



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro

André Nascimento Mohamed

Rio de Janeiro
2010

ANDRÉ NASCIMENTO MOHAMED

O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^a. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

O DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

André Nascimento Mohamed

Graduado pela Universidade Estácio de
Sá. Advogado.

Resumo: O Direito Penal é o ramo do Direito que reúne um conjunto de normas jurídicas e princípios, objetivando a determinação de ações infracionais e suas sanções. Torna possível a convivência humana em sociedade. A função do Direito Penal é garantir a paz, seja por seu caráter intimidador e preventivo, seja pela punição. É majoritária na doutrina e na jurisprudência brasileira que se punirá o indivíduo por seus atos. Punir alguém não por seus atos lesivos, mas sim pelo que é, subverte a ordem natural do Direito, discrimina indivíduos e fere de morte os princípios da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade.

Palavras-chaves: Direito Penal do Autor, Princípio da Culpabilidade, Princípio da Dignidade da pessoa humana.

Sumário: Introdução; 1. Conceito de Direito Penal do Autor; 1.1. Direito Penal e Controle Social; 2 O Pensamento de Jakobs; 2.1. O direito Penal do Inimigo como Direito Penal do Autor; 3. O Direito Penal do Autor diante dos Princípios Constitucionais da Legalidade, da Dignidade da Pessoa Humana, da Culpabilidade e da Lesividade; 3.1. Princípio da legalidade, 3.2. Princípio da dignidade da pessoa humana, 3.3. Princípio da culpabilidade, 3.4. Princípio da Lesividade; 4. Presença do Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro, 4.1. Das Circunstâncias Judiciais, 4.1.1. Dos Maus Antecedentes, 4.1.2. Da Conduta Social, 4.1.3 Da Personalidade; 6.2. Da reincidência; 4.3. Das contravenções Penais da Vadiagem e da Mendicância; 4.4. O Direito Penal do Inimigo na Lei Antidrogas (Lei 11.343/06); 4.5. A Possível ou Impossível Compatibilidade entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito; 5. Posicionamento dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acerca da possibilidade de aplicação do direito penal do autor no ordenamento jurídico brasileiro; 5.1. Posicionamento do STF; 5.2. Posicionamento do STJ; 5.3. Posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito penal do autor vem ganhando espaço quando se fala em combate à criminalidade. Embora a situação esteja crítica e exija mudanças rápidas e eficazes, será que o direito penal do inimigo é o modo mais adequado para resolver ou ao menos melhorar essa situação? Neste breve artigo, tratar-se-á do direito penal do autor, apresentando algumas críticas ao modelo proposto por Jakobs, porém tentando adequá-lo, se possível, àquilo que seria plausível, sempre focando o direito brasileiro e a situação nacional.

O trabalho apresentado aborda o tema do direito penal do autor e sua manifestação no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente nas fases persecutórias e de julgamento de ações de natureza penal. Um dos objetivos do presente estudo é identificar a aplicação dessa forma de direito penal, sua ameaça à democracia e à dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que o direito penal como conjunto de normas jurídicas que tem como objetivo central a determinação de infrações e o estabelecimento de suas sanções visa à garantia da paz social, tornando possível a convivência harmônica entre as pessoas, pela prevenção e também pela punição de delitos.

Busca-se despertar a atenção para o fato de que, com a crescente onda de violência no país, vivem-se tempos de medo, de angústias geradas pela sensação de insegurança generalizada. Assim, discute-se a solução. Se esta se deve sustentar unicamente na punição, na aplicação da norma penal na sua forma mais severa, mais violenta, na esperança de se ver alterado esse estado de medo. Justificar-se-ia, então, o endurecimento no combate ao crime e na sua punição, e seria possível punir seus autores reiterados pelo que ele é e não meramente pelo que ele fez, o que fere a dignidade humana em seu sentido mais profundo.

Objetiva-se trazer à tona discussão sobre a possível aplicação do direito penal do autor diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade. Analisando-se o assustador crescimento da criminalidade será discutida a possibilidade de aplicação do direito penal do autor a indivíduos que não demonstram recuperação.

Procura-se demonstrar que a aplicação do direito penal do autor ocorre em alguns casos, mesmo sendo vedada na ordem jurídica pátria, pois se dá de forma não declarada. Muitas vezes essa aplicação não fica evidente na fundamentação de pareceres, de sentenças e de acórdãos.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: As diferenças entre o direito penal do fato e o direito penal do autor, suas características e principais fatores que o torna lesivo à dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente ao ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Resta saber, assim, se de alguma forma existe a possibilidade de aplicação do direito penal do autor no ordenamento jurídico brasileiro, em detrimento de garantias e princípios constitucionais, visando à diminuição da criminalidade, com a severa punição de seus agentes contumazes pelo que são e não apenas pelo que fazem.

O chamado direito penal do autor é um tema que não tem recebido a devida atenção da doutrina brasileira, que prefere reservar a ele muitas críticas e algumas poucas notas de rodapé.

1. CONCEITO DE DIREITO PENAL DO AUTOR

Não há na doutrina penalista estudiosa da matéria uma definição consensual acerca do conceito de direito penal do autor, que tem no professor alemão Günther Jakobs, catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn sua maior referência. Pode-se afirmar, no entanto, que nesse ramo o que configura o crime é o modo de ser do criminoso, as características de sua personalidade. A punição é justificada pela periculosidade do agente. Partindo-se dessa premissa, os defensores desse tipo de Direito Penal advogam a tese de que não se deve meramente castigar o ato, o fato cometido, isso seria insuficiente. Deve-se, ao contrário, observar-se, para justificar a sanção imposta, a atitude interna jurídica corrompida do criminoso.

Como o criminoso é um ser inferiorizado e perigoso para a sociedade em que atua delituosamente, sua punição e segregação é plenamente justa, pois de fato representaria uma ameaça à comunidade, logo não pode ser tratado como um criminoso comum.

Na lição de Zaffaroni (2003), com o direito penal do autor surge o chamado tipo do autor, em que será criminalizada a personalidade e não apenas a conduta do agente. Sendo assim, pune-se o ladrão e não o furto, o assassino e não apenas o homicídio. O fato passa a ser apenas um início, um ponto de partida para se chegar ao que realmente importa, que é a punição de seu autor.

No direito penal do autor é permitido se punir de forma mais contundente indivíduos que por sua maneira de vida, por seu comportamento social, representam uma ameaça aos

padrões morais aceitáveis pela maioria dos cidadãos. Prostitutas, drogados, alcoólatras, jogadores inveterados e toda sorte de desajustados sociais podem ser segregados independentemente de terem ou não cometido um fato tipificado do diploma penal. Ou então se pode agravar consideravelmente uma pena levando-se em conta características pessoais do autor, como ser ou não reincidente, ser autor de delitos habituais ou permanentes, ou ainda com personalidade distorcida voltada para a prática de crimes.

À primeira vista parece completamente absurda a idéia de se punir alguém por sua personalidade, por ser o que é não pelo que fez. Porém, o direito penal do autor traz concepções que merecem reflexões e não críticas apressadas, pois ninguém está livre da vontade de ver um criminoso sofrendo todo tipo de punição quando se está diante de um fato criminoso na qualidade de vítima, ou, mesmo se assim não for, diante de fatos executados com extrema violência e crueldade, como no caso de criminosos que incendiaram sem nenhuma justificativa plausível passageiros de um ônibus sob o comando de traficantes condenados e trancafiados em um presídio, ou ainda quando um indivíduo com a maior frieza do mundo que pega uma arma e dispara sem motivo algum contra pessoas inocentes dentro de um cinema. Esses criminosos podem receber o mesmo tratamento do Direito Penal que outros? É possível recuperar criminosos que demonstram total desprezo pela vida de um ser humano?

1.1. DIREITO PENAL E CONTROLE SOCIAL

A existência do direito penal é de extrema importância para um bom desenvolvimento da sociedade. A existência de penas pré-estabelecidas é fundamental para o controle da sociedade, evitando-se que as pessoas saiam do caminho traçado pelas leis.

O objetivo principal do direito penal é justamente proteger aqueles valores tidos como mais importantes para o cotidiano de uma sociedade. Deste modo, criam-se leis que induzem o indivíduo a agir em conformidade com as regras traçadas pelo Estado.

Em estreita síntese, o direito penal atua primeiramente de forma preventiva, fazendo com que o indivíduo evite sair dos trilhos da lei por medo de ser punido por isso; posteriormente, caso haja essa transgressão da lei, o direito penal atua de maneira repressiva, fazendo com que o indivíduo não volte a delinquir, punindo-o exemplarmente.

Praticada uma infração penal, surge para o Estado o direito de punir (*ius puniendi*). Contudo, esse direito não pode ser exercido a qualquer custo, é preciso que se respeitem as

garantias fundamentais pertencentes a todos os cidadãos, mesmo aqueles que atuam de maneira contrária às regras impostas pelo Estado.

Assim, pode-se afirmar que o direito penal é uma forma de controle social, controle este que não pode, todavia, ser ilimitado, devendo ser devidamente regulamentado, principalmente pelo fato de consistir numa forma de invasão do Estado no direito de liberdade de cada indivíduo.

Ademais, vale destacar que a correta aplicação da sanção penal é de interesse de toda a sociedade, tanto dos "mocinhos" como dos "bandidos", pois o direito penal objetiva, precipuamente, manter o equilíbrio e a ordem social.

A atuação do sistema penal de controle social pressupõe prévia investigação que traga elementos de prova sobre os fatos praticados e os seus autores. Pressupõe um sistema acusatório que a pessoa possa saber a acusação que foi feita e ter a oportunidade de apresentar a sua defesa. E, por fim, um julgamento isento de valores morais, políticos e das paixões despertadas pelos fatos.

Esses pressupostos não impedem a efetiva aplicação da pena, mas, ao contrário, garantem a sua aplicação justa e adequada, afastando o arbítrio e a vontade daqueles que detenham o poder momentaneamente.

As demais formas de controle social devem ter os seus espaços respeitados e preservados. O julgamento político, moral ou social pode e deve ser feito livremente, de acordo com as características da sociedade, mas não pode afetar a atuação do Direito Penal.

Sistema de controle penal tem seu curso e tempo próprios, e assim deve ser, em um Estado que pretendemos Democrático e de Direito.

2. O PENSAMENTO DE JAKOBS

Basicamente Jakobs (2007) defende a tese de que deveriam coexistir dois tipos de Direito Penal. Um ramo desse direito seria destinado aos cidadãos comuns, que podem a qualquer momento se tornarem autores de um fato delituoso.

A esse ramo do Direito Penal seria garantida a aplicação de todos os princípios constitucionais, como o da culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, por exemplo, além de se observar os benefícios existentes em leis ordinárias como o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais. Entre esses benefícios, pode-se citar:

o direito à prescrição e à decadência, à liberdade provisória e condicional, à progressão de regime, ao sursis, à transação e à suspensão condicional do processo e à detração.

Porém, coexistindo com esse direito penal do fato, aplicado a todo cidadão comum, estaria o direito penal do autor, que seria destinado à punição muito mais severa de criminosos diferenciados, considerados inimigos da sociedade, que possuem, na visão de Jakobs (2007) uma personalidade voltada para prática delituosa, que seria uma "não-pessoa", uma fonte de perigo que precisa ser neutralizada.

Esse Direito Penal seria composto de normas muito mais severas, duras, sem algumas das garantias previstas tanto a nível constitucional, como na legislação infraconstitucional.

O penalista brasileiro Luis Greco (2008) é o doutrinador nacional que mais se dedica a explicar a obra de Jakobs. De acordo com a lição desse penalista, há que se destacar dois momentos do pensamento do jurista alemão.

O primeiro momento, que data de 1985, tem como destaque a apresentação do conceito de direito penal do autor. Nessa fase, o doutrinador de Bonn defendeu a tese de que, ao contrário de um cidadão comum, os criminosos perigosos e inimigos da sociedade organizada não dispõem de uma esfera privada imune ao Direito Penal, podendo ser fixados limites à criminalização de estágios prévios de lesão ao bem jurídico tutelado. Antes de se exteriorizar o perigo da ação delituosa, esses indivíduos já poderiam ser identificados, levando a uma prevenção, com a ressalva feita pelo autor de que isso só seria possível em caráter emergencial e em situações de exceção.

Como exemplo de uma situação recente no Brasil em que seria justificada, para Jakobs, essa primeira etapa de seu pensamento, pode-se citar os ataques orquestrados realizados por traficantes paulistas e cariocas há poucos anos.

O segundo momento do pensamento de Jakobs aconteceu mais recentemente com a defesa aberta e direta de que deveriam ser separados em dois ramos o Direito Penal, surgindo então ao lado do Direito Penal do fato, aplicado aos cidadãos comuns, e o direito de penal do autor, com o destaque de uma de suas espécies que seria o direito penal do inimigo.

Luis Greco, citando expressamente o pensamento de Jakobs, afirma que: "Quem não garante de modo suficientemente seguro que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tampouco tendo o estado o direito de tratá-lo como pessoa, pois doutro modo estaria violando o direito à segurança das outras pessoas". (GRECO, 2005, p. 81).

Um dos grandes inspiradores de Jakobs para a realização de sua obra é o filósofo Hobbs. Esse entendia que rebeldes e traidores do Estado não deveriam ser punidos pelo

Direito Civil, mas sim pelo direito natural, como inimigos desse Estado, não pelo direito de soberania ou de domínio, mas como se estivesse na trincheira inimiga, numa guerra.

Jakobs (2007) repete a antiga exigência de que o direito penal do cidadão e do inimigo sejam visivelmente separados, pois só assim se pode evitar que o direito penal do inimigo penetre no direito penal do cidadão. Mas agora Jakobs sublinha que a distinção serve apenas a fins descritivos, e não críticos.

Em seu estudo mais extenso, realiza Jakobs (2007) uma incursão à história da filosofia política iluminista, de Hobbes até Kant, apresenta diversas fundamentações para um tratamento diferenciado para cidadãos e inimigos, e em seguida formula a sua própria explicação.

A seu ver, normas são, em primeira linha, parâmetros de interpretação, que fazem do mundo da natureza um mundo de sentido ou de comunicação. É a norma que faz da causação de uma morte um homicídio, é ela que fundamenta a expectativa e a confiança de que tais fatos não serão cometidos pelos outros, possibilitando, assim, a orientação num mundo complexo, e é ela que faz de um sistema psico-físico uma pessoa, que pode ser autor ou vítima de um delito.

Tais atribuições não ocorrem no plano da natureza, e sim no da comunicação, não sendo, portanto, falsificáveis em razão de contingências relativas aos dados naturais ou fáticos – elas vigoram, portanto, também contra a natureza, contra os fatos: contrafaticamente.

Mas apesar desta estrita separação entre natureza e sentido, o plano do sentido não é tão independente do plano da natureza quanto se poderia à primeira vista imaginar. Se homicídios fossem cometidos repetidamente, em algum momento estaria afetada a confiança na vigência da proibição do homicídio, e o mesmo vale para a personalidade do autor.

Pessoa, em Jakobs (2007), é um termo técnico, que designa o portador de um papel, isto é, aquele em cujo comportamento se confia e se pode confiar. Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa. Inimigos são a rigor não-pessoas, lidar com eles não passa de neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem.

Características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade.

Quem não garante de modo suficientemente seguro que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, tampouco tendo o estado o direito de tratá-lo como pessoa, pois doutro modo estaria violando o direito à segurança das outras pessoas

É evidente que num primeiro momento o pensamento de Jakobs (2007), inspirado em Hobbs, assusta e choca, pois leva a enxergar outros seres humanos desprovidos de sua humanidade, quase como bestas-feras que precisam ser definitivamente segregados, trancafiados e punidos da forma mais severa possível, nem sempre pelo que fazem e quase sempre pelo que são.

2.1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO DIREITO PENAL DO AUTOR

A lei penal existe para criminalizar condutas. A função principal da criminalização de condutas pelo direito penal é a proteção de bens juridicamente tutelados. A lei penal somente existe para positivar aquilo que a norma penal considera como relevante partindo-se da premissa que qualquer ato atentatório àquele bem intencionado pela norma deveria ser punido como forma de proteger-se o bem juridicamente.

Os direitos fundamentais consistem em uma conquista da humanidade, que deve ser protegida, promovida e até melhorada pelo Estado. Seria um retrocesso a limitação de direitos fundamentais simplesmente com o objetivo de punir mais facilmente aqueles que violarem as leis. Agindo dessa forma, cria-se um verdadeiro estado de polícia que é incompatível com o estado de direito.

Vale lembrar que a função do direito penal não é punir, mas sim buscar o equilíbrio social através da justiça. O legítimo direito penal deve existir para tutelar e preservar os bens jurídicos mais importantes, e não para servir de instrumento de guerra. A partir do momento em que o Estado trata alguns criminosos como inimigos, passa a agir como verdadeiro terrorista.

Outra crítica que se deve fazer ao Direito Penal do Inimigo é o fato de adotar a teoria do direito penal do autor. Conforme já exposto neste trabalho, o direito penal do autor pune o indivíduo pelo o que ele é, e não pelo o que ele fez. Cria-se, assim, um Direito Penal discriminatório, racista e preconceituoso, uma vez que passa a tratar um cidadão possuidor de direitos como mero objeto e não como pessoa.

Ademais, o direito penal do autor atua de maneira tão repressiva que acaba punindo o agente pela simples cogitação do crime, ou seja, pune-se o mero pensamento. Assim, o direito penal passa a controlar, inclusive, tudo que se passa na cabeça das pessoas, o que fere vários princípios penais, como o da lesividade, da ofensividade e da materialização do fato.

Para Jakobs (2007), a lei penal existe para proteger não somente a norma, garantindo-lhe a vigência, não cogitando-se sobre a finalidade de proteção de bens jurídicos, relegando a lei penal não somente à proteção de sua própria vigência.

Com essa justificativa, Jakobs busca justificar a punição de atos preparatórios e meras cogitações, pois causam instabilidade quanto à vigência da norma que, após o início dos atos preparatórios, está prestes a ser atacada. Contudo, ao pensar-se sobre os bens juridicamente tutelados pelo direito penal, não se encontra adequação da teoria de Jakobs que justifique a punição de tais atos, pois os bens juridicamente tutelados de fato permanecem protegidos pelo direito penal ante a não exteriorização do fato.

O direito penal do inimigo ataca de forma excessiva a liberdade do cidadão, mesmo que não haja qualquer bem jurídico sendo atacado, tratando-se, ao que se acredita, de ato atentatório ao próprio Estado que, reconhecendo sua incapacidade em promover a pacificação social, extirpa os cidadãos que aparentemente lhe sejam prejudiciais apenas por suposições sem conteúdo fático.

O direito penal proposto por Jakobs precisa, para ser funcional, da eleição de um inimigo. Esse inimigo não precisa atacar a um bem juridicamente tutelado para que se veja coagido pelo direito penal, bastando para isto, não somente, que se enquadre nas categorias delimitadas como de alta periculosidade sem garantias cognitivas de obediência futura às normas, como bem ressalta Jakobs (2007).

A culpabilidade do agente não é ponderada pelo direito penal do inimigo. Basta que sua personalidade adeque-se ao padrão do inimigo, está eleito o autor como objeto do direito penal, e não como sujeito de direitos a ele subordinado.

Assim sendo, verifica-se que o intento precípua do direito penal do inimigo é neutralizar o agente fático ou potencialmente nocivo, independentemente de conduta ou bem jurídico a ser protegido, o que se acredita não ser justificável como forma de reintegração da norma supostamente violada, mesmo que subjetivamente.

Desta feita, reitera-se não haver sustentáculo suficiente na tese de Jakobs que justifique a punição exacerbada e a relativização de direitos e garantias individuais contra uma suposta proteção de uma norma que, ainda no campo hipotético-dedutivo, pode nem mesmo vir a ser violada.

3. O DIREITO PENAL DO AUTOR DIANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA CULPABILIDADE E DA LESIVIDADE

3.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade penal, fruto de uma gloriosa conquista da cultura humana ao longo da história, concretizou-se como algo imprescindível ao Estado Democrático de Direito, uma vez que consiste num dos principais entraves à intervenção do Estado na esfera da liberdade do indivíduo.

O ente estatal é o único detentor do *jus puniendi*, mas não poderá atuar de forma absoluta e arbitrária, pois a legalidade surge como um obstáculo a esse poder, determinando em que situações será legítima a ação repressiva.

Esse princípio proporciona ao indivíduo uma esfera de defesa de sua liberdade cuja garantia inaugural é o primado da lei. As ações humanas passíveis de reprovação penal que sujeitem o indivíduo a restrições à liberdade ou outras medidas de caráter repressivo devem estar previstas expressamente em lei vigente à época do fato e de cujo conteúdo tenha sido dado conhecimento público a todos quantos se achem sob jurisdição do Estado.

Para os críticos do direito penal do autor, esse ramo do direito fere frontalmente o princípio da legalidade, pois sua aplicação pressupõe que sejam punidos fatos antecedentes ao cometimento do próprio crime, e de acordo com o que dispõe o artigo 5º, XXXIX da CF/88, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. O Código Penal também privilegia esse princípio no seu artigo 1º.

3.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Um dos fundamentos do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana. No estado democrático de direito, todos os princípios que o regem devem se basear no respeito à pessoa humana, pois esta funciona como princípio estruturante, ou seja, representa o arcabouço político fundamental constitutivo do Estado e sobre o qual se assenta todo o ordenamento jurídico. Por isso, é considerado como princípio maior na interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional (Nunes, 2002).

Isso se reflete no Direito Penal, pois este trabalha diretamente com o *ius libertatis* dos cidadãos. Silva leciona que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (2002, p. 105). E, citando Gomes Canotilho e Vital Moréia, mostra que a dignidade humana, por ser um valor supremo, obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido

normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais; ou invocá-la para construir a teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da CF/88, dizem os críticos do direito penal do autor, é maculado quando se observa tal ramo do direito. Para o emérito professor Zafaroni (2008, p. 53/54): “O discurso do direito penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoa”, uma vez que o criminalizado é considerado um ser inferior, seja moral, seja mecanicamente, devendo, pois, ser censurado ou neutralizado.

3.3. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

A culpabilidade é sempre referida a um fato determinado, respeitando-se a autonomia de vontade do autor. No direito penal do fato, a culpabilidade constitui um juízo sobre a relação do autor para com o fato concretamente realizado, e não em função da forma de conduzir sua vida – de sua personalidade – ou dos perigos que no futuro se lhe esperam.

O princípio da culpabilidade possui três sentidos fundamentais, quais sejam: é um elemento integrante do conceito analítico de crime, sendo estudado após a tipicidade e a ilicitude; é um princípio medidor da pena, pois a pena não deve ultrapassar o marco fixado pela culpabilidade da respectiva conduta; e é princípio impedor da responsabilidade penal objetiva, ou seja, da responsabilidade penal sem culpa.

Esse princípio está ligado ao direito penal do fato, consagrado pelo constituinte brasileiro, não sendo possível, por esse motivo, punir o caráter ou o modo de ser de uma pessoa, pois no direito penal brasileiro não se julga a pessoa, mas exclusivamente os atos praticados por esta.

Para Zafaroni (2008) um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação. Até porque, para que fossem consequentes, os partidários do direito penal de autor deveriam

defender que é suficiente a atitude interna para se castigar o autor e não se ter que aguardar o cometimento do delito.

3.4. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Só há crime se a conduta expuser a perigo de lesão o bem jurídico penalmente tutelado. Se a conduta não provoca dano, não há perturbação da paz social. Portanto, o ordenamento jurídico penal moderno deve exigir perigo concreto por força da conduta. Sem se afetar um bem jurídico, não há por que criminalizar a conduta.

No direito penal moderno não há lugar para o crime de perigo abstrato. Esse princípio da lesividade vem ao lado dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. Um entendimento diverso implicaria um Direito Penal muito intervencionista. A jurisprudência não tem aceitado este princípio.

Necessário ainda trazer a preciosa conclusão de Nilo Batista acerca da referida função do princípio da lesividade, entendendo que o que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena, isto é, a constituição de um crime, a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais de autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida, etc).

Levada às últimas consequências, essa função do princípio da lesividade implica excluir do campo do direito penal as medidas de segurança, uma vez que, como acentua Zaffaroni (2003), um direito penal fundamentado na perigosidade é um direito penal de autor.

4. PRESENÇA DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Brasileira, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito, elegeu-a como paradigma. Logo, qualquer norma que desrespeite essa dignidade deve ser expurgada da ordem jurídica por flagrante inconstitucionalidade, de modo a garantir que todo o ordenamento jurídico penal e processual

penal seja guiado pelo respeito aos direitos e às garantias individuais. Impede-se, assim, a submissão dos indivíduos a qualquer espécie de arbítrio.

Nesse sentido, o direito penal do autor, que pretende punir o indivíduo antes que este realize qualquer conduta, simplesmente por não oferecer uma segurança cognitiva, fere claramente os princípios da proporcionalidade, da ofensividade e da presunção de inocência.

Ademais, a não observância do devido processo legal pode representar o desrespeito ao princípio da humanidade e da individualização das penas, na medida em que o inimigo, justamente por perder seu *status* de cidadão, poderia ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

Apesar de o ordenamento jurídico pátrio privilegiar, tanto na esfera constitucional como na legislação ordinária o direito penal do fato, há várias manifestações da presença desse ramo mais severo do direito penal.

4.1. DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

As circunstâncias judiciais são dados subjetivos ou objetivos que fazem parte do fato delituoso, agravando ou atenuando a penalidade, sem modificação de sua essência. O crime é um fato indissociável de suas particularidades que o alteram. Assim, as circunstâncias judiciais são elementos que se agregam ao delito, sem alterá-lo substancialmente, embora produzam efeitos e consequências relevantes.

Os elementos dispostos no artigo 59 do Código Penal recebem essa denominação, porque a lei penal não as define, ao contrário, deixa a cargo do juiz a prerrogativa de identificá-la no bojo dos autos e mensurá-las no caso concreto. Esse artigo 59 do Código Penal é um destacado refugio do direito penal do autor em nosso ordenamento jurídico. Várias circunstâncias judiciais estão intimamente ligadas ao criminoso e não a sua conduta.

4.1.1. DOS MAUS ANTECEDENTES

Antecedentes são os precedentes judiciais (técnicos ou jurídicos) que antecedem à prática do fato criminoso. Todas as críticas que foram dirigidas à reincidência são pertinentes

à questão dos antecedentes criminais, já que a “natureza dos antecedentes guarda estreita sintonia com a da reincidência.

Diferentemente da reincidência, no entanto, os maus antecedentes são cunhados ainda pela característica da perpetuidade, pois para eles inexistente limitação temporal para que sejam considerados pelo magistrado, o que torna essa circunstância judicial ainda mais injusta e cruel, pois o estigma da condenação criminal não pode ser perene, a perpetuidade é contrária ao princípio da dignidade da pessoa e da humanidade das penas.

O artigo 61, I, do Código Penal determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. Logo, o estigma da sanção criminal não é perene, limita-se no tempo.

Transcorrido o tempo referido, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. Conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e manter a circunstância judicial.

A eliminação de ditas normas constitutivas teria a vantagem de eliminar os antecedentes penais, que se tornariam desnecessários, com o que desapareceria a consagração legal da estigmatização.

4.1.2 DA CONDUTA SOCIAL

A conduta social do agente, prevista no art. 59 do Código Penal como uma das variáveis subjetivas que podem influir na determinação do grau de censura, ampara-se numa culpabilidade de caráter, e por isso macula o princípio de culpabilidade, que impõe um direito penal do fato.

A conduta social, fator autônomo de determinação da pena que não pode ser confundido com os antecedentes, reflete a maneira de viver e de relacionar-se em sociedade, ou seja, reflete o caráter da pessoa. Pode acontecer, inclusive, que alguém tenha péssimos antecedentes criminais, mas, por outro lado, seja uma pessoa voltada à caridade, com comportamentos filantrópicos e sociais invejáveis. Com a sua consideração, deixa-se de focar o fato para se perquirir acerca do sujeito agente dele.

Se no juízo de culpabilidade já existe uma tendência em subverter o direito penal do fato em prol de um direito penal do autor, quando da avaliação dos antecedentes e da conduta social essa opção fica nítida.

4.1.3. DA PERSONALIDADE DO AGENTE

A personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências, como a psicologia, a psiquiatria e a antropologia, e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do indivíduo.

A personalidade do homem integra-se não só com caracteres adquiridos mediante vivência ou condutas anteriores, mas também com elementos herdados, isto é, com elementos que provêm de uma carga genética recebida. Assim, uma censura da personalidade implicaria uma reprovação daquilo que herdamos geneticamente, vale dizer, redundaria na reprovação de algo que é absolutamente estranho à conduta do sujeito.

O fundamental para se reprovar uma conduta é que o autor tenha conhecido o injusto do fato e podido decidir-se conforme ao Direito numa determinada situação concreta, sem qualquer consideração acerca de sua conduta de vida ou caráter. O Direito Penal é indiferente à formação da personalidade ou ao caráter do autor, para o fim de caracterizar sua conduta como criminosa.

A culpabilidade deve basear-se no fato antijurídico, atribuído pessoalmente ao autor, onde assume relevância o critério regulador da exigibilidade de uma conduta adequada à norma.

Na valoração da pena adequada à culpabilidade, deve ser descartado todo e qualquer fator que diga respeito à personalidade do autor. Devem eliminar-se os momentos referidos à personalidade (a vida do autor anterior ao fato e as penas sofridas, a periculosidade, o caráter). Só assim será possível aventar uma *pura* culpabilidade pelo fato.

4.2. DA REINCIDÊNCIA

O Código Penal, em seu artigo 63, dispõe sobre a circunstância agravante da reincidência, definindo-a nos seguintes termos: "Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior."

A Lei das contravenções penais traz sua própria regra no que diz respeito à reincidência, dizendo em seu artigo 7º: "Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção".

Na doutrina, há quem estime que a exacerbação da pena se justifique porque o reincidente demonstra que a sanção anteriormente recebida foi insuficiente para intimidá-lo e recuperá-lo, havendo, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reitera na prática criminosa.

Para outro setor, no entanto, a reincidência é incompatível com o modelo garantista proposto pela Carta Magna de 1988, fundado num direito penal democrático e humanitário, seja porque ela impõe tomar em consideração a infração anterior no juízo de censura penal e com isso uma culpabilidade pela condução de vida, seja porque o próprio Estado a propicia por meio de um sistema penitenciário desumano e marginalizador

É uma manifestação clara do direito penal do autor, pois pune o agente por seu passado, pelos seus atos pretéritos. A reincidência induz a uma segregação, porque os que contraíram a mácula da reincidência acabam por constituir um restrito agrupamento de pessoas que diferem dos demais membros da sociedade, refutados pela sua marca.

Logo, esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo a evidência, incompatível com o estado democrático de direito, mormente pelo seu componente estigmatizante, que divide os indivíduos em aqueles que aprenderam a conviver em sociedade e aqueles que não aprenderam e insistem em continuar delinquindo.

4.3. DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS DA VADIAGEM E DA MENDICÂNCIA

A vadiagem e a mendicância são tipos penais que não são recentes, tendo em vista que eram previstos no Código Criminal do Império de 1930. Hoje em dia, apenas permanece a contravenção penal de vadiagem em nosso ordenamento jurídico, tendo sido a contravenção

de mendicância revogada pela Lei 11.983/09. Porém, por seu valor histórico será analisada juntamente com a vadiagem.

As contravenções penais em discussão eram previstas nos artigos 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais, permanecendo a de vadiagem, conforme reprodução abaixo:

VADIAGEM

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 a própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

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

MENDICÂNCIA

Art. 60 - Mendigar, por ociosidade ou cupidez:

Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

Parágrafo único - Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada:

- a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento;
- b) mediante simulação de moléstia ou deformidade;
- c) em companhia de alienado ou de menor de 18 (dezoito) anos.

Em boa hora foi revogada a contravenção penal da mendicância, que sempre foi uma presença do direito penal do autor no ordenamento jurídico brasileiro. Punia-se um pobre por ser pobre e não por algo que tenha feito, por uma conduta contrária ao direito, e sim pela ociosidade, ou seja, falta de trabalho.

Há tempos já não tinha sentido algum a presença de uma infração penal para a prática da mendicância, especialmente considerando a realidade de extrema pobreza de boa parcela da população brasileira. Na maioria das vezes, era mesmo inexigível conduta diversa das pessoas que vivem nas mais precárias condições de habitação, vestimenta, higiene e alimentação.

Com relação à contravenção de vadiagem, ainda presente na Lei das Contravenções Penais, é interessante para esse estudo reproduzir o conceito inserido em uma sentença do Magistrado Moacir Danilo Rodrigues da 5ª Vara Criminal de Porto Alegre, que, apesar de ter sido pronunciada em 27 de setembro de 1979, é tão recente quanto qualquer outra, tendo em vista que descreve quem são os únicos atingidos por essa injusta contravenção penal.

De acordo com o entendimento desse juiz (1979), a vadiagem é uma norma legal draconiana, injusta e parcial destinada apenas ao pobre, ao miserável, ao farrapo humano curtido vencido pela vida. O pau-de-arara do Nordeste, o bóia-fria do Sul. O filho do pobre, que pobre é, sujeito está à penalização. O filho do rico, que rico é, não precisa trabalhar, porque tem renda paterna para lhe assegurar os meios de subsistência.

Pelo exposto, pode-se concluir que a revogação dos artigos em discussão era e ainda é, em relação ao artigo 59, absolutamente necessária. Um país que tem como valor fundamental a dignidade da pessoa humana e que tem milhões de cidadãos sofrendo os efeitos marginalizantes do desemprego não pode punir uma pessoa por vadiagem tendo em vista a impossibilidade de se saber se o sujeito se entrega habitualmente à ociosidade porque não tem interesse em trabalhar ou se é mais uma das vítimas do desemprego.

No mesmo sentido, não era justo punir alguém por mendigar, pois os altos índices de desemprego impelem muitas pessoas à mendicância; e também, porque, caso o sujeito esteja realizando esse ato no estado de necessidade, não há contravenção em razão da existência de uma causa de exclusão de ilicitude, conforme artigo 24 do Código Penal.

4.4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI ANTIDROGAS (Lei 11.343/06)

Como legítima representante do direito penal do autor na legislação pátria, a lei antidrogas pune severamente o autor, independentemente da conduta, haja vista os dezoito verbos nucleares do tipo.

A falta de uma adequação real da conduta no crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas não permite uma gradação na escala hierárquica do tráfico, fazendo com que o

pequeno comerciante de drogas, que vende 5 cigarros de maconha por dia, seja punido com o mesmo rigor dispensado ao narcotraficante preso em flagrante com uma carga de 2 toneladas da mesma droga.

A lei antidrogas, no parágrafo quarto de seu artigo 33, delimita causas de diminuição de pena que variam de 1/6 até 2/3 da pena, caso o denunciado seja primário e não pertencente a organização criminosa. Todavia, a aplicação prática dessa causa de diminuição de pena cabe ao livre arbítrio do julgador, sendo que é crescente o movimento punitivista, principalmente na Justiça de primeira instância, o que tem gerado uma punição exacerbada e a extirpação do direito do denunciado à aplicação da diminuição da pena, por inúmeras vezes, sequer com uma justificativa.

Ainda, há que se ressaltar que os inimigos eleitos pela Justiça não são somente traficantes, devendo ainda tratar-se de pessoas carentes, de preferência residentes em subúrbios e comunidades de baixa renda, presos invariavelmente com pequenas quantidades de drogas (abaixo de 100 gramas).

A Justiça criminal, ultima *ratio* em um estado democrático de direito conforme demonstrado, vem reiteradas vezes perseguindo o inimigo eleito (traficante), aplicando-se o direito penal do autor desde o momento em que não permite que ele responda o processo em liberdade, condenando-o a penas desproporcionais em relação à conduta e ao bem jurídico tutelado e, ainda, presumindo a periculosidade do agente como forma de negar-lhe benefícios positivados na legislação repressiva.

A legislação antidrogas é mais um exemplo ilustrativo adotado no presente artigo para demonstrar a propagação do direito penal do autor no Brasil, não somente nas legislações punitivistas elaboradas pelo legislador ordinário, como, inclusive, nos entendimentos emanados da própria Justiça. Todavia, entende-se existirem ainda inúmeras outras legislações em nosso país com cunho de direito penal do autor, como a lei dos crimes hediondos, lei Maria da Penha, estatuto do desarmamento, entre outros.

4.5. A POSSÍVEL OU IMPOSSÍVEL COMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apesar das severas críticas feitas pela doutrina em geral, também é possível observar alguns pontos positivos na teoria do direito penal do inimigo. Dessa forma, a aplicação moderada desta teoria poderia, em tese, se compatibilizar com um estado de direito.

Atualmente, já se pode encontrar no ordenamento jurídico brasileiro alguns exemplos da teoria em debate. Legislações de terceira velocidade do direito penal acabam limitando algumas garantias do delinqüente e possibilitando uma maior eficiência na aplicação da lei penal. São exemplos de leis nesse sentido: lei do abate de aviões (Lei 9614/98), lei de crimes hediondos (Lei 8072/90), lei contra as organizações criminosas (Lei 9034/95) e também o instituto do regime disciplinar diferenciado (RDD) previsto na lei de execução penal.

A grande questão é saber se trabalhar apenas com as prevenções técnicas é o bastante para enfrentar, de forma adequada, a criminalidade organizada, ou se é preciso e legítimo, ao lado desse tipo de prevenção, que deve sempre ser estimulado sem dúvida alguma, trabalhar-se também com a prevenção normativa, não em termos rotulares, destinando-a somente ao inimigo, mas em termos gerais, de forma racional e sem afastar-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tanto no que concerne ao tão criticado, porém às vezes necessário, endurecimento penal, como no que concerne à suposta flexibilização das garantias processuais.

Assim, certo de que nenhum direito é absoluto, também é preciso que se flexibilizem algumas garantias daqueles criminosos que oferecem um maior perigo para a sociedade.

Cada criminoso deve ser reprimido de acordo com a sua condição; não se pode tratar um ladrão de galinhas da mesma forma que um terrorista. É impossível reprimir organizações criminosas altamente qualificadas sem que se faça uso de medidas extraordinárias; a atuação da justiça deve se adequar à atuação dos criminosos.

5. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.1. POSICIONAMENTO DO STF.

O Supremo Tribunal Federal tem tido, ao longo de sua história, várias decisões no sentido de repugnar a aplicação do direito penal do autor e de uma de suas espécies, que é o direito penal do inimigo, no ordenamento jurídico brasileiro. Recentemente, confirmando seu posicionamento histórico, o STF editou a súmula vinculante nº 11.

Segundo essa súmula, "só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

A súmula vinculante nº 11 do STF nasceu com base na repugnância ao direito penal do inimigo, pois, para alguns, algemarem um criminoso seria uma ofensa ao princípio da presunção de inocência. É evidente que há casos em que é essencial o uso cautelar das algemas. Do contrário, seria colocar em risco a segurança dos agentes policiais, da população e até do próprio criminoso.

O uso de algemas no Brasil ainda continua sendo um assunto tormentoso por falta de uma mais ampla e adequada disciplina jurídica. O art. 199 da Lei de Execução Penal sinalizou com seu regramento (art. 199: "O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal"), mas até hoje não se tem esse decreto federal.

Na decisão proferida no julgamento do HC 85531/SP, em 22 de março de 2005, esse Tribunal Superior entendeu que o discurso judicial, que se apóia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime - e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do direito penal simbólico ou, até mesmo, do direito penal do inimigo - culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas.

5.2. POSICIONAMENTO DO STJ.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo na mesma toada, seguido pelo STF, limitando o quanto possível a inserção do direito penal do autor em decisões jurisdicionais, por serem contrários aos princípios constitucionais e da legislação federal.

O Presidente do STJ, no julgamento do HC 111.111, garantiu não só o direito do preso de comunicação reservada com o seu advogado, como também a impossibilidade de ser submetido ao uso de algemas, quando da sua chegada ao Brasil.

No julgamento de um caso emblemático (HC96929), a Ministra Jane Silva, da Sexta Turma do STJ, concedeu habeas-corpus a um condenado, um homem que furtou um boné no valor de R\$ 50,00 e acabou condenado a um ano e seis meses de reclusão pela Justiça do Mato Grosso do Sul. Após a condenação pelo crime de furto simples, a defesa apelou ao Tribunal de Justiça estadual, que manteve a pena, levando em conta os maus antecedentes e a reincidência. Um habeas-corpus foi, então, apresentado pela defesa ao STJ, sob a alegação de que o condenado faria jus à absolvição, em razão da insignificância de sua conduta. O boné foi restituído à vítima.

Citando precedente do ministro do STJ Felix Fischer (REsp 827.960), a relatora ressaltou que a punição deve ter relação com o valor da conduta e com a lesão sofrida pela vítima. Tanto para a relatora Jane Silva, quanto para o ministro Fischer, o uso de dados pessoais seria aplicação inaceitável do que se chama direito penal do autor, e não do ato, em que a decisão não está voltada ao fato, mas à pessoa (pelo que ela é).

A relatora Jane Silva ainda complementou o entendimento, concluindo que não é finalidade do Estado encher cadeias por condutas sem maior significância, que não colocariam em risco a sociedade. Esses presos, para a desembargadora, em contato com criminosos mais perigosos, revoltados, passariam a se aperfeiçoar no crime, o que faria com que retornassem constantemente à cadeia.

5.3. POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Nas poucas decisões encontradas em que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro expressamente se refere ao direito penal do autor, ou do inimigo, destaca-se o julgamento da apelação criminal 0052721-53.2002.8.19.0001 (2003.050.00485), com relatoria do Desembargador Álvaro Mayrink da Costa, que apresentou a seguinte ementa: “O mero porte de arma. A vedação à presunção de culpa. A garantia constitucional do *ne bis in idem*. As limitações ao *ius puniendi* do Estado. O direito penal do inimigo. Réu primário, menor imputável e de bons antecedentes. Aplicação da medida penal do *sursis*”.

Nesse julgamento, a 3ª Câmara Criminal decidiu que o direito de punir do Estado tem claros limites inscritos na Constituição da República que formam o modelo garantista no estado democrático de direito. Sendo assim, o juiz penal não pode olvidar o *ne bis in idem* e o

in dúbio pro reo, que vedam a corrente reacionária do denominado Direito Penal do inimigo, num claro posicionamento contrário a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

É inadmissível em um ordenamento inspirado nos princípios garantistas de um estado social de direito, que privilegiam a exaltação de momentos de autonomia e dignidade da pessoa e que encontram expressão, no que concerne à função da intervenção penal, na satisfação de autênticas instâncias de integração social, reconhecer em alguns casos aplicação do direito penal autor.

A moderna doutrina tem colocado em evidência que como corolário lógico do princípio de culpabilidade emerge o direito penal do ato ou fato, o qual proclama que ninguém é culpado de forma geral, mas somente em relação a um determinado fato ilícito.

O Direito Penal de ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) ao qual se lhe pode reprovar e, portanto, retribuir-lhe o mal na medida da culpabilidade, da autonomia de vontade com que atuou.

Refere-se, inclusive, ao princípio do fato, o qual pode ser violado por meio de duas formas: pela incriminação direta de atitudes internas ou pela punição de fatos carentes de lesividade, utilizados como sintoma de ânimo.

Um direito penal constitucional é única e exclusivamente o direito penal do fato, pois o homem somente deve responder penalmente pelo que fez, e não pelo que é; a criminalização deve recair sobre o “fazer” e não o “ser” da pessoa. Necessário ainda reforçar que qualquer pretensão de um direito penal do autor é contrária à Constituição Federal, bem como aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos subscritos pelo Brasil. Desse modo, jamais há de se admitir o abjeto direito penal do autor, que se apresenta na verdade como conteúdo de direito penal do inimigo.

O Direito Penal tem o papel fundamental de garantidor dos direitos fundamentais, frente a atos arbitrários, realizáveis pelo Estado ou pelo indivíduo, cabendo-lhe criar os limites de intervenção penal e processual penal, assim como os direitos individuais tanto da vítima, como do réu.

Retirar-lhe essa qualidade, por meio de qualquer proposta, representaria, na verdade, o abandono à sociedade frente ao poder arbitrário do Governo, fator que lhe facilitaria atuação

de forma abusiva ou injusta, fomentando a formação de Estado totalitários e anti-democráticos. Ora, e ainda que Jakobs não tenha proposto o surgimento de Estados totalitários, não dá para se garantir que a sua teoria será garantida na prática.

Após ponderada análise sobre o tema que abrange o Direito Penal clássico e sua ampliação, tem-se que a proposta de Jakobs não coaduna com os Direitos Humanos constitucionalmente preservados e isso, por enquanto, é suficiente para que esse sistema penal não tenha aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro.

A aplicação do direito penal do autor de forma ilegítima, como tem ocorrido, constitui de uma afronta aos direitos humanos, uma ameaça às garantias conquistadas durante séculos dentro do instituto penal, com um retrocesso ao estado de medo social e de instabilidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 9.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v.1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

GRECO, Luís. *Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo*. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e críticas*. Org e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUNES, Rizzatto. *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v.1. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.