

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

FELIPE BRENE PORCEL PINTO

A RELATIVIZAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS
CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

MARÍLIA
2018

FELIPE B. P. PINTO

A RELATIVIZAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS
CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito, pela Fundação de
Ensino “Eurípides Soares da Rocha”,
mantenedora do Centro Universitário Eurípides
de Marília – UNIVEM.

Orientador: Prof. Ms. GILSON CÉSAR
AUGUSTO DA SILVA

MARÍLIA
2018

AGRADECIMENTOS

Certamente o mais trabalhoso fragmento deste trabalho, uma vez que são muitos aos que sou grato.

De antemão, agradeço às instituições e pessoas que me acolheram profissionalmente.

Ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, maior corte da América Latina, órgão em que tive a honra de pertencer desde muito jovem, iniciando a vida jurídica na saudosa 4ª Vara Cível de Marília. Doutor Valdeci, grande mestre e valoroso magistrado que sempre buscou, por meio da disciplina e do exemplo, me ensinar o peso da toga e a retidão que este nobre ofício exige, te agradeço imensamente por todo o conhecimento adquirido. Aos amigos servidores da 4ª Vara Cível, agradeço pela paciência e pelos ensinamentos que sempre dispensaram a mim.

Ao Ministério Público de São Paulo, instituição que aprendi a amar e que, de seu modo, faz com que seus estagiários sintam a enorme responsabilidade de ter seu nome logo abaixo do Promotor de Justiça em suas manifestações. Jean, você é um ser iluminado, com a capacidade de curar corações ansiosos pelo futuro como o meu, me fez entender que eu devo aprender a cair antes de aprender a ficar de pé, obrigado por tudo. Doutor Ezequiel, exemplo de humildade, obrigado pela confiança no meu trabalho, foi uma honra trabalhar com você. Agradeço a 6ª Promotoria de Justiça pela oportunidade de ter contribuído, mesmo que em ínfima escala, para uma sociedade mais justa.

Aos ilustres Doutores Manuel e Ricardo, agradeço imensamente por me acolherem no escritório, obrigado por me mostrarem a árdua e nobre profissão de advogado, com vocês, minha formação está completa.

Agora, aos mestres.

Professor Gilson, agradeço a oportunidade de me orientar neste trabalho, sua didática é fantástica, me lembro até hoje das suas aulas e tenho certeza que não irei esquecê-las.

Aos demais professores, que as próximas gerações tenham a sorte de tê-los como mestres.

Por fim, a vocês, familiares e amigos.

Pai, você será sempre o meu herói, tenho orgulho em ser seu filho. Um abraço aonde estiver, Sargento Porcel.

Mãe, agradeço pelas surras, pois foram um óbice para que eu não adentrasse no mundo dos prazeres momentâneos e das aventuras inconsequentes. Vi vários amigos de infância

sucumbirem ao vício das drogas e ao mundo do crime, que, graças a você, eu me mantive sempre distante.

Vó, agora, depois de adulto, entendi o real significado das batidas na porta do quarto às 06h00 da manhã gritando “acorda, vagabundo!”. O trabalho, depois da família, é o que temos de mais importante em nossas vidas. Você é um anjo que foi enviado a mim. Nunca me senti merecedor de tamanha proteção. Te amarei para sempre.

Tia Patrícia, mesmo nas minhas memórias mais distantes, você sempre esteve lá. Soube ignorar com sabedoria os meus momentos de arrogância. Seu carinho é algo inexplicável e maior que qualquer defeito meu. Conhecedora das dificuldades que esta carreira impõe, mas sempre compreensiva nos meus fracassos. Nunca deixou de me apoiar. Obrigado por tudo.

Tio Pedro, sempre se expressou pouco, nunca foi de demonstrar muitas emoções. Você sempre será a minha referência, um grande homem que tive o privilégio de ter como tio, mas com coração de pai. Agradeço pelas lições de vida, por mostrar quais caminhos não seguir, e acreditar no meu potencial. Obrigado.

Tio Neno, nunca passou perto de uma sala de faculdade, mas é formado pela universidade da vida, fez mestrado em honestidade e doutorado em perdão, titulações raríssimas atualmente. Queria eu ter nascido com um décimo da sua capacidade de perdoar as pessoas e de levar a vida de uma forma tão leve. Você é o maior exemplo de que a faculdade não molda o caráter do homem, mas a vida e a família sim. Obrigado, Nenão!

Aos grandes amigos Silas, Leandro, Victor, Roger, Pig: Sempre juntos, rapaziada. Que nunca falte cerveja nos nossos copos e que nossas mulheres nunca fiquem viúvas!

Por último, mas não menos importante: Mariana. Obrigado por ter suportado tudo comigo até agora, sempre disposta a ouvir as minhas revoltas contra a injustiça e aceitar perder os momentos de diversão por conta dos estudos. Você é um exemplo de mulher e eu vou estar sempre aqui para te dar força quando a vida tentar te derrubar. Eu te amo.

RESUMO

O Direito Penal do Inimigo se trata de um conceito introduzido por Günther Jakobs em 1985, sendo uma vertente do direito penal máximo, conhecido por ser rígido e polêmico, porém aqui, será tratado e analisado juntamente com outros institutos e também com a realidade em que vivemos. A pesquisa se justifica ao passo que o Brasil enfrenta graves problemas no tocante aos crimes contra a administração pública, considerando que a gigantesca quantidade de valores desviados ou utilizados indevidamente dos cofres públicos, traz irreparáveis prejuízos à nação, de modo que os recursos utilizados indevidamente poderiam ser melhor aproveitados para o desenvolvimento econômico-social. O problema pode ser exposto como: É possível relativizar a teoria do Direito Penal do Inimigo para aplica-la nos crimes contra a administração pública previstos no Código Penal Brasileiro? Em caso afirmativo, há algum tipo de afronta ao Estado Democrático de Direito ou aos Direitos e Garantias individuais? Como Objetivo Geral propõe-se verificar se o Direito Penal do Inimigo relativizado se aplica aos crimes contra a administração pública. Já os Objetivos Específicos: questionar se o Direito Penal do Inimigo afronta o Estado Democrático de direito se for relativizado, comparar os efeitos dos crimes contra a administração pública com os efeitos dos crimes contra a humanidade e verificar a compatibilidade do direito penal do inimigo com institutos jurídicos internacionais diversos. Os resultados encontrados foram que o Brasil está cada vez mais baixo nos índices de percepção da corrupção e o Direito Penal do Inimigo pode ser um freio para tal fato.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Penal do Inimigo; Crimes; Administração Pública.

ABSTRACT

The Criminal Law of the Enemy is a concept introduced by Günther Jakobs in 1985, being a branch of maximum criminal law, known as rigid and controversial, but here it will be treated and analyzed together with other institutes and also with the reality in which we live. The research is justified while Brazil faces serious problems with regard to crimes against public administration, considering that the huge amount of values misappropriated or used improperly of the public coffers, brings irreparable damages to the nation, so that the resources used improperly could be better used for economic and social development. The problem can be explained as: Is it possible to relativize the theory of the Criminal Law of the Enemy to apply it in crimes against the public administration provided for in the Brazilian Penal Code? If so, is there any kind of affront to the Democratic State of Law or individual Rights and Guarantees? As a General Objective, it is proposed to verify whether the relativized Criminal Law of the Enemy applies to crimes against public administration. Specific Objectives: to question whether the Enemy's Criminal Law defies the Democratic State of Law if it is relativized, to compare the effects of crimes against public administration with the effects of crimes against humanity and to verify the compatibility of the criminal law of the enemy with institutes ments. The results found were that Brazil is increasingly low in the perception of corruption and the Criminal Law of the Enemy can be a brake to that fact.

Keywords: Criminal Law; Criminal Law of the Enemy; Crimes; Public administration.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2. METODOLOGIA	10
3. ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL	11
3.1. DIREITO PENAL EM OUTRAS CULTURAS	11
3.2. A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL NO BRASIL	16
4. OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
4.1 DOS CRIMES EM ESPÉCIE	19
4.2. ESTATÍSTICAS ACERCA DOS CRIMES CONTRA A ADMINSTRAÇÃO PÚBLICA	22
5. AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL SEGUNDO SILVA SANCHES COM FOCO NA TERCEIRA VELOCIDADE	28
6. CONCEITO DE INIMIGO, ORIGEM, FUNDAMENTOS, CARACTERÍSTICAS E CORRELAÇÕES	30
6.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO DO MUNDO	34
6.2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	36
7. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) – Artigo 52 da Lei de Execução Penal	38
8. APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ALTERNATIVA A SER CONSIDERADA?	40
9. CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

Na era moderna, Günther Jakobs aborda a questão da proteção da norma para manter a paz social, baseando sua teoria nas teorias de sistemas de Niklas Luhmann, e nos contratualistas Thomas Hobbes, Immanuel Kant e Jean-Jacques Rousseau e adota como a função do direito penal a teoria de George Wilhelm Friedrich Hegel, que aponta a ordem jurídica como manifestação da vontade geral.

Na época pós regime totalitário no Brasil, após a abertura política que deu ensejo à elaboração da Constituição Federal de 1988, o constituinte preocupou-se justificadamente em preservar e ampliar os direitos e garantias fundamentais e os direitos humanos, sendo instrumentos para afastar eventual arbitrariedade estatal, porém, no panorama atual, temos que há exacerbada flexibilização dos direitos humanos, a ponto de a própria sociedade se revoltar e reconhecer a “blindagem humanitária” de certos indivíduos, causando assim, um efeito completamente adverso ao pretendido pela norma.

Atualmente, qualquer tentativa de supressão ou relativização dos direitos e garantias fundamentais é vista como afronta ao Estado Democrático de Direito, dando ensejo ao retrocesso social. Porém, como veremos adiante, se faz necessária a manutenção de certas normas de direito material e processual para reduzir os danos causados por indivíduos que cometem crimes contra a administração pública.

A pesquisa se justifica ao passo que o Brasil enfrenta graves problemas no tocante aos crimes contra a administração pública, considerando que a gigantesca quantidade de valores desviados ou utilizados indevidamente dos cofres públicos, traz irreparáveis prejuízos à nação, de modo que os recursos utilizados indevidamente poderiam ser melhor aproveitados para o desenvolvimento econômico-social.

O objeto a ser tratado, é a teoria do Direito Penal do Inimigo. Com relação a esse objeto, existem autores e trabalhos que servirão de base para a construção do referencial teórico do projeto.

Não existe muita literatura referente ao tema, visto que se trata de uma teoria extremamente peculiar e para a maioria dos estudiosos de Direito Penal totalmente incabível e inaplicável.

Desta forma, propõe-se a apresentação do seguinte problema: É possível relativizar a teoria do Direito Penal do Inimigo para aplica-la nos crimes contra a administração pública previstos no Código Penal Brasileiro? Em caso afirmativo, há algum tipo de afronta ao Estado Democrático de Direito ou aos Direitos e Garantias individuais?

Partindo disso, foram levantados os seguintes objetivos:

Objetivo Geral: Verificar se o Direito Penal do Inimigo relativizado se aplica aos crimes contra a administração pública.

Objetivos Específicos:

- Questionar se o Direito Penal do Inimigo afronta o Estado Democrático de direito se for relativizado.
- Comparar os efeitos dos crimes contra a administração pública com os efeitos dos crimes contra a humanidade.
- Verificar a compatibilidade do direito penal do inimigo com institutos jurídicos internacionais diversos.

Com os objetivos postos, e o problema evidenciado, algumas hipóteses também foram levantadas, sendo elas:

1. Demonstrar que relativizando a teoria do Direito Penal do Inimigo é possível aplica-la nas normas penais, especialmente os crimes contra a Administração Pública.
2. Pode se tratar de uma ferramenta para prevenção de cometimento dos crimes contra a Administração Pública, tendo em vista a maior rigidez da norma em relação aos seus transgressores.
3. Auxiliar na aplicação correta dos recursos públicos, evitando desvios de valores e outras práticas ilícitas.
4. Pesquisa idealizada por acreditar na escassez de literatura específica sobre o tema, considerando que tal teoria integra a criminologia, matéria de estudo mais ampla da esfera penal.
5. Buscar provar que a gravidade no cometimento dos crimes contra a administração pública são tão graves quanto os crimes contra a humanidade.

Assim, o trabalho foi construído iniciando com a presente introdução, passando para o capítulo seguinte, o de Metodologia, onde se explica as etapas da pesquisa.

Em seguida, passa-se à contextualização histórica, desde os mais remotos e primitivos diplomas de matéria penal, passando por diversos países e suas diferentes formas de tratar a matéria criminal.

Também é abordado o Direito Penal brasileiro, iniciando pelo período colonial, império, até a chegada da República.

No capítulo 4 foram apontados os crimes contra a administração pública em espécie, descrevendo as condutas criminosas e as penas a elas relacionada.

Estatísticas lastimáveis sobre o sistema carcerário, assim como a percepção da corrupção no país ilustram de forma didática a real situação da nação.

Nos próximos capítulos, o tema se aprofunda na classificação das velocidades do Direito Penal segundo Silva Sanchez, bem como o Direito Penal do Inimigo propriamente dito, sua presença no mundo atual e na legislação brasileira.

Por último, cogita-se a aplicação de algumas modificações na legislação na tentativa de coibir a prática de crimes contra a administração pública.

2. METODOLOGIA

A presente pesquisa se trata de um estudo exploratório bibliográfico com a técnica de observação histórica pois fornece resultados qualitativos que irão permitir avaliar se a teoria e os conceitos podem ser aplicados no problema.

Para o levantamento bibliográfico, foram consultadas as bases de dados Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)¹, Scientific Eletronic Library Online (SciELO)², Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI)³ e Google Scholar⁴, com a intenção de recuperar artigos, livros e pesquisas acerca do tema exposto.

Uma pesquisa, em específico, foi utilizada como base para o presente trabalho, se tratando do Trabalho de Conclusão de Curso de Juliane Helena Pilla (2012), um dos únicos encontrados sobre o tema, e que serviu de grande apoio referencial para o trabalho.

Sabendo que a teoria do Direito Penal do Inimigo se trata de uma das várias teorias de direito penal máximo, baseada na proteção da norma para o controle da criminalidade e a consequente manutenção da paz social, buscou-se questionar se o Direito Penal do Inimigo afronta o Estado Democrático de direito se for relativizado, tendo em vista os casos crescentes nos últimos anos de crimes cometidos por funcionários públicos no Brasil.

Com tudo exposto, teve-se a intenção de verificar o impacto de uma eventual mudança nas normas penais relativizadas.

¹ <http://www.capes.gov.br/>

² <http://www.scielo.org/php/index.php>

³ <https://www.conpedi.org.br/>

⁴ <https://scholar.google.com.br/>

3. ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL

Para que a pesquisa tenha uma base metodológica concreta é preciso apontar os aspectos gerais e históricos deste ramo do Direito. Ao contrário do que a grande massa social pensa, a punição, por si só, não é o único objetivo da esfera penal. Atualmente, busca-se a manutenção da paz social para a consequente garantia das condições da vida em sociedade.

Após maciços estudos, a doutrina esclareceu que houve uma progressão sistêmica do Direito Penal, separando-o em três principais fases: a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública.

De acordo com René Ariel Dotti (2010, p.201)

Nas sociedades primitivas, o tabu era a proibição aos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou dele se aproximarem, em virtude do caráter sagrado dessas pessoas, objetos e lugares cuja violação acarretava ao culpado ou a seu grupo o castigo da divindade.

A primeira fase não havia relação com justiça, sendo tal fase denominada Fase da vingança divina, sendo que a pena tinha um caráter meramente intimidatório. Como legislação exemplificativa havia o Código de Manú adotado no oriente médio, Ásia, Pérsia e Israel.

A fase de vingança privada sucedeu a anterior, de modo que não mais apenas a intimidação do indivíduo, mas sim o seu banimento para outro grupo social, que aplicaria as suas próprias sanções, sendo quase certa a morte do banido.

Importante destacar que a Lei de Talião “Olho por olho, dente por dente”, adotada no Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas, foi, possivelmente, a primeira tentativa de humanização da sanção.

A última fase, chamada vingança pública juntava o poder devido e o poder político. Aristóteles e Platão foram os responsáveis pela evolução nesta fase.

3.1. DIREITO PENAL EM OUTRAS CULTURAS

A lei das cinco penas foi instituída no **Direito Penal Chinês**, onde as penas eram caracterizadas pela mutilação do corpo do apenado.

Neste sentido escreve Pierangeli, Zaffaroni (2007, p. 160):

Na China, a história mais remota, confunde-se com lenda. Nos primórdios históricos comprovados eram conhecidas as chamadas “cinco penas”: o homicídio penalizado com a morte, o furto e as lesões penalizados com a amputação de um ou ambos os pés, o estupro com a castração, a fraude com amputação do nariz e os delitos menores com a marca na testa.

Com o passar dos anos, as penas corporais evoluíram, sendo cada vez mais tortuosas, como abraçar uma coluna de ferro incandescente, esquartejamento, furar os olhos e inclusive extensão do castigo à família do infrator.

No século VII d.C há uma fagulha do princípio da personalidade atual, extinguindo-se a extensão das penas aos familiares do infrator. Após esse período, as penas foram reduzidas a apenas cinco: morte, deportação, desterro, espancamento e açoitamento.

No ano de 1389, foi sancionado o Código Penal da dinastia Ming que adotou o sistema das cinco penas, mas com modificações que abrandavam tais punições.

A **Índia** é lar do Código de Manú, sendo que a função da pena era purificar o infrator.

Neste sentido destaca René Ariel Dotti (2010, p.208) “o réu que houvesse cumprido sua pena corretamente poderia chegar ao céu tão limpo de culpa como se tivesse praticado uma boa ação”.

Foi neste diploma legal que abriu-se a discussão do dolo da culpa, caso fortuito e a incidência de multa, que aumentava conforme a posição social do infrator. É importante destacar que a diferenciação de dolo ou culpa foi uma das grandes evoluções do Direito Penal.

Uma curiosidade interessante acerca do tema é que o indivíduo de casta superior que soubesse de memória o texto sagrado, poderia cometer qualquer crime que não seria punido.

No **Egito**, os delitos que dissessem respeito à religião ou ao faraó eram punidas automaticamente com a pena de morte, de maneira que poderiam ser simples ou antecedida por tortura. Os demais crimes também eram punidos de forma violenta, como aponta Pierangeli, Zaffaroni: (2007, p. 161).

Eram aplicadas penas de mutilação, desterro, confisco e escravidão, como também o trabalho forçado nas minas. A falsificação era punida com a amputação das mãos, o estupro com a castração, o perjúrio com a morte, a revelação de segredos com a amputação da língua, etc. Mais tarde substituiu-se a pena de morte, pela amputação do nariz na maioria dos delitos em seguida foi introduzido desterro.

O mais antigo Código Penal veio da Babilônia, o Código de Hamurabi, não prelecionava apenas disposições penais, possuía em seu corpo trechos que nos remetem à esfera civil. O arcabouço fazia distinção entre penas para homens livres e escravos, como por exemplo nos crimes patrimoniais onde o infrator deveria devolver o triplo do que roubou.

Uma curiosidade interessante aos apreciadores de uma boa cerveja: o Rei Hamurabi introduziu disposições relativas a esta bebida. Entre essas leis encontrava-se uma que estabelecia uma ração diária de cerveja, ração essa que dependia do estatuto social de cada indivíduo. Por exemplo, um trabalhador normal receberia 2 litros por dia, um funcionário público 3 litros, enquanto que os administradores e sacerdotes receberiam 5 litros por dia. Outra lei tinha como objetivo proteger os consumidores da cerveja de má qualidade. Ficou assim definido que o castigo a aplicar por se servir má cerveja seria a morte por afogamento.

Artigo 108: Se uma taberneira não aceita trigo por preço das bebidas a peso, mas toma dinheiro e o preço da bebida é menor do que o do trigo, deverá ser convencida disto e lançada na água. (DOTTI, 2010, p.203)

Ainda:

A pena de Talião consistia em impor ao delinqüente um sofrimento igual ao que ele produziu com sua ação, surge então a idéia de proporcionalidade. Assim consta na Bíblia: Pagará a vida com a vida; mão com mão; pé por pé; olho por olho; queimadura por queimadura. (Êxodo XXI, versículos 23 a 25).

O **Direito Penal Árabe** se influenciava por diversas culturas. As penas mais utilizadas eram mutilação, estrangulamento, apedrejamento, etc. Com a chegada do Alcorão, introduziram-se grandes reformas na legislação penal.

Distinguia-se claramente o dolo, da culpa (Zaffaroni, Pierangeli, 2007, p.168-169).

Segundo Dotti, (2010, p. 207) no **Japão** haviam somente duas classes de pena: A primeira aplicação se dava no sul para os condenados que algum dia poderiam ser libertados, e ao norte eram para aqueles que jamais seriam libertados. Dentre estes condenados, homens e mulheres podiam se casar e os filhos que tivessem, ao completarem 08 (oito) anos de idade seriam vendidos como escravos. No século VIII d.C. foi sancionado o Código Taiho Ritsu que trazia como característica interessante suas atenuantes de pena como, por exemplo, o parentesco com o Imperador, o título de nobreza, os serviços prestados ao Estado, a religião e a ciência.

A Lei das XII Tábuas no século V a.C foi o primeiro Código **Romano** escrito. Este arcabouço limitou os alcances da vingança privada, admitindo também a composição entre o

poder e os infratores. Nesse período também surge a diferenciação entre os crimes públicos e privados. Os crimes públicos eram a traição ou conspiração política contra o Estado, e eram punidos pelas *ius pulliciem*, exercido por Tribunais especiais cuja sanção aplicada era pena de morte. Os demais crimes eram privados, tais como furto, injúria, etc, estes crimes eram punidos pela *ius civile*, e seu julgamento era confiado ao próprio particular ofendido.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2010 p. 62) nesta fase surgiu uma nova modalidade de crime: Na época do império surgiu uma nova modalidade de crime que recebeu o nome de crimina extraordinária fundada nas ordenações imperiais, nas decisões do Senado ou na prática da interpretação jurídica, que resulta na aplicação de uma pena individualizada pelo arbítrio judicial à relevância do caso concreto.

Ao fim da República, mais precisamente 80 a.C., surge a base do Direito Penal Romano clássico com as leis “*Leges Corneliae e Juliae*” que ditavam os que seria de fato uma conduta criminosa. As *Leges Corneliae* tratavam dos delitos entre os cidadãos, de forma a excetuar o Estado, ao contrário das *Leges Juliae* que se preocupavam com crimes praticados contra o Estado em sua essência.

A pena de morte nessa fase, foi praticamente extinta, de modo que seu retorno ocorreu somente no século II d.c., como punição para crimes tido como extraordinários, como heresia, bruxaria, etc.

O tipo de confinamento utilizado à época era a prisão custódia, onde os indivíduos já condenados definitivamente apenas aguardavam a excursão da pena já imposta. Nesse período, já havia se dividiam as condutas entre dolosas e culposas e também as agravantes e atenuantes de pena.

Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (1995, p.20) destacam algumas principais características do Direito Penal Romano:

- A) afirmação do caráter público e social do Direito Penal.
- B) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes.
- C) o elemento subjetivo doloso se encontra claramente diferenciado o dolo – animus - que significava a vontade delituosa que se aplicava a todo campo do direito, tinha, juridicamente o sentido de astúcia – dolus malus – reforçada a maior parte das vezes, pelo adjetivo má, o velho dolus malus, que era enriquecido pelo requisito da consciência da injustiça.
- D) a teoria da tentativa, que não teve um desenvolvimento completo, embora se admita que era punida nos chamados crimes extraordinários.

E) o reconhecimento de modo excepcional, das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade).

F) a pena constituiu uma reação pública correspondendo ao Estado sua aplicação.

G) distinção entre crimina pública, delicta privata e a previsão dos delicta extraordinária.

H) a consideração do concurso de pessoas, diferenciando a autora e a participação.

Como se vê, o Direito Penal Romano foi um dos maiores contribuintes para a evolução desta matéria.

O Direito Penal **Germânico** primitivo caracteriza-se pelo Direito consuetudinário, qual seja, aquele travado unicamente nos costumes, de maneira que não possuía qualquer conjunto de leis escritas. A base deste sistema era semelhante àquela que explica a função do Direito Penal na sociedade moderna, qual seja, o rompimento e a manutenção da paz social. Aqui também há distinção entre crimes públicos e privados, de modo que o cometimento do crime público condenava o indivíduo à morte por qualquer semelhante, e nos crimes privados o condenado era encaminhado à vítima e seus familiares para que pudessem exercer sua vingança.

Uma característica marcante deste sistema é a possibilidade de substituição da pena pecuniária (caso o apenado fosse insolvente) pela pena corporal.

O conjunto de normas do **Direito Penal Canônico** era utilizado somente pela Igreja Católica e tinha caráter disciplinar, mas passado certo período, estendeu-se aos fiéis e leigos, no caso de relação direta do crime com a igreja. Em matéria de jurisdição, havia apenas uma classificação: *ratione personae* (destinado somente aos religiosos, eram julgados por um tribunal eclesiástico) e *ratione materiae* (levava-se em conta o tipo de delito cometido, mesmo que fosse leigo o autor)

Os delitos também eram classificados:

A) *Delicta* eclesiástica: ofensa à direito divino.

B) *Delicta mere secularia*: ofensa à ordem jurídica laica.

C) *Delicta mixta*: ofensas às ordens laica e divina.

O Direito Canônico teve uma participação significativa no que concerne à ressocialização do preso e a individualização da pena.

3.2. A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL NO BRASIL

Nesta etapa do trabalho, fragmentaremos os aspectos históricos do Direito Penal em nosso país em três grandes momentos: Período Colonial, Imperial e Republicano.

Começamos pelo **Período Colonial**.

Antes do “descobrimento”, os índios que povoavam as terras tupiniquins adotavam somente a vingança privada como sanção, sem qualquer proporcionalidade na aplicação das penas.

Com a chegada dos Portugueses, pela conseqüente colônia que se tornara o Brasil, naturalmente passou-se a vigorar o Direito Lusitano, ordenamento jurídico português da época.

Neste período, aplicava-se em Portugal as Ordenações Afonsinas. Divididas em 5 livros este conjunto de normas que trazia consigo características marcantes do Direito Eclesiástico e Romano, publicado pelo Rei Afonso V, foi o primeiro ordenamento jurídico presente no Brasil.

Vicente Amêndola Neto (1997, p.125) destaca uma característica importante das Ordenações Afonsinas: “Aquele que acusasse e não obtivesse a condenação deveria ressarcir a desonra e o dano que em razão da querela o acusado tivesse recebido, Não pagando as custas, deveria sofrer penalidade”.

Em 1521 surgiram as ordenações Manuelinas, promulgadas por Manoel I.

No Código Manuelino, Martin Afonso, apoiado pelo governo português, tinha toda a autonomia necessária para processar e julgar os infratores aplicando lhes a pena de morte como a maior pena que poderia ser imposta. Este Código foi uma tentativa de modernizar as Ordenações Afonsinas.

Segundo Neto (1997, p.126) sobre a prisão, este Código tinha como característica:

A prisão antes realizada apenas recebida a querela, passou a poder acontecer somente em determinadas hipóteses (lesa majestade, roubador de estradas, incesto, matador de homem, matador de mulher) Quanto aos outros crimes, necessária era, para ser preso o querelado, prova da acusação em 20 dias.

Com a chegada das Ordenações Filipinas em 1603, a pena de morte continuou sendo a principal forma de punição. Neste período, o Governo Português passou para as mãos de um espanhol devido ao falecimento do Rei Dom Sebastião que não tinha herdeiros e por isso passou o trono a seu primo Dom Felipe II da Espanha.

As Ordenações Filipinas foram criadas por ele e permaneceram em vigor até 1816, no governo de Dom João IV quando a coroa volta a ser de Portugal.

Ainda neste período, foram instalados no Brasil os Tribunais de 2ª instância, denominados Tribunais de Relação. O primeiro na Bahia em 1587 e o segundo em 1751 no Rio de Janeiro. Eram formados por 10 desembargadores e por este motivo causavam grande confusão nas vezes em que o resultado era empate. No topo da hierarquia entre tribunais estava a Casa de Suplicação, situada em Lisboa, que servia como última instância em matéria recursal.

Os exercentes do Poder Judiciário no Brasil eram escolhidos pela Coroa Portuguesa como o objetivo de manter uma relação de subordinação entre os Brasil e Portugal.

Parte-se, então, para o **Código Criminal do Império**.

A Constituição de 1824 determinou a confecção de um Código Criminal embasado pela justiça e equidade. Em 1827, os projetos de Bernardo Pereira de Vasconcelos e José Clemente Pereira foram apresentados. O projeto de Bernardo foi o escolhido por englobar as necessidades mais importantes da época.

De acordo com as idéias de André Estefam (2010 p.64): “O Código Criminal do Império trazia a idéia de que na sociedade os sujeitos eram obrigados a obedecer a autoridade, por isso o delito era um ato de desobediência em que o fundamental era a atitude interior de rebeldia”.

Há uma grande ligação entre desobediência e crime nesta fase, de modo que ambas as expressões tornaram-se sinônimos. Também há de se observar um importante avanço quanto à questão da humanização das penas.

Neste sentido Pierangeli, Zaffaroni (2010, p.189) destacam alguns dispositivos da Constituição de 1824 que nortearam a criação do novo Código Criminal:

XIII A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

XIX Desde já ficam abolidos os acoite, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis.

XX Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum, confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes de qualquer grau que seja.

XXI As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes.

Sobre esta época é importante frisar os avanços que o Código Criminal do Império trouxe à legislação Brasileira. Neste sentido André Estefam (2010 p.60) destaca:

A entrada em vigor do “velho” Código Criminal representou enorme avanço em nosso direito positivo. Com efeito, saímos da “Idade das Trevas” em matéria penal e, guiados pelos faróis do Iluminismo, com as idéias de Beccaria e Bentham, dentre outros, ingressamos no grupo das nações vanguardistas em matéria legislativa.

Com a chegada da **República** no Brasil foi necessário criar um novo Código Penal, e para isso Batista Pereira foi o encarregado. Porém como o Código foi elaborado às pressas e por este motivo considera-se o pior Código Penal da história, apesar de ter tido inspiração nitidamente clássica. Para incluir tantas emendas e correções viu-se necessário criar a Consolidação das Leis Penal, em 1832 por Vicente Piragibe (BITENCOURT, 2010 p. 78).

Durante o Estado Novo, em 1837, Alcântara Machado apresentou o projeto de um novo Código que passou a vigorar desde 1942 até os dias atuais.

De acordo com André Estefam (2010, p.66) “De modo geral a doutrina qualifica o Código Penal de 1940 como “ecletico”, uma vez que teria logrado conciliar o pensamento neoclássico e positivismo”.

A Escola Clássica foi a grande influência deste diploma, mas também adotou algumas posições da corrente positivista. Segundo Estefam (2010, p. 67): “Por derradeiro, a reforma da parte geral em 1984 imprimiu ao Direito Penal uma função terapêutica consubstanciada na ressocialização como meta principal da pena (notadamente a privativa de liberdade e sua execução)”.

A estrutura do Código Penal atual foi dividida em 02 (duas) partes: Parte geral e Parte Especial.

A parte geral é subdividida em oito títulos e estabelece as regras gerais sobre crimes, pena, extinção da punibilidade, ação penal, aplicação da lei penal etc.

Já a parte especial é subdividida em onze títulos onde se descreve as condutas criminosas e comina a elas sua espécie de pena.

4. OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Aqui trataremos especificamente dos crimes contra a administração pública, sendo eles situados a partir do Título XI do Código Penal.

Há uma divisão entre crimes cometidos por particulares contra a administração pública e crimes cometidos por funcionários contra a administração pública.

Os artigos 312 a 326 tratam dos crimes funcionais, de modo que o sujeito ativo deve necessariamente ser funcionário público. O artigo 327 do Código Penal nos conceitua funcionário público para fins penais: “Art 327: Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” (BRASIL, 2018).

Este conceito deve ser interpretado extensivamente, de modo a abranger quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Neste trabalho, abordaremos somente os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública em geral.

4.1 DOS CRIMES EM ESPÉCIE

De maneira sucinta, se faz necessário apontar as figuras típicas para maior compreensão da gravidade presente na conduta do funcionário que as pratica, retiradas do Código Penal (BRASIL, 2018):

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Peculato mediante erro de outrem

Art. 313 - Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Inserção de dados falsos em sistema de informações

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações

Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento

Art. 314 - Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Concussão

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Excesso de exação

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º - Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Facilitação de contrabando ou descaminho

Art. 318 - Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334):

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Prevaricação

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo:

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Condescendência criminosa

Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Advocacia administrativa

Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

Violência arbitrária

Art. 322 - Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la:

Pena - detenção, de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência.

Abandono de função

Art. 323 - Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta prejuízo público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 2º - Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado

Art. 324 - Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Violação de sigilo funcional

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Violação do sigilo de proposta de concorrência

Art. 326 - Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - Detenção, de três meses a um ano, e multa.

4.2. ESTATÍSTICAS ACERCA DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No ano de 2013, um levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional apurou que apenas 0,5% dos presos foram condenados por crimes contra a

administração pública, o que reflete a impunidade associada a este tipo de crime, como mostra a Imagem 1 a seguir:

Imagem 1 - Os crimes dos presos no Brasil.



FONTE: Sardinha (2013)

Na Imagem 2, a seguir, tem-se a intenção de especificar, em relação aos crimes contra a administração pública, quais são os delitos mais comumente praticados, anota-se que tais crimes possuem elevado grau de reprovabilidade, de modo que causam maiores danos:

Imagem 2 - Grupo de crimes

GRUPO DE CRIMES	TOTAL	EM %
Contra a Pessoa	64.736	12%
Contra o patrimônio	267.975	49%
Contra os costumes*	21.504	4%
Quadrilha	9.708	2%
Contra a fé pública	4.709	1%
Contra a administração pública	2.703	0,49%
<i>Peculato</i>	1.357	0,25%
<i>Concussão e excesso de exação</i>	50	0,01%
<i>Corrupção passiva</i>	72	0,01%
<i>Corrupção ativa</i>	650	0,12%
<i>Contrabando</i>	574	0,10%
Contra criança e adolescente	1.291	0,24%
Genocídio	8	0,001%
Tortura	218	0,04%
Contra o meio ambiente	142	0,03%
Violência contra mulheres	3.835	1%
Tráfico de drogas	138.198	25%
Uso ilegal de armas	30.438	6%
TOTAL	548.168	100%

FONTE: Sardinha, 2013.

Já ano de 2015, o Brasil caiu 7 posições no ranking do Índice de Percepção da Corrupção (The Corruption Perceptions Index⁵), elaborado pela Transparência Internacional. O levantamento é baseado em entrevistas com especialistas de todo o mundo. O ranking mede a percepção de corrupção no setor público de 174 países. O Gráfico 1, abaixo, ilustra a lamentável situação brasileira:

⁵ <https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 28 ago. 2018

Gráfico 1- Índice de percepção da corrupção 2014 e 2015

Índice de percepção da corrupção					
2014			2015		
Posição	País	Pontuação	Posição	País	Pontuação
1º	Dinamarca	92	1º	Dinamarca	91
2º	Nova Zelândia	91	2º	Finlândia	90
3º	Finlândia	89	3º	Suécia	89
4º	Suécia	87	4º	Nova Zelândia	88
5º	Noruega	86	5º	Holanda Noruega	87
69º	Brasil	43	76º	Brasil	38

Fonte: Transparency International -- Elaboração: Blog do Fernando Rodrigues

FONTE: Rodrigues (2016)

No ano seguinte, o país voltou a perder posições no ranking:

Imagem 3 - Índice de percepção da corrupção 2016

ÍNDICE DE PERCEÇÃO DA CORRUPÇÃO 2016

Estudo feito pela
Transparência
Internacional
analisa percepção
da população dos
países sobre a
corrupção



Pontuação vai de 0 a 100. Quanto mais perto de 0, mais corrupto é o país.

Fonte: Transparência Internacional



POSICÃO PONTUAÇÃO

Os mais bem colocados

1º	Dinamarca	90
1º	Nova Zelândia	90
3º	Finlândia	89
4º	Suécia	88
5º	Suíça	86

Os piores no ranking

176º	Somália	10
175º	Sudão do Sul	11
174º	Coreia do Norte	12
173º	Síria	13
172º	Líbia	14

Países na América Latina

21º	Uruguai	71
24º	Chile	66
79º	Brasil	40
90º	Colômbia	37
95º	Argentina	36

Infografia | Genkido

FONTE: Rodrigues (2016)

No ano de 2017, o resultado foi ainda mais preocupante, como pode-se observar na imagem a seguir:

Imagem 4 - Percepção de corrupção 2017



FONTE: Acesse notícia (2018)

A percepção da corrupção demonstrou queda acentuada e, considerando as estatísticas, não apresenta possibilidade de recuperação.

Alguns números apurados pela força-tarefa da Lava Jato dão a dimensão desse problema, que é um dos mais graves que o país tem para superar. Entre eles estão os R\$ 10 bilhões desviados e já recuperados pelos cofres públicos e os R\$ 6 bilhões reconhecidos pela própria Petrobras como prejuízos com propinas. Para se ter ideia, somados, esses valores correspondem ao Orçamento do governo do Estado do Espírito Santo para 2018, ou seja, R\$ 16 bilhões que são usados para atender toda a população e pagar 90 mil servidores, durante um ano, e realizar investimentos (SEIXAS, 2017):

Imagem 5 - Os números da Lava Jato



5. AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL SEGUNDO SILVA SANCHES COM FOCO NA TERCEIRA VELOCIDADE

Findas as estatísticas lamentáveis relacionadas ao Brasil, passaremos à tese que embasou este estudo.

Antes de adentrarmos à conceituação, elementos e fundamentos desta teoria, é necessário realizar algumas observações introdutórias.

Julião (2012, p. 27) explica que

O Direito Penal do Inimigo, apesar de se distanciar do Direito Penal garantista, não pode ser visto e tachado superficialmente. Pois em uma primeira análise, o que se se extrai é apenas sua rigidez perante um inimigo do Direito Penal, porém ele deve ser visto também como uma alternativa ao Direito Penal que nos dias atuais encontra-se saturado.

O Direito Penal do Inimigo é uma vertente do direito penal máximo, muito polêmica e criticada pela grande maioria dos operadores do Direito, de modo que devemos analisa-lo juntamente com outros institutos e também com a realidade em que vivemos.

Segundo Moraes (2011, p.182):

As características da sociedade pós moderna, as novas demandas alçadas ao Direito Penal, o incremento do risco e da sensação de insegurança que, acentuados pelo papel da mídia e da opinião pública buscam soluções exclusivamente junto ao Direito Penal, traçam o panorama da dogmática criminal da modernidade. Pautada pela hipertrofia legislativa muitas vezes irracional e pela criação de tipos e de instrumentos processuais que cada vez mais se distanciam do modelo clássico, a dogmática penal mais recente revela uma política criminal que, há algum tempo, Jakobs denominou criticamente de Direito Penal do Inimigo.

Após uma explanação breve sobre o assunto que iremos tratar a seguir, é importante destacar onde se situa o Direito Penal do Inimigo segundo a classificação de velocidades do Direito Penal de Silva Sanchez.

O **Direito Penal de primeira velocidade** diz respeito às garantias constitucionais clássicas. A combinação da aplicação da sanção penal acompanhada das garantias fundamentais. Não há violação ou supressão às normas penais ou processuais penais.

Também chamado de Direito Penal reparador, o **Direito Penal de segunda velocidade** caracteriza-se pela substituição da pena corporal por penas alternativas, que imponham ônus de natureza obrigacional (pena pecuniária) ou prestacional (penas restritivas de direitos), proporcionais ao dano. Neste caso há uma ligeira relativização das

garantias penais e processuais penais. O instituto da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95) é um recorrente exemplo. Não há necessidade de advogado, processo ou sequer denúncia, porque neste benefício já há um tipo de pena específica se presentes os requisitos legais pelo investigado.

O Direito Penal do Inimigo, na classificação de Silva Sanchez, ocupa o denominado **Direito Penal de terceira velocidade**, haja vista a flexibilização das garantias penais e processuais, tendo a pena corporal como regra. Trata-se de uma mescla entre duas primeiras velocidades, pois, utiliza-se da pena privativa de liberdade (Direito Penal de primeira velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (Direito Penal de segunda velocidade).

6. CONCEITO DE INIMIGO, ORIGEM, FUNDAMENTOS, CARACTERÍSTICAS E CORRELAÇÕES

Em suma, “inimigo” seria o indivíduo (ou criminoso) que cognitivamente não aceita submeter-se às regras elementares de convívio em sociedade, se afugenta de forma permanente do direito positivado, afastando-se do estado de cidadania, o que autorizaria, em tese, não participar dos direitos e garantias advindas do conceito de pessoa. Sendo assim, haveria uma divisão do Direito Penal do Cidadão – com respeito aos direitos e garantias legais constitucionalmente previstas; e do Inimigo – com a flexibilização ou eliminação de direitos e garantias constitucionais e legais.

Nas palavras de Jakobs (2000, p. 59):

O inimigo é um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais: o antigo delinqüente habitual “perigoso” segundo o § 20 do Código Penal Alemão).ou em sua ocupação profissional (delinqüência econômica, delinqüência organizada,e também especialmente tráfico de drogas ou o antigo “complô de assassinato”), isto é em qualquer caso de uma forma supostamente duradoura, tem abandonado o Direito e, portanto não garante a mínima certeza de segurança de comportamento pessoal e demonstra esse déficit através de seu comportamento.

Nota-se, portanto, que o autor aponta a delinqüência econômica vinculada à ocupação profissional do indivíduo.

Inicialmente, ao contrário do que se pensa, é importante ressaltar que Gunther Jakobs não foi o idealizador desta teoria, que já possuía como fundamento filosófico as teorias contratualistas de Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e Thomas Hobbes.

Rousseau (2003) anunciava que o malfeitor que atacasse o direito social deixaria de ser membro do Estado:

De resto, todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo. Os processos e a sentença constituem as provas da declaração de que o criminoso rompeu o tratado social, e, por conseguinte, deixou de ser considerado membro do Estado (ROUSSEAU, 2003, P.).

Hobbes exclui o delinquente do contrato social mas o mantém como cidadão. Para Hobbes, o criminoso deveria ser mantido em seu status de pessoa (ou de cidadão), a não ser que cometa delitos denominados de “alta traição”, o que representaria uma negação absoluta à sua própria submissão estatal, de maneira que este delinquente não mais deveria ser tratado como “súdito”, mas como o próprio inimigo do Estado.

Immanuel Kant afirmava que quem não se submete aos ditames da constituição cidadã deve ser tratado como inimigo e não mais como pessoa.

Apesar das semelhanças com os pensamentos dos demais filósofos, é em Hobbes que a tese de Jakobs se identifica de maneira mais lúcida. Hobbes tinha o inimigo como aquele que rompe com a sociedade civil e volta a viver em “estado de natureza”, ou “estado de guerra”.

Segundo Jakobs, a principal finalidade do Direito Penal surge a partir da teoria de Hegel: “a ordem jurídica é a manifestação da vontade geral”. Ocorrido um delito, segundo Hegel, o agente nega a vontade geral, logo, a vontade geral é a própria ordem jurídica. Assim, ainda segundo Hegel, surge a pena criminal para negar a vontade do criminoso. O indivíduo nega a vontade geral e a pena nega a vontade do delinquente.

Nos ditos de Hegel: “a pena é a negação da negação do direito”.

Por este motivo, a sanção vem como uma forma de manutenção da vigência do contrato social, reafirmando a ordem jurídica, que é a própria vontade geral. A base da teoria de Jakobs se baseia nas teorias dos sistemas de Niklas Luhmann.

Para Luhmann o direito é um alicerce que orienta a ordem social e as normas seriam uma generalização dessas expectativas. Para a teoria das expectativas as sociedades modernas são complexas e para diminuir essas complexidades criam-se sistemas.

Uma das criações desse sistema é a expectativa.

As expectativas temporalmente estáveis são expectativas normativas, vale dizer, constituem verdadeiras normas. Estas são definidas como expectativas de conduta estabilizadas contrafaticamente, isto é, mantida para o futuro a despeito da ocorrência do fato desestabilizador (conduta desviada). A expectativa violada é mantida (não é abandonada) e a conduta desviada (discrepância) é atribuída ao autor enquanto algo irrelevante para sua vigência. Em suma: a generalização temporal da expectativa nada mais é do que sua normatização, de modo a fazer com que a vigência da mesma se mantenha de domingo a domingo, sem necessidade de renovação ou certificação, independente de quem espera ou não (LUHMANN, 1983).

De forma mais simplória: ao ir até um cinema, espera-se que o filme seja transmitido sem interrupções e que os outros espectadores farão silêncio, ou seja, confiar que o outro irá agir dentro das regras estabelecidas.

Desta forma, para Niklas, o Direito deve criar mecanismos para que a ordem social continue a acreditar nas expectativas.

A teoria dos sistemas se divide em duas espécies: expectativas cognitivas e expectativas normativas.

A diferença está ligada na reação da defraudação ou frustração da expectativa. A expectativa pode ser defraudada e a diferença entre elas está na reação frente à defraudação. Daí surgem 2 hipóteses: mudança do comportamento humano diante da defraudação de uma expectativa ou manter a expectativa buscada pela norma.

Quando há a ocorrência de um crime se aplica uma sanção penal para demonstrar ao meio social que não haverá mais a prática de tal delito, especialmente por aquele indivíduo. A isso Niklas denominou expectativa contrafática:

“... as normas são *expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos*. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do “dever ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do “dever ser” (LUHMANN, 1983, p. 57).

Isto é, o Estado aplica uma sanção penal a fim de demonstrar ao círculo social que não mais serão praticados crimes, então surge a sanção penal como manutenção do modelo do contrato social. No que tange à sanção penal em si, a doutrina moderna é pacífica no sentido de apontar que a pena tem uma tríplice finalidade, qual seja: preventiva geral e especial, ressocializadora e retributiva.

A finalidade preventiva geral ocorre no momento da cominação da pena em abstrato, visa proteger a sociedade pela prevenção da prática do delito. Já na sentença o juiz aplica a pena buscando a finalidade retributiva (um resquício da Lei de Talião) e preventiva especial, que busca evitar a reincidência do apenado.

A última finalidade está presente já na fase de execução da pena em si, que busca ressocializar o indivíduo para que não mais volte a delinquir.

Para Jakobs, o que existe é apenas a chamada prevenção geral positiva, afirmando que “o que direito protege não é um bem jurídico, o que ele protege são as expectativas

normativas para a construção da sociedade”. Nesse sentido, o bem jurídico não é um dano potencial aos bens jurídicos relevantes, o bem jurídico é a própria vigência da norma, portanto, o Direito Penal se preocupa com a vigência da norma, isto é, praticar um crime é violar a vigência da norma.

Nesse diapasão, o crime seria a negação da vigência da norma e a pena seria a negação da negação da vigência da norma (nota-se a consonância com o pensamento de Hegel).

Assim, Jakobs reconhece a existência de dois direitos penais distintos. Um Direito Penal do cidadão e outro do inimigo.

No primeiro, estão pessoas que não cometem crimes de maneira contumaz, mas um simples desvio na sua conduta, não possuem personalidade nem habitualidade criminosa, e por isso mantém sua condição de cidadão. No segundo estão indivíduos que possuem uma personalidade incondizente com a de um cidadão comum, pois fazem do crime uma prática rotineira e natural e por isso devem ser tratados como inimigos do Estado.

Desta forma, o Direito Penal pode proceder de duas formas. Sendo o caso de indivíduos que cometeram um desvio de conduta, sem qualquer indício de usualidade o Estado espera a conduta criminosa para aplicar uma pena e reafirmar o Direito, reafirmando o objetivo da aplicação da norma. Noutra prisma, existem indivíduos que têm como objetivo aniquilar o ordenamento jurídico e a paz social, e neste caso o Estado não pode tratá-los como cidadãos com simples desvios de conduta, haja vista a gravidade dos crimes cometidos e sua habitualidade, mas sim como inimigos do Estado pois não só atacam os bens jurídicos tutelados pela norma, mas a norma em si, levando ao caos social. Neste caso, o Estado não aguarda eles agirem, deve se precaver e agir antes, neutralizando a ação do indivíduo, agora inimigo do Estado.

Trata-se do direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato, pois a periculosidade do agente é mais importante que sua culpabilidade. O foco é anular a conduta do inimigo antes que ele possa agir costumeiramente ou com profissionalismo.

O ser humano é o resultado do processo natural. A pessoa é um produto social, ela é uma unidade ideal de direitos e deveres. A pessoa é a destinatária das expectativas normativas (Niklas Luhmann).

O Direito Penal do Inimigo apresenta algumas características marcantes, tais como: Antecipação da punibilidade, tipificando-se os atos preparatórios; Criação de tipos de mera conduta; Criação de crimes de perigo abstrato; Flexibilização do princípio da legalidade e taxatividade; Inobservância do princípio da ofensividade e da exteriorização do fato;

Preponderância do Direito Penal do autor; Desproporcionalidade de penas; Restrições de garantias penais e processuais; Endurecimento da execução penal.

6.1. DIREITO PENAL DO INIMIGO DO MUNDO

Mesmo se tratando de uma teoria comumente criticada pela maioria dos operadores do Direito brasileiro, o Direito Penal do Inimigo tem se mostrado presente em vários países ao redor do mundo quando relacionado com crimes contra a administração pública.

CHINA

No ano de 2016 o país asiático realizou a última revisão de seu Código Penal que instituiu uma lei que condena líderes que forem condenados por corrupção (paguem ou recebam subornos superiores à de US\$463.000 Dólares). A medida passou a vigorar desde junho de 2016 por conta da ausência de estipulação quanto aos valores desviados que justificassem a pena de morte.

No caso dos acusados confessarem os crimes ou devolverem o capital obtido ilicitamente, a pena de morte poderá ser suspensa e haverá a possibilidade de conversão para prisão perpétua, prática comum no país.

JAPÃO

O país ostenta um dos menores de criminalidade entre os países desenvolvidos. Possui um código penal (刑法 Keihō) que data de 1907, e conta com 264 artigos que dita normas incriminadoras e o sistema penal como um todo. Seu primeiro capítulo disciplina as normas de aplicação da lei penal aos delitos cometidos dentro e fora do território japonês por japoneses. O segundo trata dos tipos de pena:

“Art. 9º As principais penas são as penas de morte, prisão com trabalho, prisão sem trabalho, multa, detenção e pequena multa, a apreensão de bens será uma pena complementar”

Se tratando de homicídio, o Japão adota a pena de morte por enforcamento e a prisão perpétua, demonstrando maior reprovabilidade social e a importância da preservação da vida pela sociedade japonesa:

“Art. 199 A pessoa que matar outra sofrerá a pena de morte ou prisão perpétua com trabalho ou por um tempo determinado de no mínimo 5 anos.”

INDONÉSIA

Nos últimos anos o país enfrenta uma guerra contra o narcotráfico e incluiu em seu sistema penal a pena de morte, de modo que somente no ano de 2015, 14 pessoas foram executadas por fuzilamento por envolvimento com o tráfico de drogas, entre elas dois brasileiros.

O primeiro, Rodrigo Muxfeldt Gularte, que foi preso no aeroporto de Jacarta, capital do país, com 6kg de cocaína acondicionados em pranchas de surfe. Gularte estava preso desde 2004 e foi condenado à pena capital no dia seguinte a sua prisão em flagrante.

O segundo, Marco Archer Cardoso Moreira, também detido em flagrante no aeroporto de Jacarta com 13kg de cocaína escondidos no tubo de uma asa delta. Moreira também se encontrava preso desde 2004 e no ano de 2015 foi morto por fuzilamento.

ESTADOS UNIDOS

TEORIA DO “THREE STRIKES AND YOU’RE OUT”

Com grande influência da escola criminológica de Chicago, esta teoria faz referência ao jogo de “baseball” onde o jogador que erra a jogada pela terceira vez “está fora” do jogo. Em síntese, a ideia central é a que crimes mais graves (estupro, homicídio, roubo, etc) devem ser rotulados como “strikes”, de modo que o criminoso que praticasse o terceiro “strike” seria punido de forma desproporcional, não podendo usufruir de qualquer benefício durante a execução da pena. A punição pode variar entre 25 anos à prisão perpétua, devendo o apenado cumprir no mínimo 85% de sua condenação.

TEORIA DO TINKCKIG BOMB SCENARIO (CENÁRIO DA BOMBA-RELÓGIO)

Após o trágico ataque ao World Trade Center em 11 de setembro de 2001, o governo norte-americano se viu obrigado a mudar sua política antiterrorismo e então passou a adotar medidas preventivas e repressivas visando evitar ataques iminentes ou com o intuito de investigar ataques já ocorridos.

Essa teoria autoriza, em situações excepcionais e eminentemente emergenciais, a prática de meios de tortura por agentes estatais em indivíduos ligados a grupos terroristas para obtenção de informações que possam contribuir para descobrir planos ou evitar ataques iminentes que exponham a vida de um número significativo de pessoas. A Suprema Corte Norte-Americana ainda não se pronunciou sobre a constitucionalidade ou não deste instituto.

Atualmente 21 Estados norte-americanos ainda adotam a pena capital para determinados crimes.

TEORIA DA “BROKEN WINDOW” (JANELA QUEBRADA) E A POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO

Idealizada pelo cientista político James Wilson e o psicólogo George Kelling, ambos da Universidade de Harvard, a teoria teve o objetivo principal de demonstrar a relação de causalidade entre a desordem e a criminalidade.

Em síntese, a teoria explicita que se deve reprimir os pequenos delitos para evitar crimes mais graves. O exemplo dado pelos autores é simples: se uma janela de um prédio for danificada (daí o nome da teoria) for danificada e não houvesse o reparo imediato, outros vândalos, percebendo que nada foi feito a respeito, estariam estimulados a praticar novos danos e os cidadãos teriam a sensação da inércia do Estado quanto à questão da criminalidade. Nesse sentido, o estudo descobriu que a condição social do delinquente não era o fator determinante para a prática do delito, mas sim o descaso aos atos de desordem e vandalismo.

A teoria rendeu resultados positivos com a Operação Tolerância Zero nos anos 80 e 90, reduzindo a criminalidade, principalmente na cidade de Nova Iorque. A implantação da polícia comunitária foi uma ferramenta importante para o sucesso da nova política, pois o novo modelo aproximava a polícia do cidadão, o que coibia a prática de pequenos delitos e dava uma maior sensação de segurança à população.

6.2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Com a expansão crescente e intensa globalização mundial, a ideia de insegurança permeia a consciência da maioria dos cidadãos. Com o avanço tecnológico, a era da informação trouxe consigo um acesso praticamente instantâneo a qualquer tipo de informação. Mas há alguma implicação negativa no meio social? Apesar dos incontáveis

benefícios da tecnologia atual, esta também é responsável pela sensação de insegurança, principalmente no Brasil. Sobre este

tema destaca Alexandre Moraes (2011, p.50) “A sensação de insegurança decorrente deste modelo de sociedade de risco, certamente é acentuada pela atuação da mídia.”

Ainda sobre assunto, Alexandre de Moraes continua (2011, p.52): É, portanto, incontestável a correlação estabelecida entre a sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. A imprensa, de forma geral, transmite uma imagem da realidade que mistura o que está distante com o que está próximo, confundindo a percepção do telespectador. Essa percepção errônea aproxima o cidadão da cena do crime, aumentando sua sensação de impotência.”

É a patente realidade dos lares brasileiros, que, além da sensação de impotência influenciada pela mídia, está descrente com o Estado como um todo, haja vista o conflito quase diário noticiado pela mídia entre os três poderes. A mídia noticia diariamente escândalos de corrupção envolvendo a grande maioria dos membros do Congresso Nacional, ex-deputados, ex-senadores, assessores, ou seja, o funcionalismo público como um todo, formando, em alguns casos, verdadeiras organizações criminosas que corrompem o Estado.

Porém, o Estado, sufocado, na tentativa de amenizar a sensação de impunidade dos cidadãos, promove o denominado Direito Penal de Emergência, que nada mais é do que a edição de normas que atendam o clamor social ou situações que envolvam grande repercussão, mas com finalidades fundamentadas apenas em pretensões satisfativas e simbólicas, sem qualquer resultado efetivo.

A seguir, um exemplo em que o Direito Penal do Inimigo se entrelaça com o Direito Penal de emergência:

7. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) – Artigo 52 da Lei de Execução Penal

O esboço deste dispositivo se deu no ano 2.000, com a ocorrência de uma rebelião na Casa de Custódia Taubaté, popularmente conhecida como “Piranhão”, que é classificada como presídio de segurança de grau máximo e até aquele momento não havia sido registrada qualquer fuga de detentos. Naquele estabelecimento prisional estavam indivíduos com alta periculosidade, até mesmo líderes de organizações criminosas. No dia 18 de dezembro daquele ano houve uma rebelião que resultou na morte de nove presos e na destruição total das instalações do presídio. O Primeiro Comando da Capital (PCC), organização criminosa predominante no Estado de São Paulo, foi o responsável pela rebelião, de modo que já haviam premeditado a ação até mesmo em seu “estatuto”.

No ano seguinte a penitenciária de Taubaté foi reconstruída e os detentos retornaram à unidade com exceção dos líderes das facções criminosas, que foram alocados em unidades prisionais diferentes. Em represália a transferência dos chefes das organizações criminosas, várias rebeliões ocorreram em outras penitenciárias do Estado de São Paulo, que ficaram conhecidas como “megarrebelião”. Na tentativa de combater as rebeliões, o então Secretário da Administração Penitenciária editou a Resolução nº 26 de 4 de maio de 2001, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado.

Algumas características do Regime Disciplinar Especial que contribuíram para o Regime Disciplinar Diferenciado:

- a) Permanência máxima de 360 dias;
- b) Aplicação do regime para aqueles que incitarem ou participarem de movimentos de subversão da ordem ou disciplina do presídio, ou tentativa de fuga;
- c) Aplicação para o detento que tiver posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou capaz de manter comunicação com o mundo exterior;
- d) Aplicação para o detento que fizer parte de facções criminosas.

Outro acontecimento que contribuiu para a criação do novo regime foi o assassinato do Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente, Antônio José Machado Dias, no dia 15 de março de 2003.

Considerando a conjuntura do sistema carcerário o Congresso Nacional foi apoiado a universalizar o Regime Disciplinar Diferenciado, através de Legislação Federal.

A alteração buscava dar uma resposta aos cidadãos atemorizados com os eventos ocorridos e então a Lei Nº 10.792 que alterou a Lei de Execução Penal, inaugurou o Regime Disciplinar Diferenciado, popularmente chamado RDD.

Neste sentido, Salo de Carvalho (2007, p.275) afirma:

O exemplo mais nítido do “pânico” estatal em demonstrar à sociedade sua incapacidade ocorreu no episódio Fernandinho Beira-Mar. Naquele momento, a construção do anti- herói nacional personificado na figura do líder da facção Comando Vermelho associado ao homicídio de dois magistrados de Varas de Execuções Criminais -14 de março de 2003 em São Paulo e 24 de março em Vitória (ES)- Agregaram o elemento que faltava para a implantação definitiva das medidas de maximização dos métodos de contenção e neutralização.

Em que pese a constante crítica da doutrina sustentando que o regime é inconstitucional, pois violaria a dignidade da pessoa humana, os Tribunais Superiores consolidaram o entendimento que RDD é constitucional, porém, pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal a ADI 4162/DF que busca declarar a inconstitucionalidade do regime.

8. APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ALTERNATIVA A SER CONSIDERADA?

Dessa forma, como foi demonstrado, cada preceito primário descreve uma conduta que é altamente prejudicial, não só à administração pública em si, mas que indiretamente reflete na vida do cidadão.

Podemos citar como exemplo: um caso de desvio de verba pública no Ministério da Saúde. Os efeitos colaterais serão diretamente ligados com crises em hospitais por falta de verba pública, seu consequente fechamento ou redução de atendimento e por fim o prejuízo dos enfermos que ali se encontram, podendo, desta forma, um só delito de desvio do capital público, atingir centenas, ou milhares de cidadãos, em diferentes graus (não tratamento de doenças e morte). Como se vê no exemplo anterior, se considerarmos a quantidade de pessoas atingidas pelo crime praticado pelo funcionário público, podemos afirmar que o membro da administração pública é, mesmo indiretamente, responsável pelos danos causados aos cidadãos.

No sistema jurídico brasileiro temos repressão ao crime de genocídio em nível constitucional e infraconstitucional. Em termos de constituição, estabelece o art. 3º como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos de forma equitativa, independente da etnia ou raça. O art. 4º determina como princípio das relações internacionais o repúdio às práticas de racismo e genocídio, ademais o texto constitucional consagra esse objetivo e princípio constitucional como direito fundamental, indicando a edição de lei que regulamente a punição, bem como a indicação de que crimes dessa natureza são inafiançáveis e imprescritíveis, de acordo com o art. 5º, incisos XLI e XLII da CF/88.

A corrupção, como já citado no exemplo acima, pode facilmente ser comparada ao genocídio.

Ora, se a Constituição Federal trata o genocídio de forma tão gravosa e diferenciada, porque não tratar a corrupção como tal se os efeitos são os mesmos?

Nesse sentido, uma alternativa possível para o combate a delitos desta espécie seria a relativização do direito penal do inimigo para sua aplicação em tais crimes, por exemplo:

- **Fortalecimento de órgãos de investigação, tais como Ministério Público, Copei (Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação da Receita Federal do Brasil), Polícia Federal e Polícia Civil:** maiores investimentos em setores de inteligência para detectar movimentações suspeitas envolvendo patrimônio

de investigados, fraudes fiscais e casos de corrupção em todos os níveis da administração pública;

- **Bloqueio automático de bens e valores suspeitos:** no caso de suspeita de ocultação de patrimônio obtido ilicitamente ou aumento espontâneo de riqueza, os bens e valores do investigado seriam automaticamente bloqueados, sem a necessidade de autorização judicial;
- **Inversão do ônus da prova:** o acusado de enriquecimento ilícito deve provar a origem lícita dos bens que possui, não mais cabendo esta atribuição aos órgãos de investigação, ou seja, havendo a mínima suspeita de enriquecimento indevido, o investigado será intimado a comprovar a origem dos bens e valores;
- **Penas mais severas:** Aumento substancial das penas em abstrato;
- **Prisão após condenação em segunda instância:** Desnecessidade do trânsito em julgado da condenação para início do cumprimento de pena, bastando a confirmação pelo Tribunal de segunda instância;
- **Termo de ciência:** No momento de sua posse, o novo funcionário público assinará um termo de ciência das penas diferenciadas e das demais restrições decorrentes de sua nova condição como funcionário público;
- **Proibição de exercer cargo, emprego ou função pública:** O condenado por crimes contra a administração pública fica impedido de exercer qualquer cargo, emprego ou função pública em qualquer hipótese.

Desta forma, com tais adaptações (claramente sob a ótica do Direito Penal Máximo), levanta-se a hipótese de uma possível punição manifestamente mais severa contra os autores deste tipo de crime.

Considerando que a maioria dos crimes contra a administração pública possuem penas brandas (algumas até autorizam os benefícios da Lei 9.099/95 como transação penal e suspensão condicional do processo), tal fato, por si só, estimula a prática delitiva, daí a justificativa para a relativização do Direito Penal do Inimigo, tratando este tipo de transgressor como inimigo do Estado (ou da administração).

9. CONCLUSÃO

Já encaminhando para o final do trabalho, algumas considerações devem ser feitas.

Conforme se verificou nas estatísticas apresentadas, o Brasil é um dos países que menos percebe o desenvolvimento da corrupção no interior da administração do Estado, facilitando a proliferação da prática de ilícitos por parte dos administradores.

Também restou comprovado que os autores de crimes contra a administração pública são os que menos são punidos de forma efetiva, sendo um imperativo lógico da ineficácia dos meios de percepção, estimulando a prática delitiva e a impunidade.

Nesse sentido, embora amplamente criticado pela doutrina moderna, o Direito Penal do Inimigo está presente tanto no ordenamento jurídico brasileiro como em outros diplomas legais no mundo.

Por fim, com relação a sua aplicação nos crimes contra a administração pública, este trabalho propôs uma nova alternativa na punição dos autores de crimes contra a administração pública, buscando conferir *status* de “inimigo do Estado” ao funcionário criminoso, haja vista a gravidade dos crimes aqui apontados e seus efeitos nefastos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ACESSE NOTICIA. Brasil fica em 96º lugar em ranking de 2017 dos países menos corruptos. **G1**. Brasil, fev. 2018. Disponível em: <http://www.acessenoticias.com.br/brasil/id-719015/brasil_fica_em_96_lugar_em_ranking_de_2017_dos_paises_menos_corruptos>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte Especial 5. São Paulo : Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código penal Brasileiro**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 abr. 2017.

CARVALHO, S. de. **A política criminal de drogas no Brasil**: (estudo criminológico e dogmático). 4. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CÓDIGO DE HAMURABI. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=C%C3%B3digo_de_Hamurabi&oldid=53283777>. Acesso em: 4 dez. 2017.

CÓDIGO PENAL. **Brasília** : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 138 p. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 3 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ESTEFAM, A. **Direito penal esquematizado** : parte geral. Rios Gonçalves. São Paulo : Saraiva, 2010.

GONÇALVES, G. L. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, G. L. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOBBS, T. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JAKOBS, G. **Ciência do direito e ciência do direito penal: dois estudos de Günther Jakobs**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes 1.ed.; Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, G. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiúo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2ª ed., trad. De André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Günther. **Imputação Objetiva no Direito Penal**. 2ª ed., trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JULIÃO, J. H. P. DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA NOVA REALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO? **Trabalho de Conclusão de Curso**. Faculdades Integradas “Antonio Eufrasio de Toledo”. Presidente Prudente, 2012. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/3118/2880>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

LEI DAS DOZE TÁBUAS. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Lei_das_Doze_T%C3%A1buas&oldid=52952958>. Acesso em: 21 dez. 2017.

LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, (Capítulo II).

MORAES, A. R. A. **Direito penal do Inimigo: Terceira Velocidade do Direito Penal**. 1ed., Curitiba Juruá, 2011.

NETO, V. A. **Crimes Hediondos**. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

PARENTONI, R. B. Direito Penal do Inimigo. **Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias**, v. 2, n. 4, 2012. Disponível em: <http://procrim.org/index.php/COPEN/article/view/181/290>. Acesso em: 20 dez. 2017.

PRADO, L. R.; BITENCOURT, C. R. **Código penal anotado e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 1403 p.

RODRIGUES, F. Brasil cai 7 posições em ranking de percepção da corrupção. **UOL Notícias**: Política. Blog do Fernando Rodrigues. Brasil, jan. 2016. Disponível em: <<https://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/01/27/brasil-cai-7-posicoes-em-ranking-de-percepcao-da-corrupcao/>>. Acesso em 20 dez. 2017.

ROSSEAU, J-J. **Do Contrato Social**. Trad. De Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Data original 1959)

SAKAUE, J. T. Direito Penal do Inimigo. **Etic - Encontro de Iniciação Científica**, Presidente Prudente, v. 5, n. 5, p.1-9. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2562/2192>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

SARDINHA, Edson. Por quais crimes as pessoas estão presas no Brasil. **Congresso em Foco**. Brasília, dez. 2013. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/por-quais-crimes-as-pessoas-estao-presas-no-brasil/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

SEIXAS, B. Saiba qual é o preço da corrupção no Brasil. **Gazeta Online**. Brasil, maio 2017. Disponível em: <<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/05/saiba-qual-e-o-preco-da-corrupcao-no-brasil-1014059906.html>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.