



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JEAN PEDRO COSTA GONÇALVES

RECRUDESCIMENTO DO PENALISMO BRASILEIRO

BELÉM/PARÁ
2023

JEAN PEDRO COSTA GONÇALVES

RECRUDESCIMENTO DO PENALISMO BRASILEIRO

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado como requisito parcial para
obtenção de grau em Bacharel em Direito, à
Faculdade de Direito, do Instituto de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Pará.

Orientador: Prof. Dr. Ivanildo Ferreira Alves.

BELÉM
2023

FICHA CATALOGRÁFICA

ATENÇÃO!

1. Conforme NBR 14724/2011 o verso da folha de rosto contém um elemento obrigatório, a ficha catalográfica do trabalho segundo o Código de Catalogação Anglo-Americano vigente;
- 2 . Solicitada através do “Ficat” disponível no site www.bcficat.ufpa.br.

JEAN PEDRO COSTA GONÇALVES

RECRUDESCIMENTO DO PENALISMO BRASILEIRO

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado como requisito parcial para
obtenção de grau em Bacharel em Direito, à
Faculdade de Direito, do Instituto de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Pará.

Orientador: Prof. Dr. Ivanildo Ferreira Alves.

Data de aprovação:

Banca Examinadora:

Prof. Ivanildo Ferreira Alves
Orientador - UFPA

Prof. Benedito Wilson Correa de Sá
Examinador Interno - UFPA

São elementos constitutivos do Estado: o povo, o território e o ordenamento jurídico. Embora o Estado Brasileiro seja laico, o povo que o constitui é de maioria cristã, cuja cosmovisão parte da ótica bíblica. Por conseguinte, o ordenamento jurídico pátrio consagra direitos como a vida, família, o trabalho, a propriedade, a preservação ambiental; e repudia condutas como o homicídio, genocídio, adultério, incesto, bigamia, roubo, furto.

Não se quer dizer, com isso, que a invocação de Deus no preâmbulo da Carta de 1988 torna o Brasil um Estado confessional, mas sim que a mesma reconhece o histórico e a destinação espiritual do povo Brasileiro. Aliás, este Ser não é uma construção social.

Negar este fato alegando uma nova configuração da sociedade, com o suposto propósito de salvaguardar direitos de minorias e de vulneráveis, é uma prática não laica, mas laicista, o que vai de encontro aos ditames da Constituição Federal, como o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos à liberdade de consciência e de crença e ao pátrio poder.

Como consequência, as mazelas sociais e morais exigem uma acelerada operacionalização do direito, seja pela promulgação de leis, de jurisprudências e de prevenção e repressão estatal, o que não se mostra suficiente para conter o avanço da violência.

A Deus, o justo juiz.

A meu pai, minha mãe e meu irmão, por sermos uma família unida.

Ao Professor Ivanildo Ferreira Alves, que muito me honrou em orientar-me neste escrito.

RESUMO

O Direito Penal Brasileiro vem tendo fenômenos expansivos de política criminal, perpassando períodos de Regime Militar, de transição e Democrático, por governos de esquerda e de direita. Todos têm direito à preservação de direitos e garantias fundamentais, no entanto, o uso disfuncional de tais direitos, chamado de hipergarantismo, facilita a impunidade e consubstancia um perigo concreto à sociedade. As inovações penais ocorreram pela via legislativa e pela judicial. O recrudescimento legislativo tem algumas incoerências, como as inovações do Pacote Anticrime de retirar a qualificadora de crime hediondo da conduta de extorsão qualificada pela morte; bem como trata como crime hediondo o furto qualificado pelo emprego de explosivo; porém, não é considerado tal o roubo com destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo. Outra incoerência é o tratamento de organizações criminosas como não-terroristas, embora haja aparelhamento paraestatal e antiestatal. Apesar da crescente expansão da política criminal, há um contra-movimento de descriminalização, como no crime de adultério, o qual ocorreu por via legislativa, gerando como postura reacionária a proposta de criminalização do incesto. A legitimação do poder de punir está diretamente ligada ao significado social de sua aceitação: para o jurista, uma autoridade é válida ou não; para o sociólogo a validade é gradativa. A Teoria do Inimigo do Estado, teve suas origens no funcionalismo sistêmico; na qual há uma distinção entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. No primeiro se pune condutas, e no segundo, se pune o próprio sujeito, por meio de medidas de seguranças, tais quais o Regime Disciplinar Diferenciado. A aplicação da Teoria do Domínio do fato possibilita a condenação por crimes de perigo abstrato.

Palavras-chave: Teoria do Inimigo do Estado, Teoria do Domínio do Fato, hipergarantismo.

ABSTRACT

Brazilian Criminal Law has had expansive phenomena of criminal policy, going through periods of Military, Transitional and Democratic Regimes, by left and right governments. Everyone has the right to the preservation of fundamental rights and guarantees, however, the dysfunctional use of such rights, called hyper-guaranteeism, facilitates impunity and constitutes a concrete danger to society. The penal innovations occurred through the legislative and judicial channels. The legislative upsurge has some inconsistencies, such as the innovations of the Anti-Crime Package to remove the qualifier of heinous crime from the conduct of extortion qualified by death; as well as treats as a heinous crime the theft qualified by the use of explosives; however, theft with destruction or disruption of an obstacle using an explosive is not considered such. Another inconsistency is the treatment of criminal organizations as non-terrorists, although there is parastate and antistate rigging. Despite the growing expansion of criminal policy, there is a counter-movement towards decriminalization, as in the crime of adultery, which occurred through legislation, generating as a reactionary posture the proposal to criminalize incest. The legitimation of the power to punish is directly linked to the social meaning of its acceptance: for the jurist, an authority is valid or not; for the sociologist, validity is gradual. The Enemy Criminal Law Theory had its origins in systemic functionalism; in which there is a distinction between the criminal law of the citizen and the criminal law of the enemy. In the first, conduct is punished, and in the second, the subject is punished, through security measures, such as the Differentiated Disciplinary Regime. The application of the Theory of Fact Domain makes possible the conviction for crimes of abstract danger.

Key words: hyper-guaranteeism ; The Enemy Criminal Law Theory ; Theory of Fact Domain.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AP	-	Ação Penal
CC	-	Código Civil Brasileiro
CPC	-	Código de Processo Civil Brasileiro
CPP	-	Código de Processo Penal Brasileiro
CP	-	Código Penal Brasileiro
CF/88	-	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CVLI	-	Crimes violentos letais intencionais
ECA	-	Estatuto da Criança e do Adolescente
LCP	-	Lei de Contravenções Penais
LCH	-	Lei de Crimes Hediondos. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.
LEP	-	Lei de Execuções Penais. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984
PT	-	Partido dos Trabalhadores
PCC	-	Facção Criminosa Primeiro Comando da Capital
PGR	-	Procurador-Geral da República ou Procuradoria-Geral da República
RDD	-	Regime Disciplinar Diferenciado
StGB	-	Strafgesetzbuch, Código Penal Alemão
STF	-	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
1.1 PROBLEMA	12
1.4. METODOLOGIA.....	12
1.2. OBJETIVOS.....	13
1.2.1 Geral	13
1.2.2 Específicos	13
2 REFERENCIAL TEÓRICO	15
3 A VALIDADE DA NORMA.....	18
4 A LEI DE CRIMES HEDIONDOS.....	34
5 O EFEITO DA NORMA PENAL PERANTE CRIMINOSOS E CRIMINALIZADOS	36
6 PACOTE ANTI-CRIME	37
8 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	45
8.1 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470	47
9 CONCLUSÃO.....	50
10 REFERÊNCIAS	52

1. INTRODUÇÃO

Desde que a figura do Estado foi constituída, sob a concepção contratualista, foi reconhecida a incapacidade do homem, enquanto ser social e político, de resolver seus conflitos sozinho. A legitimação da autoridade estatal decorre de seu reconhecimento como instituição apta a resolver lides individuais e coletivas e a restabelecer a paz social. O poder estatal advém da perda parcial das liberdades individuais, isto é, o homem abdica do seu direito à autotutela, em prol do poder legiferante, judicante e de polícia do Estado.

Vemos, então, que a concepção jusnaturalista e jusmoralista cedem cada vez mais espaço para o juspositivismo, em cujo aspecto deste trabalho, veremos que, embora este venha a ser predominante, ainda há aspectos daqueles dois enfoques, sobretudo quando normas costumeiras, como os tratados e convenções internacionais e o direito comparado influenciam fortemente a elaboração e a aplicação da Lei.

No Estado de Direito, há o tratamento de regra e de exceção. No entanto, as críticas ao Estado de exceção, principalmente advindas do garantismo penal, apontam para um totalitarismo estatal, o que é contrário ao Estado Democrático de Direito. Devemos observar, no entanto, que, mesmo no Estado Democrático de Direito, o Princípio da Igualdade consiste em tratar os iguais com igualdade e aos desiguais com desigualdade, na medida de sua desigualdade, de forma que tratar os desiguais com igualdade constitui uma injustiça; o que, em normas penais, se consubstanciam em aspectos como tipo penal, aspectos subjetivos, individualização da pena e condições econômicas do réu.

Desde que o Estado assumiu a constituição de Estado Democrático de Direito, cabe ao direito penal, como espécie de saber, orientar suas discussões para delimitar o poder de punir, condicionando-o, rigidamente, às regras da estrutura do injusto (tipo e antijuridicidade) e da culpabilidade. Dada a importância desses elementos, convém tratá-los, separadamente, de modo mais aprofundado. Cada um deles, assim, comporta uma definição e elementos próprios. A argumentação em torno desses elementos, suas características, extensão e significado constituem o cerne da teoria do delito. (TAVARES, 2018, p. 113)

Da citação adrede, cabe-nos ponderar que a delimitação do poder punitivo estatal não importa, necessariamente, na sub-utilização deste: o exercício do poder punitivo é uma tarefa vinculada e indeclinável do Estado, e que, portanto, deve ser exercida nos exatos termos, proporções e rigores preestabelecidos em Lei.

Ademais, a própria Carta de 1988 admite tratamento de exceção, tais quais: pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”), e legislar sobre requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra (art. 22, III); recolhimento penitenciário em Regime Disciplinar Diferenciado para presos que apresentem alto risco para

a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; e/ou sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada (LEP, art. 52, § 1º, I e II - alterado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019). A interpretação das normas constitucionais anteriores é de eficácia contida, para efeitos jurídicos, embora, em efeitos práticos, há muitas operações militares e policiais análogas à situação de guerra contra o crime organizado, cabendo questionar se os insurgentes podem ser classificados como inimigos do Estado. Sobre a Teoria do Inimigo do Estado, será demonstrado posteriormente que ela prioriza o aspecto subjetivo do crime.

Neste ponto, indaga-se até que ponto o recrudescimento de normas penais se encontra dentro dos limites da legitimação do *jus perseguendi* e do *jus puniendi* estatal?

Com efeito, dentro da concepção penalista, o Estado é o ofendido imediato de toda ação típica, visto que teve o seu ordenamento jurídico transgredido, além de arcar com o ônus de socorrer a sociedade de suas mazelas decorrentes, direta ou indiretamente, do crime.

Uma ação de combate à criminalidade é o recrudescimento de tipos penais e a tipificação de condutas, até então, atípicas, o que Jakobs e Meliá (2003) chamam de fenômenos expansivos de política criminal. No entanto, em um afã de reduzir a impunidade, vêm-se editando normas penais algumas, questionáveis seja do ponto de vista doutrinário, quanto do prático: um exemplo é o chamado pacote anti-crime.

Recentemente, o ordenamento jurídico brasileiro vem passando por reformas marcantes, como a reforma trabalhista, a reforma previdenciária, aprovado o texto-base da reforma eleitoral (Proposta de Emenda à Constituição 125/11). Dentre estas, o chamado pacote anti-crime, instituído no ordenamento pátrio por meio da Lei 13.964/2019, que destinou-se a fazer reformas no Código Penal, Processual Penal, na Lei de Execuções Penais e em legislação penal esparsa. Esta lei introduziu várias mudanças, seja do direito material e processual penal, e na legislação penal extravagante, o que demonstra um amplo acervo de mudanças a serem estudadas, dentre as quais alterações dadas nos crimes hediondos e a introdução da figura do juiz de garantias no CPP.

Ainda há muito o que se avaliar se o chamado Pacote anti-crime se mostrou mais ou menos efetivo em qual categoria de crimes. Ademais, alterou (facilitando ou dificultando) o trabalho dos agentes do direito como Poder Judiciário, Polícias, Ministério Público e Advocacia pública e privada, bem como a integração de esforços entre tais.

Um dos pontos questionáveis da medida foi a criação da figura do juiz de garantias, o qual encontra-se previsto nos arts. 3-A a 3-F do CPP, incluído pela Lei 13.964/2019.

Embora as teorias abordadas neste trabalho causem repulsa no meio jurídico, por uma suposta supervalorização do punitivismo, a noção de periculosidade que elas pregam são usadas por todos os tribunais brasileiros. Inclusive o Supremo Tribunal Federal, declara um sujeito perigoso, para a sociedade, decreta uma prisão preventiva, como a Teoria do Domínio do Fato, no Caso do Mensalão (AP 470/DF) e a Teoria do Perigo Abstrato, no Caso do Deputado Daniel Silveira (AP 1044/DF).

1.1 PROBLEMA

A análise jurídica do recrudescimento de normas penais precisa, necessariamente, levar em conta o ponto de vista político-ideológico, pois “A lei penal é feita pelos legisladores, que são políticos e, por fim, decidem o programa de criminalização primária, sempre conforme a uma ideologia política, entendida como sistema de ideias” (TAVARES, 2018, p. 16); para, em seguida, analisar os aspectos técnicos da norma.

Conforme demonstrado anteriormente, o chamado pacote anti-crime vem acompanhado de recentes e profundas mudanças ocorridas no ordenamento jurídico pátrio decorrentes dos últimos mandatos dos presidentes das Repúblicas, marcados por crises, instabilidades, austeridades econômicas e forte crítica da opinião social, quiçá polaridade de partidarismos.

De outro lado, a própria avaliação da efetividade do pacote anti-crime torna-se dificultada seja pela ainda recente promulgação da Lei 13.964/2019, seja pela ampla gama de institutos jurídico-penais que ela se destina a alterar. Assim sendo, o fato social a que ela destina coibir, a criminalidade, assume várias facetas, quer seja, os crimes violentos letais intencionais (CVLI), seja os crimes hediondos, seja os crimes do colarinho branco, isto é, os crimes que são praticados com sofisticação de recursos, com conhecimentos avançados em informática, economia, direito, e que não causam imediata perplexidade na população.

1.4. METODOLOGIA

A pesquisa será do tipo bibliográfica, seguindo o tripé jurídico legislação, doutrina e jurisprudência. Em seguida, passar-se-á à análise qualitativa, visando identificar elementos axiológicos e epistemológicos aos quais os tipos penais destinam-se a salvaguardar.

Será realizada pesquisa documental, em julgados do Supremo Tribunal Federal, em especial do inteiro teor do julgamento da Ação Penal 470, conhecida como Caso do “Mensalão”, a fim de entender o entendimento majoritário da Suprema Corte brasileira acerca

da aplicação da Teoria do Domínio do Fato.

Pesquisa bibliográfica na doutrina jurídica, a fim de para descrever aspectos elementares da legitimação da norma, da Teoria do Inimigo do Estado (esta, sendo associado o seu uso no art. 52 da LEP) e da Teoria do Domínio do Fato.

Pesquisa bibliográfica na legislação, a fim de identificar aspectos de estabilização da norma em condutas típicas (como o crime de vadiagem), ou atípicas em processo legislativo para sua criminalização (como o incesto).

Será tratada a Lei de Crimes Hediondos, para demonstrar sua confluência com o pacote anti-crime, além de que, as atualizações daquele diploma mostra que o recrudesimento dos tipos penais vem ocorrendo constantemente, perpassando por várias legislaturas.

Alguns dados quantitativos, a respeito de crimes hediondos serão acostados ao presente trabalho para ilustrar o tema dos crimes , com base em dados estatísticos, consultados em anuários do Atlas da Violência.

1.2. OBJETIVOS

Este trabalho tem como objetivo estudar a legitimação do poder de punir, por meio do recrudesimento de normas penais. Para tanto, apresenta aspectos de legitimidade da norma, transversais ao direito e à sociologia, adentrando na Teoria do delito, apresentando as Teorias do domínio do fato e do inimigo do estado, mostrando as coerências e incoerências do ordenamento jurídico, e, por fim, afirmando sobre a legitimidade do recrudesimento de normas penais, apesar da problemática que elas causam no ordenamento.

Será demonstrado como o recrudesimento das leis obedece à finalidade constitucional do Brasil ao fundamento da dignidade da pessoa humana, entabulado no art. 1º, III, da Constituição Federal. Também será corroborado com o garantismo penal negativo.

1.2.1 Geral

Estudar o conteúdo teórico que fundamenta o recrudesimento de normas penais, e avaliar a aplicação pragmática desta atualização legislativa.

1.2.2 Específicos

- Identificar e comentar alguns dispositivos legais alterados ou introduzidos na legislação penal; e identificar seus efeitos na efetivação da justiça social;
- Associar as Teorias de recrudesimento penal à alterações na legislação penal e

a julgamentos judiciais;

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Weber (2002), em cuja obra “Conceitos básicos de sociologia”, apresenta termos abstratos e transversais a várias áreas do conhecimento, como psicologia, estatística, ciências sociais, economia e direito, os quais serão traduzidos à vista deste último, o que requer um esforço hermenêutico para compreender normas sociais e validade de leis, de modo a combinar seu ponto de vista com as normas penais positivadas.

Tavares (2018) segue a linha do garantismo penal, criticando os crimes de perigo abstrato. O autor faz distinção entre antinormatividade e antijuridicidade, no qual o primeiro quer dizer a transgressão de uma norma, enquanto que o segundo quer dizer a transgressão de toda a ordem jurídica. O autor defende que o injusto penal deve ser considerado como um todo, sendo deficiente a proposta de separar, em compartimentos estanques, seus elementos essenciais, a tipicidade e a antijuridicidade.

A idéia de totalidade que compõe o injusto penal citado por Tavares (2018), no qual suas partes (tipicidade e a antijuridicidade) constituem subsistemas que interagem entre si e geram efeitos superiores ao de suas partes individualmente, isto é, a sinergia, o que nos leva a relacionar o instituto do injusto penal à Teoria Sistêmica, idealizada por Ludwig von Bertalanffy (1976).

Misse (2016), ao buscar a teorização da violência, fez um apanhado histórico, sociológico, antropológico e axiológico acerca da evolução do seu conceito, alertando, inclusive, para que o levantamento de características pessoais dos indivíduos não seja apresentado de modo que possa transparecer uma rotulação, sob pena do pesquisador estar criando ou reforçando um estigma, o que é, *ultima ratio*, violência; e concluiu que a difusão do sentido de violência para um número cada vez maior de ações e comportamentos acompanha o mesmo processo civilizatório que se definiu como de diminuição da violência. Nesse aspecto, o autor afirma que, paradoxalmente, hoje, há mais violência que no passado, simplesmente porque há muito mais ações e práticas interpretadas, ou rejeitadas moralmente, como violência que antes.

Na Obra *Derecho penal del enemigo*, Jackobs e Meliá (2003), embora tenham visões distintas, enxergam o fenômeno jurídico do crime da mesma forma, de modo que o primeiro autor, que fundou a Teoria do Inimigo do Estado, faz uma distinção entre o que ele chama de direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. O primeiro termo quer dizer uma transgressão do ordenamento jurídico, isto é, uma conduta antinormativa, cuja pena destina-se a punir o autor por determinado comportamento transgressor, e restabelecer a ordem social. O segundo quer dizer uma leitura do aspecto cognitivo do sujeito, cuja pena aplicada repetidas

vezes não é capaz de cessar o comportamento, vindo a representar um perigo para a sociedade, sendo necessária adoção de medida de segurança contra o sujeito - e não contra a ação que ele pratica. Seguem a linha do funcionalismo penal, no qual “la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 40), de forma que “el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 45).

Ainda tratando-se da Obra *Derecho penal del enemigo*, Jackobs e Meliá (2003), o segundo autor critica a Teoria do Inimigo do Estado, a ponto de caracterizá-la como dogmática, de difícil aplicação e de negação à condição humana, porém não a rechaça ao afirmar que o direito penal do inimigo é uma medida de exceção a fim de estabilizar a norma. Cancio Meliá (JAKOBS; MELIÁ, 2003) justifica o uso desta Teoria em julgados da Corte Colombiana, pós-cartel de Medellín, de Pablo Escobar e na Espanha, frente ao grupo separatista ETA, o qual visa segregar o Estado Espanhol com a criação do País Basco, isto é usando exemplos nos quais os inimigos do Estado são narcotraficantes, separatistas com fins ideológicos, e são comparados a terroristas, e não somente tidos como organização criminosa.

O fenômeno jurídico sofreu uma influência do chamado direito penal máximo, a chamada doutrina de lei e ordem; a Teoria das Janelas Quebradas serviu de inspiração para tal teoria: traz a ideias de crimes devem ser punidos exemplarmente, inclusive os mais leves para que, em havendo a impunidade, esta não sirva de incentivo para o surgimento de demais crimes de mesmo tipo ou conexos com aquele.

Mendroni (2009) traz uma descrição pragmática do crime organizado, descrevendo organizações criminosas de vários continentes, narrando suas histórias, descrevendo suas formas de organização (hierarquia), *modus operandi*, e como o Estado se aparelha para enfrentá-la. Também descreve as principais agências de polícia dos Estados Unidos, Brasil, Europa e Ásia. O autor compara o *modus operandi* das facções criminosas do Rio de Janeiro e São Paulo com as máfias italianas e ítalo-americanas, do século XX, cuja figura mais conhecida, Al Capone, enriqueceu com o tráfico de drogas, investindo o dinheiro em atividades ilícitas, como a venda de bebidas em estados americanos onde era proibida; e em atividades lícitas, como imóveis. Não obstante, tais organizações realizavam seus negócios por meio de extorsão, e intrusão na política. O autor critica o hipergarantismo, quer seja, o garantismo hiperbólico monocular, e defende uma evolução do direito que dê mais liberdade aos operadores do direito, uma vez que os crimes estão cada vez mais complexos, aproveitando-se das fronteiras cada vez mais tênues advindas do progresso das mudanças

tecnológicas, de modo que a elucidação de crimes estará cada vez menos dependente de provas testemunhais e mais dependente de provas documentais e periciais.

3 A VALIDADE DA NORMA

De acordo com Tavares (2018), a primeira questão que deve ser levada a efeito quando se discute acerca da norma incriminadora, quer proibitiva, quer mandamental, diz respeito à sua legitimidade e, conseqüentemente, validade. A legitimidade e a validade de uma norma incriminadora, em um regime democrático, estão diretamente ligadas, em primeiro plano, ao significado social de sua aceitação, isto é, tendo a universalidade como um pressuposto indeclinável da legitimação.

Para Weber (2002, p. 12), “Toda interpretação, como ciência em geral, luta pela clareza e provas verificáveis. Uma tal prova de compreensão será ou de um caráter racional, isto é lógico ou matemático, ou de um caráter emocionalmente empático, artisticamente apreciável”. Com efeito, vemos que tais provas verificáveis é tarefa difícil no campo do Direito, à medida que o autor associa a prova à exatidão matemática, e deixa ao subjetivismo do direito, caráter emocionalmente empático, artisticamente apreciável. O Direito pode ser estudado enquanto ciência, que, inclusive, bebe das fontes das ciências exatas, tal qual vemos os anuários da Segurança Pública, que sistematizam dados quantitativos de crimes. De outra forma, o direito também pode ser arte, visto que a compreensão e aplicação estão condicionadas a um contexto social e normativos e acometidos a um operador do direito, isto é, o “sentido subjetivo compreensível de um curso da ação social” (WEBER, 2002, p. 22) é aquele assentado nos estudos acadêmicos, nas reiteradas postulações judicantes e nas jurisprudências.

Certamente, toda interpretação esforça-se para conseguir o máximo de verificabilidade. Contudo, nem mesmo a interpretação mais verificável pode reclamar o caráter de ser casualmente válida. Permanecerá apenas como uma hipótese particularmente plausível. [...] Infelizmente, tais interpretações verificáveis só podem ser obtidas com exatidão relativa em apenas alguns poucos casos especiais, do tipo adequado à experimentação psicológica, ou tendo como meta um grau diferente de aproximação, através dos dados estatísticos quantificáveis dos fenômenos em massa. Quanto ao restante, permanece apenas a possibilidade de comparar uma quantidade máxima de processos históricos ou fenômenos rotineiros da experiência quotidiana e de aparência semelhante, mas diferindo substancialmente em relação ao fator motivacional sob investigação. (WEBER, 2002, p. 18-20)

Weber (2002, p. 23) faz uma referência a “fenômenos sociológicos ou leis sociológicas”, termos os quais entendemos tratar-se do fato social, isto é, não ocasional, e conformado e ao longo de gerações; em cujo o estudo trata-se do aumento e da diversificação da criminalidade que ensejou o recrudescimento da legislação, como ação reacionária do Estado; e leis sociológicas são as normas ditadas pelo costume, as quais, embora não tenham necessariamente a legitimidade estatal, têm validade, como por exemplo, a corrida tecnológica é uma lei sociológica, retomando a Lei da Selva ou lei do mais forte, na qual a criminalidade busca novos meios de praticar e perpetuar seus crimes e o Estado precisa de

meios de interceptação telemática, rastreamento de dados e pessoas, escuta ambiental, etc., sob pena de ter o seu ordenamento jurídico ofendido, seus bens saqueados e seu povo afligido. É necessário distinguir que o termo lei sociológica não se refere à lei positivada, mas sim ao fruto de interação social, como a tradição, os eventos sociais, o relacionamento entre pessoas, entre instituições estatais e paraestatais, de modo que a lei sociológica pode vir a se tornar uma positivada, tal qual no direito; e que quando Weber (2002) usa a expressão lei, em seu sentido jurídico, ele a utiliza em sentido amplo, referindo-se a todos os diplomas emanados de autoridades legitimadas, isto é, legislação, jurisprudência e regulamentação; quais sejam aqueles ordenados pela pirâmide de Kelsen (2000) a tal feito.

Com relação a costume, o autor explica:

O uso será chamado de “costume” se o hábito real vier de longa data. Por outro lado, onde o uso estiver determinado pelo fato de que toda a ação das partes é orientada a fins, com expectativas idênticas, será chamado de “uso condicionado por uma situação de interesse próprio por parte do indivíduo” (*interessenbedinght*).

1. A “moda” também é uma parte do uso. Ela se distingue do uso quando a conduta em questão se motiva por sua novidade, ao invés da longa duração, como acontece com o costume. A moda avizinha-se da “convenção”, pois origina-se, na maioria das vezes, do desejo por prestígio social.[...] (WEBER, 2002, p. 49)

O grau de reprovabilidade do fato típico é um quesito de validade da norma. No entanto, a problematização quanto ao seu dimensionamento e ao seu enquadramento varia conforme a vontade do legislador, do operador do direito e quanto ao anseio popular, esta última influenciando a vontade política dos poderes eleitos, com a ressalva de que um dos operadores do direito, o juiz, não pode ser influenciado pelas massas.

Embora o objeto do presente estudo seja o recrudescimento de normas penais, mister mencionar que alguns tipos foram extintos, mantidos sem ou com pouca aplicação, ou mesmo perseguidos, quer seja pela difícil operação do direito, quer seja por sua contradição com certa opinião político-ideológica.

Um exemplo de crime extinto é o de adultério, previsto no *caput* art. 240 do Código Penal, e revogado pela Lei nº 11.106/2005, com pena prevista de detenção, de quinze dias a seis meses, aplicável inclusive ao concubino, na qualidade de co-réu (CP, art. 240, § 1º). A dificuldade de aplicação do direito, do ponto de vista jurídico, pode ser verificada tanto por ser crime de ação penal privada condicionada à representação do ofendido, cujo direito de petição decaía em um 1 (um) mês após o conhecimento do fato (§ 2º), aqui sendo difícil demonstrar em que momento se deu tal conhecimento do fato, para fins de decadência; ou mesmo pela facilidade do acusado demonstrar pelo cônjuge ofendido consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente (isto é o seu silêncio), conforme excludente prevista no § 3º, II, do mesmo artigo. E ainda que a denúncia fosse recebida e conhecida, ainda havia a

possibilidade de arquivamento do processo sem resolução de mérito, em razão de ter “cessado a vida em comum dos cônjuges” (art. 240, § 4º, I, do CP), isto é, em havendo a separação de corpos ou mesmo a dissolução da sociedade conjugal na esfera cível (ainda que, hodiernamente, com processos eletrônicos, seja impraticável que tal rito se opere em apenas um mês, quiçá àquela época); e “se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil” (art. 240, § 4º, II, do CP), leia-se o Antigo Código Civil de 1916, cujo seu art. 317, também revogado pela Lei nº 6.515, de 1977 assim dispunha:

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

I. Adultério.

II. Tentativa de morte.

III. Sevícia, ou injúria grave.

IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Nestes termos, vemos uma insubsistência do tipo penal de adultério, seja pela sua difícil aplicação, seja expiração dos dispositivos que o prevê.

Com relação ao bem tutelado que o extinto tipo penal visava resguardar era a honra, os bons costumes e a unidade familiar. vemos que a ofensa contra a honra, passou a ser tutelada pelo Código Civil de 2002, cujas normas prevalece aplicação de aspecto materialista (patrimônio, conforme se infere do art. 550) àquilo que é imaterial (sentimento), ensejando essa conduta à reparação por danos morais; e, na esfera criminal, seja tratado como crimes contra a honra de injúria (art. 140/CP) ou difamação (art. 139/CP).

Quanto à noção do que vem a ser bons costumes tem variado muito com o passar dos anos, no qual os relacionamentos passam a ser cada vez mais efêmeros. Quanto à família, esta é definida no art. 226 da Constituição Federal como “base da sociedade”. No entanto, novas formas de associação como a constelação familiar, ou mesmo associações poliafetivas e poligâmicas têm sido contrária à tradicional visão de unidade familiar, o que tem enfraquecido, do ponto de vista sociológico, o crime de adultério.

Conforme descrito por Weber (2002), as relações sociais estão cada vez mais complexas, com a formação de grupos sociais, dentre os quais a aceitação da norma por eles é critério de validade desta. Assim temos que a extinção do crime de adultério, quer seja pelo direito à liberdade sexual conferido à prática do suposto adúltero, quer seja pela rejeição do adultério a dano moral, podendo, até mesmo ter havido adultério sem que tenha sido configurado dano moral, conforme jurisprudência da Suprema Corte Brasileira (ARE 1411772):

1. Embora a traição cause sofrimento e angústia ao cônjuge traído, tal fato, por si só, não configura ato ilícito, sendo necessário que se comprove que tenha sido lesado o cônjuge traído, de forma efetiva, no plano moral. 2. In casu, a despeito das várias acusações feitas na inicial em desfavor do cúmplice de traição (violação à honra, prática de crimes etc), não há provas suficientes que corroborem tais

alegações/imputações, de modo que não logrou o autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito como lhe cumpria, nos exatos termos do art. 373, I, do CPC. 3. Ausente a comprovação dos pressupostos condutores do dever de reparar, na forma que preceitua o Código Civil, não há que se falar em condenação por danos morais. 4. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por nítida falta de previsão legal. Precedentes do STJ e Tribunais Pátrios. 5. Desprovido o apelo (...)

Tal fato jurídico repercute no meio social, gerando uma postura reacionária de grupos sociais conservadores, uma vez que a lide envolvendo uma unidade familiar diz respeito exclusivamente a seus integrantes, porém a manutenção da família enquanto instituição e tradição, diz respeito ao direito individual homogêneo em geral, o que, em *ultima ratio*, vem a ser direito humano. Assim, certas condutas sociais, embora não sejam convenientes do ponto de vista moral, não eram tidas como crime, a ponto de buscar-se a torná-las como tal.

Uma tentativa de criminalização de conduta atípica, porém moralmente reprovável, é o caso do incesto. O Projeto de Lei nº 603/2021, busca coibir tal prática do ponto de vista penal, sendo que o Código Civil já veda a conduta, em seu art. 1.521, nos incisos I a V, quer seja, uniões civis entre parentes próximos por sangue ou afinidade, visto que, do ponto de vista patrimonial, poderia gerar confusão quanto à ordem de vocação hereditária estabelecida no art. 1.829, I, do Código Civil, como, p. ex., o suposto casamento entre um pai e uma filha: em caso de morte do pai, a filha figuraria no processo sucessório como filha e como cônjuge; seus filhos, de igual modo, seriam tratados como netos e como filhos. No Brasil, o incesto não é crime, a não a não ser que envolva crianças e adolescentes menores de catorze anos (sujeitos necessários passivos nesta condição, independentemente do vínculo familiar), o que seria crimes sexuais contra vulneráveis tipificados no (art. 217-A, 218 e 218-A do CP), cuja prática reiterada classificaria como crime habitual. Além do que, o consentimento do adolescente maior de catorze anos na relação sexual afasta a tipicidade. Por sua vez, o incesto é uma conduta que se perpetua no tempo, e o sujeito necessário ativo é o familiar (independentemente de idade e de capacidade para consentir na relação), o que convém dizer que, caso seja tipificada, será classificada pela doutrina penalista como crime permanente, tal qual o cárcere privado (art. 148, *caput, in fine*, do CP) o que permitirá a flagrância conforme art. 303 do CPP.

Conforme sabemos que o crime, bem como a descriminalização, é uma decisão política, inafastável mencionar seu viés ideológico:

Pero estos procesos de criminalización - y esto es nuevo- en muchas ocasiones se producen con coordinadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política-demandas de descriminalización/ derecha política - demandas de criminalización. En este sentido, parece que se trata de

un fenómeno que supera, con mucho, el tradicional “populismo” en la legislación penal. (JAKOBS; MELIÁ, 2003, pp. 70-71)

Válido mencionar que a necessidade de se positivar o incesto decorre de questões que, além de uma moral conservadora, envolvem questões como vulnerabilidades (sociais, financeiras, psicológicas, de gênero) e relações de dominação. Sobre este aspecto, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), em seu art. 7º estabeleceu as formas de violência, as quais podem derivar do relacionamento doméstico e familiar; bem como a condição de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, é dizer, direito fundamental, reconhecido no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990).

Como exemplo de crime mantidos sem ou com pouca aplicação, refere-se ao crime de vadiagem, previsto no art. 59, da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941):

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

O Diploma penal foi recepcionado pela Constituição de 1988, e o dispositivo foi mantido irretocado. No entanto, o tipo penal em si traz alguns elementos que afiguram o autor a uma pessoa em situação de vulnerabilidade social, culpabilizando o pobre por sua pobreza, isto é, sendo o pobre o sujeito necessário do crime, o que é uma estigmatização - pois o abastado ocioso, mesmo sendo válido para o trabalho, não é culpabilizado pois pode prover sua subsistência. Além do que, em atenção ao Princípio da Legalidade Estrita, o tipo não se aplica ao válido para o trabalhador que se entrega apenas ocasionalmente à ociosidade, tampouco àquele que encontra-se em ociosidade, mesmo sem se entregar a esta, isto é o elemento nuclear do tipo penal é a ociosidade habitual e dolosa, o que é de difícil configuração.

Quanto à ocupação ilícita, pode se enquadrar-se nesta o comércio de produtos piratas, quer seja, obtidos por meio de contrabando (produtos ilegais por quaisquer meios no Brasil; art. 334-A do CP) ou de descaminho (produtos legalizados no Brasil, porém com circulação ilegal; art. 334 do CP); ou mesmo prestação de serviços fraudulentos, se afigurando a estelionato (art. 171/CP), ou ao curandeirismo (art. 284/CP), dentre outras formas. Assim, sendo o verbo ocupação ilícita, inscrito no *caput* do art. 59, *in fine*, é uma norma penal em sentido *lato*, razão pelas quais os tipos penais anteriormente citados, dentre outros, melhor

atendem ao Princípio da Taxatividade, razão pela qual devem ser aplicados no caso concreto em detrimento do art. 56, razão pela qual o mesmo tende a ser revogado por meio do Projeto de Lei nº 3.158/2021.

Por tais motivos, o Projeto de Lei 3.158/2021 visa extinguir a tipicidade da conduta.

Em contraposição, porém, subsiste o argumento de que a manutenção do art. 56 da Lei de Contravenções Penais é um quesito de estabilização das normas jurídicas, vez que pode ser aplicado àquelas pessoas hipossuficientes que se recusam a receber a prestação de serviço estatal, por meio de atividades do Sistema Único de Assistência Social, evadindo-se do acolhimento em albergues e casas de apoio, perambulando pelas ruas, o que os sujeita a vitimização de crimes (como a morte do Índio Galdino Pataxó, que, dormindo na rua, foi confundido com um mendigo e foi incendiado, por um grupo de jovens de classe média), consumo de drogas, doenças, poluição urbana e vandalismos, o que dificulta o dever de proteção do Estado com relação a estes vulneráveis. Assim sendo, a manutenção do art. 56 da LCP seria a forma do Estado salvaguardar a aplicação do art. 203 da Constituição Federal e de efetivação da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social). O parágrafo único do art. 56 é um excludente da punibilidade prevista no caput, o que demonstra que o crime de vadiagem, possui freios e contrapesos, exige a configuração do dolo, é de menor potencial ofensivo e não se enquadra como crime hediondo, razão pela qual sua aplicação mitigada encontra guarida na Constituição.

Notório mencionar, por fim, que a aplicação do art. 56 da LEP é questão de política judiciária.

Outros crimes como o Jogo do Bicho, ainda persiste enquadrado como crime, embora *sites* de apostas esportivas sigam legalizados, tendo como

O Crime de vias de fato (§ 2º do art. 140 do CP) é de difícil configuração, vindo a depender de prova testemunhal ou de confissão para sua configuração, exceto no caso de violência de gênero - que depende de testemunho exclusivo da ofendida (art.), cuja prova pericial é difícil, visto que não deixa marcas físicas ou psicológicas, aplicando-se princípios penais como o da Subsidiariedade, da Proporcionalidade (“condutas menos graves não podem receber pena maior do que condutas mais graves. Também, segue-se aqui preceito básico da ordem jurídica, pelo qual o acessório não pode ser mais relevante do que o principal”. (TAVARES, 2018, p. 80)), da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima.

Um exemplo é a equiparação de injúria racial (artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal c/c Art. 2º-A da Lei 7.716/1989) ao crime de racismo (previsto pela Lei 7.716/1989), para fins da imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da Constituição Federal. Tal

alteração do ordenamento jurídico pátrio se deu pela via judicial, por meio do julgamento do HC 154.248, pelo STF. Daí notar-se, que o Judiciário inovou, ao dar interpretação extensiva *in malam partem*.

3. Nem toda autoridade válida é necessariamente de um caráter geral e abstrato. A distinção entre um preceito legal e uma decisão judicial nem sempre, nem em toda parte, tem sido tão clara quanto temos chegado a esperar hoje em dia. Assim, a autoridade pode surgir simplesmente tendo como base a autoridade que governa, numa única situação concreta. Os pormenores deste assunto constituem a preocupação da sociologia do direito. Mas para os nossos propósitos a distinção moderna entre preceito legal e uma decisão específica será tomada como certa, a não ser nos casos em que se indique o contrário.

4. Um sistema de autoridade que é garantido por sanções externas também pode ser internalizado. [...] Entretanto, nem toda norma convencional ou legalmente sancionada reclama ser ética. Normas legais são freqüentemente motivadas pela mera conveniência e assim podem reivindicar menos ainda um caráter ético que as normas convencionais. Se uma autoridade normativa aceita socialmente pertence ou não ao campo da ética ou é mera convenção ou lei, isto pode ser decidido empiricamente em termos do que é realmente sentido como “ético” pelo grupo observado em pesquisa. Mas não é possível observar qualquer generalização a este respeito. (WEBER, 2002, p. 60-61)

O simples recrudescimento das normas penais, *per se*, não é suficiente para restabelecer a paz social, visto que, na ótica de Weber (2002, p. 47) o aumento da criminalidade decorre de relações sociais, quer sejam racionais, movidas pela sofisticação que observa a lógica de leis, tecnologias, etc; quer sejam irracionais, movidas pela cobiça, ambição e poder: “[h]á uma implicação inevitável do ponto de vista legal: se uma regra de lei possui ou não validade legal e uma relação legal pode ser suposta como existente, conseqüentemente, simplesmente tal alternativa em si não é relevante para os problemas sociológicos”.

A distinção entre crimes famélicos e crimes do chamado “colarinho branco” e entre crime e micro-crime; nos remete a aspectos criminológicos e sociológicos do crime. É dizer, se por uma lado o autor de crimes famélicos ou do micro-crime é vitimizado pela sua condição de vulnerabilidade social, como por exemplo, roubo, furto, micro-tráfico de drogas, por outro lado, os praticantes do crime do colarinho branco, p. ex. evasão de divisas, macro-tráfico de drogas (em posição de mando), lavagem de dinheiro, crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (Lei 8.137/90); não se pode dizer que os mesmos possuem condições socio-econômicas que lhes tornem vulneráveis a sucumbirem ao crime. No entanto, tais sujeitos, se prevalecem do seu poder econômico, político e para evocar os mesmos direitos e garantias tal qual um vulnerável.

Assim se vê que o garantismo penal é aplicação das normas penais à luz dos direitos e garantias fundamentais, atentando a Princípios, tais quais, da Anterioridade da Lei Penal, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da *reformatio in melius*, é dizer,

princípios fundamentos e dispositivos que beneficiam o réu. O surgimento da visão garantista ocorreu, com maior notoriedade, no período do pós-2º Guerra Mundial, como postura oposta ao autoritarismo estatal nazi-facista, o qual refletia-se em criminalização primária consubstanciada por leis proibitivas e mandamentais, mas pouco permissivas; quer em criminalização secundária por uso desproporcional de força policial; ambas criminalizações de cunho draconiano.

Fazendo um breve apanhado histórico, após o regime autoritário ítalo-germânico, o Brasil entrou em um período de regime militar de 1964 a 1985, o que levou à edição de uma Constituição fundada nas garantias fundamentais.

No entanto, a forma exacerbada do garantismo penal, chamada de hipergarantismo, isto é, o seu uso disfuncional, acaba fazendo com que a balança do direito fique desequilibrada, à medida que o réu opulento, ou mesmo contumaz, abuse de seus direitos para permanecer impune, ou com aplicação de penas brandas. O resultado social é que o Estado, na qualidade de primeiro ofendido de qualquer fato típico, tem seu ordenamento jurídico transgredido, a sociedade sofre com as mazelas do crime, resultando em cifras negras como mortalidades decorrentes de Crimes Violentos Letais e Intencionais, Letalidade policial, desvio de verbas da saúde, exploração sexual, etc.

[...] De nuevo, dicho con un ejemplo: a quien persistentemente delinque una y otra vez, siendo sus delitos más que bagatelas, se le impide, en cuanto a un individuo peligroso (aparte de la imposición de la pena), cometer ulteriores hechos, concretamente, a través de la custodia de seguridad. Hablando en términos kantianos: hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil. (JAKOBKS, MELIÁ, 2003, p. 14)

Quanto à letalidade policial, não necessariamente crime, isto é, os agentes de segurança pública agem com o uso da força moderada, proporcional e progressiva, na medida do necessário para cessar a ação hostil, tal qual nos confrontos em comunidades do Rio de Janeiro, nas ações de roubo a bancos com emprego de explosivos e uso de metralhadoras do “novo cangaço”, isto é a letalidade policial não se trata do agente de polícia matar inadvertidamente alguém.

Em outras palavras, o hipergarantismo é a aplicação de benesses da lei em um contexto histórico afastado do nazismo e do regime militar, cujo autoritarismo estatal, caso haja, se dá em questões pontuais, e sempre com separação de poderes e competências, quer seja, com atribuições diferentes e com atuação independente de juízes procuradores, autoridades policiais, polícia preventiva e ostensiva e demais operadores do direito.

Silva (2018), ao estudar o combate às facções criminosas cariocas, as caracterizou como insurgências, sob os princípios de David Galula (1964), um militar francês, estudioso

do combate moderno que passou boa parte de sua carreira militar após a 2ª Guerra Mundial estudando guerras revolucionárias principalmente na Ásia; observou que, nos últimos anos, a escalada da violência no Brasil, e em particular a atuação das facções criminosas, no Rio de Janeiro, colocou em risco o monopólio estatal da violência, isto é o uso legítimo da força, e, por consequência, cria uma situação de ameaça a existência do Estado. Esse paradoxo acabou por levar ao emprego das Forças Armadas em comunidades como os Complexos da Penha-Alemão e da Maré, no ano de 2018, na tentativa de mitigar tal ameaça. Nesses locais, os sucessos militares foram efêmeros e não contribuíram para a redução da insegurança sistêmica no Rio de Janeiro. A insurgência se origina a partir do desejo de tomada do poder por parte dos insurgentes e a reação de um Governo em manter o poder estatal.

Neste sentido, Mendroni (2009) corrobora tal pensamento, à medida que analisa o fenômeno do crime organizado no Brasil, comparando as facções criminosas cariocas, junto às máfias italianas, russas, ítalo-americanas, japonesas, e identificando certas semelhanças como obtenção de dinheiro por fontes ilícitas, aplicando em fontes lícitas, e atuando de forma paraestatal, ou mesmo integrando o Estado por meio da eleição a cargos políticos eletivos (como a filha de Fernandinho Beira-Mar que é deputada), emprego de violência extrema como forma de intimidação, como no caso da máfia italiana, em que Giovanni Brusca, um dos criminosos mais leais ao Chefe da máfia italiana Cosa Nostra, assassinou, em 1992, o juiz Giovanni Falcone, por meio de explosivos colocados na estrada em que o magistrado percorria diariamente. Semelhante caso foi observado em Presidente Prudente, São Paulo, em que Reinaldo Teixeira dos Santos, vulgo “Funchal”, integrante do PCC, assassinou, em 2003, o juiz Antônio José Machado Dias, usando um veículo clonado para seguir o magistrado, e desferindo-lhe tiros de pistola.

A natureza do conflito teorizada por Galula (1964) reflete o que atualmente é definido pela literatura como guerra assimétrica ou guerra de 4ª geração, pois a insurgência é essencialmente um conflito assimétrico devido a desproporção da força entre os oponentes no campo de batalha e essencialmente da disparidade entre seus recursos materiais e financeiros. Para exemplificar de que forma ocorre esta assimetria, vemos que, diante do Princípio da legalidade, o agente público só atua dentro dos limites do que a Lei prevê, enquanto que o agente privado pode fazer tudo aquilo que a Lei não proíbe, isto é, trazendo para o contexto de organizações criminosas, as suas atividades lícitas (isto é, aquelas usadas para lavar dinheiro de origem ilícita), pode ocorrer de diversas formas e métodos, de acordo com a inovação tecnológica, estendendo-se a fronteiras transnacionais; enquanto que a fiscalização estatal está adstrita a seu território, cuja atuação transfronteiriça está sujeito ao trabalho em conjunto com

os países para os quais estão foragidos os criminosos ou lá mantém suas atividades, e novas formas de investigação dependem de inovação em lei e em regulamento.

Com efeito, a criminalidade, quer seja organização criminosa (MENDRONI, 2009), quer seja insurgência (SILVA, 2018) é um fato social ocorrido em várias nações, de modo que o recrudescimento de legislações é uma postura reacionária. Neste sentido, o direito comparado é uma arma útil, à medida que o Brasil pode usar do Princípio da Igualdade de armas, idealizado no direito alemão, e os Princípios da Ofensividade e da danosidade social, à medida que, a atuação estatal precisa ser fortalecida a ponto de coibir fenômenos, como p. ex., o comando de facções criminosas de dentro de estabelecimentos penitenciários, visando ao aspecto teleológico do direito, do contrário, seria o direito seria mera operação de comando, segundo a lógica dworkiana (DWORKIN, 2007).

Da mesma forma o praticante de crimes de menor potencial ofensivo, contumaz, também tem, repetidamente, evocado o seu direito de responder em liberdade, ou quando encarcerado, aproveita-se do regime de progressão de pena para praticar outros delitos quando desencarcerado, seja por ocasião do indulto, para datas comemorativas, ou mesmo os crimes por meios informáticos com uso (clandestino) de celulares dentro de cela. Da mesma forma o uso indiscriminado da imagem do jovem negro periférico, como um sujeito vitimizado pela interseção de vulnerabilidades sociais, acaba por ser um argumento pré-constituído para uma eventual defesa, a qual, inclusive não ilide o arbítrio do perpretor entre fazer e não fazer ato do qual já conhece ou deva conhecer o caráter ilícito da ação ou omissão.

Mendroni (2009) faz severas críticas ao hipergarantismo em diversos momentos:

As medidas de combate devem ser fortes, enérgicas, na exata medida de sua necessidade, na medida da prevenção e da repressão requeridas pela própria sociedade na recuperação da ordem pública, nem mais, nem menos, já que as organizações criminosas são realidades existentes e infiltradas em vários setores da vida cotidiana, com alto potencial destrutivo e desestabilizador, não havendo mais espaços para aqueles discursos, no mais das vezes demagógicos, realçados derivados e trazidos a reboque das expressões “estigmatização do investigado/acusado”, “garantismo” ou “aplicação do direito penal mínimo” etc. Devem ser decorrentes de uma específica criação legislativa de firme vontade política no sentido de promover eficiente defesa social. (MENDRONI, 2009, p. 76)

Da transcrição acima, descreve-se cada um de seus elementos.

Princípio da prevenção, também usando no Direito Ambiental, notadamente contra crimes ambientais que geram efeitos irreversíveis ou de difícil reparação. Válido mencionar que o tráfico de drogas adentra na fronteira nacional, em áreas ambientais e indígenas, e, de outra forma, há garimpo, ambos valendo-se da lavagem de dinheiro. Desta forma, assim como o meio ambiente pode ser usado para a criminalidade, o Direito penal pode usar institutos do Direito Ambiental para alcançar sua efetividade.

Weber (2002, p. 13) observa:

[...] Até onde for possível, a conduta motivada por estes valores [justiça] deve ser entendida com base em quaisquer possibilidades de uma interpretação simpática emocional e/ou intelectual dos diferentes estágios de seu desenvolvimento. Deste tipo são muitos atos virtuosos de religião ou piedade que são totalmente incompreensíveis àqueles não suscetíveis a tais valores, bem como o fanatismo racional extremo, típico dos expoentes das teorias dos “direitos humanos”, repugnantes “aqueles que enfaticamente os repudiam.

Para Weber (2002, p. 14) “A construção de uma ação rigorosamente racional, de acordo a afins, por causa de sua clara inteligibilidade e falta de ambigüidade racional, serve à sociologia como um ‘tipo ideal’”.

Indaga-se: existe o abuso de direito mesmo em questão de direitos e garantias fundamentais? A partir de qual ponto as medidas de segurança extravasam a salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e passam a favorecer um injusto penal? Zaffaroni (2021) ao assinar o prefácio de Tavares (2018, p. 19) adianta-se em dizer que “não podem ser objeto de ponderação os interesses do Estado e a liberdade das pessoas, pois, de antemão, se deve decidir pela última, salvo se a conduta lesione a liberdade de outras pessoas.”

A resposta a esta formulação, certamente, envolve uma dialética no campo teórico, de forma que se por um lado existe uma rígida hierarquia normativa, proposta por Kelsen (2000), cuja norma fundamental, embora seja o ápice, não é necessariamente uma norma constitucional, porém é o espírito desta que dá vida a todo o ordenamento jurídico; por outro lado, os princípios coexistem em um mesmo plano, ou, se contrapostos, um se sobressai ao outro, momentaneamente, por meio da hierarquia móvel. Em certa medida, os direitos e garantias fundamentais de chefes de grandes organizações criminosas vêm tolhendo os direitos e garantias fundamentais da população em geral, de forma que o discurso de direitos humanos encontra uma crítica de Jakobs e Meliá (2003, p. 55): “Como es evidente, no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento”.

O abuso de direito é comumente invocado em demandas cíveis (v. art. 311, I, do CPC/2015), nas quais se examinam demandas de cunho patrimonial, e aqui se pontua que existem os efeitos civis da Lei penal, não se referindo-se aqui à multa, que sabidamente é pena, mas, sim, à ação civil subsidiária da penal (arts. 63 a 68 do CPP). Assim sendo, o esforço hermenêutico está não somente em traduzir o dispositivo legal do campo geral e abstrato para o caso específico e concreto; mas, também, fazendo interpretação sistêmica, para fazer os ramos jurídicos dialogarem entre si, à medida que, p. ex. os crimes (matéria penal) são praticados com o fim de se obter riqueza (matéria cível), bem como o patrimônio acumulado gera um fluxograma de lavagem de dinheiro que retroalimenta a organização

criminosa, de tal modo que a confusão patrimonial entre o que foi auferido de forma lícita mistura-se com o que foi obtido de forma ilícita, dificultando a investigação policial, e favorecendo a impunidade. Assim sendo, notório é a confluência entre os ramos do direito, posto que o uso disfuncional da Lei favorece a criminalidade.

Da mesma forma, existe controvérsia jurídica quanto aos institutos do acordo de leniência, do acordo de não-presecução penal e da delação premiada, os quais, de uma forma, são tidos como uma efetivação mitigada do *jus puniendi* estatal.

Weber (2002, pp. 54-55), reconhecendo que podem coexistir várias interpretações paralelas do sentido de autoridade e que um mesmo indivíduo pode orientar sua ação por sistemas mutuamente contraditórios de ordem, assim dispõe:

3. Pode haver orientação a uma autoridade válida, mesmo onde o seu sentido (como geralmente se entende) não é necessariamente obedecido. A probabilidade da ordem ser mantida em alguma extensão como uma norma válida pode ter também um efeito sobre a ação, mesmo onde o seu sentido é burlado ou violado deliberadamente. Isto pode ser verdade, em princípio, mesmo com base na pura racionalidade. Assim, a ação do ladrão exemplifica a validade da lei penal, meramente pelo fato de que ele procura esconder sua conduta. [...] Este é, naturalmente, um caso marginal, mas com frequência a autoridade é violada em algum ou outro ponto, ou então o ato de violá-la é tratado como legítimo, como uma medida maior ou menor de boa fé. [...] Para o jurista uma autoridade é válida ou não; para o sociólogo não existe tal escolha. Antes, há uma transição gradual entre os dois extremos de validade e não-validade, sendo possível que sistemas mutuamente contraditórios coexistam validamente.

Com efeito, vemos que a aplicação do hipergarantismo atenta contra o *jus puniendi* estatal, contra o direito individual homogêneo da vida, da liberdade, da segurança dos habitantes de zonas periféricas, das vítimas, bem como de normas constitucionais programáticas de uma “sociedade livre, justa e solidária” (CF/88, art. 3º I), havendo nítido conflito positivo de interesses: da Sociedade e do sujeitos que praticam tais atos, de modo que estes são vistos como inimigos, sob a ótica de Jakobs e Meliá, (2003, p. 32):

El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad", con base en el cual Hobbes fundamenta y limita al Estado: *finis oboedientiae est protectio*.

Ao citar Mendroni (2009, p. 134), verificamos que o recrudescimento da legislação é a aplicação do Princípio do *in dubio pro societate*:

A dificuldade de investigação, decorrente da complexidade de situações geradas pelos lavadores do dinheiro, obrigou as autoridades de vários países do mundo a, em conjunto, criar mecanismos rigorosos e eficientes para o seu combate, exatamente no intuito de proteger a sociedade dos malefícios que lhe podem causar. Basta considerar que o dinheiro lavado é normalmente investido no incremento da própria empresa criminosa [referindo-se ao crime da lavagem por meio de empresas fantasmas], gerando-lhe maior poder de ofensividade à

sociedade. Evidentemente que não se trata de ofender os direitos e garantias individuais dos cidadãos [entenda-se, suspeitos, indiciados, réus ou condenados], constitucionalmente previstos em todos os países. Trata-se, ao revés, de preservá-los através da viabilização do combate eficiente à criminalidade chamada ‘de colarinho branco’, modalidade de crime organizado, evitando o ‘hipergarantismo’ dos ‘delinquentes de gravata’.

Definitivamente, esta Lei nº 9.613/98 não foi mérito da criação da consciência brasileira, mas sim de inúmeros países das Nações Unidas que, após rica discussão, traçaram os critérios básicos essenciais para a sua adoção, cobrando-se mutuamente quanto à implantação em cada país. (...) (MENDRONI, 2009, p. 134)

Ao se referir à quebra de sigilo bancário, Mendroni (2009), assim afirma:

Mas como nenhum direito pode ser absoluto, “intimidade” e “vida privada” também podem ser violados, em determinadas circunstâncias, especificadas na Lei, no caso a própria Carta Magna. Não me parece fácil concluir que o legislador constitucional efetivamente pretendeu incluir, nestes conceitos, os dados da movimentação bancária de um indivíduo (pessoa física). Seriam, assim, considerados “dados protegidos pela intimidade das pessoas” os depósitos e saques bancários, a sua procedência, as datas das operações; em suma, a movimentação financeira de contas correntes e aplicações. E cabe, então, a pergunta: a movimentação bancária de um indivíduo deveria, de fato, estar inserida no âmbito da “intimidade” de uma pessoa? Apesar do teor da Lei, de se indagar, o que há de “íntimo” na riqueza de um indivíduo? Sim, porque o contrário - na “pobreza”, por intuição, nada há de “íntimo”. A propriedade, como um bem que é, integra a “intimidade”? Veja-se que os imóveis são registrados em cartórios e tornam-se públicos, mas o dinheiro que pode comprar o imóvel, se depositado no banco, não o é...! Ambos, imóvel e dinheiro em espécie, são bens. Um é público, o outro é “íntimo”..?

De se concluir que, ao menos, os “dados cadastrais” das pessoas nada tem a ver com a “intimidade”, ao contrário, são a característica da exteriorização do indivíduo, demonstrando a sua própria existência.

Mas então, como adaptar os dados de movimentação bancária aos conceitos de “intimidade” ou “vida privada”? Parece-me terem sido exageradamente ampliados, quiçá, pela onda de hipergarantismo que invadiu a comunidade jurídica brasileira após o fim da ditadura militar e do advento da Constituição de 1988. (MENDRONI, 2009, p. 140)

O hipergarantismo que Mendroni (2009) afirma como forma disfuncional de alcançar direitos e garantias fundamentais é, segundo Weber (2002, p. 44):

Esta ação em relação a valores pode ser, de várias maneiras, relacionada a conduta orientada a fins. Do ponto de vista desta última, entretanto, a orientação por valores adquire mais irracionalidade na medida em que se torna mais absoluta. Porque, quanto mais incondicionalmente o indivíduo se dedica a tal valor em si - seja por causa de sentimento, beleza, bondade absoluta ou devoção ao dever - menos pensa nas consequências de tal dedicação.

Conforme as estatísticas (IPEA, 2020; 2021), o perfil dos indivíduos arregimentados pelo narco-tráfico ou vítimas de homicídios, são de maioria jovem, de pele negra ou parda (no caso de cidades transfronteiriças, os amarelos indígenas são sub notificados, costumeiramente confundidos com pretos e pardos), de baixa escolaridade e renda, solteiros e do sexo masculino. Vemos que a descrição acima se amolda à maioria da população estudantil do Brasil, e nas cidades de fronteira, permanecem os mesmos descritivos, agravados pela ausência estatal.

Assim sendo os CVLI e demais crimes hediondos têm tendência a criar um estereótipo de agente do ato típico, isto é, uma retórica à Teoria Lombrosiana. Instiga a criminalização de um perfil social vulnerável. Por outro lado, porém, não se tem uma ampla pesquisa que defina

o perfil de criminosos dos crimes do colarinho branco, embora Mendroni (2009) se adiante em dizer que os mesmos são eloqüentes, aculturados, bem educados, estudados, já são ricos de família, vem de famílias estruturadas, enfim, não teriam razão nenhuma, pelas teorias sociológicas outrora citadas, para delinquir. desvio de dinheiro públicos, fraudes, ganância,

Ainda de acordo com Tavares (2018), a primeira questão que deve ser levada a efeito quando se discute acerca da norma incriminadora, quer proibitiva, quer mandamental, diz respeito à sua legitimidade e, conseqüentemente, validade. A legitimidade e a validade de uma norma incriminadora, em um regime democrático, estão diretamente ligadas, em primeiro plano, ao significado social de sua aceitação. Sem que a norma seja acolhida pelos seus destinatários, como norma de vigência obrigatória ou universal, já decaem todos os pressupostos. É mesmo inconcebível que uma norma possa caracterizar uma conduta como criminosa sem que essa incriminação corresponda à vontade de todos. Pode parecer estranho invocar-se uma vontade universal como parâmetro de aceitação social, mas como se pode ver no decorrer da exposição o significado de universalidade é também um pressuposto indeclinável da legitimação.

Para Weber (2002, p. 53):

A ação, especialmente a ação social, e mais particularmente a relação social, pode ser orientada, de parte dos indivíduos, pelo que constitui sua “representação” da existência de uma autoridade legítima. A probabilidade de que uma tal orientação realmente ocorra será chamada de “validação” da autoridade em questão.

1. A “validação” de uma autoridade deverá significar, portanto, mais que a mera regularidade da ação social, determinada pelo costume ou interesse próprio. [...]

A noção de universalidade como pressuposto de validade da norma proposto por Tavares (2018) está em consonância com a condição de axiomas reconhecíveis proposta em Weber (2002, p. 54):

2. O conteúdo de uma relação social somente representará uma “ordem” se sua conduta puder ser orientada aproximadamente para certos axiomas reconhecíveis. A autoridade adquirirá “validade” apenas apenas se a orientação a estes axiomas incluir ao menos o reconhecimento de que tudo a que obrigam o indivíduo, ou a ação correspondente, constitui um modelo digno de imitação. Verdadeiramente, a conduta pode ser orientada a uma autoridade por vários motivos. Mas o fato de que, ao lado de outros motivos, a autoridade seja mantida também ao menos por alguns dos outros indivíduos como sendo digna de imitação ou obrigatória, naturalmente aumenta num grau considerável a probabilidade de que a ação de fato se ajuste a ela. Uma autoridade sustentada somente por motivos de fins geralmente é muito menos estável que uma mantida puramente numa base de costumes. Esta última atitude para com a atitude é bem mais comum. E ainda mais estável é o tipo de conduta orientada ao costume que goza do prestígio de ser considerada exemplar ou obrigatória, ou que possui o que se conhece como “legitimidade”. Está claro que uma transição de uma conduta orientada por fins ou por tradição a uma motivada por uma crença em sua legitimidade é extremamente gradual.

Sobre o ponto de vista acima, podemos ver um amplo processo de criminalização de

atos decorrente da militância de grupos de pressão, que, não obstante o empenho em tutelar direitos fundamentais como a vida e a dignidade da pessoa humana, acabam aprofundando a dinâmica da operacionalização do direito. Como exemplo deste processo, citemos o avanço no Direito da Mulher, por meio da Lei nº 11.340/2006; a Lei nº 12.015/2009, que alterou o art. 213 do CP, ampliando o conceito de vítima de estupro para homens; a lei nº 13.104/2015, que introduziu no CP a tipificação de feminicídio após, a Lei nº 13.642/2018 acrescentou atribuição à Polícia Federal no que concerne à investigação de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres; e, por fim, a criminalização do *stalking* (Lei 14.132/2021).

Como se vê, em apenas um seguimento social viu-se que o enrijecimento de medidas penais é uma tendência do ordenamento jurídico pátrio.

A aceitação da norma pela sociedade, bem como a recusa da mesma por parte dela, é corroborada por Weber (2002) Jakobs e Meliá (2003) e por Tavares (2018):

4. Hoje, a forma mais comum de legitimidade é a crença na legalidade, ou seja, a aquiescência aos decretos que são formalmente corretos e que têm sido impostos por um procedimento costumeiro. O contraste entre regras voluntariamente aceitas e aquelas que têm sido impostas de fora é rigorosamente relativo. No passado, para uma autoridade ser tratada como legítima era freqüentemente necessário que fosse aceita unanimemente. Hoje, entretanto, acontece freqüentemente que uma autoridade seja aceita por uma maioria dos membros de um grupo enquanto a minoria, que sustenta opiniões diferentes, apenas se submete. Em tais casos a autoridade é realmente imposta pela maioria sobre a minoria. Muito freqüentemente é também o caso de uma minoria violenta, brutal ou simplesmente enérgica que imponha uma autoridade que eventualmente venha a ser considerada como legítima por aqueles que originariamente a ela se opuseram. Onde o voto é o método legal de criar ou de mudar um sistema de autoridade, acontece freqüentemente que vontades minoritárias obtenham uma maioria formal à qual a maioria real se submete: neste caso, o “governo da maioria” é apenas aparência. A crença num sistema contratual de autoridade pode ser traçada até tempos bem antigos e pode também ser encontrada entre os assim chamados povos primitivos, mas em tais casos quase sempre está suplementada pela autoridade de oráculos. (WEBER, 2002, pp. 64-65)

Por lo tanto, para siquiera poder abordar el concepto, hay que recordar primero hasta qué punto el moderno principio político-criminal de que sólo una pena socialmente útil puede ser justa ha sido interiorizado (en diversas variantes) por los participantes en el discurso político-criminal. (Jakobs; Meliá, 2003, p. 67)

Em geral, quando se trata de norma incriminadora, é muito provável até que se dê o contrário, isto é, que, concretamente, os afetados não estejam de acordo com essa incriminação. Diante dessa probabilidade, a validade da incriminação, então, deve abrir a possibilidade para que essa divergência seja também levada em consideração, tratando o dissenso da mesma forma que trataria o consenso. [...] Apesar de o direito exigir uma norma definitiva, por razões de segurança, igualmente não pode vedar sua crítica e as manifestações contra sua aprovação. Deve ajustar-se a uma outra exigência: que a norma possa suportar um processo de sua refutação tanto por juízos racionais quanto empíricos. (Tavares, 2018, pp. 53-57)

Ainda de acordo com Tavares (2018), Para que um discurso seja válido, será preciso que esteja apto a ser objeto de uma discussão pública, que tanto pode se dar no Parlamento – como normalmente ocorre no âmbito da produção legislativa – quanto nos encontros particulares abertos ao público, nos seminários, colóquios, congressos e eventos universitários ou de entidades profissionais – e, inclusive, nas manifestações de rua. A consideração quanto à validade da produção normativa, ainda que se execute no Parlamento por meio de um ato formal, que é a lei em sentido estrito, deve passar por um processo ampliado de discussão, pelo qual se põem à prova sua oportunidade, conveniência, proporcionalidade e adequação ao objeto a regular. Essa ampliação do processo para além das paredes do Parlamento teria como efeito a obtenção do consenso, que resultaria da submissão das propostas emitidas por todos os participantes da discussão àquelas manejadas pelo melhor argumento. Quando o melhor argumento se impõe, isso significa que, pelo processo da discussão ampliada, os demais participantes do discurso a ele se submetem, porque nada teriam mais a objetá-lo racionalmente. Ainda que se adote preferencialmente essa fórmula, parece que a imposição do melhor argumento como critério da obtenção do consenso não se mostra infalível e continua correspondendo a uma autêntica suposição, ou seja, o resultado de um prognóstico ideal, que substitui os dados empíricos por um enunciado lógico. Por outro lado, é duvidoso o critério pelo qual se pode afirmar que um determinado argumento será tido como melhor que outro. Pode ocorrer, inclusive, que, em determinados casos, o melhor argumento seja apenas aquele que seja o mais saliente na discussão, sem que apresente conteúdo menos vulnerável ou melhores efeitos.

4 A LEI DE CRIMES HEDIONDOS

O que levou o legislador a positivar a lei de crimes hediondos? Na década de 80 houve o aumento de organizações criminosas, o que levou o poder público a editar uma lei que endurecesse o tipo penal. Naquela época, foi promulgada a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), a qual fora recepcionada pela Carta Constitucional vigente e alterada pelas Leis nºs 9.046/1995, 9.268/1996, 9.460/1997, 10.792/2003, 11.340/2006, 11.466/2007, 12.121/2009, 11.942/2009, 12.245/2010, 12.258/2010, 12.313/2010, 12.433/2011, 12.654/2012, 13.163/2015, 13.167/2015, 13.190/2015, 13.769/2018; e, por fim, a Lei nº 13.964/2019.

A Lei de Execuções Penais revogou a Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, que dispunha sobre Normas Gerais do Regime Penitenciário, em conformidade do que estatui o art. 5º, n.º XV, letra b, da extinta Constituição Federal de 1946, e amplia as atribuições da Inspetora Geral Penitenciária. Observa-se que o diploma foi recepcionado pela Constituição Federal de 1967 (Regime Militar).

O crime hediondo é uma definição legal, não existindo hipótese legal para que o juiz retire o caráter hediondo, tampouco que venha a majorá-lo.

O ordenamento jurídico nacional adotou o critério legal para a tipificação dos crimes hediondos, sendo vedado ao juiz, em caso concreto, fixar a hediondez de um delito ou excluí-la em razão de sua gravidade ou forma de execução.

A carta constitucional estabelece que (art. 5º, XLIII) a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Todo modo, a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) acrescentou dizendo que para eles não cabem indulto (art. 2º, I), o que acrescenta recrudescimento penal não previsto na Constituição Federal, cuja discussão levou o STF a exarar entendimento de que, quando a Constituição usa o vocábulo “graça”, ela se refere a poder de graça do presidente da república, o qual inclui a graça que é de natureza individual e o indulto que é de natureza coletiva.

A LCH, não criou tipos penais, ela apenas os recrudesceu, sendo a maior parte deles do Código Penal, na forma qualificada, exceto o homicídio na forma simples (art. 121/CP), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente. E neste aspecto, vemos que o pacote anti-crime não se trata de criminalização por simples comportamento ou violação de um dever geral, senão uma incursão legislativa na criminalização de delitos de perigo concreto ou de delitos comissivos.

Em sentido inverso, porém, o pacote anti-crime alterou a LCH, de modo a retirar a qualificadora de crime hediondo da conduta de extorsão qualificada pela morte (prevista no art. 159, § 3º do CP), o que acaba por criar uma *novatio legis in melius*, o que não seria o objetivo do pacote anti-crime, visto que, além de suavizar o *jus puniendi* vindouros de crimes de roubos com extorsão, ainda abrandaria, os já praticados, alcançados pela retroatividade *in bonam partem* da Lei Penal, conforme art. 5º, XL, da Constituição Federal c/c parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

O rol de tipos elencados pela Lei de Crimes Hediondos encontra-se espaço em legislações penais extravagantes, porém sempre com rol taxativo, em atenção do princípio da reserva legal e da proibição da *reformatio in pejus*.

A tentativa de crime qualificado como hediondo pode se aplicar a crimes consumados e tentados. (art. 1º da Lei nº 8.072/1990)

Outro detalhe é que a Lei de Crimes Hediondos estabelece como tal (art. 1º, IX) o furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (previsto no art. 155, § 4º-A do CP, e incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Porém, não é considerado como crime hediondo o roubo com destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 157, § 2º-A, II do CP). Note-se ainda, que esta qualificadora de roubo foi incluída no Código Penal pela Lei nº 13.654, de 2018, isto é, deveria ter sido vista pelo pacote anti-crime.

De acordo com Tavares (2018), O Estado, ademais, só poderá criminalizar uma conduta se atender a outros princípios fundamentais, que foram sendo, gradativamente, incorporados à ordem jurídica, como produtos de reivindicações e lutas sociais incessantes: ao princípio da lesividade, ao princípio da necessidade, ao princípio da intervenção mínima, ao princípio da idoneidade, ao princípio da proporcionalidade, ao princípio da proibição de dupla incriminação e ao princípio da presunção de inocência. Todos esses princípios, a começar pelos princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana são normas superiores da ordem jurídica, orientadas a traduzir, em termos enunciativos, o que deva constituir elemento essencial ao Estado Democrático de Direito.

5 O EFEITO DA NORMA PENAL PERANTE CRIMINOSOS E CRIMINALIZADOS

Prima facie, é necessário diferenciar, que a relação aqui proposta tem duplo sentido.

O primeiro sentido se refere a uma conduta humana, decorrente do contexto socio-econômico das maiorias das pessoas que incidem em tal conduta, é dizer o micro-tráficos de drogas, no qual há rivalidades pelas áreas de tráficos, assassinatos a compradores inadimplentes e confronto com forças policiais. Neste ponto, aspectos geográficos também influenciam na relação entre estes dois crimes, como na fronteira México-Estados Unidos, na qual verifica-se que a cadeia produtiva do narcotráfico se mostra mais letal no território mexicano e mais lucrativa no estado-unidense (não se afirmando porém, que este último promove uma necro política). Por sua vez, as extensas fronteiras do Brasil, a leste com os países da América do Sul, e a oeste, com o Oceano, facilita que venha haver um esquema de receptação de drogas de vários países sul américas a leste e exportação para África, Europa e Estados Unidos, pela fronteira oeste.

O quadro acima, na visão de Tavares (2018), trata-se de uma legitimação de atitude estatal, visto que, a fim de que não se realize uma forma de legitimação por força de uma eficácia simbolicamente generalizada, que pode gerar um estado de terror, se a expectativa de alguém em relação à expectativa de terceiro passar a se basear na suposição de que o que todos esperam é que a decisão exerça sobre o afetado uma intervenção física, de que contra ela não se admita qualquer forma de rebelião, o funcionalismo procura trabalhar, em sua substituição, com outro elemento, que será a participação dos interessados em um determinado procedimento. Daí se dizer que a legitimidade de uma norma ou de uma decisão está condicionada à forma como se processa a tematização de seus elementos. Poder-se-á dizer, então, que se trata de uma legitimação procedimental.

O segundo sentido é o jurídico, no qual há uma relação doutrinária entre os dois tipos penais, cujo *nomen iuris* é a conexão criminal

Ainda feita a distinção, identificamos um liame entre os sentidos prático e o jurídico desta relação, quer seja, as organizações criminosas se acentuam nas camadas sociais onde há maior concentração de renda, enquanto que o micro-crime nas regiões de pobreza.

6 PACOTE ANTI-CRIME

Com o advento do pacote anticrime em 2019, verificamos uma vasta atualização de dispositivos legais, em matéria tanto no direito material quanto no processual penal e em legislações esparsas. Em outros casos houve introdução de novos dispositivos. É dizer, embora o pacote anti-crime não tenha criado novos tipos penais, ele veio recrudescer os já existentes.

Alguns dispositivos geraram controvérsias que provocaram o judiciário pátrio, acerca do questionamento ou mesmo da interpretação de alguns dispositivos: Em outros casos, vemos a criação de outros institutos como o do juiz de garantias, instituído do art. 3º-B do Código de Processo Penal. Em compassada leitura deste artigo, vemos que como existem questões de ordem técnica, jurídica, que visa separar o juiz da instrução processual da fase de persecução policial. Por outro lado, do ponto de vista da gestão do serviço judiciário, o próprio judiciário já se mostra enfadado de tantas demandas, que tal figura do juiz de garantia seria sobrecarregá-lo ainda, tanto que o próprio pacote anticrime criou o sistema de rodízio (CPP, art. 3º-D, parágrafo único c/c art. 3º-E.) que se mostra insuficiente. Ademais, a *vacatio legis* de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da Lei 13.964/2019 para cumprimento de suas disposições se mostrou irrisório, causando como consequências a sobrecarga de demandas, em decorrência do reduzido quadro de magistrado e servidores, e quadro orçamentário, agravado pelo cenário da pandemia do Covid-19.

Por outro lado, algumas alterações foram somente no *quantum*, para maior, como p. ex. o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade, no *caput* do art 75 do Código Penal, majorado de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos. Em tais termos, não vemos alteração substancial no núcleo do tipo penal, isto é, não há alteração formal senão material.

No tocante aos crimes hediondos, o pacote anticrime introduziu na Lei 8.072/1990 mais alguns itens no rol de crimes hediondos, o quais em sua maioria na forma qualificada do CP e alguns da forma simples. Por isso usamos de alguns dados do anuário de segurança Pública para avaliar o aumento de crimes hediondos no Brasil, quer seja pelo aumento relativo à efetuação de certas práticas, quer seja pela nova classificação das mesmas condutas praticadas anteriormente.

7 TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Os dois maiores penalistas Günther Jakobs (1997) e Klaus Roxin (1998) se dividem entre funcionalismo sistêmico e funcionalismo teleológico. O funcionalismo sistêmico defendido por Jakobs (1997) prega que a missão do direito penal é a de zelar pela sua aplicação. Ao ser aplicado, o direito penal comunica à sociedade quais são as regras que devem ser obedecidas e qual a consequência na hipótese do seu descumprimento. Só há um meio de identificar um infrator: punindo-o. quando o direito penal não é aplicado, a sociedade fica sem saber o que é certo e o que é errado, ela não distingue aquele que cumpre a lei, daquele que a viola. por esta razão, uma retórica à Teoria das Janelas Quebradas a função do direito penal é simplesmente a de ser aplicado, isto é, relegado à mera operação de comandos segundo a lógica dworkiana (DWORKIN, 2007). Não há aqui a noção de bem jurídico. o direito penal não tutela um bem jurídico, mas única e exclusivamente a observância do direito posto, do direito positivo. por faltar uma discussão ontológica da regra penal, esta teoria do funcionamento sistêmico pode ser apropriada por regimes autoritários, como ocorreu na Alemanha, durante o nazismo. ora se a função do direito penal, não é discutir o conteúdo da norma, mas simplesmente ser aplicado, se a norma não é discutida, qualquer tida com o penal, imposta por um estado totalitário, terá por função a de ser aplicada, daí decorrendo qualquer tipo de distorções, como viu-se na Alemanha, em meados do século passado.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo teve sua origem em uma palestra proferida por Jakobs (1997), na Universidade de Bonn, na Alemanha, em 1985. Originária do seu posicionamento crítico, fundada no funcionalismo sistêmico. no entanto, em virtude da não aceitação de suas idéias iniciais, Jakobs resolve flexibilizar a sua tese, e adaptá-la ao estado de direito, volta então a propô-la no ano de 2003, no lançamento de seu livro que traz as bases e os fundamentos de sua teoria. Esta teoria foi influenciada, sobremaneira pelos fundamentos do funcionalismo sistêmico, no qual Jakobs (1997) foi o criador, e dessa forma, infere-se constra medidas de contenção, aqueles indivíduos que desrespeitam as normas de convivência da sociedade, sendo atribuído um regramento penal próprio a ser aplicado a estes, com base, na sua não-inserção no status de pessoas - não há pessoa, há inimigo. Para Eugênio Raul Zaffaroni (2021), a negação jurídica da condição de pessoa, é uma característica do tratamento penal diferenciado que é dado pela Teoria do Direito penal do inimigo; mas não é a sua essência, é só uma consequência da individualização do ser humano como inimigo. Pautado em políticas públicas de combate à criminalidade, Jakobs (1997) vai concretizar a sua teoria do direito penal do inimigo, formando o próprio conceito de inimigo, para tanto, se inspira em Thomas Hobbes (1992), e em Immanuel Kant (2006), ainda que ambos estivessem

proferido suas teorias em épocas distintas.

No entanto, Jakobs e Meliá (2003, p. 33) não desconsideram a figura humana do inimigo:

En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz.

Em Hobbes (1992), Jakobs (1997) profere o seu primeiro postulado que seria parte da elaboração dos estereótipos enquadrados como inimigos. Para Hobbes (1992), inimigo seria todo aquele que rompesse o contrato social estabelecido com a coletividade, e com isso, proporcionasse uma regressão ao típico estado de natureza, que é o estado de guerra ou barbárie. Este é o inimigo. Já na teoria de Kant (2006), seria permitido a aplicação de penas *hostis* a quem não se enquadrasse no cenário social, e representasse uma ameaça a todos. nesse caso, perderia a qualidade de pessoa. então, logo Jakobs (1997) encontra o que proclamaria como enquadramento da pena: o inimigo em tem significado diferente pelo adotado por Karl Schmidt. Enquanto para Jakobs (1997), o termo inimigo provém do latim “*inimicus*”, que significa criminoso, para Karl Schmidt, o termo provém do latim “*hostis*”, que significa, não criminoso, mas alguém que é desconhecido, e ao qual se atribui uma adversidade, uma recusa em termos político. para schmidt o inimigo é o estrangeito, o diferente, em virtude de uma outra vinculação política. Já Para Jakobs (1997), inimigo é uma condição da personalidade da pessoa, o direito penal do inimigo é um direito de exceção um direito de necessidade dentro do estado de direito.

Somente é possível determinar tal direito dentro de uma sociedade democrática e um estado totalitário não constituiria um inimigo singular, o estado democratico possível estabelecer regras, e considerar inimigo aqueles que a violam, por esta razão, somente essa reflexão permite limitar a exceção à medida do necessário, e evitar abusos. Assim as presentes posições não pretendende ser uma exortação ao ataque violento, mas, ao contrário, manter o conceito de inimigo dentro de bases de juridicidade orientadora. o direito penal do inimigo, desta forma, visualiza e potencializa a concretização do inimigo do estado, em fatos que se apresentam de fatos atentatórios a ele, mas dentro de regras e principios preestabelecidos. neste ponto se legitima como estado de exceção, mas dentro do estado de direito. foi assim que a teoria de Jakobs (1997) ganhou força no início do século XXI, com o atentado do 11 de setembro nos EUA, surgindo, dentro da manifestação de medo e insegurança provocadas pelos atentados.

Segundo Zaffaroni (2021), o sistema, norte americano, aproveitando-se da teoria do

direito penal do inimigo, fixou o terrorismo como alvo a ser combatido.

Já para Klaus Roxin (1998), o funcionalismo teleológico busca efetuar a política criminal do Estado. tem no referencial sociológico a sua pauta hermenêutica, ou seja, em primeiro lugar, é necessário estabelecer quais são as metas do Estado, qual a sua missão em fazer o bem comum, e como o direito penal pode contribuir para isso. a partir do momento em que é fixada a política criminal a meta e a missão social do estado, o direito penal entra para dar cimpimento a estas metas, ou seja o direito penal não é um fim em si mesmo, mas um meio para garantir o bem comum e a paz social.

Seria possível a conjugação da teoria do inimigo do estado e o funcionalismo teleológico dentro de um mesmo ordenamento jurídico? Poderia haver, haver tratamento de exceção à chefes de organizações como PCC, Comando Vermelho, Família do Norte e Sindicato do Crime? Com efeito, vemos que tais organizações são classificadas como organizações criminosas, mas não como organizações terroristas, apesar de possuírem estatuto próprio, posições de mando hierarquicamente organizada, territórios de atuação, serviços lícitos para lavagem de dinheiro, possuem o chamado Tribunal do Crime, que, de forma grotesca, denuncia, julga e executa quem desobedece suas ordens ou representa uma ameaça para sua unidade; isto é há uma atuação para-estatal. Em tais termos, tais associações criminosas assemelham-se a uma tentativa de usurpação da legitimidade do Estado.

Isto é, não são classificadas como organizações terroristas, visto que seus atos não estão previstos no art. 2º, § 1º, da Lei 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo), cujo rol é taxativo. Ademais, o referido dispositivo se refere à atos de terrorismo, isto é, o crime de terrorismo está vinculado a uma ação, sem se referir a um sujeito contumaz nessa ação, desprezando o aspecto subjetivo do crime.

A Lei nº 7.170/1983, sancionada no Governo de João Batista Figueiredo, tido como governo de transição entre o regime militar e o atual, foi recepcionada pela Constituição de 1988, estando vigente até sua revogação pela Lei nº 14.197/2021, o que demonstra o caráter democrático daquele diploma, no qual tais facções eram tipificadas como atentatórias contra o Estado e a sua ordem política e social, nos termos do art. 24, da Lei nº 7.170/1983:

Art. 24 - Constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.

Pena: reclusão, de 2 a 8 anos.

Com a revogação da Lei nº 7.170/1983 pela Lei nº 14.197/2021, a tipificação destas facções ficou como associação criminosa (art. 288/CP), ou de constituição de milícia privada (art. 288-A do CP), cujas penas são de reclusão, respectivamente de 1 (um) a 3 (três) anos e de

4 (quatro) a 8 (oito) anos. Ainda que não tenha havido grande mudança entre as penas, a mudança de tipo retira das facções criminosas o caráter de ser antijurídico, senão apenas antinormativo, isto é, a marca de ser anti-Estado e antissocial, desconsiderando, assim, o aspecto de periculosidade sistêmica que elas impõem.

Em efeitos práticos, muitos líderes de organizações ficam reclusos em prisões de segurança máxima, no entanto, a condição abastada lhes favorece a contratar os melhores advogados, aliciarem ou intimidarem agentes prisionais, possuem parentes que ocupam cargos políticos, como no caso de Luiz Fernando da Costa, vulgo “Fernandinho Beira Mar”, isto é atuam, simultaneamente, em paralelo, e introduzidos no aparelho estatal, de cuja filha Fernanda Costa foi eleita vereadora no Município de Duque de Caxias, no estado do Rio de Janeiro, e é ré em um processo que corre na Justiça Federal de Rondônia, no qual é acusada de integrar a organização criminosa chefiada por seu pai, isto é, havendo . O narcotraficante mexicano Joaquín Guzmán, vulgo *El Chapo*, cumpre pena de prisão perpétua nos Estados Unidos, no entanto, um pedido de extradição para o México pode representar ameaça de fulga. Este quadro é complexo porque, à medida que não existe pena de prisão perpétua no México, há Acordo e Convenções internacionais de que, em caso de extradição, prevalece a pena mais rigorosa.

Tal negativa visa evitar o que aconteceu com Pablo Escobar, que chefiou o Cartel de Medellín, na Colômbia, interferindo fortemente na política daquela nação, e no funcionamento do Estado, a ponto de ele mesmo escolher como e quando ser julgado, e construir a própria penitenciária em que cumpriu pena, cercado de regalias, mas que depois veio a fugir da mesma.

Tal problema pragmático nos leva a crer que a pena *per se* não é capaz de expurgar o problema social, devendo adotar-se medidas de segurança que se mostre mais efetiva, conforme orienta Jakobs e Meliá (2003, pp. 24-25), citando dispositivos legais do Código Penal Alemão:

En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (§ 61 núm. 3, 66, StGB): en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige - y sobre todo - hacia delante, al futuro, en el que una ‘tendencia a (cometer) hechos delictivos de considerable gravedad’ podría tener efectos ‘peligrosos’ para la generalidad (§ 66, párr. 1.0, núm. 3 StGB). Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede - en este ámbito: através de una medida de seguridad, no mediante una pena- de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la

comisión de un delito) en vez de Derecho penal del ciudadano, y la voz ‘Derecho’ significa en ambos conceptos algo claramente diferente [...]

Este exemplo nos faz refletir que a diferença entre criminoso e criminalizado.

Por criminoso entende-se a atribuição de crime à uma característica pessoal do agente, tal qual ladrão, tarado; e quanto a criminalizado, é uma política pública de punição que se expressa por meio da Lei e de seu cumprimento. Com efeito, vemos que a ambas a nomenclaturas são uma decisão política do Estado, a qual é dada sob um prisma de uma cosmovisão a qual precisa ser aclamada por uma maioria, e não ser tão rejeitada por minorias dominantes, para que o discurso punitivista tenha validade.

A validade do discurso punitivista é até mesmo mais permissiva, à medida que o aparelho estatal está composto por minorias dominantes que estão envolvidas por tentáculos da criminalidade, seja por extorsão (arts. 158 a 160 do CP) ou por corrupção passiva (art. 317 do CP), a qual ele visa coibir. Deste modo, a comprovação, por meio do devido processo legal, de vários crimes associados a uma pessoa, bem como a identificação de que tais crimes atentam não só a pessoas (vítimas) individualmente, mas como à Conformação do Estado Democrático de Direito legitima a adoção da Teoria do Inimigo do Estado, a qual não é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que, todavia, não é defeso seu estudo e compreensão para fins acadêmicos.

Frise-se que a legitimação do discurso punitivista aqui exposta não se estende ao delito tipificado na modalidade simples, de menor potencial ofensivo, ou mesmo aquele amparado pelo Princípio da Insignificância, tampouco ao ininputável; mas sim daquele que deseja impor um estado paralelo por meio da extrema violência, como as facções criminosas. Conforme Jakobs e Meliá (2003, pp. 48-50) ponderou que a Teoria do Inimigo do Estado não deve ser usada desenfreadamente, no entanto, os autores afirmam que o caráter preventivo do direito penal do inimigo pode ser atribuído, inclusive para as condutas de roubo simples, o que, neste último caso, discordamos, visto que há que poderia haver um *regressus ad infinitum*:

Por otro lado, sin embargo, no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico. Por ello, la introducción de un cúmulo - prácticamente inabarcable ya - de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho. [...] Se trata de una regulación que -como muestra lo poco elevado de las penas evidentemente no tomaba como punto de referencia cómo de peligroso un enemigo puede llegar a ser, sino aquello que un autor ya ha atacado hasta ese momento al realizar la conducta: la seguridad pública. En 1943 (!) se agravó el precepto (entre otros aspectos) vinculando la pena a la correspondiente al hecho planeado; de este modo, el delito contra la seguridad pública se convirtió en una verdadera punición de actos preparatorios, y esta modificación no ha sido revocada hasta el día de hoy. Por lo tanto, el punto de partida al que se anuda la regulación es la conducta no actuada,

sino sólo planeada, es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro dicho de otro modo, el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros: una regulación propia del Derecho penal del enemigo. Lo que en el caso de los terroristas - adversarios por principio- puede ser adecuado, es decir, tomar como punto de referencia las dimensiones del peligro y no el daño en la vigencia de la norma ya realizado, se traslada aquí al caso de la planificación de cualquier delito, por ejemplo, de un simple robo.

Vemos assim que a discussão acerca da criminalidade envolve um esforço teórico e pragmático.

Para Jakobs e Meliá (2003, pp. 95-97):

Entonces, ¿qué tienen de especial los fenómenos frente a los cuales responde el “Derecho penal del enemigo”? ¿Qué característica especial explica, en el plano fáctico, que se reaccione de ese modo frente a precisamente esas conductas? ¿Qué función cumple la pena en este ámbito?

La respuesta a esta pregunta está en que se trata de comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión. Pero no en el sentido en el que lo entiende la concepción antes examinada - en el sentido de un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales -, sino ante todo, como antes se ha adelantado, en un determinado plano simbólico. [...] Pues bien, estos supuestos de conductas de “enemigos” se caracterizan por producir ese quebrantamiento de la norma respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual. Así, no parece demasiado aventurado formular varias hipótesis en este sentido: que el punitivismo existente en materia de drogas puede estar relacionado no sólo con las evidentes consecuencias sociales negativas de su consumo, sino también con la escasa fundamentación axiológica y efectividad de las políticas contra el consumo de drogas en las sociedades occidentales; que la “criminalidad organizada”, en aquellos países en los que existe como realidad significativa, causa perjuicios a la sociedad en su conjunto, incluyendo también la infiltración de sus organizaciones en el tejido político, de modo que amenaza no sólo a las haciendas u otros bienes personales de los ciudadanos, sino al propio sistema político-institucional; que ETA, finalmente, no sólo mata, hiere y secuestra, sino pone en cuestión un consenso constitucional muy delicado y frágil en lo que se refiere a la organización territorial de España.

Para Jakobs e Meliá (2003, pp. 98-99):

[...] Dicho desde la perspectiva del “enemigo”, la pretendida autoexclusión de la personalidad por parte de éste -manifestada en la adhesión a la “sociedad” mafiosa en lugar de a la sociedad civil, o en el rechazo de la legitimidad del Estado en su conjunto, tildándolo de “fuerza de ocupación” en el País Vasco- no debe estar a su alcance, puesto que la cualidad de persona es una atribución. Es el Estado quien decide mediante su ordenamiento jurídico quién es ciudadano y cuál es el status que tal condición comporta: no cabe admitir apostasías del *status* de ciudadano. La mayor desautorización que puede corresponder a esa defección intentada por el “enemigo” es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor.

A inclusão do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado foi instituído no ordenamento pátrio por meio da Lei nº 10.792/2003, a qual introduziu o art. 52 na Lei de Execuções Penais. Posteriormente, a Lei nº 13.964/2019, recrudescu este tipo, aumentando a

duração máxima de trezentos e sessenta dias para até 2 (dois) anos (art. 52, “caput”, I) e estendendo o RDD aos suspeitos de envolvimento em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada (art. 52, §1º, II).

Ainda sobre o art. 52 da LEP, são contemplados alguns aspectos subjetivos do crime: exercer liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada (§ 3º), risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade, isto é, risco não só contra pessoas, mas contra instituições (§ 4º, I) e perfil criminal (§ 4º, II); o que reforça que o espírito deste dispositivo está fundado na conduta não só antinormativa, senão antijurídica, sendo nítido o tratamento de direito penal do inimigo, leitura do aspecto cognitivo do sujeito, de modo que os aspectos anteriormente citados se afiguram em medidas de segurança contra o sujeito.

Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -corno es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. (JAKOBS; MELIÁ, 2003, pp. 79-81)

8 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Proposta inicialmente por Hans Welzel (1970), em 1939, a chamada Teoria do Domínio do Fato só foi devidamente desenvolvida por Claus Roxin (1998), jurista alemão, em obra publicada em 1963, chamada “*Taterschaft und Tatherrschaft*”.

Em síntese, a Teoria do Domínio do Fato de Roxin (1998) coloca o autor como figura central do acontecer típico, sendo a Teoria do Domínio do Fato uma das modalidades de aferição da autoria nos casos de delito de domínio, em especial os delitos comuns comissivos dolosos; para isso, elabora um conceito de domínio do fato, mas sim procura estabelecer quando há ou não o domínio do fato. Desta forma, diferencia os conceitos de autor e executor do delito, assentando-se para isso nos princípios relacionados à conduta e não ao resultado. A teoria imputa como autor aquele que possui poder de decisão sobre a prática do ato, de forma consciente, com poder de determinar a forma de execução bem como sua interrupção, se possível. Tais condutas devem ser praticadas de forma dolosa, portanto, não pode haver domínio do fato se não há dolo. Desta feita, a figura do autor não se limita apenas ao executor do ato, mas também àquele que se serviu de outrem como instrumento para sua prática. Portanto, autor é aquele que tem o domínio sobre os atos praticados, sejam estes praticados por mãos próprias ou a partir de outrem. Deve-se ressaltar que o autor que estamos falando não se confunde com o partícipe. Este apenas auxilia a prática do ato, mas não tem controle ou domínio algum sobre sua prática. No entanto, nem sempre é fácil, diante de um caso concreto, identificar se o indivíduo deve ser considerado como autor ou partícipe.

Roxin (1998) afirma que domínio do fato pode se dar em três searas. Pode-se ter o domínio da ação, que ocorre quando o indivíduo, sem ter sofrido qualquer coação, realiza todos os elementos do tipo de própria mão, situação em que tem total domínio do fato, logo, é o autor por excelência, é a autoria propriamente dita, a autoria direta individual e imediata. Outra perspectiva ocorre através do domínio da vontade, autoria mediata, que é aquela em que o autor executa suas vontades sem intervenção direta, e sim através de terceiro, que por razões diversas é reduzido a um instrumento. E por último, tem-se o chamado domínio funcional, situação que acarreta a coautoria.

Em relação à autoria imediata, o executor do tipo possui em suas mãos o domínio total da ação, reunindo em si todos os elementos do tipo. Encaixa-se nessa perspectiva também aquele que age a pedido ou a mando de terceiros, mesmo que pratique a conduta em função de coação ou por erro de proibição inescusável.

Quanto à autoria mediata, esta ocorre quando um indivíduo (homem de trás) se

utiliza de terceiros (homem da frente) para atingir determinados fins, possuindo em suas mãos o controle das ações, ou seja dominando a ação do terceiro. Nesse caso, o homem de trás não pratica diretamente o ato, entretanto, ao dominar a vontade de terceiro, o faz praticar atos que pretendia. O controle da vontade de terceiros pode se dar basicamente de três formas: coação exercida sobre o homem da frente, indução do homem da frente ao erro e domínio por meio de aparato organizado de poder.

Roxin (1998) afirma que o fundamento para imputar autoria ao indivíduo que, embora não tenha praticado o ato de mão própria, levou terceiro a praticá-lo por coação, é o princípio da responsabilidade, vez que ele se utiliza de situações específicas para coagir o terceiro fragilizado por razões diversas. No Código Penal Brasileiro, este princípio está expresso no art. 22: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/84).

Quanto ao ato praticado por erro, Roxin (1998) afirma que a responsabilização encontra razão no próprio conhecimento superior do homem de trás, o qual lhe permite controlar o homem da frente como se fosse uma marionete. Em regra, tanto o homem de trás como o homem da frente serão autores, exceto se não houver dolo ou culpa do executor, homem da frente.

Além do domínio por erro ou coação, Roxin (1998) também reconhece a existência de domínio através de organizações de poder. Desenvolvida por Roxin (1998) a partir de casos concretos e com objetivo de fundamentar algumas decisões judiciais, essa modalidade de autoria se caracteriza principalmente pela existência de uma organização de poder estruturada verticalmente e organizada à margem da ordem jurídica, na qual um indivíduo com poder para tanto, dela se utiliza para ordenar comportamentos e ações a outros indivíduos de menor hierarquia, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática. Nesse caso, o homem de trás deixa de ser um simples instigador ou partícipe, mas passa a ser o autor mediato das condutas, portanto, também responsável por elas.

Entretanto, Roxin (1998) defende que a responsabilização do homem de trás não pode ser feita de forma indiscriminada. Para que este seja responsabilizado como autor é necessário a ocorrência de quatro requisitos: ordem oriunda de organização verticalmente estruturada; organização ilícita; executores fungíveis; e disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

Quanto ao primeiro item, é necessário que exista ordem superior para realização da conduta, não mera instigação. Tal ordem, entretanto, geralmente se fundamenta na própria

organização do poder, sendo exercida de forma impessoal, ou seja, nesses casos o instrumento é a própria estrutura do poder. Logo, o executor também é responsável pela ação.

Em relação à necessidade de que a organização seja ilícita para que a teoria do domínio do fato seja aplicável, Roxin (1998) defende que assim o é devido ao fato de que em organizações lícitas é de se supor que ordens ilegais não seriam acatadas automaticamente por outros indivíduos integrantes da organização, vez que estes não estão em erro e nem em coação. Nestes casos o ideal seria a positivação de tipos baseados na violação do dever.

No que diz respeito à fungibilidade dos executores, para este requisito é necessário, pois só assim a vontade do homem de trás será realizada, independentemente do homem da frente utilizado, ou seja, na ausência de um executor, há outros disponíveis para a execução.

Quanto ao quarto requisito, Roxin (1998) defende sua necessidade mais como uma circunstância do domínio do fato. Para Roxin, o executor, quando dentro de uma organização de poder ilícita, está mais disposto ao fato em virtude das inúmeras influências recebidas pelos integrantes da organização, o que aumentam as chances de ele praticar o ato, caracterizando-o mais fortemente como uma engrenagem da organização.

Desta forma, Roxin (1998) defende que só haverá autoria mediata quando esses quatro requisitos encontram-se presentes. Logo, defende que a responsabilidade mediata não se presume simplesmente por ser o indivíduo chefe da organização. Para que ele seja responsabilizado como autor, deve-se analisar se estão presentes os requisitos acima mencionados.

Quanto ao domínio funcional do fato, Roxin (1998) esclarece que este ocorre quando mais de uma pessoa, sem se utilizarem de erro, coação ou organização de poder, planejam e executam o fato conjuntamente, com cooperação e divisão de trabalho. Nesse caso, os indivíduos serão coautores do fato, havendo, por consequência, imputação recíproca.

8.1 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA AÇÃO PENAL 470

De acordo com a Teoria do Domínio de Fato é aplicada aos casos de concurso de pessoas, referindo-se à culpa (em seu sentido lato) de seus agentes na produção de um resultado finalístico ilícito (ou antijurídico) deverá, a princípio, ser conjugada com outras teorias, tais quais as teorias quanto à autoria do crime, quanto a natureza do concurso de agentes, bem como os elementos e requisitos do concurso de pessoas de forma a complementam no sentido de se analisar a culpabilidade dos agentes, em especial, para reduzir o subjetivismo na análise de culpabilidade (principal crítica a esta teoria) e reduzir a o arbítrio do magistrado à apreciação do mérito; devido ao grau de participação no resultado

bem como assinala CAPEZ (2011, p. 372) “É necessária a homogeneidade de elemento subjetivo, não se admitindo participação dolosa em crime culposo e vice-versa”. Neste sentido a teoria do domínio de fato poderá ser enfocada no mérito de questões jurídicas (no caso em tela judicial), desde que não colida com a aplicação de outras teorias, a fim de evitar uma jurisprudência (*latu sensu*) incoerente.

Ao aplicar a teoria do domínio do fato, mister se faz que o autor tenha volitivamente o poder de fazer ou deixar de fazer determinada ação delituosa, do contrário não poderá ser imputada à autoria do fato, senão a quem cometeu o resultado finalístico.

Durante o julgamento dos acusados na Ação Penal 470, mais conhecida como “Caso Mensalão”, o Supremo Tribunal Federal se utilizou da Teoria do Domínio do Fato para condenação dos réus José Dirceu, Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane. Primeiramente, cabe esclarecer que se trata de ação penal ajuizada pelo Procurador-Geral da República, junto ao Supremo Tribunal Federal, em face de integrantes do Partido dos Trabalhadores – e outros, bem como em face de integrantes de instituições bancárias, como o Banco Rural. Segundo a denúncia formulada pelo PGR, tratava-se de uma sofisticada organização criminosa que, dentre outros, foi responsável pela prática dos crimes de peculato, corrupção ativa, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta, crimes praticados com objetivo de perpetuar o PT no poder. Ainda segundo a denúncia, José Dirceu era o mentor de todo o esquema que, para o sucesso, arregimentou funcionários do alto escalão do Banco Rural que, em virtude de suas posições, criaram as situações propícias para a prática dos crimes, ao permitirem, através de fraudes, lavagem de dinheiro utilizado para pagamento de propina em troca de apoio político.

Durante o julgamento daquela ação, o STF se utilizou da Teoria do Domínio do Fato para condenar os réus acima citados.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, argumentou que “condena-se tais réus por existirem provas jurídicas idôneas” e que “a prova pode não ser direta, mas o STF reconhece a eficácia probante dos indícios, desde que tais indícios sejam harmônicos entre si e sejam convergentes”. O, outrora, decano acrescentou que “o próprio Código Penal qualifica os indícios como prova e devem ser utilizados pelo Poder Judiciário, desde que não haja elementos que os desautorizem”.

De igual modo, o Ministro Luiz Fux asseverou que “os coautores seriam aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal” (AP 470, fl. 54309).

A princípio o julgamento do mensalão é iminentemente doloso, sendo o réu indiciado

vários crimes, neste sentido é cabível a aplicação da teoria do domínio de fato visto que a produção do resultado naturalístico se dá por autoria mediata do réu cujos operadores do esquema seriam o *longa manus*.

Os crimes pelos quais os réus José Dirceu, Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane, réus da Ação Penal 470, foram indiciados são tidos, segundo a doutrina, como crimes plurissubjetivos, o que coloca estes na condição de autor e outros podem ser indiciados como partes ou coautores. Neste caso, o concurso de pessoas se conjuga com o concurso de crimes.

O crime de formação de quadrilha é por definição plurissubjetivo, da mesma forma que o crime de associação criminosa; de modo que deve ser aplicada a norma prevista no artigo 29 do Código Penal, de forma que para encontrar o réu na condição de autor deve-se provar que ele detém o domínio do fato antijurídico, do início até a consumação da prática delituosa, podendo evitar o resultado finalístico, a qualquer tempo da ação, sendo e que a teoria do domínio do fato não exclui a necessidade de haver produção de provas. Entretanto, por esta autoria ser um ato de natureza intelectual, e não material, estas provas, por sua vez, não prescindem de possuir o caráter naturalístico de que se revestem as provas de crimes simples, no caso em tela, o que se constata como prova é se a vontade dos demais participantes são convergentes e cumulativamente subordinadas à vontade do réu.

A produção neste caso estaria em verificar se os fatos e as ações praticados pelos demais réus harmonizam-se para alcançar o intento dos autores; e assim verificar se existe relação de convergência e subordinação entre as ações dos envolvidos e à vontade dos autores, percebendo-se, assim, que a teoria do domínio do fato é um misto de teoria objetiva e subjetiva. Daí a dificuldade de aplicação da referida teoria, uma vez que o excesso de subjetivismo favorece à ampla defesa e à dificuldade de elucidação dos fatos favorecerá a defesa a refutar hipóteses a respeito da autoria do fato, como por exemplo, se os partícipes, uma vez empoderados, passariam a agir por vontade própria.

Se não fosse aplicada a teoria do domínio de fato seria aplicada a teoria do critério objetivo-material apoiada no livre convencimento do juiz, o que vincularia a decisão ao arbítrio do magistrado, razão pela qual tal aplicação da teoria não é objeto de política judiciária, entretanto a presença do resultado natural finalístico contribui para que seja aceita esta Teoria em casos semelhantes.

9 CONCLUSÃO

O recrudescimento do punitivismo não é uma medida de governo, do ponto de vista ideológico, pois, conforme demonstrado, a criação de tipos penais vem acompanhado de um histórico crescente, passando, inclusive por governos considerados ditatoriais, quanto por aqueles que, dizia-se, primar por políticas de ações afirmativas na promoção de direitos humanos.

Foi demonstrado a concretização de fenômenos expansivos de política criminal, ainda existem movimentos que vão em sentido contrário a esta lógica, e sem motivo aparente, como a extinção dos crimes contra a ordem pública e o estado democrático de direito, e o desenquadramento como crime hediondo da extorsão qualificada pela morte.

A política criminal do Estado Brasileiro tem foco na criminalização de ações, no entanto, a Lei Maria da Penha mostrou que são adotadas medidas de segurança (nos termos legais, medidas protetivas), contra o sujeito, em situação de perigo abstrato, visto que o mal atinge a mulher e a sua prole, isto é, os efeitos do crimes transcendem ao sujeito passivo.

No mesmo raciocínio, entretanto, não é aplicado em outras previsões legais, nas quais o sujeito mesmo sendo contumaz e autor de crimes hediondos não tem pena aplicada em caráter preventivo, o que impede que insurgentes podem ser classificados como inimigos do Estado. Todavia, julgamentos judiciais têm adotado medidas de segurança em função do autor, de modo que a Teoria do Inimigo do Estado pode se harmonizar ao direito brasileiro.

Vemos o recrudescimento da legislação penal atribuído pelo pacote anticrime e pela Lei nº 13.964/2019 busca uma maior efetivação da proteção estatal ao direito à vida, ao patrimônio pessoal e público e a efetivação do direito.

O perfil dos crimes recrudescidos, não dizem respeito a um sujeito ativo da ação penal que seja primário, incapaz ou relativamente incapaz de reconhecer o caráter ilícito da conduta praticada tampouco, algum vulnerável social, ou hipossuficiente economicamente, isto é, apesar das penas recrudescidas não forem correspondentes a crime de sujeito necessário, é dizer que as quais são exercidas por requintes típico de sujeitos contumazes, o que legitima o caráter do pacote anticrime de obedecer aos princípios penais da prevenção, da precaução, do perigo concreto, e do abstrato e respeitar ao princípio do *in dubio pro societate*, pois dos crimes capitulados atentam não somente contra a pessoa, mas também contra direitos coletivos e a difusos.

O recrudescimento de normas penais se encontra dentro dos limites da legitimação do *jus perseguendi* e do *jus puniendi* estatal, à medida que não é objetivo de uma necropolítica

destinada a criminalizar sujeitos socialmente vulneráveis, mas sim daqueles que venham ofender os direitos e garantias fundamentais e a ordem social.

10 REFERÊNCIAS

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria dos sistemas**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1976. 143 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 603, apresentado em 25 de fevereiro de 2021. Iniciativa: Deputado Ubiratan Sanderson. **Lex:** disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1967384>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Constituição Federal de 1988. **Lex:** disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 out 2021.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Lex:** disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 out 2021.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7170.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Lex:** disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 04 out 2021.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.. Dispõe sobre os crimes hediondos. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. disciplina o terrorismo. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021. **Lex:** disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14197.htm>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470 (inteiro teor) Ministro-relator: Joaquim Barbosa. Julgamento: 09/09/2010. Publicação: 08/10/2010. Órgão julgador: Tribunal Pleno **Lex:** disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur183164/false>>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 154248 (inteiro teor) Ministro-relator: Edson Fachin. Julgamento: 28/10/2021. Publicação: 23/02/2022. Órgão julgador: Tribunal Pleno. **Lex:** disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur459490/false>>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 1044 (inteiro teor) Ministro-relator: Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques. Julgamento: 20/04/2022. Publicação: 23/06/2022. Órgão julgador: Tribunal Pleno. **Lex:** disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur466281/false>>. Acesso em: 20 fev 2023. 418 p.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 1.411.772-GO (inteiro teor) Ministro-relator: Min. ROSA WEBER. Julgamento: 25/11/2022. Publicação: 28/11/2022. Órgão julgador: decisão monocrática. **Lex:** disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1361358/false>>. Acesso em: 16 mar 2023. 418 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. Vol. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução: Jefferson Ruiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GALULA, David. **Counterinsurgency Warfare:** Theory and Practice. Westport: Praeger Security International, 1964.

HOBBS, Thomas. **Behemoth**. Madrid: Tecnos, 1992. 268 p.

IPEA. **Atlas da violência 2020**. 96p. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2023.

_____. **Atlas da violência 2021**. 108p. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5141-atlasdaviolencia2021completo.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2023.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997. 1113 p.

JAKOBS; Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del enemigo**. 1. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2003. 102 p.

KANT, Immanuel. **Antropologia de um ponto de vista pragmático**. São Paulo: Iluminuras, 2006. 255 p.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Tübingen: Mohr, 2000.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MISSE, Michel. Violência e teoria social. **Dilemas**. v. 9. n. 1. jan-abr 2016. pp. 45-63.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 1998. 750 p.

SILVA, Anderson Xavier da. **O combate às facções criminosas cariocas sob os princípios de David Galula**. Orientador: Gilberto Vianna. Rio de Janeiro: ESG, 2018. 55 f.: il. Trabalho de Conclusão de Curso – Monografia apresentada ao Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra como requisito à obtenção do diploma do Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia (CAEPE), 2018.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. 101 p.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução: Juan Bustos Ramires e Sergio Yañez Perez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. 5. ed. Tradução: Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo, Centauro, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 14. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.