

Teoria do crime e a legislação penal brasileira

Filipe Miranda Campos¹

Jacqueline Ribeiro Cardoso²

Fábio Presoti Passos³

Recebido em: 30.11.2021

Aprovado em: 10.12.2021

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar, a partir da teoria do crime adotada no Brasil, abordando a classificação própria que caracteriza o crime e seus tipos determinantes, se há, no Brasil, a criminalização do ato patriótico e direito penal do inimigo na legislação penal brasileira. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético indutivo, assim, o assunto foi apresentado de forma generalizada, tendo como objetivo uma conclusão e uma verdade geral, por meio de uma pesquisa bibliográfica. O crime na legislação é um ato que não é permitido por lei a sua prática e como tal recebe uma pena determinada no momento que é realizada e, segundo um conceito analítico, configura-se como fato típico, ilícito e culpável. Constitui o fato típico a conduta, resultado, nexos causal e tipicidade. Há várias teorias que tentam explicar a conduta no direito penal. A teoria da conduta intitulada de naturalista ou causal, elaborada no século XIX, por Franz Von Liszt no livro Tratado de Direito Penal Alemão, traz na sua ideologia a pretensão de abrandar a vontade única do rei que em plena época do Império ditava as regras de conduta prevalecendo sobre todos. Contrapondo essa fase, surge a teoria naturalista, onde a sociedade passa a ser regida pela lei e não mais somente pela imposição do monarca. Em casos específicos, os elementos dolo e culpas passam a ser averiguados na esfera da culpabilidade, possibilitando desta forma sua condenação ou absolvição. A hermenêutica jurídica foi desengessada. A teoria finalista, adotada no Brasil, entende que a intenção do agente integra a sua conduta, considerando se a avaliação foi dolosa ou culposa. Tal prática auxilia a definição do fato típico, possibilitando em verdade, modelos mais eficientes de interpretações na ação do agente.

Palavras-chave: teoria do crime; direito penal do inimigo; ato patriótico.

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais -FAMIG e-mail: filipecampos38@yahoo.com.

² Especialista em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva, área de concentração em Direito Público e pela Faculdades Integradas de Jacarepaguá, área de concentração Ciências Sociais aplicadas.

³ Revisor. Advogado criminalista. Sócio fundador do escritório Fábio Presoti Advocacia Criminal. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG.

Theory of Crime and Legislation

Abstract: This paper aims to address the theory of crime, addressing the proper classification that characterizes crime and its determining types. Crime in law is an act that is not permitted by law to practice and as such receives a specific sentence at the time it is carried out. Crime is a practice committed by people, whether individually or collectively, which does not go against the law and due to this action receives the appropriate punishment. Criminal Law is considered in the juridical one of the most important themes for the understanding of the mentioned subject. The theory of conduct called naturalistic or causal, elaborated in the 19th century, by Franz Von Liszt in the book *Treatise on German Criminal Law*, brings in its ideology the pretension of softening the unique will of the king who, in the middle of the Empire, dictated the rules of conduct prevailing over everyone. Opposing this phase, naturalistic theory emerges, where society is governed by the law and no longer only by the imposition of the monarch. In specific cases, the elements of intent and guilt are now investigated in the sphere of guilt, thus enabling their condemnation or acquittal. Legal hermeneutics was stripped away. The finalist theory allows the intention of the agent in his conduct, considering whether the evaluation was intentional or culpable. Such practice helps to define the typical fact, enabling, in fact, more efficient models of interpretations in the agent's action.

Keywords: theory of crime; criminal law of the enemy; patriotic act.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo jurídico tem por finalidade abordar a lei processual penal e a aplicação da teoria do crime na legislação brasileira, especificamente no que diz respeito à conduta do agente apta a ser valorada pelo direito penal.

O crime está presente desde o início da humanidade. Seja na criação do mundo com o assassinato de Abel por Caim para os cristãos, seja nos primórdios da idade da pedra para os evolucionistas.

A legislação penal brasileira atual vigora desde o ano de 1940. Esse se torna um dos motivos de questionamento quanto à aplicação da lei e isso faz com que sejam levantadas comparações entre sua efetividade comparada a de outros países.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho é apresentar a teoria do crime como um conjunto de regras, analisar o Direito Penal como disciplina e analisar a aplicação da lei quanto os elementares dos crimes que as apresentarem, tendo como tema problema a disposição ou não do ato patriótico no Brasil e a aplicação do Direito Penal do Inimigo.

Para tal foi utilizado como marco teórico à doutrina de Cezar Roberto Bittencourt, Tratado de Direito Penal.

Para a construção do tema proposto se utilizou de pesquisa bibliográfica qualitativa, revisão de literatura com busca em sites confiáveis (Google acadêmico) artigos publicados, autores comprometidos com seus estudos e a veracidade de suas pesquisas, seguido de respeito e sustentação junto às legislações vigentes.

O tema é relevante, pois demonstra como a legislação trabalha para que toda forma de crime seja tratada de acordo com os seus elementos, que são a sua tipicidade, ilicitude e a culpabilidade.

2 TEORIA DO CRIME E SUAS CARACTERÍSTICAS

O direito penal é um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, definindo crimes e a eles vinculando penas ou medidas de segurança, bem como cominando sanções. Nesse contexto, a lei penal é a responsável para definir o que é crime.

O Código Penal Brasileiro não fornece um conceito de crime. Nesse sentido, Rogério Greco (2016 p. 195) assevera que apenas na Lei de Introdução ao Código Penal no artigo 1º foi apresentado um critério para analisar o tipo penal incriminador e uma forma de distinguir o crime de contravenção.

Assim dispõe o referido artigo:

Artigo 1º: Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (BRASIL, 1941).

Como visto no mencionado artigo, o legislador preocupou-se não somente conceituar “crime”, como também diferenciá-lo de contravenção penal. Inclusive, essa distinção é vista quanto à aplicação da pena para as duas formas de infração penal.

Sobre essa diferenciação, é necessário analisar a conduta do agente e todos os elementos que constituem um crime, para só então afirmar se o sujeito teve uma conduta delitiva ou não e é através do estudo da teoria do crime, que esses elementos são demonstrados.

Nesse entendimento, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2014 p. 137) salienta que “o conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível classificar uma conduta, ontologicamente, como criminosa”.

Assim, Cezar Roberto Bitencourt (2012 p. 101) dispõe que a teoria geral do crime não teve origem através de uma construção sentenciosa, pelo contrário, é fruto de um longo processo de preparação que acompanha o adiantamento epistemológico do Direito Penal e apresenta-se, ainda hoje, em desenvolvimento.

Destarte, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli discorrem e exemplificam sobre como deve agir aquele que estiver diante da necessidade de apontar o delito ou não:

Efetivamente, quando o juiz, o promotor de justiça, o defensor, ou seja, quem for e encontram diante da necessidade de determinar se existe delito em um caso concreto, como por exemplo, a conduta de um sujeito que se apoderou de uma joia em uma joalheria, incumbindo-lhes averiguar se essa conduta constitui ou não delito, a primeira coisa que deve saber é que caráter deve apresentar uma conduta para ser considerada delito (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011 p. 338).

Bitencourt assevera ainda qual o entendimento da doutrina quanto a essa conduta criminosa e quais elementos ela deve apresentar:

O consenso francamente majoritário da doutrina no sentido de que a conduta punível pressupõe uma ação típica, antijurídica e culpável, além de eventuais requisitos específicos de punibilidade, é fruto da construção das categorias sistemáticas do delito — tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade — que serão analisadas individualmente. O conteúdo, o significado e os limites de cada uma dessas categorias, assim como a forma com que elas se relacionam, foram e continuam sendo debatidos sob diferentes pontos de vista teóricos (BITENCOURT 2012 p. 101).

No entendimento de Fernando Capez “o crime pode ser conceituado sob os aspectos material e formal ou analítico” (CAPEZ, 2011 p. 134). E é sobre esses aspectos que o citado doutrinador discorre de forma a explicar como eles são:

Aspecto material: é aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social (CAPEZ, 2011 p.134).

É através do aspecto material que o crime recebe sua definição. Matéria é aquilo que existe, tem massa, possui um conteúdo. Sendo assim, se um sujeito praticou algo criminoso, não existe discussão de que é crime.

Aspecto formal: o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo. Considerar a existência de um crime sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana (CAPEZ, 2011 p.134).

Pelo aspecto formal, só é crime a conduta tipificada pelo legislador como tal. Se o código penal dispõe que instigar e auxiliar alguém para o suicídio é crime, não há o que discutir, a conduta é considerada crime, pelo conceito do aspecto formal.

Aspecto analítico: é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas. Sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu. Para a existência da infração penal, portanto, é preciso que o fato seja típico e ilícito (CAPEZ, 2011 p. 134).

O aspecto analítico permite que o julgador faça um estudo de tudo o que for praticado pelo agente. O julgador ou investigador irá analisar a intenção da conduta do agente, se houve vontade ou não para praticar aquela conduta.

“A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo” (GRECO, 2016 p. 198).

O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal, daí sua importância (GRECO, 2016 p. 198 e 199).

Segundo o conceito analítico, o crime apresenta 3 (três) características que o determinam e servem como pressupostos para sua análise e aplicação da pena. Esses pressupostos fazem parte de uma nomenclatura, conhecida como Teoria Tripartite.

Em seu artigo, Patrick Assunção Santiago (2020), afirma que essa teoria sem sombra de dúvidas é a teoria mais famosa. Além disso, Santiago menciona que ela é defendida por nomes como Nelson Hungria, Juarez Tavares e Cezar Roberto Bittencourt.

Santiago (2020) discorre que a teoria tripartite afirma que a definição do conceito de crime consiste no preenchimento de três elementos, sendo eles: a tipicidade, a ilicitude e culpabilidade. Assim, para a teoria tripartite, crime é todo fato típico, ilícito e culpável, ressalte-se também que a teoria tripartite é a teoria adotada pela doutrina majoritária.

Deste modo, resta demonstrar o que cada uma dessas características apresenta para a interpretação do crime:

A respeito do fato típico, Rogério Greco expõe que ele é composto pela conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, pelo resultado, pelo nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e pela tipicidade (GRECO, 2016 p. 199).

Ademais, Damásio Jesus (2015) explana que o fato típico é de extrema necessidade para a conceituação de um crime e ele deve ser observado antes, para só depois

serem observados os outros elementos do crime, pois sem ele não há uma conduta que necessite da tutela do direito penal.

“O fato típico tem seus elementos necessários, para que na falta de um deles a conduta seja considerada atípica, sendo eles a conduta, o resultado, a relação de causalidade ou nexos causal e a tipicidade” afirma o doutrinador (JESUS, 2013).

O fato típico sempre será o responsável por analisar a conduta do agente, caso algum traço de atipicidade naquilo que o agente causar seja observado, o entendimento será o de que, o sujeito agiu com dolo, com vontade.

Já a ilicitude, também denominada antijuricidade, tem relação de contrariedade ao ordenamento jurídico, e no entendimento de Gecivaldo Vasconcelos Ferreira para saber se o fato é ilícito, deve-se analisar:

A melhor maneira é fazer um raciocínio *a contrario sensu*; ou seja, deve-se verificar se está presente alguma das excludentes de ilicitude:

- a) estado de necessidade;
- b) legítima defesa;
- c) estrito cumprimento de dever legal;
- d) exercício regular de direito;
- e) livre e eficaz consentimento do ofendido.

Se estiver, o fato não é ilícito. Se for lícito, inútil se continuar com a análise, pois isso já leva à conclusão sobre a inexistência de crime (FERREIRA, 2008).

Assim, nesse segundo substrato do crime, deve ser analisado se o comportamento típico não é permitido pelo ordenamento jurídico, ressaltando que o Código Penal aponta as causas excludentes de ilicitude no art.

Após analisar essas 2 (duas) características é necessário verificar se o fato é culpável. Quanto à culpabilidade, Greco aduz que é “o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente” (GRECO, 2016 p. 200).

Portanto, a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre a conduta e a necessidade de se aplicar a sanção penal.

Assim como a ilicitude, a culpabilidade também possui elementos que a integram. São eles, imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa (GRECO, 2016 p. 200).

Cabe observar que para a teoria bipartite, a culpabilidade não é substrato do crime, mas sim pressuposto de pena. Porém, a corrente tripartite, que é a adotada pela maioria da doutrina, ela constitui terceiro substrato do crime.

Portanto, falar em teoria do crime é analisar não apenas suas teorias, mas também suas características e elementos que a compõem.

3 DIREITO PENAL E A TEORIA DO CRIME

O direito penal, como o próprio nome já diz, aborda em seu conteúdo tudo todo o estudo relacionado a prática do crime, bem como a aplicação de sanção, contra o agente criminoso, ou seja, aquele que o praticou.

Portanto, a teoria do crime é o cerne do Direito Penal, frisando que, como demonstrado em tópico anterior, o crime é um fato típico, ilícito e culpável.

Para falar sobre as características do crime, Marcio Jório Fernandes, explana que tipicidade é a relação de coincidência entre o fato concreto e o modelo hipotético contido na norma. Excludente de ilicitude, nem todo fato típico é criminoso. Não basta ser apenas Típico e Ilícito, o agente deve ser culpável para que haja crime. É preciso que a conduta do agente seja reprovável (FERNANDES, 2019).

“A ação, como primeiro requisito do delito, só apareceu com Berner (1857), sendo que a ideia de ilicitude, desenvolvida por Ihering (1867) para área civil, foi introduzida no direito penal por obra de Von Liszt e Beling (1881), e a da culpabilidade, com origem em Merkel, desenvolveu-se pelos estudos de Binding (1877). Posteriormente, no início do século XX, graças a Beling (1906), surgiu à ideia de tipicidade” (PRADO, 2017 p. 135).

O direito penal estabeleceu diferença entre crime (ou delito) e contravenção penal, espécies de infração penal. Porém, essa diferença não é essencial, situando-se, tão somente, no campo da pena.

Quem comete crime é sujeitado a uma pena seja de reclusão ou detenção, enquanto as contravenções, no máximo, implicam em prisão simples. Embora sejam penas privativas de liberdade, existem diferenças existentes entre elas.

Destarte, Nucci menciona que, além disso, aos crimes aplicam-se penas privativas de liberdade, isolada, alternativa ou cumulativamente com multa, já para as contravenções penais, admite-se a possibilidade da aplicação unicamente da multa, embora a penalidade pecuniária possa ser cominada em conjunto com a prisão simples ou esta também possa ser prevista ou aplicada de maneira isolada (art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal) (NUCCI, 2014 p. 146)

3.1 A conduta na teoria finalista

Esse, sem a menor sombra de dúvidas é um dos temas mais importantes e relevantes para o entendimento das teses utilizadas pelas defesas criminais. Entender o conceito de crime não é fácil, vez que como já demonstrado, o próprio Código Penal não apresenta para ele uma definição, apenas aponta o artigo 1º da lei de introdução ao código penal, para melhor entendimento como já mencionado em tópico anterior.

Nesse sentido Marcio Jório Fernandes (2019) dispõe que dar um conceito analítico para crime é entender o que fazer e qual o momento de aplicação das referidas teses:

Tem-se aqui um longo caminho percorrendo fase por fase, iniciando o conceito analítico, que é um conceito atribuído doutrinário, onde não existe esse conceito atribuído pelo legislador, sendo este que iremos discorrer, o conceito analítico de Hans Welzel, tripartite de crime, sendo então um fato típico, ilícito e culpável, que após superada a teoria bipartite, onde o crime é fato típico e antijurídico (ilícito). Ademais, a corrente tripartite divide-se em causalistas ou naturalistas, finalistas e adeptos da Teoria social da ação, mas iremos adotar a teoria finalista de Hans Welzel (FERNANDES, 2019).

O maior defensor da teoria finalista foi Hans Welzel (que, aliás, sempre considerou o crime fato típico, antijurídico e culpável, em todas as suas obras). Ressalte-se que Welzel foi influenciado pelas constatações do ilustre filósofo Immanuel Kant (SANTOS, 2019).

Neste seguimento Nucci (2014 p. 138) concorda com Welzel no sentido de que a conduta deve sim ser valorada, pois trata-se de um juízo de realidade, essa conduta

com certeza apresentará ou o dolo ou culpa. “A conduta, é a ação ou omissão voluntária e consciente, que se volta a um fim. Ao transferir o dolo para a conduta típica, o finalismo despiu-o da consciência de ilicitude, que continuou fixada na culpabilidade” (NUCCI, 2014 p. 137).

O código penal brasileiro adotou a teoria finalista da ação, que menciona que será típico o fato praticado pelo agente se este atuou com dolo ou culpa na sua conduta, não podendo o fato ser considerado típico se ausente tais elementos, assim, sua conduta será atípica, é o que explana Rodrigo Santos Emanuele (2007).

“Ou seja, a vontade do agente não poderá mais cindir-se da sua conduta, ambas estão ligadas entre si, devendo-se fazer uma análise de imediato no “animus” do agente para fins de tipicidade” (EMANUELE, 2007).

A hermenêutica jurídica foi conceituada a luz da teoria finalista, pelo qual permite-se avaliar a intenção do agente na sua conduta, avaliando se esta foi dolosa ou culposa, tornando tais elementos definidores do fato típico. Tornou-se possível, então, maiores interpretações na ação do agente é o que dispõe Marcio Fernandes (2019).

Para a teoria finalista, crime é um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade mero pressuposto de aplicação da pena. Sendo assim, analisa-se a conduta do agente se foi dolosa ou culposa, se tal conduta é típica e, por final, como pressuposto de aplicação da pena, verifica-se a culpabilidade do agente.

Importante frisar os elementos que integram a culpabilidade que, para a teoria adotada pelo Código Penal, são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Não presente algum desses elementos, estará isento de pena o agente, ou seja, praticou crime, mas não é culpável, e, portanto, não lhe é aplicada a sanção (EMANUELE, 2007).

A referida teoria adotada leva em conta o valor da ação, o motivo pelo qual levou alguém a praticar o delito, ao contrário da teoria causal que se contenta em apenas ver a relação de causa e efeito da conduta. A teoria finalista se preocupa com o conteúdo da conduta e da norma, pois muitos tipos penais no seu próprio corpo descrevem elementos que exigem uma finalidade específica, portanto, não

poderíamos ignorar essa vontade da lei. Um exemplo de tipo penal que exige finalidade é o artigo 216-A do Código que descreve em seu preceito primário:

“Art.216–A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” (BRASIL, 1940).

Ora, está claro que o tipo penal incriminador estabelece uma finalidade especial do agente para que este se enquadre no mesmo, exigindo-se a finalidade de “obter vantagem ou favorecimento sexual”, concluindo que não se pode separar a conduta do agente de sua vontade, deixando claro que nosso Código Penal adotou a teoria finalista da ação (EMANUELE, 2007).

Em suma, para a teoria finalista, importa saber se o agente atuou com dolo ou culpa, não estando presente tais elementos, sua conduta será atípica. Ao passo que para a teoria causal sua conduta seria típica, porém ele não seria culpável por ausência de dolo e culpa, elementos estes que, para a teoria causal, fazem parte da culpabilidade.

3.2 Os crimes que apresentam elementares

Para iniciar o presente capítulo relembra-se que o tipo penal é composto de elementares e circunstâncias. Sobre as características de cada um, Cezar Roberto Bittencourt discorre que:

Elementares: são os dados essenciais da figura típica, cuja ausência conduz à atipicidade absoluta (exclui o crime) ou relativa (desclassificação para outro tipo penal). Exemplo: a violência (ou a grave ameaça) é elementar do delito de roubo (art. 157 do Código Penal), se a subtração de coisa alheia móvel ocorrer sem ela, a conduta se subsumirá ao tipo do furto (art. 155 do Código Penal).

Circunstâncias: são dados secundários, não fundamentais para a configuração da figura típica, mas que interferem na aplicação da pena (BITTENCOURT, 2012 p. 137).

Além dessas características as elementares e circunstâncias podem ser:

Subjetivas (de caráter pessoal): quando se referem ao próprio agente e suas características pessoais.

Objetivas: se referem ao fato objetivamente considerado (BITTENCOURT, 2012 p. 137).

Sobre os elementares, o Código Penal dispõe no artigo 30 que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime” (BRASIL, 1940).

O artigo 30 do Código Penal dispõe quanto à incomunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal, salvo se elementares do crime, como demonstrou Lucas Monteiro (2014).

A partir do dispositivo acima, pode-se concluir acerca da comunicabilidade de elementares e circunstâncias, quando da ocorrência de concurso de pessoas, que:

Conforme determina a lei, as circunstâncias e condições de caráter pessoal, em regra, são incomunicáveis entre coautores e partícipes, ainda que delas todos tenham conhecimento (BITTENCOURT, 2012 p. 138).

3.3 Processo penal e a aplicação da lei na teoria do crime

Sobre a aplicação da lei na teoria do crime, o Código Penal prevê no artigo 6º, que “considera-se praticado o crime no momento da ação, ou da omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado” (BRASIL, 1940).

Em contrapartida o artigo 70, do CPP, afirma que “a competência será, em regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução” (BRASIL, 1941).

Além dessas teorias apresentadas, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt menciona outras teorias, como a teoria da Intenção, no qual o lugar do delito é aquele que de acordo com a intenção do agente deveria ocorrer o resultado, a teoria do efeito intermédio, no qual o lugar do crime é o local em que a energia movimentada pela atuação do agente alcança o bem jurídico relevante e a teoria da ação a distância, no qual o lugar do delito é onde foi verificado o ato executivo (BITTENCOURT, 2012 p. 140).

Após fazer a leitura desses 2 (dois) artigos, é perceptível uma nítida contradição no que diz respeito ao lugar do crime. Diante dessa contradição é necessário um esclarecimento para que se entenda qual deverá ser o entendimento no que diz ao lugar do crime.

De forma a aclarar esse entendimento, Eudes Quintino aduz ser necessário que antes de qualquer outra coisa faça-se o estudo de três teorias que dizem respeito sobre esse assunto, são elas:

Teoria da Atividade (ou da Ação): lugar do crime é aquele em que foi praticada a conduta (ação ou omissão);

Teoria do Resultado (ou do Evento): para essa teoria não importa o local da prática da conduta, mas sim, o lugar onde se produziu ou deveria ter se produzido o resultado do crime (adotada pelo CPP);

Teoria da Ubiquidade (ou mista): é a fusão das duas anteriores. Lugar do crime é tanto aquele em que se produziu (ou deveria ter se produzido) o resultado, bem como onde foi praticada a ação ou omissão (QUINTINO, 2011).

É nítido que ao fazer a leitura do artigo 6º do Código Penal, conclui-se que a teoria adotada pela legislação penal brasileira é a Teoria da Ubiquidade (QUINTINO, 2011).

O fator relevante será sempre o local onde se deu o resultado do ato cometido, ou o local, onde ele aconteceu. De forma mais clara, se A atira em B, na cidade de Belo Horizonte, mas B consegue se deslocar para Contagem, vindo há falecer somente lá, o lugar do crime, pode ser tanto Belo Horizonte, local da ação, quanto Contagem, local do resultado.

Nesse sentido, Lucas Monteiro demonstra que seguindo a regra do artigo 6º, do CP, nas situações em que a prática do crime começar em um país e terminar em outro, será aplicada a regra desse artigo (MONTEIRO, 2014).

Nesse sentido, Cleber Masson explana que para entender o que é um crime à distância é necessário imaginar a situação de um agente que efetuou disparos de arma de fogo contra uma vítima em solo brasileiro, na intenção de matá-la, mas a vítima consegue fugir para o Paraguai, vindo a morrer após atravessar a fronteira. De acordo com a teoria da ubiquidade, o lugar do crime pode ser tanto o Brasil como o Paraguai. (MASSON, 2017, p. 170).

No tocante o artigo 70, do CPP, conforme visto, apresenta em seu texto a Teoria do Resultado. Nesse seguimento, Quintino demonstra que o critério do Código Penal é residual, somente para os crimes à distância. Nos demais, a regra geral é a de que o local do crime será onde ocorreu o resultado, ou onde deveria ter ocorrido (QUINTINO, 2011).

À título de esclarecimento, não será aplicado a Teoria do Resultado nos seguintes crimes:

- a) Crime de homicídio (doloso ou culposo)
- b) Crimes da Lei 11.101/05 (Lei de Falências)
- c) Os crimes que podem ser julgados pela lei 9.099/95 (JECRIM).
- d) Estelionato mediante emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos.
- e) Estelionato mediante cheque falsificado.
- f) Crime formal (QUINTINO, 2011).

Não existe conflito entre os 2 (dois) códigos, já que como demonstrado o artigo 6º do Código Penal será aplicado aos crimes praticados a distância (países distintos) e a regra do artigo 70 do Código de Processo Penal será aplicada aos crimes que acontecem em um local e o resultado em outro, mas na mesma localidade, como no exemplo citado acima, entre municípios ou até mesmo entre estados.

Conclui-se que por ser tênue a diferença entre as 2 (duas) possibilidades, a dificuldade de compreensão é significativa. O que deverá sempre ser considerado como forma de facilitar o entendimento, é a distância utilizando-se os países.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO E ATO PATRIÓTICO

A teoria do Direito Penal do Inimigo é o mais importante dos movimentos de expansão do Direito Penal imanente à sociedade mundial do risco (CLEMENTINO, 2020).

Assim, o direito penal do inimigo é uma espécie de direito penal do autor, que é aquele que rotula, etiqueta, estereotipa determinadas pessoas como contrárias aos interesses da sociedade.

Nesse sentido, Julio Urena explana que inimigo é aquele que não se sujeita as normas:

Inimigo é aquele sujeito que, além de não querer se adequar as normas impostas pela sociedade, não oferece garantias de que irá permanecer fiel à legislação, sendo - presumivelmente - permanente este estado de delinquência. Inimigo, por consequência, é aquela pessoa que, ao contrário do cidadão, não oferece as garantias cognitivas de que cumprirão a norma, não aceitando as regras do Estado de Direito, não podendo gozar dos benefícios que ele oferece aos cidadãos legítimos (URENA, 2019).

Para uma melhor compreensão da Teoria do Direito Penal do Inimigo é necessário compreender o contexto histórico no qual ela se originou.

Essa teoria foi uma criação de Günther Jakobs (funcionalismo radical, monista ou sistêmico), na década de 80, quando houve a unificação da Alemanha, e a parte ocidental estava com “receio” da Alemanha Oriental.

Nesse seguimento, Prates (2019) explana que a teoria do Direito Penal do Inimigo foi pela primeira vez publicada em 1985, em uma palestra proferida em um Seminário de Direito Penal, realizado em Frankfurt, adotando uma postura descritiva sobre a teoria.

Não obstante, tal teoria não vingou, pois, diferentemente da teoria do Direito Penal do Inimigo, com o fim da segunda guerra, superados o nazismo e fascismo, os direitos e garantias individuais e sociais tornaram-se o foco do direito, momento em que surgiram teorias, como, por exemplo, a teoria do garantismo penal (PRATES, 2019).

Apesar disso, os Estados Unidos tentaram a todo custo manter a ordem e banalizar o terror que sempre esteve presente entre os cidadãos norte-americanos, já que o país sempre esteve envolvido em guerras, ou várias decisões concernentes a seus cidadãos.

Porém, conclui que, com os atentados de 11 de setembro de 2001, as questões do terrorismo e da criminalidade organizada vieram à tona, o que demonstrou grandemente a ineficácia do Direito Penal na contenção de tais delitos, e, com isso,

o pêndulo se volta para um Direito Penal de garantias reduzidas, conhecido pelo nome “Direito Penal do Inimigo” (PRATES, 2019).

Após todo o sofrimento envolto ao 11 de setembro, o ex-presidente Barack Obama, proclamou o ato patriótico:

PORTANTO, EU, BARACK OBAMA, Presidente dos Estados Unidos da América, proclamo o dia 11 de setembro de 2016, como Dia Patriótico e Dia Nacional de Culto e Lembrança. Solicito a todos os departamentos, órgãos e instrumentos dos Estados Unidos que hasteiem a bandeira dos Estados Unidos a meio mastro no Dia Patriótico e Dia Nacional de Culto e Lembrança, em homenagem aos indivíduos que perderam suas vidas nos ataques de 11 de setembro de 2001. Eu convido os Governadores dos Estados Unidos e seus territórios, e organizações e indivíduos interessados, a aderir a esta observância. Conclamo o povo dos Estados Unidos para participar de serviço comunitário em honra àqueles que nossa nação perdeu, para respeitar este dia com cerimônias e atividades apropriadas, incluindo cultos de lembrança, e observar um minuto de silêncio com início às 08:46, no horário de verão do Leste, para honrar as vítimas inocentes que morreram como resultado dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 (EUA, 2001).

Por meio de uma resolução conjunta aprovada em 18 de dezembro de 2001 (Lei Pública 107-89), o Congresso designou o 11 de setembro todos os anos como o Dia do Patriota, e pela Lei Pública 111-13, aprovada em 21 de abril de 2009, o Congresso solicitou a observância do 11 de setembro como um dia reconhecido anualmente como Dia Nacional de Culto e Lembrança.

A teoria do Direito Penal do Inimigo prevê um tratamento penal e processual penal mais rigoroso para aqueles indivíduos considerados como “inimigos”, e não como “cidadãos” (PRATES, 2019).

Esses indivíduos são considerados inimigos pelos cidadãos em razão do seu mau comportamento, da maneira como eles usam oportunidades para infringir a lei, para cometer delitos.

4.1 Análise comparativa com EUA

Ao fazer uma análise comparativa entre a legislação Brasileira e a legislação americana, vê-se que os exemplos de Direito Penal do Inimigo, existem desde a codificação penal do século XIX, onde o ideal era recorrer a leis penais contrárias ao

espírito liberal, aos direitos fundamentais estabelecidos na constituição e em tratados internacionais dos primeiros códigos penais (URENA, 2019).

Isso é resultado do aumento da criminalidade no mundo inteiro e aos diferentes tipos de criminosos como terroristas, traficantes, organizações criminosas e criminosos contra a economia.

Em resposta a tal aumento quantitativo e qualitativo da criminalidade, vê que as políticas criminais duras vêm sendo instauradas no mundo inteiro (URENA, 2019).

Formalmente o direito penal do inimigo não é permitido no Brasil, o que se extrai do princípio da igualdade garantido constitucionalmente, que proíbe a divisão entre cidadãos e inimigos, como também a proibição da tortura e do devido processo legal.

Porém, se analisar de perto, verifica-se que a legislação penal brasileira também abarcou alguns aspectos do Direito Penal do Inimigo, nesse seguimento, Cezar Roberto Bittencourt, dispõe que:

Assim, para que se possa alcançar a meta da efetividade, o Processo Penal vem sofrendo profundas alterações, guiadas no sentido de acelerar o procedimento, agilizar a instrução e rapidez da Justiça, acabando por suprimir direitos e garantias fundamentais em nome da funcionalidade da intervenção penal (BITTENCOURT, 2012 p. 143).

Urena (2019) discorre que para a sociedade, a justiça perdeu sua credibilidade, e vem buscando medidas para que o processo e a efetivação da pena possam se tornar mais eficazes e mais eficientes.

Porém, a hipertrofia legislativa no Brasil é de fácil constatação, tendo em vista a quantidade de leis criadas para atender as novas demandas penais, como por exemplo, Lei nº 7.492/86 (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional) - Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências; Lei nº 7.716/89 (Preconceito Racial) - Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor (alterada pela Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997); Lei nº 10.217/01 - Autoriza a infiltração de agentes policiais, para o fim de se obter prova em investigação criminal, desde que autorizado judicialmente, além de outras disposições. Modificou os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.034/95, dispondo sobre a

utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, inserindo, ainda, a possibilidade de captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos;

Destarte, essas leis foram criadas com o intuito de atender as novas demandas da sociedade, assim como para combater o crime organizado, alterando o conceito de tipos penais bem como os instrumentos processuais utilizados para sua perseguição (URENA, 2019).

Muitas pessoas comparam o ato patriótico americano à ditadura militar, isso pelo argumento utilizado na ditadura e no ato patriótico: em nome da segurança nacional.

Em nome da segurança nacional, o governo americano criou um "tribunal secreto" com a função de "legalizar", por meio de ordens judiciais, ações dos órgãos de segurança que, de outra forma, seriam uma violação clara das garantias constitucionais dos americanos (URENA, 2019).

A National Security Agency⁴, criada depois dos atentados às torres gêmeas de Nova York, em 2001, tornou-se a maior agência de espionagem do mundo. A maneira mais simples e fácil de explicar o Ato Patriota aos brasileiros é dizer: é uma espécie de AI-5.

Com base na mesma lei, o governo americano propõe a criação de mais um tribunal secreto, que terá a atribuição de "legalizar", por meio de ordens judiciais, ataques por drones a "inimigos dos EUA" em qualquer parte do mundo (MELO, 2013).

Os EUA têm uma explicação que é genericamente aceita pelos governos chamados "aliados" e, aparentemente, pelas Nações Unidas: o país está em guerra contra o terrorismo e tem o direito de se defender.

O Ato Patriota e suas leis filhotes têm se voltado contra os americanos, no que se refere principalmente às questões de privacidade e ao direito constitucional de não sofrer buscas e apreensões sem mandado judicial (MELO, 2013). Registros

⁴ Agencia Nacional de Segurança

telefônicos, e-mails e sites visitados na internet são regularmente monitorados pelos órgãos de segurança.

No Brasil formalmente não há que se falar em direito penal do inimigo, não há tribunais de exceção e não há legislação penal diferenciada para que seja reincidente ou integre organização criminosa ou pratique atos de terrorismos. Todos têm direito ao devido processo legal.

Segundo o direito penal do inimigo, o agente que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa, ou seja, os direitos e garantias individuais do Estado democrático (MARTINELLI, 2017).

No Brasil, a Constituição Federal, assegura ao indivíduo, ainda que na prática de crimes, mesmo aquele que infrinja as leis, todos seus direitos e garantias constitucionais.

Assim, observa-se que a tentativa de edição de leis que criem um processo penal rápido, pode comprometer a efetiva observação de direitos, pode comprometer o direito penal garantista.

A celeridade do processo penal americano é efetiva e assustadora ao mesmo tempo. Pra manter tamanha celeridade, são feitos acordos entre o Ministério Público e o acusado e em muitas vezes, favorece-se o acusado e condena-se o inocente, tudo isso, na ânsia de dar uma resposta para a sociedade.

Ainda que a Justiça Brasileira seja considerada pela grande maioria da população uma justiça lenta e sem efetividade, o processo penal brasileiro, não é perfeito, mas busca assegurar a aplicação da lei sem respeitar os preceitos constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, conclui-se que para estudar com qualidade sobre o Direito Penal, é necessário um estudo detalhado a respeito da teoria do crime. Apesar da lei penal não apresentar um conceito de crime, foi possível ver que ele está presente entre a sociedade há muitos e muitos anos.

Além disso, a teoria do crime, como todo assunto envolvido pelo direito, está em constante mutação, ou seja, acompanha o desenvolvimento social. De nada adianta questionar a lei e entendê-la de maneira superficial. Entender o conceito de crime, suas características e as teorias que o envolvem são deveras de suma importância.

Tão importante quanto conceituar crime é interpretá-lo e é nesse ponto que o presente trabalho vislumbrou chegar. Interpretar é uma das maiores dificuldades do ser humano. Sejam palavras, frases, tenham elas duplo sentido ou não e sim, quase tudo na vida gira em torno da comparação.

Com a legislação penal não é diferente. Na verdade, a lei brasileira em sua conjectura é continuamente objeto de comparações e sem a menor sombra de dúvidas a mais comparada dentro dela é a lei penal.

A sociedade considera que tanto Código Penal quanto Código de Processo Penal são dispositivos desatualizados e que, por isso, não atuam com a severidade que lhes é esperada. No entendimento do povo, a lei possui brechas que beneficiam o acusado, o réu, o culpado.

Em virtude disso, a legislação brasileira sempre é comparada a legislação americana, vista por muitos como lei eficaz. Pena de morte, prisão perpetua, sem empregar capacidade ilícita ao menor de 18 (dezoito) anos, lei que não tem pena do inimigo, mas condena-o na medida de sua ação, essa é a lei que atenderia o clamor social.

Sobre o ato patriótico, a conclusão a que se chega, é que ambos tornaram-se conhecidos em virtude dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001, foi uma das formas que o então presidente americano George W. Bush, utilizou para unir a nação e proclamar a luta contra o terrorismo.

Quanto o direito penal do inimigo, ele pode ser comparado aos direitos humanos, já que cuida do direito daquele que para muitos, é o pior dos inimigos, seja ele assassino, ladrão, independente do crime que ele tenha cometido.

Por mais absurdo que pareça aos que defendem a Justiça acima de qualquer coisa, com uma ressalva de que Justiça aqui, digo, no ponto de vista individual, a lei penal brasileira, coíbe, reprime, pune os crimes cometidos, mas trata o agente como ser

humano, sujeito de direitos, sem violar seus princípios constitucionais, não como inimigo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Lei no 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Lei no 10.217, de 11 de abril de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10217.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLEMENTINO, Claudio Leite. Considerações sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/consideracoes-sobre-a-teoria-do-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em: 30 set. 2020.

EUA. Ato Patriótico. Disponível em: <https://br.usembassy.gov/pt/dia-patriotico-e-dia-nacional-de-culto-e-lembranca-de-2016/>. Acesso em: 30 set. 2020.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Teoria do crime em síntese. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10913/teoria-do-crime-em-sintese>. Acesso em: 07 set. 2020.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio. Direito Penal – Parte Geral. 36ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2015.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Existe um Direito Penal do Inimigo no Brasil? Disponível em: <https://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/469083933/existe-um-direito-penal-do-inimigo-no-brasil#:~:text=Para%20este%2C%20que%20ainda%20pode,norma%20%C3%A9%20desconsiderada%20pelo%20inimigo>. Acesso em: 04 nov. 2020.

MELO, Joao Ozorio de. Americanos já acusam perda de garantias constitucionais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-09/americanos-sentem-perda-garantias-constitucionais-guerra-terror>. Acesso em: 30 set. 2020.

MONTEIRO, Lucas. Comunicabilidade das Elementares e Circunstâncias no Código Penal. Disponível em: <https://lmonteiro.jusbrasil.com.br/artigos/178091440/comunicabilidade-das-elementares-e-circunstancias-no-codigo-penal>. Acesso em: 03 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme. Manual de Direito Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRATES, André Guilherme Rovina. A teoria do direito penal do inimigo e sua influência na legislação brasileira. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73320/a-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-e-sua-influencia-na-legislacao-brasileira#:~:text=RESUMO%3A%20Esta%20monografia%20tem%20como,personalidade%20do%20mesmo%2C%20com%20a>. Acesso em: 30 set. 2020.

QUINTINO, Eudes. Lugar do crime: teoria da ubiquidade (CP) ou do resultado (CPP)? Disponível em: <https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823112/lugar-do-crime-teoria-da-ubiquidade-cp-ou-do-resultado-cpp>. Acesso em: 04 nov. 2020.

SANTIAGO, Patrick Assunção. O conceito analítico de crime e suas teorias. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-conceito-analitico-de-crime-e-suas-teorias/>. Acesso em: 07 set. 2020.

SANTOS, Thiago Costa dos. Teorias da Ação: a evolução das diferentes concepções de conduta. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/teorias-da-acao-a-evolucao-das-diferentes-concepcoes-de-conduta/>. Acesso em: 26 de nov. de 2020.

SILVA, Kelly Cardoso da. Um discurso sobre Direito Penal de exclusão: Direito Penal do Inimigo – Aspectos Jus-Filosóficos e Normativos. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3454/discurso_sobre.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 set. 2020.

URENA, Julio César Gallo Bautista. A questão do direito penal do inimigo. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27605795_A_QUESTAO_DO_DIREITO_PENAL_DO_INIMIGO.aspx. Acesso em: 30 set. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 9. ed. Revista dos Tribunais, 2011.