

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# DIREITO PENAL

**Coordenação:**

*LILIAN ROSE LEMOS ROCHA*

*FLÁVIO MILHOMEM*

*GABRIEL R. ROZENDO PINTO*

*ISRAEL ROCHA LIMA M. FILHO*

*RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS*

*DANIEL RIBEIRO DOS SANTOS CORREIA*

CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# DIREITO

## *Penal*

**Coordenação**

*Lilian Rose Lemos Rocha*

*Flávio Milhomem*

*Gabriel R. Rozendo Pinto*

*Israel Rocha Lima M. Filho*

*Ricardo Victor Ferreira Bastos*

*Daniel Ribeiro dos Santos Correia*

**Brasília  
2018**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB**

**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

**INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD**

**Diretor**

João Herculino de Souza Lopes Filho

**Diretor Técnico**

Rafael Aragão Souza Lopes

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Coordenadora**

Lilian Rose Rocha Lemos

**Projeto Gráfico**

André Luís César Ramos

**Diagramação**

Biblioteca Reitor João Herculino

**Capa**

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: direito penal / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2018.

94 p.

ISBN 978-85-61990-89-3

1. Direito penal. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 343.2

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

# SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>04</b>
<b>TEORIA DO BEM JURÍDICO E CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO .....</b>	<b>05</b>
<i>MARINA DE ALENCAR ARARIPE COUTINHO</i>	
<b>A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DOS “MENINOS DA MACONHA” .....</b>	<b>20</b>
<i>VICTOR LIMA DUQUE ESTRADA</i>	
<b>O POPULISMO PUNITIVO E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DA SEGUNDA INSTÂNCIA JUDICIAL À LUZ DA CRIMINOLOGIA .....</b>	<b>45</b>
<i>GABRIELA ROSA COUTINHO</i>	
<b>TRATAMENTO PENAL ALTERNATIVO AOS PSICOPATAS, O PÚBLICO- ALVO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>67</b>
<i>LUIZ AUGUSTO CURADO JÚNIOR</i>	

## PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCeub acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de *e-book*.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor ICPD/UniCEUB

# TEORIA DO BEM JURÍDICO E CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

## THEORY OF LEGAL GOOD AND CRIMINALIZATION OF ABORTION

Marina de Alencar Araripe Coutinho<sup>1</sup>

### RESUMO

O artigo indaga se a criminalização do aborto logra em proteger o bem jurídico que propõe tutelar, qual seja, a vida intrauterina. Para tanto, faz uma análise da teoria do bem jurídico através do trabalho de diversos autores que abordaram o tema. Também, discorre sobre a função da pena e os efeitos práticos da cominação da sanção penal para o crime de aborto.

**Palavras-chave:** Bem jurídico. Aborto. Criminalização.

### ABSTRACT

The article inquires if the criminalization of abortion succeeds in protecting the legal asset of intrauterine life as proposed. Therefore, it analyses the theory of legal assets through the work of several authors who have approached the subject. Also, the article addresses the function of sentences and their practical effects regarding the crime of abortion.

**Keywords:** Legal asset. Abortion. Criminalization.

### 1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de tornar o aborto legal no Brasil é um assunto que desperta polêmicas profundas e que envolvem pontos de vista inconciliáveis. De um lado, posicionam-se contrários ao aborto aqueles que acreditam na existência da vida desde a concepção. De outro, estão aqueles que, pelo menos até dado estágio da gestação, privilegiam a liberdade da mulher em escolher se deseja prosseguir ou não com a gravidez. Assim, de uma forma simplista, poder-se-ia dizer que a controvérsia reside na oposição entre o direito à vida do nascituro e o direito à autodeterminação da gestante.

---

<sup>1</sup> Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

Aqueles que pretendem defender a vida do nascituro, não raro, o fazem com argumentos de ordem religiosa, alheios a uma análise jurídica da questão. Por mais respeitável que seja a crença religiosa de cada um, é certo que esta não deve pautar o comportamento daqueles que não compartilham do mesmo credo.

Todavia, não se pretende afirmar que a vida intrauterina não seria digna de qualquer proteção pelo Estado, até porque já está pacificado no ordenamento jurídico brasileiro que o nascituro seria um sujeito de direitos, tendo em vista a previsão de que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.<sup>2</sup>

Na verdade, a análise que se pretende realizar neste artigo diz respeito ao próprio sistema de justiça criminal enquanto suposto mecanismo de proteção de bens jurídicos. Se à criminalização de uma conduta deve sempre corresponder um bem jurídico a ser tutelado, então a norma penal que prevê o crime de aborto diz respeito à vontade política do legislador em proteger a vida intrauterina.

Entretanto, ao se analisar o contexto da criminalização do aborto no Brasil, percebe-se que a efetividade do Direito Penal para referida proteção não tem aferição empírica, já que os prejuízos sociais trazidos pela criminalização excedem, em muito, os benefícios que pretendia proporcionar. Ademais, constata-se que, no caso do aborto, a função de prevenção geral negativa que se esperava da cominação de uma pena não se verifica, tendo em vista que a ameaça de uma punição pouco interfere na decisão da mulher de interromper a gravidez.

O verdadeiro efeito trazido pela criminalização do aborto é a inserção de mulheres que optam por realizá-lo clandestinamente em um contexto de grave insegurança à saúde e à vida, principalmente no que se refere àquelas que não têm condições de arcar com procedimentos seguros, recorrendo a intervenções que não oferecem o cuidado médico necessário.

## 2 DA TUTELA PENAL DO BEM JURÍDICO

---

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 16 abr. 2018.

A criminalização do aborto está longe de ser um assunto pacificado, não sendo o intuito deste artigo sanar as controvérsias atinentes ao momento em que a vida teria início, tendo em vista envolverem debates que fogem ao escopo da análise aqui posta. É certo que tais questões permeiam a discussão sobre interrupção voluntária da gravidez, colocando em extremos opostos aqueles que defendem a vida do nascituro e aqueles que priorizam a autodeterminação da mulher. Todavia, o que se busca neste trabalho é a análise da relevância do sistema de justiça criminal na proteção dos bens jurídicos.

Assim, o questionamento que se pretende responder diz respeito ao instrumento mais eficaz para a proteção do bem jurídico que seria lesionado pelo crime de aborto, qual seja, a vida intrauterina. Seria ele o Direito Penal? Cumpre, portanto, analisar a questão à luz da teoria do bem jurídico.

A importância historicamente atribuída à teoria do bem jurídico decorre da necessidade de conferir legitimidade ao sistema punitivo por meio de um tipo penal dotado de objetividade, o qual deve ser concebido, não pela mera violação de um dever, mas pela concreta lesão ou perigo de lesão a bens protegidos pelo ordenamento.<sup>3</sup> Nesse sentido, o Direito Penal deve abster-se de tutelar “convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos”.<sup>4</sup>

Por isso, para a verificação da aplicabilidade do Direito Penal para proteção de determinado bem jurídico, faz-se necessária, inicialmente, a definição das características que deve possuir uma conduta para que seja denominada criminosa.

A questão acerca do que possa ser considerado materialmente uma conduta criminosa ou, mais propriamente, das qualidades materiais que deve reunir uma conduta para que possa ser objeto de uma proibição criminal, é, e sempre será, o problema primeiro do direito penal.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciência Criminais – RBCCRIM*, v. 17, n. 80, p. 7-34, set./out. 2009. p. 9.

<sup>4</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2009. p. 12.

<sup>5</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciência Criminais – RBCCRIM*, v. 17, n. 80, p. 7-34, set./out. 2009. p. 11.

Segundo Fábio Roberto D´Avila, a concepção da norma penal partiria de um primeiro momento de valoração, denominada positiva, correspondente ao juízo de valor exercido por uma coletividade organizada, em dado momento histórico, que reconhece uma realidade desejável e tem a intenção de perpetuá-la. O resultado deste complexo processo de reconhecimento de valores comunitários seria a definição das condutas passíveis de criminalização. O termo “reconhecimento” tem particular importância, tendo em vista que, segundo o autor, os bens jurídicos não devem ser criados artificialmente pelo direito, mas detectados na realidade.<sup>6</sup>

Segundo este critério de valoração, poder-se-ia concluir que a vida intrauterina, em algum momento histórico da nossa sociedade, foi considerada como um bem jurídico digno de tutela, motivo pelo qual a conduta de interrupção voluntária da gravidez foi objeto de criminalização pelos artigos 124 e 126 do Código Penal.<sup>7</sup>

Todavia, o processo descrito não basta, isoladamente, para legitimar a edição de uma norma penal incriminadora, fazendo-se necessário um segundo nível de valoração, denominada negativa, qual seja, a verificação da relação de causalidade entre a conduta e a lesão concreta ao bem jurídico (ofensividade), tratando-se de verdadeira condição de legitimidade da sanção penal.<sup>8</sup>

Quanto a este nível de valoração, da mesma forma, seria plausível afirmar que a conduta de uma gestante que interrompe voluntariamente - ou permite que lhe interrompam - a gravidez guarda uma relação de ofensividade com a vida do feto em formação.

Cleopas Isaías Santos, por sua vez, afirma que um bem jurídico deve possuir “um fator especializante para que seja elevado à categoria de bem jurídico-penal”<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciência Criminais – RBCCRIM*, v. 17, n. 80, p. 7-34, set./out. 2009, p. 16-22.

<sup>7</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 16 abr. 2018.

<sup>8</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. *Revista Brasileira de Ciência Criminais – RBCCRIM*, v. 80, 2009, p.24.

<sup>9</sup> SANTOS, Cleopas Isaías. Mandados expressos de criminalização e Função Positiva do Bem Jurídico-Penal: Encilhando o Leviatã. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 77, p. 26-37, dez./jan. 2013. p. 31.

Assim, o autor suscita o princípio da necessidade como fator determinante para justificar a intervenção do Direito Penal, no sentido de que este somente deve ser acionado quando os demais métodos de controle social se mostrarem insuficientes para a proteção do bem que se procura tutelar.<sup>10</sup>

No mesmo sentido, Claus Roxin suscita a função social do Direito Penal como uma limitação ao espectro de atuação do mesmo. Assim, o Direito Penal teria a função de garantir paz, liberdade e segurança social aos cidadãos, devendo agir apenas quando tais objetivos não fossem alcançados através de medidas que afetem, em menor grau, os direitos fundamentais das pessoas. O que se busca por meio dessa concepção é um equilíbrio entre a intervenção do Estado e a liberdade individual, de forma a limitar a atuação do legislador, visando uma punição legítima. 11

Winfried Hassemer sustenta a ambivalência do bem jurídico, considerando que este pode favorecer uma criminalização, como também uma descriminalização, conforme o contexto histórico em que se insere.<sup>12</sup> Por isso, o autor estabelece uma proposta de proteção do bem jurídico para limitar a atuação do legislador penal e frear a utilização irrefletida do Direito Penal:

Daí resulta uma específica (e comparativamente reduzida) situação do princípio do bem jurídico no âmbito da determinação do merecimento de pena. A ameaça a um bem jurídico, por meio de um comportamento, é pressuposto necessário, mas não suficiente, da criminalização desse comportamento. À violação de bens jurídicos como elemento fundamentador do merecimento de pena contrapõem-se princípios que atuam no sentido de uma limitação da punibilidade, os quais eu reuni sob a concepção da ‘formalização da justiça penal’. Dentre eles há que se mencionar especialmente os seguintes: subsidiariedade (o recurso ao Direito Penal só pode ter lugar quando nenhum outro meio puder solucionar adequadamente o conflito); danosidade social (o conflito tem que atingir ‘todos nós’ e não somente o autor e a vítima); tolerância, humanidade, respeito à dignidade humana (uma ameaça penal, não importa a forma,

<sup>10</sup> SANTOS, Cleopas Isaías. Mandados expressos de criminalização e Função Positiva do Bem Jurídico-Penal: Encilhando o Leviatã. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 77, p. 26-37, dez./jan. 2013. p.31- 34.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2009. p. 16-17.

<sup>12</sup> HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 18.

não pode atentar contra os fundamentos da nossa cultura jurídica).<sup>13</sup>

No que se refere ao tipo penal que criminaliza o aborto, a experiência tem demonstrado que os requisitos apresentados por Cleopas Isaías Santos, Claus Roxin, Winfried Hassemer, entre tantos outros autores, não se verificam.

Desde a década de 60 do século XX, cada vez mais países têm adaptado seus sistemas penais para legalizar a interrupção voluntária da gravidez, não para retirar a proteção estatal do nascituro, mas para admitir a ponderação entre os valores envolvidos na controvérsia, quais sejam, a vida embrionária e o direito de autodeterminação da mulher gestante. Nesses ordenamentos, há o reconhecimento de que o nascituro é digno de proteção pelo Estado, todavia, esta proteção se torna mais intensa conforme a gestação se desenvolve e se aproxima do nascimento. A ideia que prevalece é a de que o feto merece tutela, mas não na mesma intensidade de uma pessoa já nascida<sup>14</sup>.

Com tal entendimento, é plausível acentuar que a potencialidade da vida não merece o mesmo grau de tutela que se confere à garantia da vida após o nascimento. Se o nascituro for considerado como portador de personalidade jurídica, portanto, se possuir interesses próprios desde a concepção, a vida potencial se transmuda em vida atual, e o aborto teria que ser equiparado ao homicídio.<sup>15</sup>

Nesses países, observou-se que, após a descriminalização, não houve um aumento significativo na incidência da conduta,<sup>16</sup> o que denota a irrelevância da proibição e demonstra que a cominação da pena não é um fator determinante para evitar a prática, assim como a ausência de pena não fez com que as mulheres passassem a abortar desenfreadamente.

<sup>13</sup> HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18.

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 43-82, Abr./Jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>15</sup> PIRES, Teresinha Inês Teles. *Direito ao aborto, democracia e Constituição*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 93.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 43-82, Abr./Jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

Daniel Sarmiento sustenta que o Direito Penal não é a forma mais adequada de proteger a vida intrauterina, priorizando outras formas mais eficazes e menos gravosas de desestímulo ao aborto:

A experiência já comprovou que o meio de proteção mais adequado destas vidas intra-uterinas não é a repressão criminal. Ao invés disso, outras medidas são muito mais eficazes e não geram os mesmos efeitos colaterais como por exemplo, a ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para redução do número de gestações indesejadas: a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho, para que as gestantes não sejam confrontadas com uma " escolha de Sofia" entre a maternidade ou o emprego: e o fortalecimento da rede de segurança social, para que um novo filho não seja sinônimo de penúria para as já desassistidas<sup>17</sup>.

A Pesquisa Nacional do Aborto do ano de 2016 constatou que a prática é comum entre as mulheres brasileiras de todas as idades, casadas, solteiras, mães, de todas as religiões, sem religião, de todos os níveis educacionais, trabalhadoras, desempregadas, de todas as classes sociais, de todos os grupos raciais, em todas as regiões do país e em todos os tipos e tamanhos de município, o que permitiu concluir que “o aborto pode estar associado a um evento reprodutivo individual, mas a prática de aborto está enraizada na vida reprodutiva das mulheres e responde à forma como a sociedade brasileira se organiza para a reprodução biológica e social”.<sup>18</sup>

Todavia, a constatação de que o aborto é uma prática comum não significa dizer que não traga consequências às mulheres que optam por interromper a gravidez clandestinamente.

A Organização Mundial da Saúde estima que, a cada ano, são realizados 22 milhões de abortos inseguros no mundo, o que provoca a morte de cerca de 47.000 mulheres, majoritariamente em países em desenvolvimento. As barreiras legais para a realização do aborto são um dos motivos que induzem muitas mulheres a

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 43-82, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>18</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=pt&tling=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=pt&tling=pt)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

recorrerem a procedimentos com profissionais não especializados, de forma insegura.<sup>19</sup>

Na maioria dos países desenvolvidos não há restrição legal para a realização de abortos, o que proporciona uma situação em que procedimentos seguros são acessíveis a todas as mulheres. Já nos países em que existem restrições legais para a realização do aborto, apenas uma parcela privilegiada da população tem acesso a uma intervenção segura, enquanto mulheres de baixa renda recorrem a práticas perigosas, que provocam prejuízos à saúde e podem levar à morte.<sup>20</sup> De qualquer forma, “independentemente de o abortamento estar ou não restrito por lei, a probabilidade de uma mulher se submeter a um abortamento por uma gravidez não desejada é praticamente a mesma”.<sup>21</sup> A diferença está justamente nas consequências de realizar um procedimento inseguro em um contexto de proibição. Ademais, ao contrário do que se pensa, o aborto seguro e acessível é uma forma de reduzir custos por parte do Estado, tendo em vista que os cuidados médicos necessários para reverter complicações de um procedimento inseguro, além da demanda por tratamentos para as sequelas dele decorrentes, sobrecarregam os sistemas de saúde.<sup>22</sup>

Alessandro Baratta chama atenção aos custos sociais que decorrem da aplicação de uma sanção penal, suscitando o princípio da proporcionalidade concreta, também chamado de princípio de adequação do custo social, para afirmar que o sistema de justiça criminal pode ser um instrumento de reprodução de conflitos existentes e de produção de problemas novos e mais graves do que a ofensa que pretende combater, como é o caso da criminalização do aborto.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Abortamento seguro*: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. p. 17-18. Disponível em: <<http://www.rets.epsjv.fiocruz.br/biblioteca/aborto-seguro-orientacao-tecnica-e-politicas-para-sistemas-de-saude>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

<sup>20</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Abortamento seguro*: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. p. 17-18. Disponível em: <<http://www.rets.epsjv.fiocruz.br/biblioteca/aborto-seguro-orientacao-tecnica-e-politicas-para-sistemas-de-saude>>. Acesso em: 10 abr. 2018

<sup>21</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Abortamento seguro*: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. p. 23. Disponível em: <<http://www.rets.epsjv.fiocruz.br/biblioteca/aborto-seguro-orientacao-tecnica-e-politicas-para-sistemas-de-saude>>. Acesso em: 10 abr. 2018

<sup>22</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Abortamento seguro*: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. p. 26. Disponível em: <<http://www.rets.epsjv.fiocruz.br/biblioteca/aborto-seguro-orientacao-tecnica-e-politicas-para-sistemas-de-saude>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

<sup>23</sup> BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. *Doctrina Penal. Teoria e prática em las ciencias penais*, v. 10, n. 87, 2012.

Considerando a proteção incipiente do bem jurídico, bem como as consequências nefastas da proibição, é possível concluir que o principal efeito prático da norma penal que proíbe a interrupção voluntária da gravidez é o de limitar o direito de autodeterminação de inúmeras mulheres, colocando em risco suas vidas sem proporcionar quaisquer benefícios à sociedade em troca.

### 3 DA FUNÇÃO SIMBÓLICA DA PENA

No que se refere ao aborto, é notório que a cominação de pena não repercute na função de prevenção geral negativa (dissuasão) esperada, pois não impede que inúmeras mulheres optem por interromper a gravidez de forma clandestina.

Alessandro Baratta, inclusive, afirma não haver aferição empírica na função de prevenção geral negativa – e também na prevenção especial positiva – em qualquer norma penal incriminadora:

No meu ponto de vista, assistimos hoje a uma crise irreversível da legitimação instrumental dos sistemas punitivos. A função de prevenção especial positiva (ressocialização do infrator), que foi a base dos programas de reabilitação nos Estados Unidos e na Europa nos anos setenta, pode ser considerada hoje como uma hipótese refutada pelos programas de pesquisa de controle. A função de prevenção geral negativa (objetiva a dissuasão dos potenciais infratores), na qual se baseia grande parte do consenso que ainda goza o sistema penal no sentido comum pode ser considerada, por sua vez uma hipótese empiricamente não verificada e impossível de sê-lo. 24

Nesse sentido, o autor afirma o declínio das funções instrumentais da pena e sustenta a prevalência da sua função simbólica, denominada prevenção geral positiva, a qual dirige-se aos cidadãos respeitadores da lei como forma de reforçar e justificar a necessidade de existência do sistema e de validade das normas penais.<sup>25</sup>

Tal função independe do aumento ou diminuição da criminalidade e não tem como finalidade a proteção de bens jurídicos. Na verdade, é uma forma de representação da moral dominante e uma satisfação à opinião pública e tende a prevalecer sobre a função instrumental da pena, pois a ausência de efetividade na

<sup>24</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 2, n. 5, p. 13-21, 1994. p. 17-18.

<sup>25</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 2, n. 5, p. 13-21, 1994.

proteção real aos bens jurídicos abre espaço para discursos enganosos que criam impressões equivocadas de segurança e justiça.<sup>26</sup>

Uma análise do sistema de justiça criminal sob um recorte de gênero leva à conclusão de que o Direito Penal é uma forma de controle social majoritariamente direcionada aos homens, atuando de forma menos incisiva ou mais condescendente com as mulheres, sendo esta uma das facetas da seletividade do sistema. Todavia, não se trata de um tratamento benéfico ou elogioso, tendo em vista que este tratamento diferenciado é, na verdade, um reflexo da divisão social do trabalho na construção dos papéis de gênero, uma vez que “a sociedade patriarcal reservou, de forma ampla, o protagonismo da esfera produtiva aos homens e do círculo reprodutivo, às mulheres”.<sup>27</sup>

O controle social dirigido às mulheres é essencialmente informal e ocorre na esfera privada, doméstica e familiar, em contrapartida à esfera pública, majoritariamente masculina, na qual a principal forma de controle é o Direito Penal.<sup>28</sup>

O sistema da justiça criminal funcionaria, no caso das mulheres, como uma complementação dos controles informais privados, quando estes falhassem em manter os valores e a estrutura social historicamente construídos:

O sistema de justiça criminal é integrativo do sistema de controle informal. Este se volta às intérpretes de papéis femininos na medida em que possuam uma relevância tal que os impeça de serem controlados apenas pelo patriarcado privado e, portanto, na perspectiva deste mesmo patriarcado, interessantes à esfera pública. Pensemos nos tipos específicos de gênero na lei penal (criminalização primária): aborto, infanticídio, abandono de menores.<sup>29</sup>

Assim, a tipificação penal do aborto serviria como uma representação simbólica da função de reprodução atribuída à mulher, bem como uma forma de

<sup>26</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 5, p. 13-21, 1994. p. 21-23.

<sup>27</sup> BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 45.

<sup>28</sup> BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 46.

<sup>29</sup> BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal questão humana. In: CAMPOS, Carmen (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 49

preservar o domínio patriarcal sobre a mesma, e não, como proteção ao bem jurídico.<sup>30</sup>

Elena Larrauri critica o Direito Penal pelo fato deste refletir justamente a imagem que os homens têm das mulheres, enquanto portadoras de uma sexualidade passiva, procriadora e objeto do desfrute masculino. Tal imagem, porém, não tem uma origem biológica, mas é determinada por uma concepção social e moral masculina, o que explica as particularidades dos tipos penais que são direcionados especificamente às mulheres, os quais envolvem, principalmente, a reprodução, como é o caso do aborto.<sup>31</sup>

Ao contrário do que se supõe, as funções instrumentais da pena serviram sempre para estender os limites do poder de punir do Estado, bem como para esconder as funções simbólicas da punição, servindo como uma reprodução ideológica da desigualdade social<sup>32</sup> ou, no caso da criminalização do aborto, também da desigualdade de gênero.

Ainda que se possa diferenciar o sexo feminino pela capacidade biológica de engravidar, essa peculiaridade não deve se converter em um prejuízo social na vida das mulheres, excluindo-as do exercício de uma cidadania plena ao impor a utilização de seus corpos para a preservação de uma outra vida. Se as restrições ao aborto decorrem de argumentos fundados no papel social historicamente construído e atribuído à mulher, então a criminalização desrespeita o princípio da igualdade, sendo, portanto, ilegítima.<sup>33</sup>

O princípio da igualdade, quando aplicado às esferas sexual e reprodutiva, fundamenta a demanda pela legalização do aborto, pois permite levar em

<sup>30</sup> BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal questão humana. In: CAMPOS, Carmen (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 49.

<sup>31</sup> LARRAURI, Elena. Una crítica feminista al derecho penal. In: *MUJERES, derecho penal y criminologia*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p. 22-23.

<sup>32</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 2, n. 5, p. 13-21, 1994. p. 23.

<sup>33</sup> PIRES, Teresinha Inês Teles. *Direito ao aborto, democracia e Constituição*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 108-109.

consideração a situação social desvantajosa de uma mulher que é obrigada a arcar com as consequências de uma maternidade compulsória.<sup>34</sup>

Sobre o princípio da igualdade, Teresinha Inês Teles Pires afirma:

A metodologia mais correta para a inserção do princípio da igualdade na solução dos casos jurídicos consiste na investigação sobre a existência de eventual tratamento diferenciado, de caráter discriminatório, no cerne do conteúdo da norma aplicável ao caso concreto. E, sendo identificado algum fator de desigualdade, é preciso avaliar se a classificação da lei pode ser justificada de forma logicamente aceitável. [...]. O padrão da igualdade de gênero proporciona elementos de análise hábeis a edificar uma ligação entre a autonomia procriativa da mulher e seu direito de interromper o desenvolvimento da vida embrionária, representando uma abordagem recepcionada pela Constituição de 1988.<sup>35</sup>

O princípio da igualdade de gênero está positivado no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal, significando que o legislador buscou nivelar os direitos dos homens e das mulheres. A igualdade almejada não se refere a um tratamento idêntico, sendo aceitáveis as distinções com fundamento no sexo quando têm o objetivo de garantir a fruição plena de direitos fundamentais. Dessa forma, “o princípio da igual proteção perante a lei, em uma conotação de gênero, pode ser utilizado, no sistema pátrio, como um dos fundamentos para acolher o direito à interrupção da gravidez em seus estágios iniciais”.<sup>36</sup>

Voltando à lição de Baratta, tem-se que, em um Estado de direito, o sistema penal deve ser um instrumento garantista de limitação do poder punitivo em benefício do cidadão, desapegando-se de técnicas punitivas que não apresentem qualquer utilidade social:

O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal dos Estados de direito é ser coerente com seus próprios princípios ‘garantistas’: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se, mais que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade

<sup>34</sup> PIRES, Teresinha Inês Teles. *Direito ao aborto, democracia e Constituição*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 113.

<sup>35</sup> PIRES, Teresinha Inês Teles. *Direito ao aborto, democracia e Constituição*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 255-257.

<sup>36</sup> PIRES, Teresinha Inês Teles. *Direito ao aborto, democracia e Constituição*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 256.

com aqueles princípios, por todo o tempo em que deva durar a luta por uma política ‘alternativa’ com relação à atual política penal. [...]. Durante todo esse tempo, o ‘uso alternativo do direito penal’ significará usar o direito como instrumento para uma rigorosa limitação, política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como uma violência inútil das penas. Isto implica numa concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena.<sup>37</sup>

A criminalização do aborto, portanto, não subsiste a uma verificação sob o crivo da teoria do bem jurídico, tampouco sob o critério das funções da pena, o que demonstra não ser o Direito Penal o instrumento adequado para resolver o conflito social que decorre de uma gravidez indesejada. Pelo contrário, demonstrou-se que o contexto de proibição acarreta mais prejuízos à sociedade do que o aborto em si. Ainda, considerando que a criminalização do aborto importa em um reforço da desigualdade de gênero, causando um severo prejuízo social às mulheres, conclui-se que a descriminalização da conduta é medida que se impõe.

#### 4 CONCLUSÃO

Para que ocorra uma mudança da legislação penal sobre o aborto no Brasil, seja por meio da atuação do Poder Legislativo, seja pela declaração de inconstitucionalidade do tipo penal pelo Poder Judiciário, é preciso admitir que a criminalização não logrou em evitar a ocorrência da conduta, ou seja, não obteve êxito em proteger a vida que propôs preservar.

Uma eventual descriminalização do aborto não objetivaria a banalização do tema e nem o aumento do número dos procedimentos que já são realizados no país. O que se espera é que, uma vez permitida a conduta, haja uma regulamentação no sentido de conceder segurança à saúde da mulher que optar por interromper a gravidez. Ainda, espera-se que, caso uma gestante decida pelo aborto, que não o faça de forma desesperada e irrefletida, sendo-lhe proporcionado acolhimento e apoio profissional no sentido de vislumbrar a melhor solução para a sua situação concreta.

Uma reflexão profunda e honesta sobre o tema, levando em consideração que a norma penal deve existir apenas quando imprescindível para a proteção de um bem

---

<sup>37</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 5, p. 13-21, 1994. p. 24.

jurídico, escancara a função simbólica da pena cominada ao aborto, enquanto instrumento de controle social sobre a mulher, o qual é acionado quando todos os demais sistemas de controle falham em promover uma atuação conforme o papel de gênero predeterminado.

A função reprodutiva sempre foi um dos dogmas do papel social do sexo feminino e uma forma de expressão do domínio patriarcal sobre o corpo da mulher. Deixar de considerar o aborto como um crime, pelo menos até um dado período gestacional, significa respeitar a autonomia reprodutiva da mulher, impedindo interferências externas sobre o corpo que apenas a ela pertence.

Ainda que se coloque em segundo plano a autodeterminação da mulher para privilegiar o direito à vida do nascituro, não se pode negligenciar o fato de que a política de criminalização do aborto falhou em apresentar quaisquer efeitos positivos para a sociedade, já que não demonstrou o menor poder de dissuasão para as mulheres que decidem encerrar uma gravidez indesejada.

Independentemente dos benefícios sociais que a descriminalização proporcionaria, os malefícios da proibição, por si só, já tornam inútil e perverso o tipo penal que proíbe a interrupção voluntária da gravidez, tanto por falhar em proteger a vida em desenvolvimento, quanto por colocar em risco a vida e a saúde de inúmeras mulheres, a quem deve ser concedido o direito de conduzir as próprias vidas.

## REFERENCIAS

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 5, p. 13-21, 1994.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. *Doctrina Penal. Teoria e prática em las ciencias penais*, v. 10, n. 87, 2012.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 16 abr. 2018.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciência Criminais – RBCCRIM*, v. 17, n. 80, p. 7-34, set./out. 2009.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=pt&tlng=pt)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LARRAURI, Elena. Una crítica feminista al derecho penal. In: *MUJERES, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde*. p. 17-18. Disponível em: <<http://www.rets.epsjv.fiocruz.br/biblioteca/aborto-seguro-orientacao-tecnica-e-politicas-para-sistemas-de-saude>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

PIRES, Teresinha Inês Teles. *Direito ao aborto, democracia e Constituição*. Curitiba: Juruá, 2016.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Cleopas Isaías. Mandados expressos de criminalização e Função Positiva do Bem Jurídico-Penal: Encilhando o Leviatã. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 77, p. 26-37, dez./jan. 2013.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 43-82, Abr./Jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

# A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DOS "MENINOS DA MACONHA"

## THE ADMINISTRATIVIZATION OF THE PENAL LAW OF THE "MACONHA BOYS"

Victor Lima Duque Estrada<sup>1</sup>

### RESUMO

Estudo crítico e analítico da Legislação Penal do Brasil sobre seus pressupostos normativos e aspectos relativos à proteção dos bens da vida os quais são considerados como essenciais para a sobrevivência em sociedade. Ponderação sobre as crescentes, e cada vez mais próximas, premissas do Direito Penal do inimigo na legislação penal nacional como consequência na presente e preponderante seletividade do sistema criminal, com fundamento no combate contra determinados grupos de indivíduos baseando-se em critérios como características meramente pessoais ou até mesmo comportamentais, alvos preferenciais da perseguição penal. Exposição das doutrinas e teorias criadas por autores criminalistas e penalistas como Alessandro Baratta, Luigi Ferrajoli, Gunther Jakobs e João Paulo Orsini Martinelli. Descrição dos axiomas do sistema garantista de Luigi Ferrajoli. Argumentação pela tendência generalizada da abstração das normas penais, consequência de bens jurídicos tutelados pelo sistema penal e criminalístico de forma abstrata e subjetiva, resultando em uma sociedades claramente mais próxima de sistemas Totalitários, fato que será demonstrado como consequência pelo presente quadro normativo em análise, o qual acentua o caráter seletivo do sistema penal no Brasil. Exemplificação factual da situação criminal e penal do uso pessoal de entorpecentes, artigo 28 da Lei nº 11343 de 2006, com a finalidade de expor o pressuposto controlador social das leis penais e criminais que objetivam a proibição e a limitação, por meio da norma penal, dos direitos e liberdades individuais inerentes ao cidadão. Conclusão pela natureza abstrata e subjetiva das normas que, por meio da tutela penal e da criação de bem jurídicos subjetivos, procuram controlar a liberdade e a saúde da sociedade.

### ABSTRACT

A critical study and analysis of the Brazil's Criminal law, about its normative assumptions and aspects related to the protection of the "life goods" that are considered essential for the survival in society. Deliberation about the rising and ever more approaching "Enemy's Criminal Law" assumptions in the national

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pelo UniCEUB (DF), aluno da pós-graduação em Direito Penal e Controle Social pelo UniCEUB (DF). Endereço: SHIN QL 09, Conjunto 07, casa 17. CEP: 71515275 – DF – Brasil. Advogado

criminal law as a consequence of the present and prevalent selectivity in the criminal system, with the foundation of a combat against certain groups of individuals based merely in personal or even demeanor criteria, preferential targets to the criminal persecution. Exposition of the doctrines and theories created by criminal authors such as Alessandro Baratta, Luigi Ferrajoli, Gunther Jakobs and João Paulo Orsini Martinelli. Description of Luigi Ferrajoli's system of guarantees axioms. Argumentation for the generalized tendency of abstract criminal laws, consequence of the "juridical goods" tutelage by the criminal system in a subjective and abstract way, resulting in a society clearly closer to a totalitarian system, a fact that will be demonstrated because of the present state of the laws that are in analysis, which is increasing the selective character of Brazil's criminal system. Factual exemplification of the personal use of drugs criminal situation, article 28 of Law n° 11343 of 2006, with the purpose of exposing the social control assumptions of the criminal laws which have the purpose of prohibition and limitation, through criminal laws, of citizen's individual rights and liberties. Conclusion for the abstract and subjective nature of laws that, through criminal tutelage and the creation of subjective judicial goods, try to control society's liberty and health.

## 1 INTRODUÇÃO

No recente julgamento do Habeas Corpus (HC) 152752, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou, por maioria dos votos, a pretensão da defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva de "impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro"<sup>2</sup>, confirmando assim o entendimento do Supremo Tribunal sobre a possibilidade do início de cumprimento da pena após a factual confirmação de condenação do réu em segunda instância.

Na oportunidade do julgamento, o Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso proferiu, em seu voto, algumas palavras peculiares acerca do seu entendimento sobre a presente situação do sistema criminal brasileiro e seus principais alvos:<sup>3</sup>

[...]os pobres são presos antes da decisão de primeiro grau, os pobres são presos em flagrante e lá permanecem até a condenação final. Não é de pobres que nós estamos falando

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

<sup>3</sup> YOUTUBE. *Julgamento do habeas corpus de Lula no STF!* Transcrição minha do voto do Ministro Barroso no julgamento do HC 152752. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3Ve9KEvIjUU>>. Acesso em 25 abr. 2018.

aqui, porque se fosse de pobres a mudança da jurisprudência teria aumentado o índice de encarceramento. [...]os pobres são presos em flagrante com cem gramas de maconha ou algumas pedras de crack, e ficam lá mofando sem ninguém para se preocupar muito com eles [...] Alguém condenado em segundo grau por roubo, ou por estelionato ou, como se considera aqui no Brasil não são crimes violentos corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, lavagem, fraude em licitação, nada disso é crime violento, é esse o povo que se quer colocar na rua, para deixar o lugar ocupado pelos meninos da maconha. Então esses crimes são considerados não violentos que não justificam a prisão preventiva, e aí o sujeito que roubou cem milhões frequenta os mesmos restaurantes de gente que passou o dia trabalhando[...]

Certamente o ponto de vista do Excelentíssimo Ministro é inspirado em uma cosmovisão crítica da criminologia penal, mais especificamente, as observações do Ministro estão pareadas com as dadas pela teoria da seletividade do sistema do Direito Penal, teoria esta que anuncia a colocação de determinados grupos de indivíduos, com base em características pessoais ou até mesmo comportamentais, como os alvos preferenciais da persecução penal.

Este é o significado de “Seletividade Penal” concomitante com o entendimento de Alice Bianchini, uma forma de controle onde os “escolhidos para receber toda a carga de estigma, de injustiça e de violência, direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, são preferencial e necessariamente os membros das classes subalternas”<sup>4</sup>, a expressão racial e econômico-social do sistema carcerário e das vítimas da violência generalizada apontam para uma realidade onde o pobre, o negro e o vulnerável são os principais alvos de uma “propaganda tão enganosa e eficaz, que, apesar disso, consegue “vender” a ideia da solução penal como alguma coisa desejável, até mesmo para os setores mais conscientes e progressistas”. Bianchini expressa que o sistema penal contemporâneo faz prevalecer e é, em contrapartida, também alimentado por formas de discriminação, arbitrariedade e violência intrínsecas à presente política criminal aplicada por um Estado que encobre verdades e pune os mais pobres, resultado inevitável do consentimento expresso ou tácito majoritário da sociedade Brasileira.

<sup>4</sup> BIANCHINI, Alice. A Seletividade do Controle Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 51–64, abr./jun., 2000.

Nesta óptica, em concordância com as observações feitas pela fala do Ministro Barroso, se o Estado Democrático de Direito não garante aos seus cidadãos um tratamento e isonômico, baseado na aplicação garantista dos direitos fundamentais e dos tratados de direitos humanos, colocando as classes sociais mais abastadas, de forma sistemática e institucional, em situações cada vez mais insalubres e vulneráveis, a configuração de critérios de seleção do sistema penal brasileiro torna-se verdadeira expressão de controle e manipulação da população por meio da ação ostensiva penal e encarceramento de indivíduos selecionados por critérios raciais, econômicos e até comportamentais, uma verdadeira expressão moderna da teoria de Cesare Lombroso (determinação puramente antropológica da criminalidade onde certos indivíduos naturalmente, por suas características biológicas ou até mesmo estéticas, tendem ao cometimento de crimes)<sup>5</sup>.

Em paralelo e apoio a essa seletividade, afirma Loic Wacquant, a criação de um gigantesco mecanismo penal e uma sistemática fabricação de medos tangíveis são alguns dos objetivos dos sistemas de controles contemporâneos, onde as prisões não mais são utilizadas como ferramentas de disciplina, mas sim como fábricas de exclusão. Ponto de extrema relevância na demonstração de controle social por meios da “guerra contra as drogas”, exemplifica o autor, onde essa política prisional se demonstra como uma autopoiese onde o próprio sistema alimenta a continuidade dos mesmos fatores os quais se compromete a combater:<sup>6</sup>

Lá como cá, a clientela do sistema penal é recrutada no exército de jovens negros e/ou pobres (ou quase negros de tão pobres), lançados à própria sorte nos ajustes econômicos que as colônias sofreram naquela que ficou conhecida como a “década perdida”. A continuidade do fracasso retumbante das políticas criminais contra drogas só se explica na funcionalidade velada do gigantesco processo de criminalização geral por eles. As prisões do mundo estão cheias de jovens “mulas”, “aviões”, “olheiros”, “vapores”, “gerentes” etc.

A autopoiese a qual Wacquant faz referência se trata do sistema proposto por Niklas Luhmann, demonstrando-se como uma teoria oportuna teoricamente capaz de explicar como alguns mecanismos e políticas criminais penais, como a seletividade

<sup>5</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. São Paulo: Revan. 1999.

<sup>6</sup> WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. São Paulo: Revan. 2003.

penal, conseguem preponderar e perdurar, uma vez observadas evidentes violências e mazelas contra a sociedade como um todo, através do tempo e espaço jurídico a frente de uma República Democrática constitucionalista:<sup>7</sup>

E é nesse sentido, enfim, de que o sistema recorre a si mesmo para efetuar suas operações, que podemos afirmar que esta recursividade, além do corolário do fechamento operacional, é aquilo que nos permite concluir que é o próprio sistema quem não pertence ao sistema. Assim é que se afirma que o sistema é *autopoietico*: ele não somente se auto-organiza; o sistema se auto-reproduz, isto é, produz a si mesmo a partir daquilo por ele mesmo já produzido, o que, na verdade, tem um impacto na observação da relação entre estrutura e seu processo de produção (operação). A autopoiesis surge como algo a ser *pressuposto* como invariável, no sentido de que não afirma qualquer ponto no que se refere ao conteúdo das estruturas, ou ainda sequer sobre os efeitos a serem observados como decorrentes do acoplamento entre sistema e ambiente.

Não obstante, uma aplicação extremada da seletividade penal se manifesta no Direito Penal do inimigo. Gunther Jakobs descreve este sistema penal como verdadeiro estado de política de segurança onde a eliminação e ostracismo do indivíduo indesejado pela sociedade em detrimento de uma análise justa judiciária dos fatos pela culpabilidade ou não do agente. Neste estado de exceção o direito penal não é aplicável ao “cidadão” (o homem comum que respeita a lei), mas sim, por meio das funções simbólicas do direito penal, para o indivíduo que não possui personalidade (aquele que é combatido pelo sistema), por não se adequar ao comportamento e parâmetros impostos pela sociedade:<sup>8</sup>

[...] o Direito penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos infratores; [...]em consequência, o Direito penal do inimigo não é um Direito penal do fato, mas do autor. [...]A função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a *contradição*, e no Direito penal do inimigo é a *eliminação de um perigo*. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos *podem* ser legítimos. [...] No Direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinquente é um inimigo (Rosseau, Fichte). Para manter um destinatário para expectativas normativas, entretanto, é preferível manter, por

<sup>7</sup> CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade*: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

<sup>8</sup> JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

princípio, o *status* de cidadão para aqueles que *não* se desviam (Hobbes, Kant).

O presente estudo propõe então uma análise crítica de uma possível Administrativização do Direito Penal Brasileiro presente na legislação nacional, principalmente nas últimas décadas, com foco secundário exemplificativo na legislação aplicada para a presente contravenção penal do vulgo “uso pessoal de entorpecentes”, art. 28 da Lei 11343 de 2006, com o intuito final de demonstrar o aspecto de controle social das leis e doutrinas objetos deste estudo. São objetos deste estudo as leis penais brasileiras, juntamente com as doutrinas e teorias penais e da criminologia que as fundamentam, assim como certas teorias de controle social e teorias sistemáticas sobre o direito.

## 2 A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, tipifica, em seu art. 28, os atos de “[...]adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar[...]”, colocando a prática do uso pessoal de substâncias entorpecentes como contravenção tipificada em legislação penal extravagante brasileira.<sup>9</sup>

Ademais, os artigos 1º e 2º da mesma Lei instituem o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), órgão que, de acordo com sua 3ª edição, “[...]prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes”<sup>10</sup>, possuindo como razão, de acordo com os artigos 1º e 2º do decreto que institui o próprio Sinad:<sup>11</sup>

[...]articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: I – a prevenção do uso indevido, atenção e

<sup>9</sup> BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

<sup>10</sup> BRASIL. *Lei n. 11.243, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/781>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

<sup>11</sup> BRASIL. *Decreto nº 5 de 27 de setembro de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5912.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2018.

reinserção social de usuários e dependentes de drogas; e II – a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Fica claro então que a Lei nº 11.343, juntamente com o Sinad, possuem a pretensão de proteger a saúde e paz social, tutelando penalmente as ações de uso, comércio, disseminação e transações das drogas em todo território nacional. No caso das normas citadas, os bens jurídicos tutelados penalmente são: liberdade, saúde e paz social.

O conceito de “bem jurídico” é colocado por Alessandro Baratta como aquilo que se busca proteger e tutelar pelo direito penal por causa do valor ao qual se é agregado ao bem da vida. A natureza do bem jurídico, diz o autor, é necessariamente volátil e não científica, isto se dá pela fluidez conceitual trazida pela valoração subjetiva do que pode ou não ser considerado como “bem jurídico”. Por consequência de sua volatilidade, o bem jurídico ideal aos olhos do direito penal deveria observar duas funções relativas à sua natureza, sendo a primeira a função Intersistemática e a segunda a função Extrasistemática. Enquanto a primeira define-se por uma seletividade por parte do legislador sobre bens considerados como necessários para o devida convivência entre homens na sociedade, onde na verdade essa avaliação manifesta-se por uma ponderação subjetiva e meramente pré-conceitual por parte dos legisladores de bens colocados em pauta, colocando os mesmos em proteção especial por normas jurídicas e pelo direito penal, o segundo se manifesta como uma análise crítica sobre os efeitos da aplicação e proteção penal sobre os bens jurídicos agora tutelados e seus efeitos factuais na sociedade.<sup>12</sup>

Neste sentido, a normatização de um “Bem Jurídico” traz uma ideia de homogeneidade conceitual perante à sociedade apresentando-o como bem necessário, entretanto, como Baratta coloca, disparidades conceituais e valorativas dos bens jurídicos são inevitáveis em relação a alguns membros ou grupos na sociedade, pois, assim como um dos pilares da democracia sustenta, a liberdade de pensamentos traz subentendido o direito de discordar do próximo.

<sup>12</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 6-23, jan./mar. 1994.

Neste sentido, Baratta propõe a necessidade da avaliação extrasistemática científica dos “Bem Jurídico”, pois somente ponderando melhor a real necessidade ou não da normatização penal do bem se pode evitar que as mazelas de uma saturação penal ocorram, pois em uma sociedade onde tudo e qualquer coisa seja considerada como um bem jurídico penalmente protegido, manifestações de conflitos inerentes ao sistema, ofuscações de conflitos estruturais e a promoção de um sistema penal punitivo são consequências inexoráveis.<sup>13</sup>

A teoria da prevenção geral positiva é, portanto, uma teoria da função simbiótica do direito penal, no sentido de que as funções indicadas se relacionam diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e com a afirmação da validade das normas, confirmação esta simbólica e não empírica, por ser independente da quantidade de infrações e da sua redução. Assim sendo, a defesa dos bens jurídicos não pode ser considerada, segundo a teoria da prevenção-integração, como uma função principal das normas penais. Sob este ponto de vista, o direito penal não é tanto um instrumento de imposição da “moral dominante”, senão um meio eficaz de representação (simbólica) desta.

Não obstante, uma vez observado que a tutela penal do “bem jurídico” visa proteger o bem da vida por meio da aplicação real do sistema penal, Baratta aponta que as funções clássicas da pena não mais subsistem, pois, a função mediata de proteção, a função de ressocialização e a função de dissuasão do crime não possuem mais aferição empírica na sociedade moderna. Desta forma, uma vez observado que as funções da pena não mais protegem os direitos fundamentais e limitam a atuação do Estado, mas sim relativizam as mesmas, a única função da pena que ainda é pulsante no atual sistema criminal é, de acordo com Baratta, a função de neutralização, exatamente a função que exclui os alvos do sistema penal da sociedade.

Conseqüentemente, quando apenas a função de neutralização pode ser factualmente atingida, a pena é tratada como um mecanismo de conformação com as regras e moldes da sociedade, aplicando-se um sistema de eliminação contra rebeldes, pois, assim como Hobbes afirmava, uma vez que nenhum cidadão pode se excusar de sua cidadania, direitos e deveres, aqueles com comportamento desviado

<sup>13</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 6-23, jan./mar. 1994.

não são cidadãos. Logo, como Gunther Jakobs explica em sua obra, a consideração de que o Direito penal seria a proteção ao delinquente frente aos possíveis excessos do Estado é obsoleta, demonstrando que, com o advento de um novo sistema criminal nominado de “Funcionalismo Sistêmico” contemporâneo, o ato do agente não é mais o fator determinante do direito penal, o fator determinante agora é a legitimidade do próprio sistema penal, ou seja, a manutenção e reafirmação da coesão da sociedade e seus controles são agora preponderantes sobre a retribuição e outras finalidades clássicas da pena. Jakobs completa esse entendimento afirmando que a fundamentação de uma sanção deve ser necessariamente então a frustração de uma expectativa (no caso é a expectativa de conformidade com as normas da sociedade):<sup>14</sup>

Portanto, trata-se de um estado de certeza, de que o Estado presta segurança suficiente para as expectativas normativas da vítima frente ao autor, de modo que, se, apesar disso se produz um fato, este aparece como peculiaridade que não deve considerar no cálculo cognitivo, podendo ser neutralizada mediante a imputação ao autor e sua punição.

Conclui Baratta então que a pena nunca serviu para a defesa do “bem jurídico” ou dos direitos fundamentais, na verdade, como o presente sistema criminal demonstra, uma vez observado que a subsidiariedade do direito penal não é mais um princípio norteador do mesmo, o controle social e a neutralização dos grupos opostos às considerações subjetivas normatizadas consideradas como “moral dominante” é a regra norteadora do sistema. Essa é a expressão do Direito Penal de emergência alegorizado por Baratta, surgindo do clamor público por um direito penal simbólico demonstre intimidação aos agentes criminosos, ou seja, o controle da sociedade por meio do terror e violência são agora a regra:<sup>15</sup>

Na realidade, pretendida unção instrumental do direito sempre serviu para estender esses limites, para ocultar as funções simbólicas e políticas da ação punitiva, para mistificar a realidade da pena como violência institucional e sua “função latente”, ou seja, a de reproduzir o subsistema de justiça penal (compreendida sua própria clientela) e servir à reprodução

<sup>14</sup> JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>15</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 6-23, jan./mar. 1994.

ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade

Desta forma, em uma análise conceitual e crítica sobre as origens e vertentes da teoria do Direito Penal do Inimigo proposto por Gunther Jakobs, Francisco Munoz expõe as inspirações e origens da teoria de Jakobs. Na medida em que Jakobs conceituava o Direito Penal do inimigo como manifestação de um direito paralelo à lei formal que somente é aplicado à indivíduos considerados como perigosos ou criminosos natos (inimigos da sociedade), demonstrando assim a existência de dois direitos penais paralelamente aplicados em uma mesma sociedade (o Direito Penal do cidadão comum e o Direito Penal do Inimigo, este último com a finalidade de preservação cognitiva da ordem social e do *status quo*), Francisco concluiu que a teoria de Jakobs era extremamente similar à teoria constitucional, legal e penal fundamentadora do estado Nazista, uma vez que a própria legislação do regime Nazista sistematicamente aplicava relevantes relativizações aos direitos de determinados indivíduos aos quais eram subjetivamente julgados como inimigos do estado. Francisco na verdade afirmava pela prévia existência de construções jurídicas semelhantes ao Direito Penal do Inimigo muito antes do regime Nazista, pois a ideia de segregação social através da separação de indivíduos indesejados do meio social já era uma prática aplicada por regimes tipicamente totalitários, seus embasamentos eram conceituações similares a teorias como Darwinismo Social, Eugenia ou até pela teoria de Cesare Lombroso (teoria do perfil do criminoso perfeito), verdadeiras metodologias de segregação e apartheid social. Como crítica principal ao modelo de Direito Penal do Inimigo, Francisco comentava pelo fato de seu generalismo em relação à definição do inimigo, ou seja, a principal falha deste sistema é a ausência de especificação que delimite que são especificamente as pessoas “doentes de corpo e alma” que devem ser combatidas pelo Direito Penal do Inimigo, a subjetividade de seus parâmetros abala com a sustentação de suas bases teóricas:<sup>16</sup>

O perigo que implica a vagueza desse conceito consiste na possibilidade de se incluir nele tudo o que num determinado momento questione os padrões de segurança fixados pelos que detêm o poder (cuja legitimidade, democrática ou não,

<sup>16</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011.

certamente Jakobs nem sequer levanta), e que, definitivamente, quase todo o Direito Penal pode ser considerado como um Direito Penal do inimigo.

Entretanto, Francisco conclui que a concepção teórica do Direito Penal do Inimigo de Jakobs é de grande relevância acadêmica e social, uma vez que a mesma é uma recordação fiel pragmática, não pertencente à uma ideologia em específico, dos terrores de uma cruel realidade, passada e presente, de regimes totalitários, onde direitos fundamentais são diariamente relativizados com o pretexto da proteção da sociedade e combate ao inimigo. O autor afirma que a tendência cada vez mais evidente nos dias de hoje de um Direito Penal *sui generis*, um direito que é atuante em paralelo aos parâmetros do Estado de Direito, é uma ameaça real e constantemente presente em todas as sociedades democráticas contemporâneas, pois os limites entre o Direito Penal do Estado de Direito e o Direito Penal do inimigo se apresentam cada vez mais difusos nessas sociedades, e, assim como o autor afirma no exemplo do regime nazista: “[...]a mais refinada dogmática jurídica pode caminhar paralela e inclusive servir de legitimação à barbárie revestida com a roupagem e o venerável nome do Direito”<sup>17</sup>.

Neste contexto, com o intuito de se evitar o Direito Penal do inimigo, Fabio Roberto D'Avila prescreve que o “bem jurídico” objeto da tutela penal deve ser escolhido como objeto de cobertura pela última ratio penalista e não apenas por uma opinião, evitando assim carga subjetiva do legislador ou vontade da população na tutela penal, pois, de acordo com o autor, inevitavelmente a proibição penal significa limitar o direito constitucional e as liberdades individuais. Fabio avalia ser indispensável não só uma delimitação do que é o “bem jurídico”, mas também uma avaliação valorativa a partir das normas constitucionais dos mesmos, uma vez que o sentido e expressão de “Bem jurídico” pode ser tão ampla e subjetiva que, em casos extremados, qualquer afronta a um bem pode ser tipificada como crime. Para Fabio, um grande exemplo dessa expressão da subjetividade da avaliação de bens jurídicos se encontrava nos bens jurídicos supraindividuais, aqueles que são bens de interesse

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011.

de grupos e não de indivíduos determinados, pois sua complexidade e amplitude impedem uma determinação precisa de sua natureza:<sup>18</sup>

Diferentemente dos bens jurídicos individuais, cuja proximidade ou mesmo identidade com sua expressão fenomênica torna, não raramente, imperceptível o processo de corporização, os bens supraindividuais dizem respeito a níveis de abstração muito mais elevados e complexos, de expressão fenomênica invariavelmente multiforme, e que, ao buscar uma representação única, acaba por assumir, em um inevitável afastamento do mundo fenomênico, uma feição generalizante, muitas vezes, demasiadamente generalizante, perdendo-se, por vezes, da sua concreta expressão e induzindo a uma leitura típica em termos exclusivamente formais, nos inadmissíveis termos de um ilícito de mera desobediência.

Contudo, é importante observar que, assim como Cláudio Brandão expõe em sua análise da face política das normas penais, o direito penal possui forte vínculo com a política. O autor argumenta que as ações e programas exercidos pelo ramo penalístico do direito se demonstram como verdadeiros reflexos da expressão de liberdade ou democracia de um Estado, ou, ao mesmo tempo, expressões de repressão ou totalitarismo:<sup>19</sup>

A luz do exposto, o Direito penal tem uma inegável face política, porque ele concretiza o uso estatal da violência. É o multirreferido Direito Penal o mais sensível termômetro para aferir a feição liberal ou totalitária de um Estado, a saber: caso a violência da pena seja utilizada pelo Estado sem limites, sem respeito à dignidade da pessoa humana, estaremos diante de um Estado totalitário, ou ao invés, se a violência estatal for exercida dentro de limites determinados pelo Direito, aí se guardando o respeito à dignidade da pessoa humana, estamos diante de um Estado Democrático de Direito. Por isso, já asseverou Bustos Ramírez que “a justiça criminal, por ser a concreção da essência opressiva do Estado, é um indicador sumamente sensível no reflexo das características do sistema político-social imperante.

É de extrema importância então que se busque validação jurídico-penal das proibições impostas pela suposta proteção de um bem jurídico, pois somente um bem jurídico determinável (que demonstre ausência de subjetividade na aplicação de

<sup>18</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* - RBCCrim, v. 17, n. 80, p. 7-34, set./out. 2009.

<sup>19</sup> BRANDÃO, Claudio. Significado político-constitucional do direito penal. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/312>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

sua tutela) pode de fato demonstrar sua vital necessidade de proteção pelo direito penal, delimitando assim as possíveis ações ofensivas contra o próprio bem da vida. D'Avila afirma categoricamente que o “bem jurídico” de amplo conceito e expressão terá inevitáveis interpretações discricionárias por parte das autoridades quanto da avaliação, em casos fáticos, de sua ofensividade:<sup>20</sup>

A questão acerca do que se possa ser considerado materialmente uma conduta criminosa ou, mais propriamente, das qualidades materiais que deve reunir uma conduta para que possa ser objeto de uma proibição criminal é, e sempre o e será, o problema primeiro do direito penal.[...] E coloca, de forma manifesta, a necessidade de reconhecimento de um segundo nível, no qual se busque resgatar a validade jurídico-penal da proibição/determinação de uma precisa conduta, diante do fim de tutela a que se propõe a norma, *rectius*, da denominada *relação de ofensividade*.

É neste sentido que Luigi Ferrajoli alerta sobre os perigos da administrativização do Direito Penal (caracterizada pelo afastamento da ofensividade e pela ausência de um bem da vida factualmente verificável na criação da tutela penal de um “Bem Jurídico”), onde a função simbólica do Direito Penal se torna preponderante por consequência das conceituações abstratas pelas quais os bens jurídicos, agora alvos da proteção normativa penal, começam a ter. Por este motivo Ferrajoli defende que quanto menos axiomas garantistas uma sociedade apresentar em seu sistema penal mais próxima ela estará de um modelo totalitarista, pois um sistema garantista (SG) garante a maximização dos direitos e garantias dos cidadãos de frente ao Estado diminuindo assim a atuação penal do mesmo, podendo ser aplicado em todos os ramos do direito, mas de fato no direito penal encontrada a maior expressão de seus axiomas garantistas.

Ferrajoli define o SG como um meio, e não um fim, para a construção de uma sociedade mais democrática, onde haja um equilíbrio entre a liberdade, o direito e a pena. Necessariamente então, garante Ferrajoli, a presença de princípios garantistas do Direito Penal como o da retributividade (consequência da pena em relação ao delito), da legalidade (no sentido lato ou no sentido estrito), da necessidade (economia do direito penal), princípio da lesividade (da ofensividade do evento, da

<sup>20</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* - RBCCrim, v. 17, n. 80, p. 7-34, set./out. 2009.

materialidade (exterioridade da ação), princípio da culpabilidade (responsabilidade pessoal), princípio da jurisdicionariedade, princípio acusatório (separação entre juiz e acusação), princípio do ônus da prova (verificação) e do contraditório (defesa ou da falseabilidade) são os principais indícios de um sistema criminal fruto de uma Democracia bem fundamentada:<sup>21</sup>

Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfazível. Sua axiomatização<sup>4</sup> resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas: A1 Nulla poena sine crimine. A2 Nullum crimen sine lege. A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate. A4 Nulla necessitas sine injuria. A5 Nulla injuria sine actione. A6 Nulla actio sine culpa. A7 Nulla culpa sine judicio. A8 Nullum judicium sine accusatione. A9 Nulla accusatio sine probatione. A10 Nulla probatio sine defensione.

Em contraposição ao sistema garantista que possui axiomas bem definidos, Ferrajoli, apontando pela crescente tendência de normas criminalizadoras irracionais, relembra que foi no regime Nazista onde a lei penal, autojustificada pelo próprio sistema penal Alemão da época, apresentou um enorme grau de fusão com a moral dos indivíduos no poder, ou seja, foi nesse sistema totalitário onde a moral encontrou sua mais expressão nas leis penais. Nesta seara, Ferrajoli cita a Lei de Hume, conhecida também como guilhotina de Hume, afirmando que a validade de uma Lei não pode impedir que sua justeza seja questionada<sup>22</sup>, pois, de acordo com Hume, toda preposição, no caso em análise interpreta-se como preposições penais, tem em seu conteúdo um “dever ser” ou “dever fazer” que tome como pressuposto uma valoração moral preestabelecida:<sup>23</sup>

Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, [...] de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois como esse deve ou não deve

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>23</sup> WIKIPÉDIA. *Lei de Hume*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei\\_de\\_Hume](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_Hume)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece totalmente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. [...] não se pode deduzir o que deveria do que é, que enunciados descritivos puramente fatuais somente podem vincular ou implicar outros enunciados descritivos fatuais e nunca normas, pronunciamentos éticos ou prescrições para se fazer alguma coisa.

Ferrajoli conclui que uma manifestação exacerbada de ideologias e preceitos morais em normas penais é a pura aplicação do substantivismo no Direito Penal, verdadeira legitimação no sistema criminal de pautas meramente morais, situação característica de regimes totalitários. Logo, para o autor, o Direito Penal não deveria impor moral, ao contrário, deveria defender os bens jurídicos aos quais ele se compromete à proteger, onde a aplicação de um direito garantista é demonstrada por um processo onde as acusações e evidências são verificáveis e refutáveis, observando a não punição por posições políticas, morais ou históricas, mas sim pela verificação dos fatos e provas, fundamentos de uma acusação imparcial e científica. Por conseguinte, Ferrajoli prescreve que o direito não precisa de valores metajurídicos (normalmente permeados nas normas de regimes totalitários) para sua justiça. Como exemplo desta prescrição temos a decisão tomada no HC 211.888-TO julgado pelo STJ, com relatoria do Ministro Rogério Schietti, em 7 de junho de 2016, onde o egrégio Superior Tribunal decidiu pela defesa do direito da contraprestação de um serviço que, pelo viés moral, é considerado como subversivo ou, pelo menos, malvisto pela sociedade, colocando assim de fato uma separação entre o direito da moral.<sup>24</sup>

HABEAS CORPUS Nº 211.888 - TO (2011/0152952-2). [...]2. Não mais se sustenta, à luz de uma visão secular do Direito Penal, o entendimento do Tribunal de origem, de que a natureza do serviço de natureza sexual não permite caracterizar o exercício arbitrário das próprias razões, ao argumento de que o compromisso assumido pela vítima com a ré –de remunerar-lhe por serviço de natureza sexual– não seria passível de cobrança judicial. 3. A figura típica em apreço relaciona-se com uma atividade que padece

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC Nº 211.888 - TO (2011/0152952-2). Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 19 de maio de 2016. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/HC211888.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/HC211888.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

de inegável componente moral relacionado aos "bons costumes", o que já reclama uma releitura do tema, mercê da mutação desses costumes na sociedade hodierna e da necessária separação entre a Moral e o Direito. 4. Não se pode negar proteção jurídica àquelas (e àqueles) que oferecem serviços de cunho sexual em troca de remuneração, desde que, evidentemente, essa troca de interesses não envolva incapazes, menores de 18 anos e pessoas de algum modo vulneráveis e desde que o ato sexual seja decorrente de livre disposição da vontade dos participantes e não implique violência (não consentida) ou grave ameaça.[...] 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença de primeiro grau, que desclassificou a conduta imputada à paciente para o art. 345 do Código Penal e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade do crime em questão.

Nesta argumentativa, Luigi Ferrajoli aponta que uma análise crítica sobre a gerência e observação dos princípios da lesividade (ofensividade) e da subsidiariedade do Direito Penal em uma sociedade se tornam notórios para a verificação dos direitos e garantias fundamentais em uma sociedade Democrática.

## 2.1 O princípio da ofensividade ou lesividade

Usando como axioma do seu SG o *nulla necessitas sine injuria* (princípio da ofensividade), onde necessariamente deve se verificar uma lesão ao bem da vida que se pretende proteger por meio da aplicação do direito penal, Ferrajoli se expressa no sentido de que a ausência de factual percepção da ofensividade em relação a norma penal possui o simbolismo do Direito Penal como consequência.

Nas palavras de Ferrajoli, o princípio da lesividade constitui-se na noção de que a lesão efetiva ao bem da vida o qual se pretende proteger deve ser de fato notada para que o direito penal encontre justificativa necessária para ser aplicado, ou seja, a ofensividade do bem jurídico deve ser factual para. Por consequência, o autor aponta, quanto mais abstratos e subjetivos os bens jurídicos tutelados pelo sistema penal e criminalístico forem em uma sociedade, mais próxima ela estará de um sistema totalitarista, inevitabilidade da supressão de garantias fundamentais pela tutela penal de conceitos abstratos:

A certeza do direito penal máximo de que nenhum culpado fique impune se baseia, ao contrário, no critério oposto, mas

igualmente subjetivo, do in dúbio contra reum. Indica uma aspiração autoritária. Mas, em geral, a ideia corrente de que o processo penal deve conseguir golpear todos os culpados é fruto de uma ilusão totalitária. "Um empenho extremado em punir os réus, um excessivo rigor, um apressado castigo", advertia Francesco Maria Pagano, "arrastam consigo forçosamente efeitos funestos. [...] Semelhante poder ilimitado de um terrível inquisidor não pode estar sujeito aos laços de um processo regular. Em tal estado, a liberdade civil de modo algum pode subsistir".<sup>28</sup> Este modelo tem, ademais, uma estrutura lógica oposta à do direito penal mínimo, no sentido de que se preocupa em estabelecer não as condições necessárias, mas aquelas suficientes para a condenação, e não as condições suficientes, mas as necessárias para a absolvição.

Jakobs prescreve que o Direito Penal é utilizado muitas vezes como forma de precaução ou prevenção (dar uma satisfação ao sentimento de medo ou perigo da população), punindo-se atos preparatórios e prescindindo-se da verificação em concreto de eventual dano. Essa tendência de se punir não os atos que factualmente causem dano mas sim prováveis ou possíveis futuros atos que venham ser criminosos é a sombra do Direito Penal do Inimigo de acordo com Jakobs:<sup>25</sup>

Deste modo, o delito contra a segurança pública se converteu em uma verdadeira punição de atos preparatórios[...] portanto, o ponto de partida ao qual se ata a regulação é a conduta não realizada, mas só planejada, isto é, não o dano à vigência da norma que tenha sido realizado, mas o fato futuro. Dito de outro modo, o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito penal do inimigo. [...]o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade[...] Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas[...] Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Em exploração do princípio da ofensividade, Luís Greco discorre que atualmente é comum citação da inconstitucionalidade de crimes de perigo abstrato por violarem o princípio da lesividade ou ofensividade, pois, segundo a consideração de paridade hierárquica constitucional deste princípio, não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico. Contudo, Luís considera que o "bem jurídico" penal ideal, capaz de restringir o poder incriminador do legislador

<sup>25</sup> JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ordinário, impede a imposição moral na norma, ao mesmo tempo que somente encontra respaldo nos textos constitucionais, isso pela hierarquização entre a norma constitucional e a pretensão político-normativa do “Bem Jurídico” do legislador. Desta forma, a problemática da abstração das normas penais se trata então de uma questão baseada no caráter aberto ou não da norma Constitucional. Se inúmeros seus valores, mesmo conflitantes, não há então forma limitadora ao poder do legislador ordinário. Luís coloca como exemplo a “incriminação do homossexualismo” que, a priori, não poderia ser deslegitimada com base exclusiva no texto constitucional pela presença dos dispositivos que tutelam a moralidade (art. 221, inciso IV) e a família (art. 226), ambos da Constituição Federal<sup>26</sup>. Entretanto, a norma que teoricamente poderia proibir o homossexualismo seria combatida pelos argumentos dos direitos fundamentais, como os da intimidade, liberdade e privacidade, presentes no direito constitucional, prevalecendo assim sobre a tutela constitucional da moralidade e da família, ou seja, a argumentação crítica aparentemente dispensa o conceito de “Bem Jurídico”, bastando os valores e princípios constitucionais.

## 2.2 O princípio da subsidiariedade

Não obstante, partindo-se do princípio que o Estado detém o uso legítimo da violência em uma sociedade democrática de direito, Cláudio Brandão advoga pela necessidade de limitação do poder de punir. Toda norma penal que institui um crime tutela um bem jurídico, entretanto a tutela penal inevitavelmente também limita direitos fundamentais (vida, liberdade ou patrimônio), logo, para garantir uma maior e mais ampla defesa dessas garantias, uma aplicação e interpretação constitucional dos os objetos do direito penal (bens jurídicos penalmente tutelados) se torna então necessária:<sup>27</sup>

Porque o Direito Penal encerra em si o uso estatal da violência, sua compreensão somente pode ser efetuada através da união de sus elementos técnicos-dogmáticos com o seu significado político. Com efeito, a face política do Direito Penal aflora tão fortemente que ele é apontado como o mais

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>27</sup> BRANDÃO, Claudio. Significado político-constitucional do direito penal. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/312>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

sensível termômetro da feição política do próprio Estado, isto é, se a violência da pena for aplicada de forma ilimitada, sem resguardar a Dignidade da Pessoa Humana, estaremos diante de um Estado arbitrário; de outro lado, se a violência da pena for aplicada dentro de parâmetros de proporcionalidade (legalidade, culpabilidade, etc), de modo que se respeite a dita Dignidade da Pessoa Humana, estar-se-á ante a um Estado democrático.

Finalmente, Cláudio Brandão faz um aviso final: “O fenômeno da alienação técnica dos políticos somados à alienação política dos técnicos conduz à falta de norte do Direito Penal.

Baratta, em consideração sobre a seletividade do Direito Penal, dispõe que os processos de criminalização secundária (conceito onde o clamor da sociedade é o padrão tipificador de condutas no direito penal) acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. O autor indaga que têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, assim como ocorre no caso do professor e dos erros nas tarefas escolares, a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é *normal* esperá-la. Esta é a expressão do direito penal de emergência alegorizada por Baratta, configuração de um sistema responsivo ao clamor público que resulta no direito penal simbólico intimidador, ou seja, o controle da sociedade por meio do terror e violência.<sup>28</sup>

Em uma análise sobre as vertentes e teorias do utilitarismo com o Direito Penal, João Paulo Orsini Martinelli, admitindo que o Estado procura determinar padrões de comportamentos, determina que “O Direito Penal é o ramo mais repressivo do ordenamento jurídico, portanto, deve ser aplicado com moderação pelo Estado. A utilidade deste ramo do direito deve ser a proteção de bens jurídicos e a mínima restrição da liberdade individual”<sup>29</sup>, logo é por meio da legislação penal que o principal controle de condutas ocorre, pois, embasado em uma ótica utilitarista, o ato criminoso “não pode ser punido por si mesmo, por sua essência, mas sim para

<sup>28</sup> BARATA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 2, n. 5, p. 13-21, 1994.

<sup>29</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. Uma leitura utilitarista do direito penal mínimo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 4, n. 6, 2012.

alcançar uma utilidade: aumentar a expectativa na proteção dos interesses sociais”, consequentemente João Paulo faz uma ressalva sobre a norma penal:<sup>30</sup>

A norma penal deve conciliar essas duas utilidades para ser justificada e legitimada. Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica. [...] Trata-se, na verdade, de uma leitura utilitarista de dois princípios do Direito Penal, respectivamente: lesividade e subsidiariedade.

Por intermédio da teoria utilitarista, João Paulo interpreta que há necessidade de mínima intervenção e tutela de um ramo do direito por suas implicações drásticas nos direitos fundamentais de todos os indivíduos da sociedade, as vezes mais drásticas para indivíduos mais vulneráveis. Portanto, o comportamento correto por parte do legislador de tutelar penalmente bens jurídicos realmente necessários, os quais possuam justeza e correlação com o dever poder protetor do Estado, trará o maior prazer, de acordo com os utilitaristas, à sociedade, abstendo a norma penal de arbitrariedades e subjetivações perante o bem da vida objeto da tutela. Os bens jurídicos relevantes à sociedade devem então ser objetos da tutela do Direito Penal, fazendo-se um balanço dos interesses que o Direito deve proteger com a finalidade de destacar os mais relevantes dos que podem ser protegidos por outras searas como a administrativa ou a civil. Para simbolizar seu entendimento, o autor dá o exemplo drástico do homicídio, afirmando que a tutela penal do “homicídio possui maior eficácia de proteção à vida se comparado aos dispositivos do Código civil que preveem a responsabilidade civil pela morte de alguém.”<sup>31</sup>

[...] O valor do bem a ser preservado deve compensar o custo final do procedimento: desde a movimentação da máquina do estado para investigar o caso até o final do processo com a decisão transitada em julgado. Dentre os custos, incluem-se não apenas as despesas, mas também o tempo e o desgaste decorrentes do tratamento criminal dado a um conflito. Se o Estado entender que o problema deve ser resolvido pelo controle formal, outros meios menos custosos estão disponíveis, como a reparação civil dos danos causados ou multas administrativas.

<sup>30</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. Uma leitura utilitarista do direito penal mínimo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 4, n. 6, 2012.

<sup>31</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. Uma leitura utilitarista do direito penal mínimo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 4, n. 6, 2012.

Tratando-se da natureza das próprias normas penais, Ferrajoli ressalta que as mesmas são proibitivas, ou seja, compreendidas pela sanção ligada ao fato tipificado como crime, necessariamente quanto “maior o rol de tipos penais num ordenamento, menor a liberdade de agir das pessoas daquela sociedade”, logo a inevitabilidade de um Direito Penal simbólico, pela perspectiva de sua ineficácia e mera exposição de rigor, se torna realidade em face da irracionalidade aplicada na criminalização de condutas com carga moral e valorativa subjetiva, sem embasamento fático da efetiva proteção do bem jurídico, colocando assim em crise a legitimação do Direito Penal:

A reduzida liberdade dos cidadãos somente será justificada pela eficácia da tutela penal no caso aplicado. [...] Se a eficácia da norma não superar o atentado à liberdade dos cidadãos, a proibição não terá utilidade sendo, dessa forma, ilegítima. É essa a utilidade da maior liberdade.

De acordo com Ferrajoli, o princípio da necessidade se apresenta como um princípio ligado aos critérios de políticas criminais adotados pela legislação e pelos legisladores no sistema penal. O axioma deste princípio penal se fundamenta exatamente na subsidiariedade e a fragmentariedade da legislação penal, o conceito que estritamente advoga pela necessidade, utilidade e proibição de excesso das leis penais, desta forma a presença de proibições e penas supérfluas se configuram em penas injustificadas:<sup>32</sup>

[...] por serem, elas mesmas, lesivas aos direitos fundamentais, por serem de execução impossível [...] por serem convenientemente substituíveis por proibições civis ou administrativas; ou penas injustificadas, por serem excessivas, não pertinentes ou desproporcionais acerca da relevância do bem jurídico tutelado.

### 3 CONCLUSÃO

É em argumentação crítica às doutrinas do “Retributivismo” (consideração pela pena como um fim em si mesmo, um desvalor ético-jurídico deve resultar na proibição e conseqüentemente na punição de um ato, confundindo assim direito e moral) e do “Utilitarismo” (busca pela justificativa da pena fora dela mesma, principal tentativa de se evitar a reincidência), no sentido de não apontarem critérios de justiça ou limitações ao próprio Direito Penal, que Ferrajoli discorda de tais

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

pretensões, pois para o autor, embasado em Franz von Liszt com seu constructo “Programa de Marburgo” (uma sistematização do Direito Penal segundo o seu fim, impondo penas justas e necessárias que resultem em um efeito útil de acordo com estatísticas criminais)<sup>33</sup>, não existe um Direito Penal que justifique a utilização da pena com um fim em si mesma, pois esta forma de pensamento resultaria inevitavelmente na criminalização de todas e quaisquer condutas, outro espectro de regimes Totalitaristas do passado:<sup>34</sup>

A consequência mais grave é que tais doutrinas, por mais idôneas que sejam em assegurar limitações garantistas internas à função penal, não asseguram à mesma nem critérios de justiça nem limitações externas que lhe contenham a tendência ao direito penal máximo. Com efeito, o objetivo da eficácia das proibições penais não condiciona, de nenhuma forma, a quantidade e a qualidade das penas. Ao contrário, sugere a máxima crueldade punitiva. "A intimidação", disse Francesco Carrara, "leva as penas a um aumento perpetuamente progressivo, vez que o delito cometido, demonstrando positivamente que aquele culpado não teve medo daquela pena, persuade a que, visando atemorizar os demais, seja necessário aumentá-la".190 Voltaire já havia indicado as razões da introdução na Alemanha do "suplício da roda" com a finalidade de prevenção geral perseguida por "aqueles que se empossavam dos direitos soberanos" de "assustar, por meio do aparato de um tormento inaudito, qualquer pessoa que ousasse atentar contra eles".191 Em resumo, a prevenção geral através da ameaça legal da pena, embora ofereça garantias contra o terrorismo penal judiciário, não impede o terrorismo penal legislativo, claro estando que a ameaça penal, devendo servir como "contraforça", "contramotivo" ou "coação psicológica", é tão mais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas cominadas. "Na lógica da prevenção geral", escreve Giuseppe Bettiol, "existe um trágico ponto de chegada: a pena de morte para todos os crimes".

Mostrando que quando não se tem um pressuposto lógico necessário à proteção de um bem da vida porque esse bem na realidade é uma conceituação (possui natureza apenas intelectual normativa e não material), Ferrajoli afirma que não há então garantias por parte do sistema, há na verdade um afastamento do sistema ideal garantista e uma aproximação de um sistema autoritário. Essa é a noção de administrativização do Direito Penal, tornando o mais radical e nocivo ramo do direito por em administrador de mazelas e anseios da sociedade por meio de

<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Leis penais que demonstram em seus pressupostos cristalina ausência de ofensividade e não respeito a princípio da subsidiariedade do Direito Penal, onde a norma criminal “além de utilizar o tipo de raciocínio próprio do direito administrativo, o direito penal transformou-se em um direito de gestão ordinária de problemas sociais”<sup>35</sup>.

Ferrajoli conclui que a ausência de qualquer dos axiomas do Direito Penal Garantista, seja pela ofensividade, da subsidiariedade ou qualquer outro, fará com que o sistema seja híbrido. Entretanto, qualquer que seja a tendência desse sistema, seja para um regime democrático ou totalitário, dependerá a precedência ou não dos axiomas. Na verdade, Ferrajoli em seus estudos não pretende dizer espécie de sistema é o ideal ou não, o autor apenas aponta que de fato um sistema híbrido é o resultado da ausência de qualquer que seja dos axiomas garantistas.<sup>36</sup>

A exemplificação normativa da criminalização do uso e porte de drogas para consumo pessoal, tomada na introdução deste estudo, se demonstra de forma cristalina como uma normatização abstrata do “bem jurídico” de uso e comércio das transações das drogas, o qual subjetivamente procura tutelar os bens da vida da saúde e paz social. De fato, assim como argumentado pelo Ministro Barroso em seu voto no HC 152752, a criminalização de atos como este trazem àqueles que por livre consciência cometem contravenções contra a Lei, seja pelo descontentamento com a legislação ou pelo simples desejo de consumo combinado com um raciocínio de autojustificação pela ausência de ofensividade alheia, uma seletividade infundamentada pelo presente sistema criminal brasileiro.

Rogério Greco, em suas considerações sobre o sistema penal, alega pela impossibilidade de punição do crime de uso, ou porte para uso, de drogas, pois ao Estado não deveria ser aberta a possibilidade da normatização da incolumidade física da saúde quando confrontada com a liberdade de escolha do indivíduo capaz e maior de idade, isto é, observando-se também as mesmas situações e contextos aplicadas

<sup>35</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silvia. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ao produtos conhecidos como tabaco e álcool, os quais são livremente comercializados no território nacional.<sup>37</sup>

## REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. São Paulo: Revan, 1999.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 6-23, jan./mar. 1994.
- BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 51-64, abr./jun., 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- BRANDÃO, Claudio. Significado político-constitucional do direito penal. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/312>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- BRANDÃO, Claudio. Significado político-constitucional do direito penal. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/312>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 5 de 27 de setembro de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5912.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2018.
- BRASIL. *Lei n. 11.243, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/781>>. Acesso em: 24 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_a to2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_a to2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

<sup>37</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC Nº 211.888 - TO (2011/0152952-2)*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 19 de maio de 2016. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/HC211888.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/HC211888.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCrim*, v. 17, n. 80, p. 7-34, set./out. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005.

JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Uma leitura utilitarista do direito penal mínimo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 4, n. 6, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silvia. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. São Paulo: Revan, 2003.

YOUTUBE. *Julgamento do habeas corpus de lula no STF!* Transcrição minha do voto do Ministro Barroso no julgamento do HC 152752. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3Ve9KEv1jUU>>. Acesso em 25 abr. 2018.

# O POPULISMO PUNITIVO E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DA SEGUNDA INSTÂNCIA JUDICIAL À LUZ DA CRIMINOLOGIA

## THE PUNITIVE POPULATION AND THE PROVISIONAL ENFORCEMENT OF THE PEN FROM THE SECOND JUDICIAL INSTANCE IN THE LIGHT OF CRIMINOLOGY

Gabriela Rosa Coutinho<sup>1</sup>

### RESUMO

Atualmente há constante e rico debate acerca do significado e alcance da garantia constitucional de presunção da inocência no ordenamento jurídico brasileiro, compreendido como princípio “que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.”<sup>2</sup> O princípio da presunção de inocência/não culpabilidade encontra-se sob proteção do manto constitucional, no rol dos direitos e garantias fundamentais, o qual estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cuja essência se encontra no termo “trânsito em julgado”, ou seja, a culpabilidade, bem como o efetivo cumprimento da pena será possível apenas depois de esgotadas as vias recursais pertinentes ao devido processo legal. O presente artigo acadêmico demonstrará a controvérsia exposta pelo Supremo Tribunal Federal em recente julgamento do *Habeas Corpus* 126.292-SP, que reconheceu a repercussão geral e por maioria de seus ministros (5 x 4) possibilitou o cumprimento provisório da pena, modificando o entendimento jurisprudencial que vigorou desde 2009, sob a justificativa de que tal possibilidade não confrontaria com o princípio da não culpabilidade e além do mais, contribuiria para a redução da seletividade penal e consequente redução da impunidade. Desdobramentos doutrinários à luz da criminologia crítica esclarecerão, no decorrer do artigo, a fragilidade dos argumentos carregados de controvérsia expostos no acórdão, cujo intuito é demonstrar o contraste da violação do princípio constitucional da presunção de inocência/não culpabilidade e a correlação com a falsa proposta de redução da seletividade penal e combate à impunidade.

**Palavras-chave:** Execução provisória da pena e presunção de inocência. Seletividade penal. Redução da impunidade.

### ABSTRACT

---

<sup>1</sup> Aluna do curso de pós-graduação lato sensu Direito Penal e Controle Social do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB/ICPD), disciplina Direito Penal e Controle Social, sob orientação do Prof. Flávio Augusto Milhomem. Advogada. Título de Bacharel em Direito pelo UNICEUB. E-mail: gabrielabyron@hotmail.com.

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152.

Currently there is a constant and rich debate about the meaning and scope of the constitutional guarantee of presumption of innocence in the Brazilian legal system, understood as a principle "that prevents the granting of legal consequences on the investigated or denounced before the final sentence of the criminal sentence." principle of presumption of innocence / non-guilt is under the protection of the constitutional mantle, in the roll of fundamental rights and guarantees, which establishes that no one will be considered guilty until the final sentence of the sentence conviction, whose essence is in the term " final judgment ", that is, guilt, as well as the effective fulfillment of the sentence will be possible only after exhausting the recourses pertinent to due process of law. This academic article will demonstrate the controversy exposed by the Federal Supreme Court in a recent judgment of Habeas Corpus 126,292-SP, which acknowledged the general repercussion and by majority of its ministers (5 x 4) made possible the provisional execution of the sentence, changing the jurisprudential understanding that has been in force since 2009, on the grounds that such a possibility would not conflict with the principle of non-culpability and, moreover, would contribute to reducing criminal selectivity and consequently reducing impunity. In the course of the article, doctrinal developments in the light of critical criminology will clarify the fragility of the controversial arguments set out in the judgment, the purpose of which is to demonstrate the violation of the constitutional principle of the presumption of innocence / non-culpability and the correlation with the false proposal the reduction of criminal selectivity and the fight against impunity.

**Keywords:** Provisional execution of sentence and presumption of innocence. Penal selectivity. Reduction of impunity.

## 1 INTRODUÇÃO

Questão controvertida se opõe à atual possibilidade de execução provisória da pena, firmada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao alcance do princípio da presunção da inocência/não culpabilidade, gerando significativo confronto entre esta garantia constitucional e a possibilidade de execução provisória da pena a partir da segunda instância, ainda que sob a pendência de julgamento ou interposição de recursos, que o devido processo legal garante ao réu.

Vale salientar a origem do princípio em comento, que teve marco principal no final do século XVIII, no auge do Iluminismo, quando houve a urgente necessidade de lutar contra o brutal sistema processual penal inquisitório, com forte influência romana e canônica em virtude da força que a igreja exercia naquela época, desde o século XII. Nesse período não havia nenhuma garantia ao acusado. Desta maneira, em virtude da constância do arbítrio estatal, surgiu a necessidade de buscar pela

proteção do acusado, pois o Estado almejava sua condenação, havendo como regra a presunção de culpabilidade. O marco dos direitos e garantias fundamentais do homem se deu com a Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, com intenção de proporcionar um tratamento mais digno ao acusado e combater a arbitrariedade estatal. O princípio da presunção de inocência foi consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil em 1948, perante a ONU, na Declaração Universal dos Direitos do Homem.<sup>3</sup>

A repercussão midiática acerca de determinados crimes, conjuntamente com o clamor popular em busca da efetividade da justiça, em termos de concreta punição dos diversos crimes previstos, provavelmente influenciou a atual oscilação jurisprudencial do princípio da presunção da inocência/não culpabilidade, maculando-o gravemente, pois se trata da liberdade, um dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Sob a ótica do STF, a atual mudança jurisprudencial acarretaria a quebra do padrão da impunidade perante a sociedade, pois assim não seria mais necessário aguardar o trânsito em julgado das vias recursais em liberdade, iniciando-se a execução da pena a partir da segunda instância ordinária, inferindo agilidade na punição estatal, uma vez que essa espera considerável para julgamento recursal tem contribuído para o enfraquecimento da tutela dos bens jurídicos e o aumento da desconfiança da sociedade em relação à eficácia da justiça criminal, conferindo, desta maneira, maior efetividade do sistema processual penal, implicando profunda reflexão no presente estudo acerca das controvérsias existentes em tal discurso.

Outro argumento abordado pelo STF foi a redução da seletividade do sistema criminal, em virtude da decisão possuir efeito sobre todos, aludindo a inexistência de exceções, impedindo, desta maneira, que pessoas que possuem maior poder aquisitivo, capazes de contratar advogados renomados, não sejam impunes, e que não ocorra a prescrição dos crimes imputados, o que de fato merece ser esclarecido no decorrer do estudo acadêmico.

O retorno do entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade da execução provisória da pena a partir do segundo grau colidiu frontalmente com a

---

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23.

essência do aludido princípio, ameaçando-o, uma vez que o STF firmou entendimento por maioria de votos, justificado, portanto, de forma frágil perante a força normativa de cunho constitucional que o princípio emana, porém com efeito vinculante, já que a discussão do mérito foi admitida após o reconhecimento da repercussão geral do tema.

Desta maneira, o presente estudo proporcionará valiosas reflexões sobre as implicações da possibilidade de execução provisória da pena e a essência do aludido princípio constitucional, com foco no *Habeas Corpus* 126.292-SP, à luz da criminologia crítica, possibilitando análise das justificativas e controvérsias apresentadas pelos ministros do STF, vinculadas ao discurso do combate à impunidade e a redução da seletividade penal.

## **2 A MÁCULA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA PERANTE A POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

A efetividade da justiça e a caça à impunidade perante o clamor popular nortearam a recente oscilação jurisprudencial publicada pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à possibilidade da execução provisória da pena. Em sua essência o aludido princípio constitui uma grandiosa conquista histórica de uma época marcada pelo arbítrio e tirania estatal, onde não havia direitos e nem garantias fundamentais para serem respeitados.

O consagrado princípio da presunção da inocência/não culpabilidade, estampado no berço constitucional, em seu artigo 5º, inciso LVII,<sup>4</sup> tendo em vista a literalidade explícita e inequívoca, estabelece que o princípio em questão só perderá a eficácia após o trânsito em julgado da sentença condenatória irreversível.

A fragilidade argumentativa da possibilidade de execução provisória da pena colide-se com a violação constitucional e até mesmo com o artigo 283, do Código de

---

<sup>4</sup> Art.5º, LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Processo Penal,<sup>5</sup> que envolve a liberdade em manto de proteção. Afinal, a prisão é exceção e a liberdade a regra.

A essência do referido princípio engloba um estado transitório gradativo em relação à culpabilidade do acusado, conforme a elucidação processual até o trânsito em julgado da decisão condenatória irrecorrível. Edilson Mougenot Bonfim leciona precisamente que:

Também decorre desse princípio a excepcionalidade de qualquer modalidade de prisão processual. Com efeito, a prisão processual não constitui cumprimento de pena, ao contrário do que a denominação reservada a algumas modalidades de prisão processual possa erroneamente sugerir. Seu fundamento é diverso. Ainda assim, a decretação da prisão sem a prova cabal da culpa somente será exigível quando estiverem presentes elementos que justifiquem a necessidade da prisão (de modo geral, provas que, embora não demonstrem cabalmente a culpa do acusado, sejam suficientes para constituir suspeita válida de que o acusado efetivamente seja culpado – o *fumus boni juris*, ou fumaça do bom direito – e existência de risco social no caso em que não seja decretada sua prisão – o *periculum libertatis*). Sem esses elementos, que devem ser avaliados em cada caso concreto, a prisão se torna ilegal, podendo ser atacada pela via *habeas corpus*<sup>6</sup>

A Universidade Autônoma de Barcelona desenvolveu a seguinte tese doutoral relativamente à impossibilidade da antecipação da pena em razão da essência do princípio da não culpabilidade, lecionada por Odone Sanguinè:

A contradição material consistente em impor uma pena antes do que se condene o processado somente pode prosperar formalmente mediante a consideração de tal privação de liberdade como uma medida cautelar, não como uma pena. A aporia pode ser resolvida somente se lograrmos estabelecer o ponto de equilíbrio entre exigências opostas, e verificar a base da *ratio* em que a restrição da liberdade pessoal do imputado pode conciliar-se com o princípio da presunção de inocência, que exclui qualquer identificação entre imputado e culpável antes da sentença de condenação definitiva. Mas afirmada a compatibilidade entre a prisão provisória e a presunção da inocência, não se pode perder de vista aquele direito fundamental, que sempre resultará vulnerado quando a medida

<sup>5</sup> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-LEI/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-LEI/Del3689.htm)>. Acesso em: 9 ago. 2018.

<sup>6</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 90.

de privação de liberdade não responder a exigências cautelares, convertendo-se em uma pena antecipada.<sup>7</sup>

Dito isto, é possível observar que a possibilidade da execução provisória da pena excede os limites constitucionais, confrontando com o direito fundamental da presunção da inocência/não culpabilidade, admitindo-se no ordenamento jurídico, portanto, a privação da liberdade como medida cautelar, cuja finalidade é dar impulso à investigação criminal, obter provas lícitas e declarações pertinentes ao delito, sem relação com o efetivo cumprimento da pena após sentença condenatória transitada em julgado.

No caso em estudo, o paciente, ainda em sede de apelação perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, obteve a determinação de imediata ordem de prisão com intuito puramente condenatório, contrastando-se da prisão meramente cautelar, o que de fato implica em confronto com o entendimento majoritário até então firmado pelo STF, consagrado após a apreciação do emblemático *Habeas Corpus* 84.078/MG,<sup>8</sup> cujo teor transmite a necessidade do trânsito em julgado para o efetivo cumprimento da pena, autorizando, desta maneira, a natureza excepcional do conhecimento da impetração do *Habeas Corpus* 126.292.

O julgamento histórico do *Habeas Corpus* 126.292, interposto perante o Supremo Tribunal Federal, após a denegação da ordem do *Habeas Corpus* nº 313.021/SP, apreciou o mérito questionado e alterou o entendimento jurisprudencial relativo ao princípio da presunção da inocência e reafirmou a jurisprudência que vigorou na Suprema Corte até 2009, por maioria de votos, cuja justificativa denegatória da ordem foi a ausência de comprometimento do princípio da presunção da inocência, possibilitando a execução provisória da pena a partir da segunda instância.

A inobservância do referido princípio faz com que o suposto inocente e o criminoso convencido sejam colocados no mesmo patamar, uma vez que o processo, apesar de se encontrar na segunda instância, não está livre de equívocos ou mesmo

<sup>7</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 445.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 84.078/MG. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

de cometimentos de arbitrariedade. Cesare Beccaria nos transmite importante lição que se encaixa perfeitamente nos dias atuais:

É porque o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em lugar da justiça; é porque se lançam, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter o acusado; é porque, finalmente, as forças que defendem externamente o trono e os direitos da nação estão separadas das que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar estreitamente unidas.<sup>9</sup>

Dito isto, a execução provisória de sentença penal condenatória envolve profunda reflexão sobre o alcance do princípio da presunção de inocência e a efetividade da punição jurisdicional, que atenta não só sobre o âmago da liberdade do acusado, mas também à sociedade, que espera uma satisfação estatal através do efetivo cumprimento da pena, como prova de funcionamento do nosso complexo sistema penal.

### **3 O ILUSÓRIO DISCURSO DO COMBATE À IMPUNIDADE E A REDUÇÃO DA SELETIVIDADE PENAL MATERIALIZADO PELO STF A PARTIR DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

O Supremo Tribunal Federal trouxe à tona o retorno do entendimento jurisprudencial mais gravoso, firmado pelo emblemático *Habeas Corpus* 126.292-SP, sob o argumento de que a execução provisória da pena a partir da segunda instância judicial antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria um mecanismo eficaz no combate à impunidade, alcançando todas as esferas sociais, o que de fato merece ser questionado à luz da criminologia crítica. O Ministro Teori Zavascki explanou em seu voto que:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da

---

<sup>9</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.<sup>10</sup>

E no mesmo diapasão, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou:

Há, ainda três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) Permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) Diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena e; Promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado [...]”<sup>11</sup>

A partir das premissas expostas acima, será realizada análise à luz da criminologia crítica, demonstrando de fato as controvérsias e fraquezas existentes acerca do retorno deste entendimento jurisprudencial que concede à possibilidade da execução prematura do cumprimento da pena a partir da segunda instância, permitindo-nos reflexão valiosa a respeito da relação entre a sociedade e o sistema penal.

#### **4 AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Cabe ao STF assegurar os direitos consagrados na Carta Magna, bem como zelar pelo Estado de Direito e o respeito ao princípio democrático, sendo assim, observamos a valiosa lição contida na obra “Onze Supremos” em sequência:

Os riscos decorrentes de uma leitura moral da Constituição pelo Poder Judiciário em matéria penal são justamente o

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 126.292/SP*. Plenário. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 126.292/SP*. Plenário. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

aumento do arbítrio punitivo estatal e a quebra do fundamento de confiança que os indivíduos depositaram no estado como protetor dos direitos fundamentais. Esses riscos só desaparecem quando essa interpretação esteja voltada para a proteção da parte mais frágil na relação entre Estado-acusador e indivíduo-acusado.<sup>12</sup>

Aury Lopes Jr. leciona que para que ocorra a eficácia do sistema processual penal é necessária a observância das garantias constitucionais. Vejamos:

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância.<sup>13</sup>

O discurso que aduz acerca do cumprimento da lei em virtude de sua existência, o que de fato constitui um dogma perante os que sustentam a sua observação, foi vastamente disseminado em razão do respaldo presente na sociedade civil, ou seja, o fruto do consenso social guiado pela imposição moral de controle. Além do mais, o discurso em comento nasceu impregnado por outra visão, a qual afirma que a lei possui mecanismos internos guiados pela dogmática penal, que cumprem o objetivo de racionalizar a lei e garantir a sua aplicação a todos, indiscriminadamente, a todos que preencham seus requisitos de violação normativa (função racionalizadora/garantista).<sup>14</sup>

Atualmente, a maioria dos temas centrados em questões penais tem despertado interesse, tanto dos setores ligados às ciências jurídicas quanto dos setores que não possuem conhecimento especializado, principalmente pela amplitude e destaque que a criminalidade alcança cada vez mais.

No âmago social há estruturas de poder (político e econômico) com graus variados de centralização e de marginalização de seus grupos correlacionados, tecendo um mecanismo de controle social sob a influência da sociedade delimitadora no âmbito da conduta do indivíduo. Sob esse prisma, percebe-se que até os próprios meios de comunicação direcionam os espectadores à prática de determinadas

<sup>12</sup> FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte – MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. p. 206.

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226.

<sup>14</sup> BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 51–64, abr./jun., 2000.

condutas, conduzindo o entendimento do público acerca das programações como algo recreativo, sendo que na verdade constitui uma forma de controle camuflado.

No que diz respeito às ações conflitivas que se resolvem perante a via punitiva institucionalizada, é válido ressaltar que nem todos os agentes envolvidos são submetidos à referida solução, pois sua aplicação se dirige a uma parcela social reduzida e delineada, filtrada através de um processo que na maioria das vezes tende a captar os menos favorecidos economicamente, traduzindo que a lei penal não possui aplicabilidade indiscriminada, distribuindo, de fato, o *status* de criminoso de forma desigual entre os indivíduos.

Desta maneira, observa-se nitidamente que o sistema penal seleciona indivíduos e não ações, evidenciando que a criminalização capta pessoas determinadas, conforme sua classe e posição social, exatamente nos moldes da lição de Zaffaroni:

Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma conduzir-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contara com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades como permanentes suspeitos incrementa a estigmatização social do criminalizado.<sup>15</sup>

Em correlação com entendimento de Zaffaroni, o julgamento midiático deve ser inibido em virtude da eficácia do princípio da presunção da inocência e sua estrita correlação com outras garantias constitucionais, como a imagem, a dignidade e a privacidade. Sendo assim, Aury Lopes Jr. afirma que:

A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 74.

restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?).

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção da inocência.<sup>16</sup>

Conforme o pensamento de Loïc Wacquant, o discurso criminológico não assume um caráter hegemônico diante dos degraus presentes na sociedade, evidenciando de tal forma a fraqueza e conseqüente incapacidade em reduzir a violência gerada pela prepotência do poder político. É válido salientar, ainda, que as prisões dos séculos XVIII e XIX foram sistematizadas como imposição disciplinar ao encarcerado, hoje são sistematizadas para excluir o cidadão da sociedade, dirigindo-se à regulação da miséria e talvez à sua perpetuação.<sup>17</sup>

Em outras palavras, Von Liszt considera os delinquentes habituais como “inimigos da ordem social”, sem consenso com a concepção garantista do Direito Penal face à política criminal. Em sua opinião, as pessoas que fossem consideradas um perigo para a ordem social deveriam ser “inocuízadas” (neutralizadas) através da servidão penal. Através da classificação de delinquentes em ocasionais, corrigíveis e incorrigíveis, Liszt propôs a existência de dois ou mais tipos de Direito Penal referentes à classes de política criminal distintas: uma guiada por princípios jurídicos concernentes aos direitos individuais e outra ilimitada, de luta e extermínio daqueles que se opunham perigo à ordem social.<sup>18</sup>

É possível perceber, também, que as estruturas penais com suas instâncias e aparelhos repressivos, do modo que se encontram, dificilmente se prestariam ao acolhimento e execução das funções a que lhe são destinadas. Ou seja, a estruturação

<sup>16</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 230.

<sup>17</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 8-9.

<sup>18</sup> LISZT, Fran Von. Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe. In: *STRAFRECHTLICHE Aufsätze und Vorträge*. Berlin: Gruyter, 1970, v. 2. p. 126, 168-169.

do sistema penal implica meramente em um instrumental para que as arbitrariedades cresçam intensamente, maculando a legalidade processual.<sup>19</sup>

Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni leciona:

A realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração do poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.<sup>20</sup>

Noutro giro, verifica-se a roupagem punitivista/eficientista quando o STF explana em um dos votos de seus ministros que a antecipação da pena a partir da segunda instância judicial acarretaria significativa redução da impunidade, bem como da criminalidade, com maior alcance do direito penal, de maneira igualitária, permeando todas as searas sociais, desde os crimes toscos aos mais “requintados”, estes últimos referindo-se à sistemática das organizações criminosas.

Destarte, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth retrata em seu artigo acadêmico, intitulado “a dimensão desumana do Direito Penal brasileiro contemporâneo: a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares”, que no Brasil o medo é utilizado como instrumento de controle social das classes populares, sob duas vertentes. A primeira diz respeito ao medo generalizado da violência, o que de fato acarreta um sentimento coletivo e diário de insegurança, influenciando de tal maneira a produção/alteração das leis penais, objetivando, a simbólica “tranquilização” da sociedade diante dos perigos/ameaças, e também o retorno da confiança no dever das instituições e na capacidade estatal em combater a criminalidade através do Direito Penal. A segunda vertente diz respeito agravamento punitivo em nível normativo, com elevado rigor nas penas em descompasso com as garantias fundamentais (eficientismo), cujo escopo visa

<sup>19</sup> BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 51–64, abr./jun., 2000. p.59.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1989. p. 15.

legitimar a intervenção arbitrária e seletiva do sistema punitivo em desfavor de sua clientela tradicional, composta por grupos sociais excluídos, em relação aos quais o medo da punição e dos agentes do sistema penal se amplia.<sup>21</sup>

Em consonância, destaca-se a opinião de Manuel Cancio Meliá que aduz:

[...] também permeia o processo de expansão do Direito Penal, a par do simbolismo, a retomada do punitivismo/eficientismo, o que se verifica a partir da introdução de novas normas penais aos ordenamentos jurídicos no intuito de promover, efetivamente, a sua aplicação com toda firmeza, bem como a partir do endurecimento das penas cominadas às normas já existentes para a persecução da criminalidade “tradicional”. A tendência do legislador, aqui, sob a influência do discurso da “lei e ordem” é reagir com “firmeza” no marco da “luta” contra a criminalidade, chegando-se, em alguns casos, a medidas repressivas tão drásticas que se configuram em mecanismos de inocuidade do delinquente.<sup>22</sup>

Em correlação com os esclarecimentos de Francisco Muñoz Conde, a constante luta pelo Estado de Direito e pelo reconhecimento dos direitos jamais foi uma tarefa confortável e nem dotada de facilidade nos diversos países do mundo ou época histórica. É possível reconhecer que se trata de um embate perigoso e com extrema dificuldade, sendo evidente, no entanto que tais épocas em diversos países, mesmo naqueles onde as características do Estado de Direito assumem maior contraste, esse objetivo pode confrontar o que os nazistas denominavam “o saudável sentimento do povo”, o que traduz meramente uma forma de gerar o “populismo punitivo”, o qual engloba roupagem demagógica e em fronteira com o processo de fascismo social.<sup>23</sup>

Günter Jakobs ressalva que o objetivo da pena não se volta aos infratores atuais e nem aos potenciais, se voltando aos cidadãos fiéis à lei, que supostamente

<sup>21</sup> WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *A dimensão desumana do Direito Penal brasileiro contemporâneo: a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares*. 2010. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, RS, 2010. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/dimens%C3%A3o-desumana-do-direito-penal-brasileirocontempor%C3%A2neo-utiliza%C3%A7%C3%A3o-do-medo-como-instrum>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

<sup>22</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51-81.

<sup>23</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *As origens ideológicas do direito penal do inimigo*. 2010. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/48991435/Francisco-Munoz-Conde-As-origens-ideologicas-do-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

apresentam espontaneidade em respeitá-la. Sendo assim, verifica-se que a previsão e aplicação das penas não possuem o objetivo de prevenir crimes (prevenção negativa), mas sim o objetivo de reforçar a validade das normas (prevenção positiva), ou seja, visa alimentar a “confiança institucional” no ordenamento jurídico, enfraquecida pela percepção do comportamento desviante. Desta maneira, a prevenção geral positiva representa a teoria da função simbólica do direito penal, a qual se relaciona diretamente com os valores expressos pelo ordenamento e a afirmação da validade das normas, cuja confirmação apresenta cunho simbólico e não empírico, em virtude da independência da quantidade de delitos e a sua redução.<sup>24</sup>

É válido destacar importante trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétreia. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causa a maior estranheza.<sup>25</sup>

Pois bem. O teor do trecho acima retrata de forma realista o que de fato aconteceria com a prematura execução da pena, contribuindo ainda mais para o caos do sistema prisional brasileiro. A seletividade alegada como argumento positivo capaz de reduzir a impunidade e mostrar à sociedade a eficácia do sistema penal em virtude da antecipação da execução da pena somente inchará mais o ineficaz sistema carcerário, em razão da inexistência de estrutura capaz de acomodar um número maior de presos.

É válido destacar que tendo em vista os levantamentos recentes divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Departamento Nacional Penitenciário (DEPEN), se o encarceramento fosse realmente a solução de um problema social tão complexo, o Brasil seria exemplar em virtude do grande

<sup>24</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil: die Grundlagen der Zurechnungslehre*, Berlin, New York, 1983.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 126.292/SP*. Plenário. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

percentual de presos, o que de fato expõe a controvérsia acerca do discurso da impunidade firmado pela mídia e pelo clamor popular. Vejamos:

Em 12 de janeiro, o (CNJ) divulgou um levantamento que mostra que o tempo médio de prisão provisória no país é de um ano e três dias, ou seja, um efetivo encarceramento, que de provisório não tem nada. Esse levantamento do CNJ traz, ainda, outros dados interessantes, como o que aponta que dos 654.372 presos no Brasil, 221.054 – um terço do total – são provisórios. Os números chocam tanto absolutamente (é a terceira maior população carcerária do mundo), como pela indicação de um terço que, encarcerados, aguardam julgamento, podendo chegar até a até 974 dias de detenção provisória (quase três anos), como é o caso do estado de Pernambuco. A iniciativa do levantamento do CNJ partiu dias após as mortes no Amazonas e em Roraima, neste mês, diante da constatação de que não havia números atualizados da quantidade de presos no Brasil. O último balanço, do fim de 2014, feito pelo Departamento Nacional Penitenciário (DEPEN), do Ministério da Justiça, apontava um total de 607.731 presos no Brasil – 7% a menos do que o agora divulgado pelo CNJ, o que mostra que nossa população carcerária, incluindo os considerados presos provisórios, não para de crescer.<sup>26</sup>

Sob a ótica de Maria Lúcia Karan, é válido destacar seguinte reflexão:

A seleção arbitrária de um ou outro autor de condutas definidas como crimes, para que, sendo preso, processado ou condenado, seja identificado e, assim, passe a desempenhar o papel de criminoso, enquanto os demais seguem desempenhando seus papéis de cidadãos respeitadores das leis, demonstra a injustiça, que é da essência do sistema penal. [...] Além disso, isolando, estigmatizando e ainda submetendo aqueles que seleciona ao inútil e desumano sofrimento da prisão, o sistema penal faz destes selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, já por isso, como um alimentador da violência, o que faz da demanda de maior repressão penal uma atitude um tanto sadomasoquista.<sup>27</sup>

Sendo assim, Alessandro Baratta nos alerta com valiosa reflexão acerca do cárcere e a marginalidade social, vejamos:

A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantes em

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Renan Dias. *O encarceramento em massa do capital e a “crise” no sistema carcerário brasileiro*. Disponível em: <<https://esquerdaonline.com.br/2018/02/01/o-encarceramento-em-massa-do-capital-e-a-cri-se-no-sistema-carcerario-brasileiro/>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

<sup>27</sup> KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 203-204.

relação às diferenças nacionais, e que permitiram a construção de um verdadeiro e próprio modelo. As características deste modelo, do ponto de vista que mais interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e a reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo [...] A vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.<sup>28</sup>

Ademais, merece destaque contestação pertinente acerca da afirmação de que a execução provisória da pena seria eficiente no combate à seletividade penal, ou seja, constituiria uma forma igualitária de punir o rico e o pobre, o que de fato não merece prosperar.

A seletividade penal, promovida pelo Estado, acusa e persegue determinados indivíduos que violem a legislação criminal, cujo foco é tratar certas figuras delitivas em desfavor de outras. A problemática da seletividade do sistema penal é chegar a uma conclusão que justifique o porquê do Estado privilegiar a perseguição de algumas condutas ou grupos de criminosos e a tolerância com outros. Ou seja, os desfavorecidos atraem atenção na repressão penal, seja em razão de alguns estereótipos como modo de morar, trabalhar e viver, protagonizando a imposição das regras estatais. Por outro lado, verifica-se que os afortunados não chamam atenção da repressão estatal diante da prática de crimes organizados, e quando ocorre, transitam facilmente pelas vias judiciais, em liberdade.<sup>29</sup>

Desta maneira, há grande dificuldade em promover um tratamento igualitário perante o teor das leis, em virtude do abismo provocado pela desigualdade econômico-social, não justificando a antecipação do cumprimento da pena antes de esgotadas as vias recursais previstas em lei.

É válido destacar importante lição de Alessandro Baratta acerca da seleção criminalizadora:

[...] a seleção criminalizadora ocorre já mediante a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam com o mecanismo das agravantes e

<sup>28</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 183.

<sup>29</sup> LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 400-401.

atenuantes (é difícil, como se sabe, que se realize um furto não “agravado”. As malhas dos tipos são, em geral, mais sutis nos no caso de delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos delitos de “colarinho branco”. Estes delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, têm uma maior possibilidade de permanecerem imunes. [...] Criam-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas.<sup>30</sup>

Conforme lição pertinente de Michel Foucault, o ideal seria investir em um aparelho disciplinar, cujo objetivo principal seria uma fonte luminosa capaz de atingir todas as coisas, ou seja, olhares convergidos em uma mesma direção. A problemática se desenvolve a partir de um sistema eficaz, feito não para ser visto ou para monitorar o mundo exterior, mas sim com o intuito de exercer um controle interior, articulado e detalhado, tornando-se visíveis os seus frequentadores, possibilitando uma transformação positiva dos indivíduos, como “agir sobre aquele que abriga, dar domínio sobre seu comportamento, reconduzir até eles os efeitos do poder, oferecê-los a um conhecimento, modificá-los”. Sendo assim, o simples encarceramento, começa a ser visto sob outra ótica, pois aquela estrutura completamente fechada, que antes impedia a entrada ou a saída, começa a apresentar possibilidades para saídas e transparências.<sup>31</sup>

A reflexão de Foucault permite um diálogo proveitoso com os dias atuais, pois a restrição de um princípio constitucional de suma importância não tem o condão de otimizar o sistema penal brasileiro da noite para o dia. Para que isso ocorra, é necessária a observância do sistema como um todo, articulada e detalhada, e não meramente a antecipação do cumprimento da pena.

Entretanto, devemos observar a atualização da ideia de Michel Foucault na sociedade moderna, conforme lição de Byung-Chul Han:

A sociedade disciplinar de Foucault, feita de hospitais, asilos, presídios, quartéis e fábricas, não é mais a sociedade de hoje [...] A sociedade do século XXI não é mais a sociedade disciplinar, mas uma sociedade de desempenho. Também seus habitantes não se chamam mais “sujeitos da obediência”, mas sujeitos de desempenho e produção. São empresários de si mesmos. Nesse sentido, aqueles muros das instituições disciplinares, que delimitam espaços entre o normal e o

<sup>30</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 176.

<sup>31</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 39. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011. p. 166.

anormal se tornaram arcaicos. A analítica do poder de Foucault não pode descrever as modificações psíquicas e topológicas que se realizaram com a mudança da sociedade disciplinar para a sociedade de desempenho [...] A sociedade disciplinar é uma sociedade da negatividade. É determinada pela negatividade da proibição. O verbo modal negativo que a domina é o não-ter-o-direito. [...] A sociedade disciplinar ainda está dominada pelo não. Sua negatividade gera loucos e delinquentes. A sociedade do desempenho, ao contrário, produz depressivos e fracassados.<sup>32</sup>

Tendo como norte as considerações tecidas acima, José Carlos Porciúncula afirma que o lema da modernidade, denominada sociedade da transparência, consiste numa “coação sistêmica” que contempla todos os processos sociais, os quais se submetem a intensa modificação. E ressalva ainda: “Hoje, o sistema social submete todos os seus processos a uma coação por transparência, para operacionalizar e acelerar esses processos. O mote da transparência consiste num imperativo generalizado por exposição total e visibilidade máxima”. Ou seja, a sociedade da transparência é suspeita, renega a confiança e por isso opta pela vigilância e pelo controle. Sendo assim, observamos sua importante lição acerca da correlação/consequência entre a sociedade da transparência e a execução provisória da pena:

Para além de consistir numa sociedade da suspeita, sabemos também que a sociedade da transparência é uma sociedade que busca eliminar toda e qualquer forma de resistência ou negatividade, ajustando as coisas ao curso do capital, da comunicação e da informação. Em nome da transparência, pleiteia-se, inclusive, uma iluminação total do indivíduo. Ora, uma sociedade que se move por esse espírito certamente produzirá efeitos devastadores para o princípio do *due process of law* e seus consectários lógicos. Claro, numa sociedade como essa, o processo será visto como resistência, como obstáculo a ser eliminado. Assim, os princípios da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere*, por exemplo, serão aniquilados na prática; o direito ao silêncio, enquanto negatividade, será visto como um autêntico insulto (uma heresia!).<sup>33</sup>

Luigi Ferrajoli explica que o princípio da presunção de inocência/não culpabilidade:

<sup>32</sup> HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p. 23-25.

<sup>33</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *Sistema penal decorrente da sociedade da transparência será bestial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/porciuncula-sociedade-transparencia-sistema-penal>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

É um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com o que a presunção da inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social).<sup>34</sup>

Em suma, observa-se que o sistema penal brasileiro encontra-se ameaçado diante da perspectiva negativa que o princípio da presunção da inocência/culpabilidade alcançou nos dias atuais, onde a sociedade é guiada pela forte onda de controle social e imposição moral dos mais fortes em detrimento dos mais fracos, institucionalmente ou socialmente, através de discursos ilusórios e controversos envolvendo o combate à impunidade e a dissolução da seletividade penal, colocando em pé de igualdade o culpado e o inocente, os menos favorecidos economicamente/socialmente e os mais abastados, transmitindo, desta maneira, uma simplicidade em resolver uma problemática tão complexa com efeitos devastadores e talvez irreversíveis que recaem sobre o indivíduo capturado pelo sistema carcerário.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das reflexões explanadas no decorrer do presente estudo é possível notar que o retorno do entendimento jurisprudencial mais gravoso acerca da possibilidade da execução provisória da pena a partir do segundo grau jurisdicional colidiu frontalmente com a essência do aludido princípio da presunção da inocência/não culpabilidade, ameaçando-o, uma vez que o STF firmou entendimento por maioria de votos (com efeito vinculante em virtude da repercussão geral do tema), justificado, portanto, de forma frágil e controversa perante a força normativa que o princípio emana, além de estar inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Madri: Trotta, 1997. p. 549-550.

A possibilidade da execução provisória da pena excede os limites constitucionais, admitindo-se apenas no ordenamento jurídico a privação da liberdade como medida cautelar, cuja finalidade é dar impulso à investigação criminal, obter provas lícitas e declarações pertinentes ao delito, sem relação com o efetivo cumprimento da pena após sentença condenatória transitada em julgado.

Dito isto, conclui-se que o retorno jurisprudencial firmado pelo STF não parece ser a solução mais adequada para impulsionar a eficácia e a eficiência do sistema processual penal, pois ao invés de resolver a questão da impunidade, acarretará ainda mais a superlotação carcerária com a execução prematura da pena, antes do trânsito em julgado, constituindo interpretação inconstitucional em razão da inobservância da essência histórica do princípio da presunção da inocência/não culpabilidade, colocando em pé de igualdade o acusado convicto e o suposto inocente, encobrendo o enorme contraste que há entre eles.

Além do mais, a política criminal em face da Constituição não pode ser modificada sempre que contrariar as forças políticas de determinado momento, mas sim objetivar amparo em seu manto protetivo. O direito penal está intimamente correlacionado ao cerne social e ao dever de objetivar a justiça e o bem estar da coletividade, porém não faz sentido que o combate/redução da impunidade e seletividade seja uma solução mágica e imediata condizentes ao problema da efetividade penal. O âmbito da efetividade do sistema penal visa captar seletivamente seus autores, apesar de o enfoque midiático ser sedimentado na violência extrema e no discurso ilusório da impunidade, camuflando de certa forma a vasta criminalidade política e econômica que assola o país, onde os sustentáculos do Direito Penal alcançam os fracos e ignoram os delitos de colarinho branco, expondo dessa forma a fragilidade ideológica da legislação brasileira.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 51–64, abr./jun., 2000.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC nº 126.292/SP*. Plenário. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

CONDE, Francisco Muñoz. *As origens ideológicas do direito penal do inimigo*. 2010. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/48991435/Francisco-Munoz-Conde-As-origens-ideologicas-do-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte – MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Madri: Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 39. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil: Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, Berlin: [s.n.], 1983.

KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

LISZT, Fran Von. Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe. In: *STRAFRECHTLICHE Aufsätze und Vorträge*. Berlin: Gruyter, 1970, v. 2.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 51-81.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Renan Dias. *O encarceramento em massa do capital e a “crise” no sistema carcerário brasileiro*. Disponível em: <<https://esquerdaonline.com.br/2018/02/01/o-encarceramento-em-massa-do-capital-e-a-crise-no-sistema-carcerario-brasileiro/>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Sistema penal decorrente da sociedade da transparência será bestial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/porciuncula-sociedade-transparencia-sistema-penal>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *A dimensão desumana do Direito Penal brasileiro contemporâneo: a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares*. 2010. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, RS, 2010. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/dimens%C3%A3o-desumana-do-direito-penal-brasileirocontempor%C3%A2neo-utiliza%C3%A7%C3%A3o-do-medo-como-instrum>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1997.

# TRATAMENTO PENAL ALTERNATIVO AOS PSICOPATAS, O PÚBLICO-ALVO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

## THE ALTERNATIVE PENAL TREATMENT TO PSYCHOPATHES, THE TARGET OF THE ENEMY'S CRIMINAL LAW

Luiz Augusto Curado Júnior<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo aborda os estudos de Gunther Jakobs, doutrinador alemão, responsável pela concepção da tese do Direito Penal do Inimigo. São apresentados os pressupostos dessa teoria e as principais características dessa política criminal. Após, é apresentado o perfil do psicopata, indivíduo que nasce com a cognição racional muito bem desenvolvida em contraponto à sua total carência emocional, consubstanciada na ausência de sentimentos altruísticos. Em razão dessa incapacidade de demonstrar remorso, empatia e da incompreensão do alcance semântico da expressão *remorso*, esse indivíduo portador de transtorno de personalidade, pode vir a cometer crimes bárbaros e incorrer na reiteração delitiva de forma constante, figurando, por consequência, como público-alvo da teoria de Jakobs. Por fim, com a finalidade de assegurar um tratamento penal adequado, com fiel observância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, formula-se uma proposta de atendimento humanizado a esse segmento populacional, de forma a oferecer acolhimento não somente ao portador de psicopatia como, também, à sua família, diferentemente do que preconiza a teoria do Direito Penal do Inimigo.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo. Psicopata. Alternativa de tratamento humanizado.

### ABSTRACT

The following article approaches the studies from Gunther Jakobs, German doctrinaire professor, responsible for the conception of Criminal Law of the Enemy thesis. The assumptions of this theory are introduced: the major characteristics of this criminal policy. After that, the profile of the psychopath is introduced, a person that is born with well-developed rational cognition in contradiction to its severe emotional deficiency, consolidated in the lack of altruistic emotions. Due to this incapability of feeling remorse, empathy and no comprehension of the semantic range of the expression *remorse*, this individual with personality disorder may come to commit barbaric crimes and incur in criminal reiteration on a constant basis,

---

<sup>1</sup> Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* de Direito Penal e Controle Social do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

assuming by consequence the condition of target audience of Jakobs' theory. In the end, aiming to assure a proper criminal treatment, faithfully complying with the constitutional principles of human person dignity and the individualization of the sentence, it is proposed a humanized service to this population segment, in order to foster assistance for those with psychopath disorder, as well as to the family, different from what Criminal Law of the Enemy advocates.

**Keywords:** Criminal Law of the Enemy, psychopath, humanized treatment alternative.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo é uma tese concebida pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs. Segundo tal estudo, num mesmo ordenamento jurídico podem e devem coexistir duas espécies de Direito Penal: O Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Cidadão é aquele aplicável ao cidadão comum que, eventualmente, venha a praticar algum ilícito considerado não grave. Nesta hipótese, é assegurado a esse indivíduo todas as garantias e direitos processuais, assim como deve ser observado o devido respeito aos princípios norteadores do ordenamento jurídico do Estado de Direito.

Já o Direito Penal do Inimigo é aquele que deve ser aplicado ao indivíduo transgressor das normas com habitualidade e/ou praticante de delitos considerados graves pela sociedade. Para esse *inimigo* do Estado devem ser mitigadas (ou, até mesmo, eliminadas) as garantias e direitos processuais, e as sanções penais aumentadas de forma isolar esse indivíduo do convívio social.

Jakobs não define com precisão quem seriam os *inimigos* da sociedade, mas enumera alguns criminosos que, segundo sua visão, se enquadrariam nesse perfil. São eles: membros das organizações criminosas, os narcotraficantes, os terroristas, os delinquentes sexuais e os multireincidentes<sup>2</sup>.

Sabe-se, no entanto, por meio de estudos avançados das ciências médicas, que existem pessoas que nascem com certa propensão à prática de transgressões às regras sociais por serem desprovidos de qualquer sentimento de empatia, compaixão,

---

<sup>2</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011.

culpa ou remorso, e que, que em decorrência disso, são capazes de cometerem os crimes mais bárbaros e cruéis e de serem reincidentes criminais inveterados em potencial.

Trata-se dos psicopatas<sup>3</sup>, também chamados de portadores de transtornos de personalidade, dentre outras denominações.

A presença de psicopatas na população mundial é bem representativa, pois pesquisas revelam que podem corresponder a 4% desse universo (sendo 3% de homens e 1% de mulheres).

Sabe-se que os psicopatas apresentam variados graus de psicopatia: leve, moderado e grave. Sendo os primeiros capazes de trapacear, aplicando golpes e efetuando pequenos roubos; enquanto os últimos seriam capazes de, dentre outras atrocidades, matar suas vítimas de forma cruel. Mas os três níveis são bem propensos a ostentarem altos índices de reiteração delituosa<sup>4</sup>. Vê-se, assim, que esse público – o dos psicopatas – se adequa com perfeição àquele considerado alvo do Direito Penal do Inimigo.

As perguntas que se pretende responder neste trabalho é se é eficaz (tanto para o psicopata quanto para a sociedade) a adoção de medidas próprias do direito penal do inimigo para punir o portador de transtorno de personalidade e o que o Estado poderia fazer para solucionar esse problema.

Tecidas essas considerações iniciais, passa-se ao estudo do Direito Penal do Inimigo de Jakobs e à análise das idiosincrasias da personalidade transtornada do psicopata, com o objetivo de alcançar uma potencial solução para o problema do Estado de ter que lidar com os portadores de transtorno de personalidade que vierem a cometer crimes considerados graves ou reiterarem na prática delitiva.

## 2 DIREITO PENAL DO INIMIGO, UMA POLÍTICA PENAL DE EXCEÇÃO

---

<sup>3</sup> Neste trabalho, se utilizará o termo *psicopata* para se referir indistintamente aos sociopatas, aos portadores de personalidades antisociais, de personalidades psicopáticas, de personalidades dissociadas, de personalidades amorais, dentre outras classificações. A explicação acerca dessa generalização será realizada no segundo tópico deste artigo.

<sup>4</sup> EÇA, Antônio José. *Roteiro de Psiquiatria Forense*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 282-823.

Na primeira vez em que utilizou a expressão “Direito Penal do Inimigo”, em 1985, durante uma palestra, em Frankfurt, Gunther Jakobs não chamou muita atenção do mundo jurídico. Possivelmente, em razão de tê-la usado de forma crítica ao tema de sua exposição<sup>5</sup>.

Sua exposição acerca desse mesmo assunto, no entanto, causou muito mais impacto 14 anos depois, na Conferência do Milênio em Berlim (1999), oportunidade na qual expôs sua tese de forma mais detalhada e estruturada, angariando, ao mesmo tempo, adeptos apaixonados e críticos ferrenhos (estes em bem maior número do que aqueles).

Diferentemente do que tradicionalmente se defende no Direito Penal, Jakobs acredita que a finalidade desse ramo do Direito não é a proteção de bens jurídicos, mas, sim, a garantia da efetividade da norma.

Segundo ele, as normas são as estruturas da sociedade e, portanto, a estabilização das normas significa a estabilização da própria sociedade.

Gabriel Habib<sup>6</sup> explica a tese do Direito Penal do Inimigo, esclarecendo que do ponto de vista do Direito Penal, “o bem deve ser representado como uma expectativa garantida, e não como um objeto físico ou algo do gênero”. Isso porque, o mínimo que se espera na vida em sociedade, é que se possa confiar no respeito de todos à integridade física e à vida de seus membros, de forma que a violação a essas regras representa grave transgressão social, pois abala frontalmente a expectativa de segurança dos membros da sociedade.

Assim, o pensamento de Jakobs é no sentido de que o respeito às normas, que garantem a expectativa de segurança dos membros da sociedade, assume um papel preponderante no Direito Penal. E o que, segundo ele, assegura a fiel observância das normas (e a conseqüente manutenção da paz social) é a pena criminal que, por essa razão, consiste na confirmação dessa identidade social, uma vez que contraria a conduta criminosa do agente e restabelece a vigência normativa<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 181.

<sup>6</sup> HABIB, Gabriel. *O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos*. Niterói: Ímpetus, 2016. p. 2.

<sup>7</sup> HABIB, Gabriel. *O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos*. Niterói: Ímpetus, 2016. p. 3.

Habib<sup>8</sup> elucida essa supervalorização da observância às normas pela teoria de Jakobs da seguinte forma:

À essa luz, o agente que dispara um tiro contra a vítima, sem, entretanto, atingi-la, não poderá furtar-se à punição com base no argumento de que não existe violação da norma porque não houve nenhuma lesão à vítima ou porque ela não morreu. Ao contrário, ainda que a agressão à vida da vítima tenha sido inócua por ela não ter sido atingida, o agente causou uma afetação à eficácia da norma que proíbe matar.

Destarte, segundo Jakobs, a pena, por óbvio, não recompõe o bem jurídico violado, mas representa, para o infrator e para os demais indivíduos da sociedade, a certeza da garantia da expectativa social de que não haja ameaças aos bens jurídicos.

Partindo do reconhecimento da importância da sanção penal para a manutenção do equilíbrio e da paz social, Rodrigo Murad do Prado<sup>9</sup> explica que o Direito Penal do Inimigo “considera determinados indivíduos que violam a norma penal como seres que não pactuam dos mesmos valores sociais que a sociedade na qual cometeram o delito”. Então, em razão disso, esse segmento que violou o pacto social, deve ser considerado estranho ao sistema, ou seja, ser encarado como inimigo da sociedade.

O *inimigo* da sociedade é aquele indivíduo que, além de ferir as expectativas normativas, não oferece garantias cognitivas suficientes de que passará a agir de forma adequada ao Direito, não reincidindo novamente na prática da conduta ilícita. O *inimigo*, na visão de Jakobs, não deveria ser, nem mesmo, considerado *pessoa*, visto que representa um permanente risco à ordem social.

Na tentativa de delinear o perfil daquele a ser classificado como “não-pessoa” (ou inimigo), o catedrático alemão faz o contraponto deste conceito com aquele que considera ser a definição de “pessoa”: “ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da

<sup>8</sup> HABIB, Gabriel. *O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos*. Niterói: Ímpetus, 2016. p. 3.

<sup>9</sup> PRADO, Rodrigo Murad do. *Fundamentos do direito penal mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2016. p. 83.

subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível”<sup>10</sup>.

Jesús-María Silva Sánchez, por sua vez, esclarece que o “estranho à sociedade” (inimigo) na ótica de Jakobs 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”<sup>11</sup>.

Embora Jakobs não tenha sido tão assertivo ao definir quem são, de fato, os *inimigos* do Estado, ele acabou por enumerar algumas categorias de delinquentes que se enquadrariam nessa classificação, em razão da gravidade de suas condutas para a paz social: membros das organizações criminosas, os narcotraficantes, os terroristas, os delinquentes sexuais e os multireincidentes<sup>12</sup>.

A esse público considerado *inimigo*, as normas penais e processuais penais deveriam ser mais rígidas, com o objetivo de neutralizar o potencial maléfico dessa *não-pessoa*, como se verá no tópico seguinte.

Para essas espécies de criminosos, o doutrinador alemão entende que o Direito Penal e o Processual Penal clássicos devem ser aplicados em regime de exceção, ou seja, com restrições ou, até mesmo, com ausência de alguns direitos e garantias. Segundo seu pensamento, esse modelo de política criminal deve ser caracterizado por prever<sup>13</sup>:

- a) Ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e organizações criminosas;
- b) Falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 193.

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 195.

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011.

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 197.

tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa); e

c) Mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica.

Francisco Muñoz Conde<sup>14</sup> evidencia outras idiosincrasias marcantes da política criminal sustentada por Jakobs:

1. Aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive penas “draconianas”;
2. Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica, etc.;
3. Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do Direito Penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito.

Em contraposição ao Direito Penal do Inimigo, Jakobs sustenta, também, a necessidade da vigência de um Direito Penal do Cidadão. Essa espécie de Direito Penal seria dirigida àquele indivíduo que desviou suas condutas da preceituada pelas normas, sem, no entanto, colocar em perigo a existência do próprio Estado ou de suas instituições. Seria a aplicação do Direito garantista, que assegura uma série de garantias e direitos ao indivíduo considerado cidadão.

Afora a discussão acerca da efetividade do enrijecimento das normas quanto ao cometimento de crimes graves e a prática habitual de delitos, há de se observar que para determinado público com inclinação para a prática de transgressões sociais, isso não funciona. Trata-se dos psicopatas, segmento numeroso da população que merece atenção de forma a evitar que, em virtude de suas peculiaridades pessoais, sejam alvo do direito penal do inimigo.

### 3 PSICOPATAS, TRANSGRESSORES SOCIAIS NATOS

Neste trabalho, como já dito no introito, se utilizará o termo *psicopata* para se referir indistintamente aos sociopatas, aos portadores de personalidades antissociais,

---

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011.

de personalidades psicopáticas, de personalidades dissociadas, de personalidades amorais, dentre outras classificações.

Ana Beatriz Barbosa Silva<sup>15</sup> explica que não existe um consenso na academia acerca de uma diferenciação precisa dos perfis de cada um desses indivíduos. Aduz que nem mesmo a Associação de Psiquiatria Americana, por intermédio da 4ª edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV, Anexo A), e a Organização Mundial de Saúde (OMS), por meio da Classificação Internacional das Doenças (CID-10, Anexo B), estão em harmonia com relação a uma distinção clara sobre o tema.

Martha Stout<sup>16</sup> e Geraldo Ballone<sup>17</sup> seguem a mesma linha de raciocínio e consideram, para fins didáticos, como expressões sinônimas de *psicopata*: sociopata e portador de transtorno de personalidade antissocial.

Katia Mecler<sup>18</sup> adota postura semelhante e explora o tema em debate, reputando o termo *psicopata* aos portadores de transtornos específicos da personalidade.

Sendo assim, adotar-se-á a expressão *psicopata* para, de forma geral, fazer referência ao indivíduo possuidor de um perfil transgressor no presente artigo.

Insta registrar, também, que este artigo, por abordar o Direito Penal, sempre que se referir ao psicopata, estará aludindo ao psicopata criminoso. É relevante essa ressalva, tendo em vista que, embora, os portadores de transtornos de personalidade possuam importante inclinação para o cometimento de ilícitos, existem, por óbvio, exceções.

### 3.1 Psicopatas, o tamanho do problema

<sup>15</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 36.

<sup>16</sup> STOUT, Martha. *Meu vizinho é um psicopata*. Rio de Janeiro: Sextante, 2010. p. 25.

<sup>17</sup> BALLONE, Geraldo. Sociopatia x moralidade: o olhar da ciência médica. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 15, n. 347, p. 24-26, 2011. p. 25.

<sup>18</sup> MECLER, Katia. *Psicopatas do cotidiano: como conviver, como se proteger*. São Paulo: LeYa, 2015. p. 17.

De acordo com a Associação de Psiquiatria Americana (DSM-IV, Anexo A)<sup>19</sup>, a prevalência geral do transtorno de personalidade antissocial ou psicopatia na população é de 3% em homens e 1% em mulheres, percentuais detectados em amostras comunitárias.

Considerando que a população brasileira, conforme levantamento Censo 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>20</sup>, atingiu a marca de 190.732.694 habitantes, cerca de 7.640.000 de brasileiros (entre homens e mulheres) podem ser psicopatas.

Mostra-se relevante ressaltar que esse percentual aponta a existência de diferentes níveis de gravidade de psicopatas: leve, moderado e grave. Sendo os primeiros, os que podem vir a se dedicar a trapaçagens, golpes e pequenos roubos, mas não seriam capazes de matar suas vítimas; enquanto que os últimos, que representam uma minoria do total, são criminosos cruéis e violentos, que sentem prazer com seus atos brutais, e possuem altos índices de reiteração criminosa.

Eça salienta que não é verdade que “a maioria das pessoas com distúrbios da personalidade seja claramente criminosa; não é o que ocorre, pois normalmente esses indivíduos são capazes de se controlar dentro dos limites da tolerabilidade social”. Afirma, também que estudos registram que de um universo de psicopatas, 47% apresentava histórias de processos criminais significativos, ou seja, 53%, a maioria, seria formada por portadores de psicopatia de grau leve<sup>21</sup>.

Silva<sup>22</sup> revela que as taxas de prevalência da psicopatia são ainda maiores ao se considerar o contexto forense ou o penitenciário. Segundo Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar<sup>23</sup>, no cenário penitenciário, cerca de 20% da população

<sup>19</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 54.

<sup>20</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=o-que-e>>. Acesso em: 8 maio 2018.

<sup>20</sup> EÇA, Antônio José. *Roteiro de Psiquiatria Forense*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>21</sup> EÇA, Antônio José. *Roteiro de Psiquiatria Forense*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 282.

<sup>22</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 54.

<sup>23</sup> AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O direito Penal e a Psicopatia. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 13, n. 307, p. 8-10, 2009. p. 9.

carcerária sofre de transtorno de personalidade ou psicopatia, ou seja, 1 a cada 5 internos.

A definição de quem é o indivíduo psicopata e a descrição de suas características serão realizadas no tópico seguinte.

### 3.2 Psicopatas: portadores de transtorno de personalidade

Apesar<sup>24</sup> de a palavra *psicopata*, em sua literalidade, significar “doença mental” (do grego, *psyche* = mente; e *pathos* = doença), a psicopatia não se encaixa na conceituação clássica de doença, uma vez que o indivíduo portador desse transtorno não é considerado louco, não apresenta qualquer tipo de desorientação, nem sofre de delírios ou alucinações como os esquizofrênicos, ou mesmo possui qualquer quadro de intenso sofrimento mental como o depressivo. Michele Oliveira de Abreu Leme<sup>25</sup> ratifica esse entendimento de que a psicopatia é um transtorno de personalidade pois “em nenhum momento se manifesta no mundo por meio de sintomas, mas de comportamentos antissociais”.

Ballone<sup>26</sup> explica que o psicopata apresenta a capacidade de seduzir e manipular pessoas com facilidade, de mentir sistematicamente e, por não possuir sentimentos afetuosos, se porta com amoralidade e inclinação inconsequente ao prazer e que, diante desse quadro, faz-se um apelo ético, mais que científico, para a psicopatia ser considerada um “mal” e não uma doença. Isso porque, de acordo com esse médico psiquiatra, os pacientes da Psiquiatria (depressivos, obsessivos, ansiosos, fóbicos, entre outros) “poderiam se sentir ultrajados” ao serem enquadrados na mesma categoria de pessoas que necessitam de cuidados médicos em razão da psicopatia.

<sup>24</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 37.

<sup>25</sup> LEME, Michele Oliveira de Abreu. Da imputabilidade do psicopata. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 234, p. 16-17, maio 2012. p. 16.

<sup>26</sup> BALLONE, Geraldo. Sociopatia x moralidade: o olhar da ciência médica. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 24-26, 2011. p. 26.

De acordo com a 4ª edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV, Anexo A)<sup>27</sup>, o psicopata é um “sujeito que apresenta um padrão repetitivo e persistente, capaz de violar direitos básicos alheios, normas ou regras sociais”.

A definição de psicopatia constante da Classificação Internacional das Doenças (CID-10, Anexo B)<sup>28</sup> é a de que se trata de um “transtorno de personalidade caracterizado pelo desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros, havendo um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas”.

Silva<sup>29</sup> define os psicopatas como indivíduos “frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e que visam apenas o próprio benefício”. Ou, ainda, da leitura de outro artigo de sua autoria<sup>30</sup>, delineou o perfil daqueles portadores de psicopatia como:

[...] transgressores de regras sociais e capazes de passar por cima de qualquer pessoa para satisfazer seus interesses próprios. [...] são livres de constrangimentos ou julgamentos morais internos. Ao contrário do que se pode imaginar, os psicopatas não são “loucos” nem apresentam qualquer problema de ordem cognitiva (raciocínio). Sabem exatamente o que fazem e distinguem perfeitamente o certo do errado. A deficiência deles está no campo dos afetos. Psicopatas são destituídos do atributo “consciência”, que nos conecta afetivamente com os seres viventes.

Aguiar<sup>31</sup> esclarece que o psicopata é “tido pela Psicologia como uma pessoa desprovida de superego, o que significa ausência de limites internos” e que, apesar de ser um indivíduo bem desenvolvido intelectualmente, ele possui uma deficiência emocional “o que o torna desprovido de empatia por outras pessoas e de sentimento

<sup>27</sup> MILHOMEM, Mateus. Criminosos sociopatas: encarceramento perpétuo ou tratamento digno? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 35-38, 2011. p. 35.

<sup>28</sup> MILHOMEM, Mateus. Criminosos sociopatas: encarceramento perpétuo ou tratamento digno? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 35-38, 2011. p. 35.

<sup>29</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 34.

<sup>30</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Psicopatia: a maldade original de fábrica. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 27-29, 2011. p. 28.

<sup>31</sup> AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O direito Penal e a Psicopatia. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 13, n. 307, p. 8-10, 2009. p. 9.

de culpa – qualidades emocionais essenciais para uma vida sadia -, mostrando-se capaz de sentir tão somente prazer e dor em decorrência de seus atos”.

Denise Hammerschmidt<sup>32</sup> explica que a psicopatia é um transtorno da personalidade que “afeta o terreno das emoções e dos afetos apresentando repercussões sobre o comportamento” e que pessoas afetadas por esse transtorno “tendem a ser definidas por uma marcada tendência ao não sentir remorso pelas suas ações e ao manipular os demais para a satisfação de seu próprio interesse”.

Antônio José Eça<sup>33</sup> apresenta entendimento semelhante ao consignar que a psicopatia se situa numa “zona fronteira entre a sanidade mental e a loucura” e que, os psicopatas, em sua grande maioria, são “pessoas que se mostram incapazes de apresentar sentimentos altruístas, tais como sentir pena ou piedade e de se enquadrar em padrões éticos e morais das sociedades em que vivem, já que apresentam um profundo desprezo pelas obrigações sociais”.

### 3.3 Como identificar um psicopata

Silva<sup>34</sup> explica que existe grande dificuldade de realizar pesquisas sobre os psicopatas. Isso porque esses estudos só podem ser feitos em penitenciárias uma vez que não se pode esperar que um portador de transtorno de personalidade, que nunca foi preso ou internado em instituições psiquiátricas, dê depoimentos de forma espontânea sobre seus ilícitos. Na maior parte das vezes, os psicopatas não possuem interesse algum em revelar algo significativo aos pesquisadores e quando o fazem, costumam agir de forma ardilosa, manipulando a verdade somente para obter vantagens, como obter algum benefício, como progressão de regime penal, por exemplo.

A psiquiatra revela, no entanto, que Robert Hare<sup>35</sup>, renomado psicólogo canadense, elaborou estudos com a finalidade de obter um instrumento hábil para diagnosticar a psicopatia em indivíduos e, ao fim do trabalho, obteve êxito ao

<sup>32</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. *Direito penal, psicopatia e neurociências*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 280.

<sup>33</sup> EÇA, Antônio José. *Roteiro de Psiquiatria Forense*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 282.

<sup>34</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 67.

<sup>35</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p.67.

formular um sofisticado questionário, conhecido como escala de Hare ou PCL (*psychopathy checklist*), que consiste no método mais confiável de identificação de psicopatas.

O PCL consiste num exame minucioso de diversos aspectos da personalidade psicopática, desde os ligados aos sentimentos e relacionamentos interpessoais até o estilo de vida dos psicopatas e seus comportamentos antissociais. Somente quando o indivíduo examinado apresenta a maioria dos sintomas a seguir relacionados, é que se pode afirmar que se trata de um psicopata<sup>36</sup>: a) relativos aos sentimentos e relacionamentos pessoais: superficialidade e eloquência; egocentrismo e megalomania; ausência do sentimento de culpa; ausência de empatia; tendência a mentir, trapacear e manipular; e pobreza de emoções; e b) concernentes ao estilo de vida e ao comportamento antissocial: impulsividade; autocontrole deficiente; necessidade de excitação; falta de responsabilidade; problemas comportamentais precoces; comportamento transgressor no adulto.

Silva<sup>37</sup> aduz, ainda, que a Neurociências desenvolveu novas técnicas de neuroimagens que ajudam a reforçar o diagnóstico de psicopatia. Por meio dessas técnicas, identificou-se que algumas estruturas orgânicas (amígdala e lobo frontal) apresentam intensa atividade no cérebro de pessoas sem traços psicopáticos, quando estimuladas a se imaginarem praticando atos imorais e cruéis, e o mesmo não se observa no cérebro de um psicopata.

### 3.4 Psicopatia: mal inevitável e incurável

Toda a bibliografia consultada para a elaboração deste trabalho (seja ela elaborada por profissional da área da saúde ou do direito) é unanime em afirmar duas coisas relacionadas ao tema: 1) a psicopatia é herdada geneticamente; e 2) não existe cura ou tratamento para esse transtorno de personalidade.

<sup>36</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 91.

<sup>37</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Psicopatia: a maldade original de fábrica. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 27-29, 2011. p. 29.

No que concerne à hereditariedade da psicopatia, estudos indicam que esse transtorno é herdado geneticamente e uma das provas disso é que outros membros da mesma família apresentam o mesmo perfil transgressor e insensível.

Quanto à inexistência de cura, Marcos Ferreira<sup>38</sup> sustenta que nenhum tratamento terapêutico existente é eficaz pois, “não há mudança verdadeira sem a capacidade de sentir culpa e assumir responsabilidades pelos próprios atos – funções da consciência moral”. Silva<sup>39</sup> e Ballone<sup>40</sup> seguem o mesmo entendimento e também revelam que não existem terapias medicamentosas e psicoterapias efetivas para o tratamento da psicopatia.

Após essa breve explanação acerca da natureza e modo de agir dos psicopatas, direciona-se o estudo para a apresentação de uma proposta de tratamento penal humanizado aos psicopatas criminosos, como uma espécie de contraponto ao direito penal do inimigo de Gunther Jakobs.

#### **4 PROPOSTA DE TRATAMENTO PENAL HUMANIZADO AO PSICOPATA: UM CONTRAPONTO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Cotejando a leitura do primeiro capítulo com a do segundo, poder-se-ia chegar à conclusão de que o indivíduo psicopata é o público-alvo ideal do Direito Penal do Inimigo. Isso se explica na medida em que se apura perfeita correspondência entre o perfil do portador de transtorno de personalidade e o sujeito considerado *inimigo* por Jakobs, pois ele é capaz de, dependendo do grau de seu transtorno, praticar crimes considerados bárbaros (homicídios, estupros, atentados terroristas, etc.) e reiterar na prática de ilícitos. Ou seja, esse indivíduo se encaixa perfeitamente no perfil do inimigo, que é aquele que “não só não pode esperar ser

---

<sup>38</sup> FERREIRA, Marcos. Sociopatas: uma ameaça à paz e ao progresso social? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 15, n. 347, p. 30-31, 2011. p. 31.

<sup>39</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Psicopatia: a maldade original de fábrica. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 27-29, 2011. p. 29.

<sup>40</sup> BALLONE, Geraldo. Sociopatia x moralidade: o olhar da ciência médica. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 15, n. 347, p. 24-26, 2011. p. 26.

tratado como pessoa, mas o Estado não deve trata-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”<sup>41</sup>.

Afora as inúmeras críticas da doutrina ao Direito Penal do Inimigo – no tocante ao fato de Jakobs não ter definido com exatidão quem seriam os inimigos (ele apenas exemplificou alguns delinquentes sem esgotar o tema); quem seria o responsável na sociedade por identificá-los, assim como, também, determinar quais as restrições de ordem material e processual penal tal segmento da população sofreria e quais os limites desse regime de exceção –, Conde<sup>42</sup> ressalta a incompatibilidade desse regime de exceção com a concepção de Estado de Direito, desconstruindo, inclusive, as bases teóricas dessa tese (ensinamentos de Kant, Fichte e Hobbes), afirmando que foram utilizadas de forma descontextualizadas, sobretudo pelo fato de serem “anteriores à construção do Estado de Direito e ao reconhecimento universal dos direitos humanos e emitidas em contextos culturais, sociais e econômicos completamente diferentes dos atuais”.

Este artigo alinha sua linha de entendimento a essas censuras à tese de Jakobs, por entender que o Direito Penal do Inimigo é um risco aos Estados de Direito por se aproximar sobremaneira do regime adotado nos Estados autoritários e totalitários.

Partindo desse norte, orienta-se, agora, à análise para a celeuma acerca da imputabilidade penal do psicopata.

#### **4.1 Da imputabilidade e da semi-imputabilidade penal do psicopata**

O artigo 26 do Código Penal dispõe acerca da inimputabilidade e da semi-imputabilidade penal no ordenamento jurídico nacional:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de

<sup>41</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011. p. 24.

entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Enquanto o *caput* o art. 26 trata das hipóteses de inimputabilidade penal, garantindo a isenção de pena aos indivíduos que se encaixem nesse perfil, o parágrafo único desse mesmo dispositivo cuida da semi-imputabilidade penal, assegurando a redução de pena de 1/3 a 2/3 aos sujeitos que incorrem nessa situação.

Leme<sup>43</sup> ensina que o portador de transtorno de personalidade não pode ser considerado inimputável porque a psicopatia não é uma doença mental nem consiste em desenvolvimento mental incompleto ou retardado, uma vez que não provoca qualquer alteração na capacidade psíquica do agente. Ressalta, ainda, que o psicopata conhece as normas que regem a sociedade, conseguindo identificar o que é lícito do que não é, e sabe as consequências que devem sofrer aqueles que desrespeitam as regras.

Assim, afastada a tese de inimputabilidade dos psicopatas, passa-se ao estudo da controvérsia doutrinária acerca da determinação de ser esse indivíduo **imputável** ou **semi-imputável** penalmente.

Leme registra que o psicopata também não pode ser considerado semi-imputável porque não é portador de uma perturbação da saúde mental nem possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado capaz de diminuir sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Para ela<sup>44</sup>, portanto, o psicopata é “imputável porque não está acometido de qualquer distúrbio que provoque alteração em sua saúde psíquica, além do que, têm plena consciência da leviandade (imoralidade e ilegalidade) dos atos que pretendem praticar e autocontrole suficiente para repeli-los”.

---

<sup>43</sup> LEME, Michele Oliveira de Abreu. Da imputabilidade do psicopata. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 234, p. 16-17, maio 2012. p. 17.

<sup>44</sup> LEME, Michele Oliveira de Abreu. Da imputabilidade do psicopata. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 234, p. 16-17, maio 2012. p. 17.

Guilherme de Souza Nucci<sup>45</sup> que registra que as “personalidades antissociais” não são consideradas doenças mentais e por esse motivo não excluem a culpabilidade. No entanto, leciona que parágrafo único do art. 26, ao se referir a perturbações da saúde mental pode estar se referindo a casos fronteiriços ou limítrofes, onde “não há eliminação completa da imputabilidade; logo pode o agente sofrer o juízo de reprovação social inerente à culpabilidade, embora o juiz seja levado a atenuar a censura feita, reduzindo a pena de 1/3 a 2/3”.

Mateus Milhomem<sup>46</sup>, por sua vez, entende que “o transtorno de personalidade de que são acometidos os psicopatas afeta sobremaneira sua capacidade de controle, qualificando-os como semi-imputáveis”. Aguiar<sup>47</sup> vai ao encontro desse entendimento pois consigna que o psicopata, por possuir uma visão de mundo “cortada” (perfeita compreensão racional de seus atos, mas nenhuma compreensão emocional deles), “insere-se entre os semi-imputáveis, sujeitos ao cumprimento de pena de prisão, dependendo do juízo discricionário do caso concreto”.

O posicionamento defendido neste artigo é o de que o psicopata é semi-imputável justamente por considerar sua deficiência no campo das emoções, se comparado com o indivíduo médio que tem a capacidade de aprender com seus próprios erros.

#### 4.2 Da ineficácia do direito penal do inimigo

A ideia, aqui, é examinar se a adoção de medidas típicas do Direito Penal do Inimigo possui alguma efetividade quando aplicadas ao indivíduo psicopata.

Como a pena de morte e a prisão perpétua não são a tônica das reprimendas penais da grande maioria dos Estados de Direito hodiernos, essas medidas não serão estudadas aqui. O que se analisará neste espaço é se a decretação arbitrária da prisão

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 318-321.

<sup>46</sup> MILHOMEM, Mateus. Criminosos sociopatas: encarceramento perpétuo ou tratamento digno? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 35-38, 2011. p. 35.

<sup>47</sup> AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O direito Penal e a Psicopatia. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 13, n. 307, p. 8-10, 2009. p. 10.

de um psicopata ou a exacerbação da quantidade de pena do mesmo são providências úteis para ele e para a sociedade.

No concernente à contribuição que a pena privativa de liberdade traz para o psicopata, a literatura é unânime: nenhuma. Gabriella Amaral<sup>48</sup> explana que, como os psicopatas não são capazes de aprender com seus próprios erros e a solução de interná-los em instituições penais não teria o condão de modificar seus hábitos, pois eles não são capazes de aprender com essa experiência.

Milhomem<sup>49</sup> relata que o psicopata encara a pena privativa de liberdade como, apenas, um período de neutralidade no qual não pode praticar a ação que gostaria e com a certeza de que, assim que retornar a liberdade, poderá colocar em dia suas atividades, o que evidencia que o comportamento desse sujeito não se altera pelo vivência de experiências diversas, sobretudo de punições. O autor cita, ainda, que gira em torno de 75% o índice de psicopatas que voltam a cometer crimes bárbaros ao deixarem os estabelecimentos prisionais. Amaral<sup>50</sup> também observa que os psicopatas são de 3 a 4 vezes mais propensos a apresentar recidivas criminais do que o sujeito não-psicopata.

Silva<sup>51</sup> explica que o que leva o portador de psicopatia a reiterar delitos é a sua incapacidade de se arrepender por seus atos imorais ou antiéticos. Dessa forma, não aprendem com seus erros nem mesmo por meio de métodos de ressocialização.

Assim, verifica-se que a adoção de medidas próprias do Direito Penal do Inimigo para esse público é inócua, pois trata-se de um segmento da população que, invariavelmente, tende a reiterar na prática de condutas ilícitas.

Mas, e para a sociedade tem alguma vantagem a prisão do psicopata?

<sup>48</sup> AMARAL, Gabriella. *Personalidade psicopática: implicação no âmbito do direito penal*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/60784/personalidade-psicopatica-implicacao-no-ambito-do-direito-penal>> Acesso em: 8 maio 2018. p. 5.

<sup>49</sup> MILHOMEM, Mateus. Criminosos sociopatas: encarceramento perpétuo ou tratamento digno? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 35-38, 2011. p. 36.

<sup>50</sup> AMARAL, Gabriella. *Personalidade psicopática: implicação no âmbito do direito penal*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/60784/personalidade-psicopatica-implicacao-no-ambito-do-direito-penal>> Acesso em: 8 maio 2018. p. 16.

<sup>51</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Psicopatia: a maldade original de fábrica. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 27-29, 2011. p. 29.

Como não é capaz de recuperar o sujeito (um dos objetivos da pena é a reeducação), a prisão do psicopata, como bem aduz Amaral<sup>52</sup>, serve, apenas, “para aliviar temporariamente a sociedade de seus malefícios”.

Observa-se, aqui, um dos atributos do Direito Penal de Jakobs presente na atual política criminal brasileira, pois o Estado estaria preocupado, apenas, com a exclusão do indivíduo malfeitor do convívio social, sem se atentar para a ineficácia dessa iniciativa para sua ressocialização.

Mas mesmo existindo esse “benefício” para a sociedade, Aguiar<sup>53</sup> e Milhomem<sup>54</sup> explicam que, ao se permitir a convivência de criminosos psicopatas com criminosos comuns no sistema penitenciário, cria-se a oportunidade de os portadores de transtorno de personalidade de, graças à sua capacidade de influenciar pessoas, se tornarem líderes de presídios; comandarem rebeliões; controlarem o tráfico de drogas; de aumentarem a própria agressividade; e de aprimorarem a crueldade dos presos comuns.

Destarte, ante à relação de baixo custo-benefício quanto à efetividade da pena privativa de liberdade para o psicopata, reforça-se a ideia de conceder a esse público o tratamento aplicável ao público semi-imputável, qual seja, aquele previsto no art. 98 do Código Penal: a adoção de medidas de segurança – para isso, no entanto, seria necessária inovação legislativa no sentido de positivar a regra de que todos os criminosos diagnosticados como portadores de psicopatia devam ter a pena privativa de liberdade substituída por medida de segurança).

#### 4.3 Da eficácia e da duração da medida de segurança

Considerando a semi-imputabilidade do psicopata, parte-se para o estudo da doutrina de Nucci<sup>55</sup> ensina que medida de segurança é uma forma de sanção penal,

<sup>52</sup> AMARAL, Gabriella. *Personalidade psicopática*: implicação no âmbito do direito penal. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/60784/personalidade-psicopatica-implicacao-no-ambito-do-direito-penal>> Acesso em: 8 maio 2018. p. 16.

<sup>53</sup> AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O direito Penal e a Psicopatia. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 13, n. 307, p. 8-10, 2009. p. 8.

<sup>54</sup> MILHOMEM, Mateus. Criminosos sociopatas: encarceramento perpétuo ou tratamento digno? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 35-38, 2011. p. 36.

<sup>55</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 593.

com caráter preventivo e curativo, que pretende “evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado”.

Embora o art. 97, § 1º, do Código Penal registre que a medida de segurança se dá por prazo indeterminado, enquanto não averiguada a cessação de periculosidade do indivíduo – um dispositivo próprio do Direito Penal do Inimigo, na medida em que se permite a perpetuidade da pena para o sujeito semi-imputável – o STF já se manifestou no sentido de que “a interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas” (HC 84.219, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, DJe 23/9/2005).

O STJ também se manifestou sobre o tema, registrando o entendimento na linha do STF, no sentido de que “o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado e não pode ser superior a 30 (trinta) anos”. (HC 208.336, relatoria da Ministra Laurita Vaz, DJe 29/3/2012).

Posteriormente, o STJ sumulou o entendimento de que o “tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.” (Súmula STJ n. 527).

#### **4.4 Proposta de tratamento penal humanizado ao psicopata**

Como já registrado no tópico anterior, a proposta de sanção ao psicopata se daria por meio de inovação legislativa. A ideia é a de inclusão no Código Penal o artigo 98-A o qual deveria determinar expressamente que o indivíduo criminoso, diagnosticado com psicopatia, por junta médica especializada no tema, tenha a pena privativa de liberdade substituída por medida de segurança de internação “humanizada em estabelecimento de saúde mental” – conforme prevê o art. 3º da Lei n. 10.216/2001, Lei da Reforma Psiquiátrica –, que consigna ser obrigação do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, assistência e a promoção de

ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família.

Vale lembrar que a alternativa de tratamento ambulatorial não deve ser cogitada uma vez que a psicopatia ainda não tem cura, logo, não há que se falar nessa hipótese, pois “como se trata de uma alteração congênita o que apresentam, são ininfluenciáveis à terapêutica, seja ela medicamentosa, seja psicoterápica”<sup>56</sup>.

Busca-se com essa iniciativa, apartar dos criminosos comuns os delinquentes psicopatas (observância ao princípio constitucional da individualização da pena); garantir uma qualidade de vida aos portadores da psicopatia melhor do que a oferecida nos presídios (observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana); oferecer com maior frequência exames verificadores da cessação da periculosidade; e, até mesmo, disponibilizar acompanhamento psiquiátrico adequado e tratamentos terapêuticos (uma vez que, não obstante se saiba que, hodiernamente, a psicopatia não tem cura, a Neurociência tem obtido avanços importantes no estudo desse transtorno de personalidade, podendo, em algum tempo, descobrir algum tratamento eficaz).

Com o mesmo cuidado que se tem em não permitir o convívio de criminosos comuns com os delinquentes psicopatas, há de se ter com relação aos portadores de transtorno de personalidade de graus variados.

Assim, apura-se a necessidade de aloca-los em hospitais/clínicas diferentes para que o comportamento do portador de psicopatia de grau grave não contamine o paciente considerado de grau leve ou moderado.

No que tange aos psicopatas de grau leve que, de acordo com Eça<sup>57</sup> e Silva<sup>58</sup>, são a maioria, entende-se que a duração das medidas de segurança deva ser a cessação da periculosidade do cidadão, podendo se estender até ao limite estabelecido pelo STF e STJ, qual seja, deve ser o máximo da pena abstrata prevista

<sup>56</sup> EÇA, Antônio José. *Roteiro de Psiquiatria Forense*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 283.

<sup>57</sup> EÇA, Antônio José. *Roteiro de Psiquiatria Forense*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 283.

<sup>58</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 163.

para o delito praticado, não podendo ultrapassar os 30 anos, conforme determina o art. 75 do Código Penal.

Depois de cumprida a medida de segurança de internação humanizada, a proposta é que o psicopata e sua família tenham um canal de comunicação direta e eficaz com equipes especializadas no tema (formadas por profissionais psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais), de forma que não haja abandono desse público pelo Estado.

Tratamento diferenciado, mas não menos humanizado, deve ser dispensado aos criminosos psicopatas de graus moderado e grave. Para estes, caso persista a periculosidade (avaliada por equipe médica especializada), mesmo ultrapassando o limite máximo da medida de segurança (30 anos), há de se providenciar a interdição civil.

Tal medida já tem sido adotada pelo Judiciário que, atendendo pedido do Ministério Público, verifica a não-cessação da periculosidade do psicopata criminoso e desde que se averigüe ser estritamente necessário à proteção dele e/ou da sociedade, busca a sua interdição no juízo cível e consequente internação em hospital psiquiátrico ou entidade correlata.

A título exemplificativo, é importante destacar o julgamento do REsp n. 1.306.687/MT<sup>59</sup>, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi. No caso em questão, o recorrido, que havia praticado, com 16 anos de idade, ato infracional homólogo ao homicídio, contra seu padrasto, sua mãe de criação e seu irmão de 3 anos de idade, com golpes de faca, havia recebido medida socioeducativa de internação por 3 anos e passado por diversas instituições psiquiátricas, as quais atestaram sua vontade de continuar matando. Como a medida socioeducativa de internação estava perto do fim e a periculosidade do sujeito persistia, o *parquet* requereu sua interdição civil com o intuito de mantê-lo internado, uma vez que, solto, ele proporcionaria risco, não só a ele próprio, como àqueles do seu convívio.

---

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1.306.687/MT. Terceira Turma. Rel.: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1306687&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 8 maio 2018.

Ao final, a Terceira Turma do STJ, por maioria, acompanhou o voto da relatora, dando provimento ao pedido do Ministério Público estadual no sentido de decretar a interdição civil do recorrido e consequente internação em compulsória em hospital psiquiátrico (conforme preceitua o art. 6º, I, da Lei n. 10.216/2001).

Assim, no caso dos psicopatas criminosos considerados de graus moderado e grave, na hipótese de, ao fim da duração da medida de segurança fixada pelo juízo ou dos 30 anos estabelecidos no art. 75 do Código Penal, persistirem apresentando risco a si mesmo e a terceiros, cabe ao Ministério Público pedir em juízo a sua interdição e manutenção de sua internação em hospital psiquiátrico ou instituição correlata por tempo suficiente à cessação da periculosidade do agente.

Frisa-se que essa deve ser a última solução encontrada pelo Judiciário para tratar psicopatas criminosos de graus moderados e graves, e que, em qualquer hipótese, devem ser assegurados, de forma humanizada e frequente: acompanhamento médico, sobretudo psiquiátrico; e aplicação com maior frequência exames verificadores da cessação da periculosidade. Não só para estes quanto para suas famílias, os quais devem ser orientados sobre a forma como devem lidar com esses portadores de transtorno de personalidade.

É importante destacar que um dos principais atributos de um Estado de Direito estabilizado é o fato de suas instituições públicas funcionarem e atenderem aos cidadãos de forma efetiva e de acordo com as suas particularidades. Não pode o Estado cuidar de casos de exceção como se regra fossem e, por consequência, destinar para todos os problemas uma só solução.

No caso trazido para estudo, vê-se que o Ministério Público e o Judiciário – duas instituições basilares do Estado de Direito – se atentaram para a situação de um psicopata de grau grave, de forma individual, analisando o seu comportamento e, em razão da persistência da periculosidade do sujeito, consignada em laudos médicos, entenderam que esse indivíduo precisaria permanecer mais tempo isolado do convívio social. Isso porque, sua liberdade ofereceria risco não só à sua integridade física quanto a dos que o cercam.

Não se pode confundir esses casos de exceção com a política criminal do Direito Penal do Inimigo: **a um**, porque a referida política costuma se apresentar,

comumente, pelo uso de medidas legislativas que visam atingir grandes públicos e “resolver” certos problemas sociais de uma só vez, o que difere do caso exposto, pois, ali, foi analisada individualmente a situação da pessoa portadora de psicopatia grave, estudados os atestados médicos de não-cessação de sua periculosidade, observado o seu comportamento, etc; **a dois**, porque no Direito Penal do Inimigo, o Estado não assegura o devido processo legal ao *inimigo*, enquanto que, no caso em análise, as instituições (Ministério Público e Judiciário) se debruçaram sobre o caso em particular, examinando todas as suas minúcias (é bem emblemático o fato de não ter havido unanimidade na decisão do STJ, pois isso evidencia, ainda mais, que a decisão de interdição e internação compulsória do indivíduo não se deu de forma deliberada, mas após um bom e fundamentado debate jurídico; **a três**, porque o Direito de Jakobs, simplesmente, considera que o *inimigo* deva ser isolado da sociedade, não merecendo mais a atenção do Estado, distinguindo-se da hipótese em comento, porquanto a decisão judicial, embora, em tese, contrária aos interesses do indivíduo, buscou assegurar-lhe qualidade de vida.

## 5 CONCLUSÃO

Como visto no desenrolar deste artigo, as características do *inimigo* de Jakobs são bem semelhantes, para não afirmar idênticas, às apresentadas pelo *psicopata*, que, por uma disfunção natural, não tem a capacidade de sentir emoções altruísticas (como pena, remorso, etc). E, em razão disso, não consegue ter empatia pelas outras pessoas, se importando, apenas, com o próprio prazer de desprezar regras sociais, vindo a cometer de crimes leves a crimes bem graves – isso varia com o grau de psicopatia apresentada pelo portador de transtorno de personalidade.

Por se tratar de um transtorno incurável, é preponderante que o Estado se debruce sobre esse problema, tendo em vista que os psicopatas representam cerca de 4% da população.

No Canada, por exemplo, a solução encontrada é o afastamento do psicopata do convívio social pelo resto de sua vida. Segundo Milhomem<sup>60</sup>,

---

<sup>60</sup> MILHOMEM, Mateus. Criminosos sociopatas: encarceramento perpétuo ou tratamento digno? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 35-38, 2011. p. 36-37.

Quem comete crime grave, seja maior ou menor de idade, é avaliado por uma comissão multidisciplinar, composta por juiz, advogado, psicólogo, assistente social e psiquiatra forense, para o fim de se determinar a instituição mais adequada ao seu perfil.

Se constatado que a pessoa é um psicopata, este cumprirá pena de prisão perpétua em regime de isolamento, mas, segundo o autor, tendo uma vida com certa dignidade e sem ser esquecido pelo Estado. O articulista, ainda, pontua que em lugares como o Reino Unido, Suécia e Itália, o criminoso psicopata pode ficar preso por tempo indeterminado, sempre dependendo de avaliações psiquiátricas.

Impende observar que, apesar de a Ciência ainda não ter encontrado a cura para a psicopatia, existe um alento. De acordo com estudos, se detectadas as características de psicopatia na infância<sup>61</sup>, estas podem ser moduladas. Há chances de se obter sucesso no abrandamento do grau da psicopatia. Silva<sup>62</sup> afirma que em “um ambiente familiar mais estruturado e com a vigilância constante de filhos “problemáticos” certamente não evita a psicopatia, mas pode inibir uma manifestação mais grave”.

Por outro lado, lares desestruturados nos quais a criança e/ou o adolescente sofra maus-tratos e abuso sexual, por exemplo, podem acarretar uma intensidade mais grave no grau de psicopatia apresentado pelo indivíduo.

Outro alento para o tratamento do psicopata é que sua agressividade diminui<sup>63</sup> na medida em que envelhece, tornando-o menos perigoso<sup>64</sup> e, de acordo com o DSM-IV-TR, a psicopatia tem um curso crônico, no entanto, pode tornar-se menos evidente a partir dos 40 anos de idade<sup>65</sup>.

Percebe-se que ainda se tem muito a fazer para os portadores de transtorno de personalidade: (a) a ciência necessita desenvolver mais estudos e esclarecer muitos

---

<sup>61</sup> Da infância até os 18 anos de idade, por questões técnicas, a psicopatia é nominada de transtorno de conduta.

<sup>62</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 172.

<sup>63</sup> AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O direito Penal e a Psicopatia. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 13, n. 307, p. 8-10, 2009. p. 9.

<sup>64</sup> AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O direito Penal e a Psicopatia. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 13, n. 307, p. 8-10, 2009. p. 10.

<sup>65</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 173.

pontos ainda obscuros sobre esses indivíduos; (b) a mídia precisa se sensibilizar em relação aos problemas vivenciados por essas pessoas, evitando a exploração gratuita do lado espetacular dos crimes por eles perpetrados e passando a evidenciar o lado humanizado desses indivíduos; e (c) os juristas, por sua vez, devem elaborar estudos e projetos de lei mais apropriados para esse público.

Por fim, vale ponderar que, infelizmente, existe uma considerável distância entre o que se põe no papel (nas decisões judiciais ou, mesmo, no que defende este artigo) e o que se verifica na prática. No entanto, não se pode deixar de enxergar os problemas, pensar em soluções e propor o debate. A realidade somente pode ser transformada depois de uma boa discussão.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O direito Penal e a Psicopatia. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 13, n. 307, p. 8-10, 2009.

AMARAL, Gabriella. *Personalidade psicopática: implicação no âmbito do direito penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60784/personalidade-psicopatica-implicacao-no-ambito-do-direito-penal>> Acesso em: 8 maio 2018.

BALLONE, Geraldo. Sociopatia x moralidade: o olhar da ciência médica. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 15, n. 347, p. 24-26, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=o-que-e->>. Acesso em: 8 maio 2018.

BRASIL. *Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm)>. Acesso em: 8 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 130.162/SP*. Sexta Turma. Rel.: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=130162&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 8 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1.306.687/MT*. Terceira Turma. Rel.: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1306687&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 8 maio 2018.

- CHAMMAS, Daniela. Psicopatia e direitos humanos: o estado negligenciando criminoso e a sociedade. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 19, n. 440, p. 20-22, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011.
- EÇA, Antônio José. *Roteiro de Psiquiatria Forense*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERREIRA, Marcos. Sociopatas: uma ameaça à paz e ao progresso social? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 15, n. 347, p. 30-31, 2011.
- FRANÇA, Marcelo Sales. Sociopatia dissimulada. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano 15, n. 347, p. 32-33, 2011.
- HABIB, Gabriel. *O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos*. Niterói: Ímpetus, 2016.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. *Direito penal, psicopatia e neurociências*. Curitiba: Juruá, 2017.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LEME, Michele Oliveira de Abreu. Da imputabilidade do psicopata. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 234, p. 16-17, maio 2012.
- MECLER, Katia. *Psicopatas do cotidiano: como conviver, como se proteger*. São Paulo: LeYa, 2015.
- MILHOMEM, Mateus. Criminosos sociopatas: encarceramento perpétuo ou tratamento digno? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 35-38, 2011.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PRADO, Rodrigo Murad do. *Fundamentos do direito penal mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Psicopatia: a maldade original de fábrica. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 15, n. 347, p. 27-29, 2011.

STOUT, Martha. *Meu vizinho é um psicopata*. Rio de Janeiro: Sextante, 2010.