penal só deve atuar em última instância, quando esgotadas as demais vias para a solução do conflito, o Direito Penal do

Inimigo prevê a atuação imediata do Direito Penal quando da identificação de um “inimigo”, não cogitando a utilização de qualquer alternativa menos gravosa.

Destarte, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, o Direito Penal do Inimigo é inconstitucional, tendo em vista que torna ineficazes os princípios constitucionais que regem o Direito Penal, não encontrando amparo, portanto, nesse modelo de Estado.

Conforme assevera Bitencourt (2014, p. 69), “[...] é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los.”

Confirmando o exposto, cita-se, ainda, o entendimento de Callegari e Dutra (2007, p. 438): “Diante desta supremacia no ordenamento jurídico a que foram erigidos os direitos fundamentais, não nos parece haver espaço para justificar a sua supressão para determinada parcela de seus destinatários, sejam eles quem for.”

Entende-se, portanto, que não pode o Estado curvar-se de tal modo, a fim de combater a criminalidade e proporcionar maior segurança à sociedade, pois toda e qualquer “solução” deve respeitar o texto constitucional, não podendo se garantir a segurança de parcela da população, colocando-se em jogo a segurança jurídica da outra parcela.

Não obstante, embora a população acredite que somente com a expansão do Direito Penal e com o enrijecimento das punições é que se terá maior segurança, inúmeros são os argumentos em desfavor ao direito penal do inimigo.

4.3 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO – INEFICÁCIA DE SEUS MÉTODOS NO COMBATE A CRIMINALIDADE

Além de afrontar os princípios constitucionais, sendo considerado uma lesão aos direitos e garantias do homem, o Direito Penal do Inimigo, considerado uma expansão do Direito Penal, também é alvo de inúmeras críticas doutrinárias acerca da sua ineficácia no combate à criminalidade.

Conforme já mencionado, o movimento de expansão do Direito Penal muito agrada a sociedade que, em razão da descrença em outros métodos, enxerga no

Direito Penal a única forma de pacificação social.

Ocorre que a expansão da norma penal, com o intuito de reduzir a marginalização, implica simplesmente no avanço do fenômeno do simbolismo, bem como em um retrocesso ao Direito Penal primitivo, sem que, na prática, surta os efeitos esperados (JAKOBS; MELIÁ, 2009).

O retorno ao punitivismo resta claro, nas palavras de Jakobs e Meliá (2009, p. 81), quando, pela:

[...] introdução de normas penais novas com a intenção de promover sua efetiva aplicação com toda a decisão, isto é, processos que conduzem a normas penais novas que sim são aplicadas ou se verifica o endurecimento das penas para normas já existentes.

O referido discurso, sem dúvida alguma, expressa o anseio da população, razão pela qual a criação de novos tipos penais e a severidade das normas penais não passa de uma medida do Estado, única e exclusivamente para acalmar os ânimos da sociedade.

Prazeres (2015, p. 1) compreende que o Direito Penal Simbólico é:

[...] o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.

Destarte, quando um fato é extremamente repudiado pela população, ganhando grande repercussão, o Estado para atender os clamores toma a iniciativa de endurecer as penas.

Nesse sentido, Masson (2012, p. 11 apud KERSTENETZKY, 2012, p. 1), explica que:

[...] o Direito Penal Simbólico diz respeito a uma política criminal, que vai além da aplicação do direito penal do inimigo, e sim, as próprias consequências do efeito externo que a aplicação da lei não produz. Manifesta-se, desse modo, com o direito penal do terror, pelo qual se verifica uma inflação legislativa, que cria figuras penais desnecessárias ou, então, o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos determinados.

Ademais, entendem Jakobs e Meliá (2009) que a própria condição de “inimigo” atribuída à algumas pessoas, é simbólica, pois, não possuem esses indivíduos o condão de pôr fim ao Estado.

O que pretende se demonstrar com o exposto, é que o Direito Penal Máximo, tido como um direito penal de exceção, pautado na aplicação de penas severas, não é um meio hábil ao combate à criminalidade e a promoção da pacificação social, servindo apenas para legitimar uma maior atuação do Estado sobre os indivíduos e deturpar direitos fundamentais do homem.

A exemplo, Fragoso (2003, p. 547) cita a ineficácia dessa severidade da lei penal, o crime de embriaguez ao volante na Alemanha e a anterior Lei de Drogas:

Pode-se mencionar, por bem expressivo, o aumento da pena para o crime de embriaguez ao volante, na Alemanha, que não teve efeito à marcha da criminalidade. E também a nossa anterior lei de drogas, que previa penas severíssimas, com as quais o legislador supunha coarctar o tráfico e o consumo de drogas, entre nós; uma lei que não teve consequência nesse sentido.

Essa legislação de exceção causaria o efeito oposto do pretendido pela sociedade, pois não há como se manter dois polos opostos em um mesmo sistema jurídico, sendo evidente que o Direito Penal do Inimigo acabaria por contaminar o Direito Penal do Cidadão, causando insegurança e relativizando a liberdade de todos os indivíduos (JAKOBS; MELIÁ, 2009).

Fala-se isso, pois, segundo Zaffaroni (2007, p. 24), a aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo provocaria uma maior interferência do Estado na vida privada de cada indivíduo, a fim de identificar os denominados inimigos a partir de um juízo subjetivo do Estado:

[...] admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, como único modo de identificá-los, e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea, e conseqüentemente, condenações e penas a inocentes.

Conforme já exposto, ao se tratar do Direito Penal do Inimigo, se está diante de um Direito Penal do Autor. Onde a punição independe do cometimento de fatos tipificados em lei, podendo qualquer pessoa sofrer medida preventiva em razão de seus pensamentos, ideologias e qualquer outra característica pessoal do agente, com intuito de prevenir delitos futuros (FERRAJOLI, 2006).

A punibilidade do agente pautada em critérios subjetivos deixa todo e qualquer indivíduo vulnerável à aplicação de uma pena arbitrária, sendo um retrocesso às garantias penais e processuais penais.

Posto isso, Jakobs e Meliá (2009, p. 98) consideram que, de acordo com os pressupostos de legitimidade mais ou menos externos ao sistema jurídico-penal:

[...] não deve haver Direito Penal do inimigo porque é politicamente errôneo (ou: inconstitucional). Em segundo lugar, pode argumentar-se dentro do paradigma de segurança ou efetividade no qual a questão é situada habitualmente pelos agentes políticos que promovem este tipo de normas penais: o Direito Penal do inimigo não deve ser porque não contribui à prevenção policial-fática de delitos. Estes são naturalmente, caminhos transitáveis, que de fato se transitam na discussão e que se devem transitar.

Ademais, o Direito Penal do Inimigo tem por escopo a eliminação de determinados sujeitos da sociedade, sem qualquer hipótese de reinserção, o que vai de encontro com a finalidade do direito penal clássico.

Essa busca incansável pelo “inimigo”, como forma de evitar o delito futuro e manter a vigência da norma, acaba por ocasionar outros problemas, podendo inclusive condenar o inocente (FERRAJOLI, 2006).

Deste modo, não há como legitimar o Direito Penal do Inimigo, conforme explicam Callegari e Dutra (2007, p. 439), posto que “não há como se compatibilizar

um direito excepcional do inimigo com a supressão de garantias fundamentais com o Estado de Direito. São sob a ótica aqui apresentada, situações jurídicas incompatíveis e contraditórias”.

Entende-se, portanto, que a perspectiva do Direito Penal do Inimigo, de mantenedor da ordem jurídica, defendendo a aplicação demasiada do Direito Penal em prol da diminuição ou até mesmo a prevenção de delitos, deve ser contida pelos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a negação à condição de pessoa, seguida da supressão e a relativização das garantias constitucionais, não se harmoniza com o sistema punitivo democrático e, também, não traz qualquer resultado positivo no controle da criminalidade.

5 CONCLUSÃO

É incontroverso que o fenômeno da expansão do Direito Penal está cada vez mais evidente nos ordenamentos jurídicos, objetivando sustentar a ordem social, perante um cenário de criminalidade cada vez mais relevante, onde a população espera do Estado uma atuação eficaz no controle de marginalidade.

Contudo, verifica-se que a chamada Terceira Velocidade do Direito Penal, é alvo de inúmeras críticas de doutrinadores e aplicadores do direito, motivadas na inconstitucionalidade de seus métodos, considerando-os um retrocesso às garantias conquistadas até então. Entendimento com o qual há que se concordar, pois, conforme muito bem demonstrado no presente estudo, um Direito Penal arrolado na distinção de seus indivíduos, que retira de alguns a qualidade de pessoa, aplicando-lhes penas mais severas, sem a observância dos seus direitos essenciais, jamais será compatível com um Estado Democrático de Direito, cujo princípio basilar é a dignidade humana.

Em que pese a aflição da sociedade por maior segurança, entende-se que o Direito Penal do Inimigo não é o meio hábil para conquistá-la, pois, além de desvirtuar direitos e garantias fundamentais, garantidos na Constituição Federal, na prática, não surte os efeitos esperados. Afinal, o enrijecimento das penas não passa de um fenômeno figurado, que acaba por influenciar negativamente na parcela de liberdade e segurança de todos os cidadãos, que ficam sujeitos a um julgamento subjetivo acerca de quem são os “inimigos” do Estado, bem como a uma maior intervenção estatal em suas vidas particulares, seus pensamentos, crenças ou características.

Não pode o Estado curvar-se de tal modo, a fim de combater a criminalidade, pois toda e qualquer “solução” cogitada para sanar a atual crise do poder punitivo deve respeitar o texto constitucional, não podendo se garantir a segurança de parcela da população, colocando-se em jogo a segurança jurídica da outra parcela.

Posto isso, entende-se que deve haver uma contenção do poder punitivo, dentro dos limites estabelecidos pelos princípios constitucionais, a fim de se manter a supremacia da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Antônia Elúcia. A Inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo Diante da Principiologia Constitucional Democrática. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 895, ano 99, mai. 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, Florianópolis, UFSC, n. 52, p. 163-182, jul. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15205/13830>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

AZEVEDO, Priscila Rosa. **O Direito Penal Mínimo como Principal Meio de Cumprimento da Função Social da Pena**. Florianópolis: UFSC, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-penal-m%C3%ADnimo-como-principal-meio-de-cumprimento-da-fun%C3%A7%C3%A3o-social-da-pena>>. Acesso em: 19 mai. 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, n. 2, abr./jun. 1993.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Edipro, 1999.

BENTHIEN, Cleverson Tuoto. **O Poder Punitivo Frente ao Estado Democrático de Direito**. Curitiba: FEMPAR, 2008. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/monografias/upload_monografias/CLEVERSON%20TUOTO%20BENTHIEN.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BENTO, Leandro Henrique de Moraes. Direito penal máximo e direito penal mínimo: comentários e críticas ao discurso penal populista. **Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias**, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.procrim.org/revista/index.php/COPEN/article/view/243/373>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

BIANCHINI, Alice. Política Criminal, Direito de punir do Estado e finalidades do Direito Penal. **Jus Brasil**, 2013. Disponível em: <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-direito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. V. 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

BRASIL. **Decreto Lei nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Senado Federal, 1992.

BUTTELLI, Marcelo; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **(Re)discutindo o papel estratégico do minimalismo penal no hodierno**: uma análise a partir das teorias criminológicas críticas. Rio Grande do Sul: PUC, 2015. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminiais/III/1.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 96, v. 862, p. 429 – 442, ago., 2007.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e Política Criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v. 867, p. 453– 469, jan., 2008.

CALLEGARI, André Luiz. O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. **IBCrim**, nº 70, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**. V. 2. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. V. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. Campinas: LZN, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAVALCANTI, Cristóvão. Direito penal em crise. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n.89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%20http://www.dgmarket.com/AppData/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9644&revista_caderno=3>. Acesso em: 2 mai. 2015.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Estrutura do Direito Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

CIPULO, Leilane. **Crise de Legitimidade do Sistema Penal**. 2014. 63 f. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal), FIAETPP, Presidente Prudente, 2014.

CONFORTIN, Helena, et al. **Trabalhos Acadêmicos: da concepção à apresentação**. 3. ed. rev. e atual. Erechim: EdiFAPES, 2013.

COSTA, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CREMASCO, Karine Pires; SANCHES, Cláudio Palma. **O Direito Penal do Inimigo: perspectivas doutrinárias e práticas na justiça brasileira**. Presidente Prudente: FIAETPP, 2007. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1774/1688>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Wallace. Abolicionismo penal e realidade brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3605, 15 de maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24443>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GODINHO JR., Almir Sameiro; SALOMÃO NETO, Melina. Direito penal do inimigo. **REVISTA JurES**, v.6, n.12, 2014 - Edição Especial - 10 anos do Curso de Direito da Estácio Vitória. Disponível em: <<http://revistas.es.estacio.br/index.php/juresvitoria/article/viewFile/316/330>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; REGO, Davi Uruçu. Democracia e Direito Penal: a interpretação do jus puniendi conforme a Constituição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6160>. Acesso em: 16 ago. 2015

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. V. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216>. Acesso em: 14 set. 2015.

MACHADO, Michele Maria Costa. **Legitimação versus deslegitimação da pena**. Salvador: UNIFACS, 2008. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2008/discente/dis9.doc>. Acesso em: 19 mai. 2015.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. A influência da economia no direito penal. **Blog Newton Paiva**. 2009. Disponível em:

<<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D15-08.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

MASI, Carlo Velho. **A crise de Legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: PUCRS, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/5830/1/000457748-Texto%2BParcial-0.pdf>>. Acesso em: 2 mai. 2015.

MONGRUEL, Ângela de Quadros; HERRERA, Paola Michelle; CHAGAS, Taciane Nayara de Siqueira. **O Direito Penal Garantista a Caminho de sua Abolição**. Ponta Grossa: UEPG, 2015. Disponível em: <<http://oabpg.org.br/site2/artigos/05.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

PALADINO, Carolina de Freitas. Apontamentos sobre o inimigo no Direito Penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 65, jun. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6294&revista_caderno=3>. Acesso em: 7 mai. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRAZERES, José Ribamar Sanches. **O Direito Penal Simbólico Brasileiro**. 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/o-direito-penal-simbolico-brasileiro/>>. Acesso em: 14 set. 2015.

SÁ, Magda Karina Barbosa Marques de; MATOS, Maria Andreolina Lacerda Dias de; OLIVEIRA; Jéssica Gonçalves de. Abolicionismo Penal. **JurisWay**. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11840>. Acesso em: 11 jun. 2005.

SABINO JR., Vicente. **Princípios do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria da Pena: fundamentos políticos de aplicação judicial. In: **SEMINÁRIO SISTEMA PENITENCIÁRIO**. Curitiba, 2005, Disponível em: <<http://www.historico.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=54455>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. **Pena e Constituição: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução.** São Paulo: RT, 1995.

SILVA, Luciano Nascimento. Manifesto abolicionista penal: ensaio acerca da perda de legitimidade do sistema de Justiça Criminal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3556/manifestoabolicionista-penal/4>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

SILVEIRA, Jilberto. **O Trabalho e a Educação em Prol da Reinserção Social da Pessoa Reclusa.** Florianópolis: UNIDAVI, 2013. Disponível em: <www.sjc.sc.gov.br/acadejud/index.php?option=com_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D38%26Itemid%3D153&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 5 abr. 2015.

TIBURTINO, Grace Fernandes de Sousa e. Sistema penal: da deslegitimação à sua abolição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6850>. Acesso em: 11 abr. 2015.

TORRES, Douglas Dias. O Direito Penal na Atualidade. **Direito Net.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/33/33/333/p.shtml>>. Acesso em 18 mai. 2015.

VANIN, Carlos Eduardo. Teoria Agnóstica da pena – Zaffaroni. **JusBrasil**, maio 2015. Disponível em: <<http://duduhvanin.jusbrasil.com.br/noticias/183273877/teoria-agnostica-da-pena-zaffaroni>>. Acesso em: 10 de abr. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo No Direito Penal.** São Paulo: Revan, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl [et. al.]. **Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.