



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA

MARIANA FALCÃO SOARES

DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: Uma análise da teoria jakobesiana e sua (in)compatibilidade com a
proteção aos direitos fundamentais conferida pela Constituição da República
do Brasil.

Maceió/AL
2010



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA

Mariana Falcão Soares

DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Uma
análise da teoria jakobesiana e sua (in)compatibilidade com a proteção aos direitos
fundamentais conferida pela Constituição da República do Brasil.

Dissertação apresentada ao Núcleo de Pesquisa e Pós-Graduação (NPP), da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA, da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima.



AVALIAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA

Autora: **Mariana Falcão Soares**

Título: Direito penal do inimigo no estado democrático de direito: Uma análise da teoria jakobesiana e sua (in)compatibilidade com a proteção aos direitos fundamentais conferida pela Constituição da República do Brasil.

Trabalho Acadêmico: Dissertação de conclusão de Curso.

Objetivo: Obtenção do Título de Mestre em Direito.

UFAL – Universidade Federal de Alagoas.

FDA – Faculdade de Direito de Alagoas.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Apta para defesa: _____

Professor(a) Examinador(a): _____

Professor(a) Examinador(a): _____

Professor(a) Examinador(a): _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, que mesmo desprovidos de conhecimentos jurídicos, transmitiram-me os mais valiosos ensinamentos de humanidade e justiça.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, por me encorajar na realização de meus sonhos;

Ao Renato, por todo amor que alguém pode dar e pelas incansáveis palavras de carinho e apoio;

Ao meu irmão, que sem as suas desavenças este trabalho não teria sido tão emocionante;

Aos meus eternos amigos, Elza, Kelita e Marco, que incansavelmente me incentivam e me fazem acreditar que posso ir além;

À Alice, por sua generosidade em compartilhar lições não só jurídicas, mas principalmente de amizade;

À Helenice, pela parceria formada a partir do Curso de Mestrado;

Aos colegas e professores do Mestrado pelos enriquecedores momentos de aprendizagem;

Ao professor Alfredo de Oliveira, por me ter despertado os sentimentos de amor e ódio pelas ciências penais;

Ao meu orientador, professor Alberto Jorge, por toda dedicação e pelos valiosos ensinamentos.

RESUMO

A presente dissertação tem como foco central analisar o Direito Penal do Inimigo, elaborada por Günther Jakobs, refletindo um dos temas mais polêmico na atual dogmática penal. Para tanto, será abordada a realidade que emerge do direito penal, na qual se exhibe novas formas de violações a bens juridicamente relevantes. Estes, por sua vez, demandam proteção estatal. As características da Sociedade Pós-moderna, seja na sociedade de risco, seja na globalização, demonstram uma mudança no fenômeno da criminalidade, e consequentemente no Direito Penal. Para tanto, abordarei a terceira velocidade do direito penal como forma de concretizar o direito produto da atual sociedade risco. Neste estudo também será abordado o Direito Penal do Autor, bem como, o Direito Penal do Fato, exemplificando por meio de diversos ordenamentos jurídicos. Demonstrar que é possível a sustentação jurídico-constitucional de um Direito Penal do Inimigo a partir da ponderação. Há que se criminalizar quando necessário. No entanto, há também que se garantir a cidadania e todos os seus desdobramentos para que efetivamente se realize o Estado Social e Democrático de Direito, promovedor da justiça social e garantidor da igualdade.

Palavras-chave: Sociedade de Risco; Terceira velocidade do Direito Penal; Direito Penal do Inimigo; Teoria Garantista; Estado Democrático de Direito.

RÉSUMÉ

Présente dissertation a comme je focalise tronc analyser le Droit Criminel de l'Ennemi, élaborée par Günther Jakobs, en reflétant un des sujets le plus controversé dans l'actuelle conjoncture criminelle. Pour de telle façon, soit abordée la réalité qui émerge du droit criminel, dans laquelle s'exhibe de nouvelles formes de violations à des biens juridiquement importants. Ceux-ci, à son tour, exigent protection d'état. Les caractéristiques de la Société ensuite moderne, soit dans la société de risque, soit dans la globalisation, démontrent un changement dans le phénomène de la criminalité, et en conséquence dans le Droit Criminel. Pour de telle façon, j'aborde troisième vitesse du droit criminel mange forme de concrétiser le droit produit de l'actuelle société risque. Dans cette étude aussi ce sera abordé le Droit Criminel de l'Auteur, ainsi que, le Droit Criminel du Costume, en exemplifiant au moyen de divers ordres juridiques. Démontrer qu'est possible la sustentation juridique constitutionnel d'un Droit Criminel de l'Ennemi à partir de la pondération. Il faut il se criminalisera lorsque nécessaire. Néanmoins, il faut aussi il se garantira la citoyenneté et tous leurs dédoublements pour lesquels efficacement se réalise l'État Social et Démocratique de Droit, promoteur de la justice sociale et garante de l'égalité.

Mots clé: Société de Risque; Troisième vitesse du Droit Criminel; Droit Criminel de l'Ennemi; Théorie Garantista; État Démocratique de Droit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1) O DIREITO PENAL DO INIMIGO	
1.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	05
1.2. A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE 1985 A 1999.....	06
1.3. DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO CONCEITO DESCRITIVO E COMO CONCEITO AFIRMATIVO-LEGITIMADOR.....	08
1.4. AS BASES FILOSÓFICAS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	
1.4.1. As influências de Thomas Hobbes	11
1.4.2 As bases contratualistas de Rousseau	13
1.5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO APÓS 1999.....	15
1.6 SOCIEDADE, DIREITO PENAL E PESSOA NA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS	21
2) A CRIMINALIDADE PÓS-MODERNA MODERNA E A CRISE DO DIREITO PENAL	
2.1. A PÓS-MODERNIDADE COMO CARACTERÍSTICA DE UMA ÉPOCA...27	
2.2. A SOCIEDADE DO RISCO COMO DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE MODERNA.....	29
2.3. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL.....	32
2.3.1 A sociedade de risco na era da globalização.....	32
2.3.2. A expansão do Direito Penal	36
2.3.3.O Direito Penal da globalização	42
3) AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL	
3.1. A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL.....	51
3.2. A PRESEENÇA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS SISTEMAS JURÍDICOS	55

3.2.1. A compleição do Direito Penal do Inimigo em diversos ordenamentos jurídicos do mundo	55
3.2.2 A existência do Direito Penal do Inimigo em sociedades periféricas como o Brasil	61
3.3. PERSPECTIVAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	67
3.3.1. O Direito Penal Do Inimigo sob o aspecto doutrinário.....	67
3.3.2. O Direito Penal do Autor na interpretação de Manuel Cancio Meliá.....	68
3.3.3. O enfoque doutrinário brasileiro relativo ao Direito Penal do Inimigo.....	72
4) O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
4.1. O DIREITO PENAL NO ESTADO DE DIREITO E O SISTEMA GARANTISTA DE LUIGI FERAJOLI.....	76
4.1.1. Os Direitos Fundamentais e a dignidade humana como delimitação do poder punitivo.....	83
4.1.1.1 Natureza jurídica da dignidade da pessoa humana.....	88
4.1.1.2 O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e o <i>jus puniendi</i>	92
4.1.2. O Direito Penal do Inimigo no Estado Democrático de Direito Brasileiro....	98
5) CONCLUSÃO.....	104
6) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.....	109

INTRODUÇÃO

Ao longo da história a humanidade evolui, sendo cada vez mais heterogênea. A complexidade histórica também se reflete na criminalidade que, com o advento da globalização, passa a ter novas nuances.

Em cotejo a esse quadro histórico, o crime assume novos caracteres decorrentes das novas possibilidades ofertadas pelo mundo global.

Na atualidade, a população e as instituições precisam lidar com as novas formas de violência e criminalidade, como, por exemplo, a pirataria, o terrorismo, o narcotráfico, os crimes virtuais, dentre outros que ganham destaque nesse século.

A sociedade, por seu turno, espera que o Estado de Direito atenda a todos os seus anseios, desejando que o mesmo salvguarde a tudo e a todos, principalmente através do Direito Penal, que, paralelamente, vem sofrendo um crescente processo de expansão e notoriedade social.

Não obstante, é também no século XX que o Constitucionalismo humanista, fruto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, desenvolve-se, prevendo direitos há tempos “esquecidos” pelos Estados.

Nessa conformação surgem inúmeras teorias que alvitram respostas às crises institucionais e às angústias sociais que atualmente nos deparamos, criando um dissídio doutrinal que aflige a comunidade científica atual.

Diante desse quadro, nasce a teoria de realce e importância, denominada: Teoria do Direito Penal do Inimigo formulada por Günther Jakobs, preconizadora do punitivismo e do simbolismo do Direito Penal.

O grande elemento dessa teoria é o delinqüente, pois, para assegurar fatos futuros, o Estado não deve tratá-lo como cidadão, mas deve excluí-lo, aplicando sanções que eliminem o perigo, uma vez que, esse inimigo se afastou do Direito.

Segundo o pensamento de Jakobs, “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.”¹

Esse autor sugere que o Estado extirpe direitos dos indivíduos de modo juridicamente ordenado, logo, dessa maneira, impede-se que haja a destruição do ordenamento por parte daqueles que violam direitos.

A crescente produção legislativa, de forma pouco criteriosa, gera na sociedade uma falsa sensação de insegurança, tendo em vista, a distância existente entre a efetividade e a dogmática. De certa forma o Direito desempenha, então, a função de moldar e proteger a sociedade, solucionando todas as mazelas oriundas dos novos riscos sociais. Contudo, o Estado de Direito não pode se valer de seu poder para legitimar e efetivar um sistema desigual e viciado.

Seguindo esse rumo, o objeto de estudo dessa dissertação se centrará no Direito Penal do Inimigo, também identificado como sendo a terceira velocidade do Direito Penal.

Circundado o objeto central de estudo serão estudados temas como a sociedade de risco, sociedade pós-moderna, dogmática penal, Direito Penal Garantista, passando pelo Direito Fundamentais e a dignidade da pessoa humana, além de temas como o Estado de Direito.

Tais estudos propiciarão uma reflexão acerca da possibilidade e necessidade de se legitimar um Direito Penal do Inimigo no Brasil partindo da ponderação dos direitos fundamentais. Ademais, para que haja um exato entendimento do conceito Direito Penal do Inimigo, apresenta-se imprescindível a compreensão da complexidade existente na sociedade de risco.

Os métodos dedutivo e dialético serão os utilizados no trabalho, na medida em que será realizada uma análise da evolução político-ideológica do Estado Democrático e

¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

teoria do Direito Penal do Inimigo, destacando os pontos de conciliação e divergência deste Direito em contraponto com a dignidade humana e com os desdobramentos constitucionais brasileiros.

Este trabalho de dissertação fundar-se-á em pesquisas teóricas, mediante cuidadoso levantamento bibliográfico que possibilite uma melhor visão do tema, envolvendo, notadamente, a discussão sobre a (in)compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o Estado Democrático de Direito. A pesquisa em livros clássicos será indispensável, bem como em outras obras contemporâneas, incluindo monografias, artigos, revistas especializadas e sítios da Internet.

Ademais, o fundamento metodológico desta dissertação terá assentamento nas normas editadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), com o intuito de desenvolver um estudo adequado às exigências técnicas de uma investigação de caráter científico.

Acrescente-se que o tema requer uma abordagem sob um enfoque constitucionalista e interdisciplinar, abrangendo temas de índole penal, político-criminal, criminológico e de natureza constitucional decorrente da percepção emanada pelo constitucionalismo contemporâneo que se traduz no reconhecimento da Constituição como instrumento nuclear do ordenamento jurídico e na tutela dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana como fundamento de validade e legitimação das normas penais.

Sabendo-se que o Direito Penal Clássico construiu-se na defesa dos direitos fundamentais da pessoa em oposição às interferências punitivas estatais, foram desenvolvidas idéias limitadoras do *jus puniendi* do Estado. Trata-se de um direito penal que visa proteger os bens jurídicos e garantir a liberdade dos cidadãos.

O Direito como produto da sociedade e garantidor de interesses passou a ser importante instrumento de defesa e conservação da própria sociedade.

Instituir um modelo de ordenamento capaz não só de prever direitos, mas que possua os meios necessários para assegurar a aplicação normativa, sana o abismo existente entre a teoria e a prática, no que tange aos direitos fundamentais.

O problema não consiste em saber quais e quantos são os direitos, mas sim em como aplicá-los de modo confiante para garantir e evitar que eles sejam ofendidos.

Por meio da reflexão da constitucionalização de novos direitos e teorias, poder-se-á implementar novas políticas públicas de segurança sem transgredir os valores humanos constitucionalmente postos.

Este trabalho pretende abordar possibilidades que permitam o ajuste legítimo entre os direitos fundamentais postos, com os objetivos jurídicos e o ideal de justiça, além de apresentar possíveis caminhos para que haja a efetivação dos direitos citados, com foco na realidade brasileira, analisando a possibilidade de se relativizar garantias socio-democráticas.

1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O direito penal consiste em um dos instrumentos mais relevantes de que se utiliza o Estado para valer-se de seu poder punitivo, operando com a liberdade individual, situando-se dentre os direitos fundamentais essenciais.

Decorrente desse poder interventivo do Estado, vários estudiosos começaram a desenvolver pesquisas relacionadas aos limites de atuação do poder punitivo estatal. Desde o Iluminismo, um dos elementos dogmáticos mais importantes estudados pelos penalistas é representado pelo “bem jurídico”, centro de estudo dos funcionalistas, dentre eles Günther Jakobs², prescindindo totalmente da idéia de bem jurídico, patrocinando um direito penal - do inimigo - potencialmente formal e ilimitado.

O silogismo básico existente no funcionalismo do Direito Penal está no entendimento de que é através do direito penal e do direito em geral que se garante a funcionalidade e a eficácia do sistema social e de seus subsistemas. Os funcionalistas destacam a importância de se estruturar um sistema jurídico-penal dirigido exclusivamente aos fins do direito penal, isto é, a sociedade.³

O funcionalismo, na perspectiva de Jakobs, tem o condão de resolver os problemas sociais através da norma. O entendimento sociológico do direito penal funcionalista assenta-se na intenção de tutelar o funcionamento da sociedade, assegurando-se a estrutura social e garantindo a sua capacidade de perfazer suas incumbências.

² JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.

³ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37-43.

O traço característico do funcionalismo sistêmico de Jakobs encontra-se na supressão dos limites materiais, objetivando alcançar um eficientismo do controle penal.

Jakobs elabora conceitos imersos no direito penal do inimigo, que consiste em um direito penal do autor, fundado na incansável busca pela eficiência, baseado no direito penal máximo, tutelador de todos os fatos não aceitos socialmente, sem se focar nos valores do bem jurídico, pois o ordenamento é o bem maior, o qual deve ser preservado.⁴

A teoria em comento conduz a uma concepção preventiva integradora do direito penal, em que o centro de gravidade da norma jurídico-penal passa da subjetividade do indivíduo para a do sistema, buscando um fortalecimento do ordenamento existente e de suas expectativas institucionais.

Sendo a teoria de Jakobs marcada por duas fases, poderíamos afirmar que existem “dois” Jakobs, pois as formas como esse estudioso interpretou e defendeu os seus próprios conceitos, ao permear do tempo, exibem-se de maneiras diversas.⁵

Abordaremos, unicamente, em linhas gerais, a primeira fase de Jakobs, por se apresentar de feitio imprescindível na captação das mudanças e no lindar preciso entre os dois pensamentos. Destaque-se, todavia que o cerne dos estudos encontra-se no segundo Jakobs.

1.2 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE 1985 A 1999

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi formulada há aproximadamente duas décadas por Günther Jakobs e, ao longo dos tempos, foi defendida substancialmente de modos diversos. Gericamente ela pode ser dividida em duas “eras”, de 1985 até 1999 e após 1999.

⁴ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37-43.

⁵ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: RT, ano 13, nº 56, p. 81-112. set.-out. 2005.

Jakobs utilizou pela primeira vez a expressão para criticar o endurecimento legislativo das últimas décadas, mas, a partir de 1999, diante do ameaçador avanço dessa tendência, passou a defender a mencionada necessidade de sua legitimação parcial como modo de deter o crescimento do próprio direito penal do inimigo. Esta mudança de fachada foi uma das causas da singular acidez do debate em torno do tema.⁶

Tanto antes quanto na atualidade, Jakobs deixa nítida a polarização do direito em direito do cidadão e direito do inimigo. Traço relevante está no fato de que no exórdio de sua teoria, Jakobs defendia seus estudos com base nos ensinamentos de Welzel, fazendo uma leve crítica no que concerne à finalidade do Direito Penal do Inimigo, que para aquele só deveria ser aplicado em casos excepcionais. Anos mais tarde, Jakobs realizou algumas mudanças no “velho” Direito Penal do Inimigo⁷, defendendo-o de uma forma ampla e descritiva.

Em sua origem, a teoria de Jakobs não gerava grandes discussões e divergências, visava apenas delimitar a criminalização ao seu estado prévio de lesão a um bem jurídico, com o intuito de preservar o sistema jurídico e a harmonia social.⁸

Caracterizava-se como um direito penal do autor, em contraposição ao direito penal do fato, ou seja, se o direito enxergar no autor do fato um inimigo, um ser que não possui esfera privada e que se mostra uma fonte de perigo, esse poderá ser responsabilizado até por seus mais íntimos pensamentos, ao passo que o direito penal do fato dota o cidadão de liberdade, só tendo sua esfera privada perturbada pelo direito, quando seus atos se exteriorizarem de forma agressiva.⁹

Em outras palavras, o Direito Penal do Inimigo protegia “bens jurídicos” (o ordenamento era o bem maior), enquanto o direito penal do cidadão protegia a liberdade, visto

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2007, p. 157.

⁷ Para Prittowitz: “... se Jakobs declarou em sua palestra de 1985 guerra ao ilegítimo direito penal do inimigo, em 1999 a declaração de guerra se dirigiu mais aos inimigos da sociedade (...) os direitos penais do risco e o do inimigo são na verdade uma só. As descrições de Jakobs do Direito penal do Inimigo combinam exatamente com a minha análise de como o direito penal do risco se desenvolveu, e na minha opinião justamente se desenvolveu erradamente”. PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 12, nº 47, p. 31-45. set.-out., 2004, p. 42.

⁸ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 13, nº 56, p. 81-112. set./out., 2005.

⁹ Idem, *ibidem*.

que na concepção de Jakobs¹⁰ tão-somente as criminalizações que respeitassem a esfera privatística do cidadão é que ostentavam legitimidade.

Esse ciclo da teoria marca-se pela elaboração de conceitos e despreocupava-se com o positivismo em geral, legitimando-se apenas em casos extraordinários e em situações de emergência, de maneira separada do direito do cidadão. Seu objetivo era tornar o direito penal do inimigo impossível, e, para tanto, bastaria haver o avanço do constitucionalismo.¹¹

Nessa época, o direito penal do inimigo apresentava-se como uma figura apática e poucas vezes recorrida. Contudo, essa marca “crítica” de Jakobs dá lugar a uma extensa legitimação do direito penal do inimigo com base em seu caráter descritivo, passando então a ser protagonista dos mais acalorados debates do novo milênio.

1.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO CONCEITO DESCRITIVO E COMO CONCEITO AFIRMATIVO-LEGITIMADOR

As idéias expostas por Jakobs provocaram das mais diversas reações, na medida em que se questiona o verdadeiro sentido dado pelo referido autor ao Direito Penal do Inimigo.

Sob o aspecto semântico o termo apresenta-se de forma clara, sendo o direito penal do inimigo um tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo.

A clareza presente no sentido semântico do termo não permanece no seu aspecto pragmático, ou seja, às finalidades ou funções que se busca atingir com a sua utilização.

¹⁰ JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión derecho penal. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Cord.). *El funcionalismo en derecho penal – Libro haze al professor Günther Jakobs*. Bogotá: Univerdidad Externado de Colombia, 2003, p. 76.

¹¹ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 13, n° 56, p. 81-112. set./out., 2005.

Para poder limitar esse Direito Penal do Inimigo enquanto Direito de exceção a um âmbito que seja o mais restrito possível, ele precisa, antes de tudo, ser definido. Para tanto não bastam fantasias onipotentes de caráter normativista (“um Estado de Direito não pode conhecer um Direito Penal do Inimigo em absoluto!”): a sempre suja realidade e os postulados idealizantes são duas coisas distintas¹².

Conforme preleciona Cancio Meliá, a teoria de Jakobs não pode ser retratada em uma foto fixa, já que ela se encontra em plena evolução, passando por constantes reformulações.¹³ Desse modo, o Direito Penal do Inimigo não ostenta um significado unívoco.

Portanto, o Direito Penal do Inimigo pode significar uma função descritiva, sendo um instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo. Assim, parte das normas do ordenamento poderiam então ser caracterizadas, ou não, como Direito Penal do Inimigo. Nesse sentido, o conceito de Direito Penal do Inimigo seria descritivo¹⁴, teria uma definição típico-ideal¹⁵.

Outro sentido pode ser dado ao conceito cunhado por Jakobs, ao se legitimar os postulados elencados no Direito Penal do Inimigo. Esse sentido torna o Direito Penal do Inimigo algo legítimo. Afirmar que um ordenamento se funda no Direito Penal do Inimigo indica que aquele “tem de ser legitimado com base em pressupostos diversos daqueles que valem para os dispositivos tradicionais do direito penal do cidadão”¹⁶.

Afinal de qual sentido parte o criador do termo Direito Penal do Inimigo?

Mesmo que o tom crítico tenha predominado em 1985, as novas manifestações etão imbuídas daquela *ambigüidade* típica de todas as idéias

¹² JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 15.

¹³ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo; MELIÁ, Manuel Cancio. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar*. In: La Pena Estata: Significado y Finalidad. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 27.

¹⁴ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 13, nº 56, p. 81-112. set./out., 2005, p. 92-93.

¹⁵ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo; MELIÁ, Manuel Cancio. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar*. In: La Pena Estata: Significado y Finalidad. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 63.

¹⁶ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 13, nº 56, p. 81-112. set./out., 2005, p. 94.

“chocantes” de *Jakobs*, a saber: não fica claro se o autor apenas descreve, ou se já está legitimado. [...] Afinal, *Jakobs* deduz de suas premissas supostamente descritivas conclusões de caráter normativo, o que já por motivos lógicos (palavra-chave: falácia naturalista) só é possível se também as premissas forem normativas (grifos do autor)¹⁷.

Ocorre que qualquer legitimação do Direito Penal do Inimigo resulta no mesmo efeito, “com a diferença de que o âmbito de legitimação que a doutrina jurídico-penal abarcou é, em determinadas ocasiões, maior do que o proposto a partir da visão estática”¹⁸.

A polêmica em torno do sentido, empregando *Jakobs*, a Direito Penal do Inimigo está longe de um consenso. Muitos acreditam que *Jakobs* tenha abandonado sua postura crítica e descritiva, passando a defender um entendimento afirmativo legitimador e justificador do Direito Penal do Inimigo¹⁹.

Ademais, o próprio termo Direito Penal do Inimigo ostenta uma carga depreciativa, que caso recebesse outra denominação poderia ser recepcionado de forma mais plácida. Destacando que a idéia apresentada por *Jakobs* em seu Direito Penal do Inimigo anteriormente já fora adotada por outros penalistas, como, por exemplo, Von Liszt e Mezger²⁰.

Welzel apresenta-se com um doutrinador que é usualmente apontado como um dos mestres de Günther *Jakobs* na construção de seu sistema penal²¹.

Desse modo, o direito penal, ao longo da história, pode legitimar o tratamento diferenciado a um indivíduo que não é pessoa, sem implicar na adoção, de forma conceitual, do Direito Penal do Inimigo.

¹⁷ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 13, nº 56, p. 81-112. set./out., 2005, p. 94-95.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 190.

¹⁹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 182.

²⁰ Idem, p. 184.

²¹ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Estudio introductorio a la obra de Günther *Jakobs*. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Cord.). *El funcionalismo en derecho penal – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21.

1.4 AS BASES FILOSÓFICAS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.4.1 As influências de Thomas Hobbes

Importante pensador do Iluminismo, Thomas Hobbes tratou em suas obras do estado de natureza e questionou se a origem do Estado e da Sociedade estaria em um contrato. Um de seus livros mais importantes é *Leviatã*, no qual Hobbes identificava o “Leviatã” como um monstro bíblico.

Ademais, Hobbes viveu num período de grande instabilidade política, assim, toda a sua obra foi direcionada na busca da paz pessoal, social e política. Na obra intitulada de *Leviatã* ele realiza um estudo do comportamento do homem no Estado de natureza, caracterizado por ser agressivo, até o seu encontro com o Estado, quando o homem percebe que não deve querer para os outros aquilo que não quer para si e para isso precisa renunciar aos seus direitos, transferindo-o a um poder irresistível que o conduza e o controle²².

No estado de natureza, o direito natural descrito por Hobbes consiste na liberdade que todos os homens têm de usar seu poder como bem quiser, no intuito de preservar sua natureza, ou seja, sua vida, “é a liberdade de fazer tudo aquilo que segundo seu julgamento e razão, é adequado para atingir esse fim.”²³

²² RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 54.

²³ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D’Angina. São Paulo: MARTIN Claret, 2009, p. 97.

Por seu turno, o Estado, também denominado de homem artificial por Hobbes, nasce do pacto voluntário firmado entre os homens que almejaram proteção, no intuito de saírem do estado de natureza, para a segurança e razão²⁴.

[...] uma unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de em pacto de cada homem com todos os homens, de modo que seria como se cada homem dissesse ao outro: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembléia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também de teu direito, autorizando da mesma forma, todas as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado.[...] Em virtude da autorização que cada indivíduo dá ao Estado a usar todo o poder e força, esse Estado pelo temor que inspira, é capaz de conformar todas as vontades, a fim de garantir a paz em seu país, e promover a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros.²⁵

Desse modo, o homem por meio de um contrato transfere a terceiros os seus interesses que representará a vontade de todos. O contrato é firmado a partir da renúncia de direitos dos homens em prol da igualdade perante a lei, porque poder absoluto não é ausência de arbítrio, pois através da legalidade ele realizará os interesses dos homens. Assim, a finalidade da celebração do contrato reside na paz social, e o Estado deixa de ser o Leviatã, um monstro, e passa a ser um homem artificial.²⁶

Com Hobbes desponta o conceito voluntarista e positivo de lei, é a palavra daquele que, por direito, tem comando sobre os demais. Sendo assim, a lei é vontade e ordem e vale como comando e não como expressão do justo e racional²⁷.

O indivíduo, que por ato de resistência, queira sair do contrato é denominado de estranho ou estrangeiro, porque fica à margem do Estado, não por ter realizado um delito, mas pelo fato de ter resistido ao poder soberano será tido como inimigo do Estado.²⁸

²⁴ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 54.

²⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: MARTIN Claret, 2009, p. 126.

²⁶ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 68.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 504.

²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 126.

Não se trata de uma guerra, mas de uma postura de guerra que Estado de se utiliza para que seus súditos sejam protegidos, “banindo a miséria que acompanha a liberdade de indivíduos isolados.”²⁹

Segundo Jakobs diante de uma situação de traição, na qual o indivíduo retorna ao estado de natureza, deve-se castigar os delinquentes como inimigos e não como súditos³⁰. Para o mencionado autor, Hobbes reconhece um Direito penal do cidadão, voltado para as pessoas que não delinquem persistentemente por princípio, e um Direito penal do inimigo direcionado aqueles que se desviam por princípio³¹.

Hobbes mostra-se um teórico do direito natural racionalista que se preocupava com a justificação do Estado e com a legislação do domínio, partindo da idéia de que os indivíduos, ao celebrarem o pacto social, “abandonam os seus direitos e liberdades ao soberano absoluto que deve proteger os cidadãos”³².

1.4.2 As bases contratualistas de Rousseau

No livro intitulado *Do contrato social*, escrito por Jean-Jacques Rousseau, no século das luzes, o autor pretende demonstrar que a ordem social não vem do direito natural, tampouco da força, mas sim de um acordo denominado pacto social.³³

Ademais, o Direito Penal Liberal, também denominado de clássico, originou-se no século XVIII, influenciado pelos iluministas que defendiam a tutela dos direitos fundamentais e almejavam a limitar o poder Estatal³⁴.

²⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: MARTIN Claret, 2009, p. 96.

³⁰ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIA, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27.

³¹ Idem, p. 29.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 503.

³³ NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 195.

Nessa época havia uma desconfiança em relação ao Estado, ele era a fonte de violência, era o Leviatã. Desse modo, necessitava-se delimitar o que o Estado podia ou não fazer.

O contrato social fundava o direito da época, concebendo os homens como sujeitos de direitos e o Estado como protetor desses direitos.

Considerando que o homem perdeu a liberdade original, o que se busca implementar é a legitimação do poder, pois, os homens se agregam no objetivo de se conservarem.³⁵

O contrato social visa proteger os bens e as pessoas, existe em prol de um bem comum, na medida em que “cada um de nós coloca sua pessoa e sua potência sob a direção suprema da vontade geral”³⁶.

Na concepção do autor a democracia plena é uma utopia, defende que um governo simples mostra-se ideal. Ademais, a vontade geral constrói o pacto social e pode modificá-lo³⁷.

Rigorosamente falando, nunca existiu verdadeira democracia nem jamais existirá. Contraria a ordem natural o grande número governar, e ser o pequeno governado. É impossível admitir esteja o povo incessantemente reunido para cuidar dos negócios públicos; e é fácil de ver que não poderia ele estabelecer comissões para isso, sem mudar a forma de administração.³⁸

Tudo se origina de convenções, que visam preservar a liberdade física e a igualdade inicial. Para combater a desigualdade, é necessária a criação de um corpo político A vontade geral nunca erra, salvo em caso de perversão. Cada homem é livre no que escapa a essas convenções, sendo obrigado a obedecê-la para viver em sociedades.

³⁴ GOMES, Luiz Flávio; YACCOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 17.

³⁵ NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 196.

³⁶
³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad.: Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002, p. 93.

³⁸ Idem, *ibidem*.

Deve-se destacar que na doutrina de Rousseau concebe-se a liberdade como “liberdade no Estado-sociedade, como corpos políticos indiferenciados”³⁹. A partir desse entendimento, Jakobs compreende que o indivíduo que desrespeita o contrato não pode receber os benefícios daquele, posto que, aquele que agride o Direito social deixa de fazer parte do Estado⁴⁰.

1.5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO APÓS 1999

Os novos postulados de Jakobs junto ao fenômeno da expansão do Direito Penal vieram por ocasionar inúmeros entraves e objeções doutrinários com as mais diversas fundamentações, mesmo porque é nessa época que há uma busca de legitimação do direito penal do inimigo, justificando-o e afirmando-o.

Para melhor entender como as perspectivas sócio-jurídicas na atualidade estão sendo assaz influenciadas pelos pensamentos de Jakobs, faz-se mister compreender a teoria alvitrada.

Anote-se que, em ambos os períodos, Jakobs propugnou pela necessidade de haver uma clara cisão dentro do âmbito do próprio direito penal entre direito do cidadão e direito do inimigo, a fim de evitar que este penetre naquele; entretanto vai além, afirmando a inexistência de escolha ao direito penal do inimigo.

O Direito Penal do Inimigo configura-se em uma forma de direito na qual o Estado combate de maneira rígida os seus inimigos (as “não pessoas”), protegendo seus cidadãos e o sistema jurídico vigente. Ou seja, fica excluído da esfera de “pessoa” aqueles que não podem usufruir de nenhum direito nem pode suportar nenhum dever, fica então excluídos

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 504.

⁴⁰ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 25.

quem não participa de determinados direitos e deveres⁴¹. Em outras palavras, pessoas na concepção de Jakobs são os destinatários de direitos e deveres⁴².

Representa um Direito penal que conhece duas tendências em suas regulamentações: os cuidados dados ao cidadão, esperando que esse exteriorize sua conduta para só então o direito atuar, com o fito de confirmar a estrutura normativa da sociedade; e por outro, o tratamento prestado ao inimigo, interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade e ameaça à ordem vigente.

Ressalte-se a existência dessa polarização no que concerne ao Direito Processual Penal, quando o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado.

Todo ordenamento pessoal inicia-se com deveres, com deveres de contribuir para a manutenção do grupo que existe por meio da ordem. Os direitos se originam quando são necessários para poder cumprir deveres: o ferreiro armeiro teve ter uma forja, o camponês, trabalhar a terra e o artesão receber matérias-primas. Em todo caso, deve-se excluir que a personalidade comece com um direito perante o grupo: porque este teria de produzir uma constituição que para ele nada contribui? A norma originária, portanto é a seguinte: sê pessoa, o que significa: cumpre o dever perante o grupo.⁴³

De acordo com o aspecto formal, o Direito Penal apresenta-se legitimado pela conformação com a “Lei Fundamental das leis penais”⁴⁴. Materialmente, a legitimação do Direito Penal reside no fato de que “as leis penais serem necessárias à manutenção da configuração da sociedade e do Estado”⁴⁵.

Não existe um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto da regulação em questão. Ao contexto da

⁴¹ JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión derecho penal. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Cord.). *El funcionalismo en derecho penal – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 73.

⁴² Idem, *ibidem*.

⁴³ JAKOBS, Günther. *Uma teoria da obrigação jurídica*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 43.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 61.

⁴⁵ Idem, *ibidem*.

regulação pertencem as realidades da vida social, bem como as normas, em especial as de caráter constitucional⁴⁶.

Apresenta-se como um tipo ideário de direito que não se ocupa do autor como pessoa, mas tão somente com ânimo de neutralizá-lo como fonte de perigo, pois pessoa é em quem a norma confia e pode confiar. Nesse sentido, argumenta Jakobs: “Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa”⁴⁷.

O inimigo, pois, na visão de Jakobs deve ser tratado como “não pessoa” porque de outra forma ele não reagiria, segue o mesmo dizendo: “tratam como fonte de perigo ou como meio de intimidar os demais”⁴⁸. Esse inimigo pode, igualmente, ser exemplificado na figura do terrorista, o qual, segundo o autor, é “aquele que rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem”⁴⁹.

Aqueles que não atuam com lealdade ao ordenamento são “não pessoas” em direito, por contradizerem a racionalidade de modo descomedido ou estabelecerem sua própria identidade independente das condições de uma comunidade jurídica.

De acordo com os ensinamentos de Jakobs “o sujeito deve entrar em sociedade, para poder delimitar-se e compreender-se como sujeito, pois uma subjetividade isolada é tão imaginável quanto outras coisas isoladas: só diante do que transcende ao comparável se mostra os perfis”⁵⁰.

Em oposição ao inimigo, há os cidadãos que desfrutam do conceito de pessoa e, por isso, têm de representar um papel, já que na visão de Jakobs, pessoa é a máscara, vale

⁴⁶ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 63.

⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Teoria e prática da intervenção*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003, p.10.

⁴⁸ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21.

⁴⁹ Idem, p. 36.

⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 17.

dizer, não se revela como a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário, mostra-se como a representação de um entendimento normativo socialmente compreensível.

Na expressão de Jakobs:

Toda sociedade começa com a criação de um mundo objetivo, inclusive uma realização amorosa, se é sociedade. Os partícipes dessa sociedade, vale dizer, os indivíduos representados comunicativamente como relevante, definem-se pelo fato de que para eles é válido o mundo objetivo, vale dizer uma norma. Com isso já tem um papel para representar⁵¹.

No entendimento de Jakobs o bem a ser protegido pelo Direito Penal é a firmeza das expectativas normativas que, por sua vez, encontra-se encoberta pela eficácia normativa, resultando no denominado “bem jurídico penal”⁵².

O delito exhibe-se tal qual uma falha de comunicação e para que a identidade social não seja violada aplica-se uma pena. Pode-se atestar que o autor afirma a não-vigência da norma, no instante consumativo de um delito, entretanto a pena confirma a irrelevância dessa afirmação⁵³.

Nas lições de Jakobs a função da pena consiste em exercitar o reconhecimento normativo, acrescentando a idéia de que a função da pena também seria a intimidação dos agentes em potenciais⁵⁴.

Ademais, a tarefa da ciência do direito consiste em distinguir as normas do “Direito Penal de contrários e separá-las das de Direito Penal dos cidadãos para, dentro desse último, poder insistir ainda com maior firmeza no tratamento do criminoso como pessoa inserida no direito”⁵⁵.

⁵¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 30-31.

⁵² JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 62.

⁵³ Idem, p. 13.

⁵⁴ Idem, p. 15.

⁵⁵ JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. São Paulo: Manole, 2003, p. 59.

O tratamento concedido ao inimigo legitima-se devido ao comportamento ostentado por aquele. Ministra o já aludido autor nas seguintes expressões:

Contra os violadores de direitos humanos, que não oferecem, de certo, garantia suficiente de que se comportarão como pessoas em sentido jurídico, é em si permitido tudo aquilo que é permitido no estado de natureza (...); esse extenso direito é também exercido faticamente, uma vez que se começa uma guerra, ao invés de mandar-se a polícia para executar uma ordem de prisão⁵⁶.

O legislador, por seu tempo, está construindo uma legislação abertamente denominada “de luta”, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de “delitos sexuais e outras infrações penais perigosas”⁵⁷.

Idealiza-se combater aquele que, de maneira duradoura, não oferece ao Direito a garantia mínima necessária de ser tratado como pessoa, o crime expõe-se a partir de um fato que o legislador reputa nocivo para a conservação da sociedade, não havendo critérios fixos para a criação de normas, pois essa se encontra vinculada às necessidades sociais.⁵⁸

Não é a causação de uma morte que configura lesão de um *bem juridico-penal* (trata-se de mera lesão de um bem), mas a desobediência normativa contida no homicídio evitável. [...] A norma impõe uma organização isenta de danos, mas o agente organiza, imputavelmente, de modo a causar danos: seu modelo de mundo se contrapõe àquele da norma. [...] a interação social se realiza por intermédio do Direito Penal: o da *significação* do comportamento (delitivo) enquanto negação do *significado* das normas e da adesão do *significado* normativo por meio da reação punitiva [Grifos do autor]⁵⁹.

As normas são parâmetros de interpretação e constituem as relações entre sujeitos. A morte humana é considerada um homicídio em virtude da norma, é, pois, essa a garantidora de que esses comportamentos não irão ser cometidos. Tal atribuição se dá no plano da

⁵⁶ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35.

⁵⁷ Idem, *ibidem*.

⁵⁸ Idem, p. 35.

⁵⁹ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpaabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 63.

comunicação/sentido e não no mundo natural. As normas vigem, inclusive, contrafaticamente, vale dizer, vigem mesmo contra a natureza⁶⁰.

O Direito Penal do Inimigo constitui, desarte, um instrumento vinculador da pena imposta ao autor à sua subjetividade, não importando que esse tenha cometido um delito, basta que o inimigo seja o que é, uma ameaça, para que ele se converta no objeto da sanção penal.

A pena no direito penal do autor mostra-se, não somente, como uma resposta ao dano individual realizado, mas também como uma resposta que deve conduzir-se por toda a vida do autor e estender-se os perigos futuros que se aguardam do mesmo.⁶¹

Em contraste, no Direito penal do cidadão, a pena tem a manifesta função de negação em relação ao indivíduo, enquanto que no Direito penal do inimigo há uma tarefa de eliminação do perigo, com o propósito de se manter uma expectativa normativa, mantendo o *status* de cidadão aqueles que não se desviam da norma.

Também uma sociedade que é consciente do risco pode determinar a pena segundo sua função aberta, vale dizer, para a confirmação da identidade normativa, e supor que com o tempo emanará prevenção suficiente. Que a sociedade atual, acostumada a debater quase diariamente sobre questões de segurança, disponha de uma capacidade de tolerância suficiente é algo certamente questionável. Além disso, tampouco seria correto deixar que a função latente transcorra sempre em segundo plano; em outras palavras, a pena determinada conforme o Estado de direito é suficiente em alguns âmbitos.⁶²

Desde que um Estado de Direito tenha segurança de si, ele não necessitará de um Direito Penal do Inimigo, “e ele poderá estar seguro de si mesmo, enquanto as suas reações do

⁶⁰ GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 13, nº 56, p. 81-112. set./out., 2005, p. 32.

⁶¹ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.

⁶² JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 53-54.

Direito Penal do Cidadão – além de outras coisas, especialmente de uma boa educação dos jovens cidadãos – forem suficientes para preservar a força orientadora do Direito”⁶³.

1.6 SOCIEDADE, DIREITO PENAL E PESSOA NA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS

O panorama no qual o Direito Penal do Inimigo ganha corpo evidencia-se pela extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e pela restrição das garantias processuais do Estado de Direito, tal qual o caso da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade.

Com o Direito Penal do Inimigo o ordenamento jurídico precisa atuar em um momento anterior ao crime, a punição deve ser antecipada, conforme exemplifica Jakobs:

[...] toda criação normativa – e também em um Estado de Direito – precisa do alicerce cognitivo para conseguir efetivamente dirigir a orientação, é possível conceber situações – e elas, de fato, existem setorialmente em todo Estado de Direito – nas quais, em virtude da firme certeza de crimes vindouros, seja necessária uma reação, anterior a esses crimes, para fins de proteção contra os agentes potenciais [...] com a punição pré-deslocada, e.g., a punição da mera afiliação a uma associação terrorista [Grifos do autor]⁶⁴.

Em consonância com os entendimentos jakobianos, a globalização e as novas formas de criminalização não oferecem ao Estado Democrático outro aspecto de agir se não com o Direito Penal do Inimigo. Apoiando-se nesse argumento o citado autor busca garantir a legitimidade da existência de dois Direitos: o do cidadão para as pessoas e o do Inimigo para as “não pessoas”⁶⁵.

O direito demonstra-se evidenciado pela relação entre pessoas, titulares de direitos e deveres, as quais pactuam, dessa forma, a vivência em um Estado Democrático de Direito,

⁶³ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 15.

⁶⁴ Idem, *ibidem*.

⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47.

entretanto “o delinqüente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste”.⁶⁶

Aduz-se que o cidadão exterioriza-se como aquele que age com lealdade ao ordenamento jurídico e a vigência da norma existente, baseando-se em uma segurança cognitiva. Há uma função simbólica na norma, posto que essa soluciona o delito, operando onde ele se manifesta e não onde ele se produz, dizendo de outro modo, o Direito penal do inimigo mantém o equilíbrio social e a permanência da norma.

A resistência do ordenamento não se centraliza em um suprimento do dano e sim na manutenção da continuidade normativa, ambicionando extirpar um perigo, “a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos”.⁶⁷

A doutrina do Direito Penal como proteção de bens jurídicos, protege a vigência da norma demonstrando sua validade. Para Jakobs o crime exhibe-se como uma lesão a vigência da norma e a pena representa a sua eliminação⁶⁸.

No que tange aos Direitos humanos, Jakobs profere a existência de uma distinção fundamental entre a sua instituição e a sua garantia, aduzindo que:

Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial <<comunitário-legal>>, deverá castigar os que vulneram os direitos humanos; porém isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito penal do inimigo⁶⁹.

O trato dispensado a um indivíduo que não consente a sua inserção em um Estado cidadão, sem oferecer uma segurança confiável de seu comportamento, não pode esperar ser zelado como pessoa, mais que isso, o Estado não deve tratá-lo como tal, já que do

⁶⁶ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 25.

⁶⁷ Idem, p. 35-36.

⁶⁸ JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Cord.). *El funcionalismo en derecho penal – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 56.

⁶⁹ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21.

contrário, estar-se-ia vulnerando o ordenamento jurídico e a segurança das demais pessoas. À vista disso, “um indivíduo que não se admite obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.⁷⁰

A Pena apresenta-se como coação, tendo a afirmação do autor um papel irrelevante. Além disso, “a sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante”.⁷¹ Verifica-se, portanto, que a função da pena converte-se então em reforçar a validade da norma.

A pena deve ser entendida como marginalização do ato em seu significado lesivo para a norma e, com isso, como constatação de que a estabilidade normativa da sociedade permanece inalterada; a pena é confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilidade normativa que com a pena se alcança – desde que se pretenda -, pois esta é sempre a finalidade da pena.⁷²

Questão não menos importante refere-se à regulação própria do direito penal do inimigo concernente à vigência de normas alusivas ao perigo de danos futuros. Nesse plano, a pena vai além de sua função acima exposta, ela passa de um meio para a manutenção da vigência da norma para ser um meio de criação da vigência da norma⁷³.

Na hipótese de perigo de danos futuros, as normas tomam “como ponto de referência as dimensões do perigo, e não o dano à vigência da norma, já realizado, se translada aqui ao caso do planejamento de qualquer delito”,⁷⁴ , ou seja, a norma, sob a perspectiva de Jakobs, tem não só a função acautelar o ordenamento jurídico em si, vai além, objetiva eliminar a mera possibilidade de vulnerações ao ordenamento, daí a punição, uma

⁷⁰ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

⁷¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 13.

⁷² JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 51.

⁷³ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46.

⁷⁴ JAKOBS, Günther. *Teoria e prática da intervenção*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 47.

intervenção e uma pena, a quem almeja realizar atos atentatórios à “segurança”, o autor está submetido ao Estado antes de seu ato.

Observa-se no Direito Penal do autor uma flexibilização das garantias socio-democráticas e uma ilimitação dos poderes estatais, deixando ao direito penal a figura de direito simbólico. Esse direito abandona a função de coação jurídica e de controle social.

A vivência em um Estado que presta segurança às expectativas normativas das vítimas e neutraliza o autor através de uma imputação, punição, configura-se em um estado de certeza guiado pela vigência real do ordenamento jurídico. Particulariza-se, dessa forma, como um estado em que está vigente o Direito Penal do Inimigo, o qual nas palavras de Jakobs resulta num estado em funcionamento⁷⁵.

O funcionalismo sistêmico, elaborado por Günther Jakobs, funda-se na fidelidade dos indivíduos ao ordenamento, qualificando-se como pessoa em direito, em outros termos, a prevenção delitiva se dá na necessidade de que cada cidadão invoque valores éticos, os quais emanam de cada norma jurídico penal.

O Objetivo dos funcionalistas consiste em estabilizar a sociedade, seguindo o pressuposto que a individualidade subjetiva só se alcança com a sociabilidade, a identidade de liberdade está atrelada ao processo de funcionamento mediado pelo social, a subjetividade reverte-se em consequência da sociabilidade, o mundo objetivo depende dela⁷⁶.

Socializado é quem se converte em um sujeito privado, agindo com honestidade ao sistema normativo, esse representa o objetivo da socialização. Não obstante, o direito funcional atua de forma hostil em relação ao sujeito que age de maneira incompatível com a socialidade e a subjetividade, daí a exclusão desse indivíduo que não cumpriu o pacto social de ser pessoa e de obedecer ao ordenamento válido, remanescendo a esse uma coerção.

⁷⁵ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 112.

⁷⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 15.

Define-se, de acordo com o funcionalismo, que a imposição de pena tem o caráter de reestabilizar a norma, pois, se a norma tem como função justamente a garantia e o asseguramento dessas expectativas, a pena teria a função de garantir a norma e conseqüentemente, assegurar por via indireta, essa expectativa.

Os funcionalistas têm como principal expoente Günther Jakobs, o autor destaca que o direito penal possui tantas funções que não se limita a proteger bens jurídicos, protege norma, pois o “discurso do bem jurídico é um discurso metafórico sobre a vigência da norma”.⁷⁷

Günther Jakobs projeta o seu funcionalismo normativista na direção de revigorar a norma por meio da coação penal, pela imposição de pena. Há uma dependência recíproca entre a sociedade e o direito penal, um serve de referência ao outro, sendo a sociedade um meio de aprimorar o ordenamento enquanto que este serve de inspiração social.⁷⁸

Na concepção de Jakobs a sociedade se identifica através das normas e não por determinados bens, apresenta-se a partir da “construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de modo diverso de como está configurado no caso concreto”⁷⁹, não se trata de uma constatação normativa, mas repita-se de uma construção⁸⁰.

O delito manifesta-se como uma expressão simbólica da ausência de estima ao ordenamento, ao passo que a coação representa a manifestação simbólica da superioridade do sistema jurídico, a pena resulta numa reação ante uma infração normativa.

Resultado de uma concepção funcionalista desmedida ou extrema, a ação, aparece na obra de Jakobs como parte da teoria da imputação (conduta do agente/infração à norma/culpabilidade), que, por sua vez, deriva da função da pena. Estabelece-se quem deve ser punido para a estabilidade normativa: o agente é punido porque agiu de modo contrário à

⁷⁷ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 27.

⁷⁸ Idem, p. 16.

⁷⁹ Idem, p. 10.

⁸⁰ Idem, *Ibidem*.

norma e culpavelmente, mesmo porque se parte do pressuposto que o sistema funcione não importando a questão do justo⁸¹.

O direito penal do inimigo sustenta-se no entendimento de que o direito penal possui como escopo primordial, a reafirmação da norma, buscando assim, fortalecer as expectativas dos seus destinatários⁸², agindo de modo eficaz e mostrando-se como caminho único de se atingir a paz social.

⁸¹ JAKOBS, Günther. *Teoria e Prática da intervenção*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 57.

⁸² Idem, p. 56.

2. A CRIMINALIDADE PÓS-MODERNA MODERNA E A CRISE DO DIREITO PENAL

2.1 A PÓS-MODERNIDADE COMO CARACTERÍSTICA DE UMA ÉPOCA

O presente trabalho focalizará seu debate em torno dos “novos” delitos, produto da sociedade pós-moderna, ou moderna como preferem alguns cientistas, dotados de características próprias, considerando o auxílio que proporcionará na compreensão dos problemas a serem enfrentados pelas ciências criminais na atualidade.

A pós-modernidade trata-se de um assunto recorrente na doutrina hodierna, tendo em vista o impacto desse tema em diversas áreas do conhecimento, inclusive no Direito.

Conceitualmente, pós-modernidade significa uma sociedade ou um tipo de condição humana, a qual ainda se mantém “eminente moderna nas suas ambições”. No entanto, está desprovida das antigas ilusões, diversa da antiga modernidade que Bauman denomina de “modernidade sólida” representada pela duração de sua realidade, distinta da “modernidade líquida” na qual tudo é efêmero.⁸³

É por isso que sugeri a metáfora da “liquidez” para caracterizar o estado da sociedade moderna: como os líquidos, ela caracteriza-se pela incapacidade de manter a forma. Nossas instituições, quadros de referência, estilos de vida, crenças e convicções mudam antes que tenham tempo de se solidificar em costumes, hábitos e verdades “auto-evidentes”. Sem dúvida a vida moderna foi desde o início “desenraizadora”, “derretia os sólidos e profanava os sagrados”, como os jovens Marx e Engels notaram. Mas enquanto no passado isso era feito para ser novamente “re-enraizado”, agora todas as coisas – empregos, relacionamentos, *know-hows* etc. – tendem a permanecer em fluxo, voláteis, desreguladas, flexíveis. A nossa é uma era, portanto, que se caracteriza não tanto por quebrar as rotinas e subverter as

⁸³ BAUMAN, Zygmunt. Entrevista com Zygmunt Bauman. *Revista Tempo Social*. Entrevistador: Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke. São Paulo: Departamento de Sociologia da USP, v. 16, n.1, jun. 2004, p. 321.

tradições, mas por evitar que padrões de conduta se congelem em rotinas e tradições.⁸⁴

De certo modo, para o presente trabalho pouco importa debater se a ciência do direito está na modernidade ou na pós-modernidade, o essencial concentra-se nas transformações sociais que tornaram a nossa existência marcada pela fluidez e nas consequências dessa realidade para as ciências criminais.

Apesar de Bauman afirmar a dificuldade existente em datar a modernidade, o autor chega a identificar seu início em meados do século XVII, em decorrência das transformações socioestruturais e intelectuais, atingindo seu apogeu com o Iluminismo e, por fim, foi marcada pelo desenvolvimento da sociedade industrial.⁸⁵

Enquanto Bauman intitula o atual cenário social como pós-moderno, outros sociólogos⁸⁶ definem tal conjuntura sob o título de modernidade reflexiva⁸⁷, asseverando que a “discussão sobre modernidade *versus* pós-modernidade tornou-se cansativa e, [...] acabou resultando pouco improdutiva”.⁸⁸ Seguindo esse entendimento, a importância reside nas características existentes na configuração da sociedade atual.

[...] em virtude de seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos [...]. Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva.⁸⁹

A modernidade, época marcada notadamente pelo capitalismo industrial e pelas revoluções, caracterizava-se pela constatação de que as ameaças para a vida humana eram

⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. Entrevista com Zygmunt Bauman. *Revista Tempo Social*. Entrevistador: Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke.

São Paulo: Departamento de Sociologia da USP, v. 16, n.1, jun. 2004, p. 322.

⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama, Cláudia Marinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 101-103.

⁸⁶ Sociólogos como Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash, dentre outros, destacando que há entre estes autores compreendem a modernidade reflexiva de maneira diversa, no entanto, abandonam a discussão existente entre modernidade *versus* pós-modernidade.

⁸⁷ ULRICH, Beck et al. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 07.

⁸⁸ Idem, *ibidem*.

⁸⁹ Idem, p. 12.

mais evidentes, os perigos “eram reais, palpáveis, e não havia muito mistério sobre o que fazer para neutralizá-los”.⁹⁰

De outra ordem são os riscos atuais, os quais não podemos sentir, apesar de estarmos vulneráveis, em grande medida, a suas consequências. Sendo assim, não se pode, por exemplo, ver os níveis de radiação e de poluição nem tampouco as relações de globalização sem controle político ou ético, que afetam “a vida dos indivíduos com um grau de incerteza e ansiedade sem precedentes”.⁹¹

Desse modo, pouco importa se denominamos a atual configuração social de pós-moderna ou de modernidade reflexiva, o fato de viver-se numa sociedade pautada pela insegurança, com relações difíceis de serem delimitadas, intitulada sociedade do risco, está presente nas duas denominações.

2.2 A SOCIEDADE DO RISCO COMO DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE MODERNA

Com a ascensão da classe industrial, iniciada no século XVIII, tinha-se como objetivo limitar e afastar o poder da nobreza, propiciando o fortalecimento da produção, do desenvolvimento tecnológico e conhecimento empírico. Essa conformação social industrial funda-se na razão e no progresso, frutos da secularização.

O industrialismo precisava incrementar o desenvolvimento produtivo, nesse contexto as guerras centravam-se na disputa por mercados e matérias-primas.⁹² Assim, o disciplinamento adquire contornos mais suaves em relação ao da revolução mercantil, na

⁹⁰ BAUMAN, Zygmunt. Entrevista com Zygmunt Bauman. *Revista Tempo Social*. Entrevistador: Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke.

São Paulo: Departamento de Sociologia da USP, v. 16, n.1, jun. 2004, p. 309.

⁹¹ Idem, *ibidem*.

⁹² ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 395.

medida em que “não se centra na programação de seleção de inimigos para eliminá-los, mas na submissão de massa e nações para incorporá-las à sua tecnologia e torná-las funcionais para o poder industrial”⁹³. Daí, a defesa burguesa por penas mais humanas, angariava partidários e limitavam o poder da nobreza há um só tempo.

Enquanto a classe burguesa se estabelecia no cenário mundial, a limitação do poder estatal ganhava força. Como a história apresenta-se de forma cíclica, após atingir seu apogeu o industrialismo quer alçar novos vãos e incrementar suas relações por meio da integração econômica, para tal desiderato há que se impor limites aos inimigos⁹⁴.

No século XX, manifestou-se abertamente a tendência legislativa a distinguir entre inimigos da sociedade e indisciplinados, com o objetivo de anular limites garantidores, [...] postulou-se o abandono dos limites e o retorno do inquisitorial. [...] A atual *etapa tecnológica* suscita equiparação salarial com os níveis mais baixos do planeta e desemprego estrutural para os restantes em um exercício do poder planetário (*globalização*) que se desloca dos estados para monopólios ou oligopólios transnacionais.⁹⁵ [Grifo do autor]

A transposição do período industrial para o da sociedade de risco se dá de forma paulatina e de maneira despercebida, acompanhando o dinamismo autônomo da modernidade construído historicamente e suplantando, aos poucos, as bases até então existentes, pois “é exatamente a abstração que produz e proporciona realidade à sociedade de risco”.⁹⁶

Por um lado, a sociedade ainda toma decisões e realiza ações segundo o padrão da velha sociedade industrial, mas, por outro, as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são obscurecidos por debates e conflitos que se originam do dinamismo da sociedade de risco.⁹⁷

À primeira vista o progresso técnico-econômico, produto de uma sociedade pós-industrial, apresenta-se como algo positivo que solucionará os problemas sociais e proporcionará uma melhor qualidade de vida, praticidade, inovação. Ao poucos, nota-se que o

⁹³ ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 395.

⁹⁴ Idem, p. 406.

⁹⁵ Idem, p. 403-407.

⁹⁶ ULRICH, Beck et al. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 17.

⁹⁷ Idem, p. 16.

progresso pode “se transformar em autodestruição”⁹⁸, ou, em outras palavras, modernidade reflexiva, aquela que não se compatibiliza com as bases da sociedade industrial.

Antes de mais nada, revela o fato de terem emergido como consequências implícitas do progresso tecnológico e industrial, sob uma perspectiva de aparente normalidade, e de logo terem passado a significar ameaças globais à humanidade. Esse desenvolvimento, por si só, desembocou em uma crise de legitimidade das instituições da modernidade e na emergência de um estado de indeterminação e insegurança⁹⁹.

Diferentemente dos perigos industriais, os riscos que envolvem a condição humana, no mundo das dependências da modernidade reflexiva, não podem deixar de ser notados, como também não podem deixar de ser minimizados quando notados.

Se antes os conflitos centravam-se na distribuição dos bens, atualmente eles foram encobertos pelos conflitos de distribuição dos malefícios (responsabilidade distributiva).¹⁰⁰

Conceitualmente, sociedade do risco reporta-se a “um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial”¹⁰¹. Apesar de ideário da razão emplacado pela modernidade, sua face de crueldade não foi excluída, visto que “a grande promessa de um mundo racional, civilizador e humanista, do século XVIII, sistematizada no século XIX, desvaneceu-se no século XX, quando a ciência e a cultura contribuíram para as grandes matanças e genocídios”.¹⁰²

Todas as transformações pelas quais a sociedade passa refletem-se em todos os institutos que a compõe; o direito, por seu turno, não se mostra imune a tais mudanças.

A sociedade brasileira não se apresenta de maneira diferente em relação às demais sociedades do mundo. A globalização opera em todas as áreas e em todos os lugares. Desse modo, o Brasil também busca mecanismos para enfrentar os perigos societários.

⁹⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 30.

⁹⁹ Idem, p. 38.

¹⁰⁰ ULRICH, Beck et al. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 17.

¹⁰¹ Idem, ibidem.

¹⁰² ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 647.

Não resta dúvida de que, conforme mencionado, em especial a crise ecológica e seu reconhecimento mundial após a conferência do Rio de Janeiro em 1992 abalaram “definitivamente” a ação e o pensamento dentro dos limites do quadro nacional-estatal. A sociedade mundial tomou consciência de sua própria existência após reconhecer o destino ecológico de sua comunidade sob a uma nova rubrica: “sociedade de risco mundial”.¹⁰³

As sociedades periféricas então se caracterizam pela relação: ausências de autonomia tecnológica e de elevado grau de liberdade econômica. O subdesenvolvimento apresenta-se, pois, através do desequilíbrio entre a assimilação dos avanços tecnológicos produzidos pelo capitalismo industrial e as inovações econômicas que incidem diretamente sobre o estilo de vida da sociedade.¹⁰⁴

O processo de globalização não se desenvolve de forma homogênea em todas as sociedades. Apesar de diferentes formas de manifestação da globalização, o Brasil passa por esse processo sem perder seus traços de país subdesenvolvido. A universalização interliga e estreita relações, mas não torna os Estados iguais.

As condições sociais, econômicas, políticas e dos cidadãos de um Estado revela-se como uma construção cultural que com o advento de globalização passa a se comunicar com outros Estados, mas a individualização ainda permanece.¹⁰⁵ É o que acontece em geral com as sociedades latino americanas.

2.3. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL

2.3.1. A sociedade de risco na era da globalização

¹⁰³ BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 67

¹⁰⁴ BOTELHO, André. *Ciência desenvolvimento e política: notas para um debate ainda atual*. Disponível em: <<http://paginas.terra.com.br/servicos/canilalfa/nusc/cd1.pdf>>. Acesso em 18 de dezembro de 2008 às 15:00.

¹⁰⁵ SOUZA, Jessé. *(Não) Reconhecimento e subcidadania, ou o que é "ser gente"?*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-4452003000200003&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em 05 de novembro de 2008 às 14:00.

A globalização apresenta-se como um fato marcado por mudanças no processo de produção de riquezas, nas relações de trabalho, no papel do Estado e na atuação do Direito. Exerce influência decisiva na caracterização da sociedade pós-moderna, na medida em que a universalização e a generalidade contribuem na formação dos riscos societários.

O fenômeno globalização não se limita ao seu sentido histórico, vai além de sua acepção ideológica, instância na qual a integração e o enlevar-se com o bem estar social adquirem relevância no panorama global.

Tal configuração exemplifica-se na constatação de que “a delinqüência da globalização é econômica em sentido amplo (ou, em todo caso lucrativa, ainda que se ponha em perigo outros bens jurídicos)”¹⁰⁶, abarcando o crime organizado, o narcotráfico, os crimes econômicos e tantos outros que surgem a cada dia.

Essa globalização econômica “tem exigido reformas estruturais que, de um lado, parecem enfraquecer o Estado: descentralização, agências regulatórias, poderes privados, delegação de competências, privatizações”¹⁰⁷. No entanto, esse “enfraquecimento” exhibe-se de forma circunstancial, na medida em que a globalização econômica da mesma maneira requer “Estados cada vez maiores (...). Simultaneamente, menos soberania e mais soberania?”¹⁰⁸.

Coexistem, paradoxalmente, na sociedade global o neoliberalismo e a crescente formação dos estados-nação, vivem lado a lado perspectivas antagônicas no sentido de uma maior integração e cooperação entre os países e estados-nação e, por outro lado, a necessidade de maior autonomia estatal decorrente da forte presença do liberalismo econômico.

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional*. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 09.

¹⁰⁸ Idem, p. 10.

Nessa cena universal, a sociedade produto da globalização identifica-se como uma sociedade de riscos, gerando um sentimento social de “insegurança”.¹⁰⁹ O risco, termo bastante recente e essencialmente moderno, tem na atualidade recebido especial atenção dos cientistas, na medida em que inúmeros estudiosos, na segunda metade do século XX, outorgam-lhe a qualidade de um hodierno paradigma que se firma na configuração da atual reprodução social. Entretanto a posição de destaque em que se encontra o risco no meio científico não se limita às ciências sociais, estendendo-se aos outros ramos do saber, como as ciências biológicas, tecnológicas, econômicas, dentre outras.

O estreitamento entre as diversas áreas do conhecimento propicia o surgimento de um campo fecundo para a interação e aprimoramento conceitual do risco, pois esse não está adstrito a uma parcela da sociedade, ao contrário expõe a natureza complexa da sociedade contemporânea e seus enfrentamentos.

Consoante ensinamentos de Beck, sociólogo da sociedade de risco, o nascimento da sociedade de risco remonta ao acidente nuclear de Chernobyl, pois até então, o perigo só existia para determinados grupos e classes - “aos outros” -, enquanto que atualmente o poder é o poder do perigo, universal e imprevisível¹¹⁰. Nesse caso, o risco reside na força produtiva da energia nuclear das relações sociais, as quais são alteradas diante da possibilidade de sua utilização.

Nessa realidade, ao Direito Penal passa a caber o controle de situações em que o agente pode destruir nada menos que o mundo inteiro.¹¹¹

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

¹¹⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad Del riesgo – Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998, p. 11.

¹¹¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 91.

Caracterizada por seus contatos anônimos e relações complexas, a sociedade de risco está presente “em todos os lugares, em todas as atividades e atinge a todos, de forma indiscriminada”.¹¹²

O avanço tecnológico, a prevalência de questões econômicas e a velocidade das informações refletem-se nas ações humanas que não mais se dirigem a um indivíduo, mas à coletividade, aniquilando as relações singulares e enaltecendo a universalidade¹¹³; logo, os riscos que eram certos e localizados passam a ser globais e indeterminados.

Dessa forma, de tema arrabalde, o risco social passa a ser o cerne da teoria social, alcançando posição de destaque devido à sua relevância. O risco, que outrora era encarado como o risco dos outros, passa a ser um risco de todos, e esses se sujeitam a viver em um mundo de ceticismo, de insegurança e de medo, resultado de uma economia “rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade”.¹¹⁴

As novas delinqüências representadas pelo crime organizado no seu mais amplo sentido, pela *ciber* delinqüência, pelo terrorismo, crimes ambientais dentre outros, geram no âmago da atual sociedade sentimentos de incerteza e impotência. Em outros termos, vive-se continuamente em risco devido aos efeitos nocivos, ainda desconhecidos, de inúmeras condutas.¹¹⁵

¹¹² LOPES JÚNIOR, Aury. (Des)Velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 139.

¹¹³ RODRIGUES, Fabíola Emilin. Direito Penal Ambiental e a Sociedade Atual. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 976.

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

¹¹⁵ Idem, p. 30.

2.3.2. A expansão do Direito Penal

Na seara do Direito Penal, o risco mostra-se como um item existente e vinculador do homem ao seu futuro¹¹⁶. Sendo assim, aquele “obedece a essas transformações, alterando suas formatações típicas e estendendo sua tutela para situações antes impensadas para esse modelo de regulação”.¹¹⁷ O Direito Penal busca acompanhar as transformações decorrentes do novo fenômeno social.

Dentre as principais características apontadas pela doutrina, concernente ao processo de globalização da sociedade tem-se: hegemonia política dos Estados Unidos, transformação do conceito de Estado-nação, surgimento dos organismos internacionais ou intergovernamentais, preponderância da democracia, desnacionalização como meta econômica, alteração na identidade social, múltiplas ameaças (enfermidades, catástrofes naturais, incremento da criminalidade), acentuadas desigualdades socioeconômicas e culturais, globalização financeira, revolução digital e a profunda transformação do direito¹¹⁸.

Inserido nessa teia de transformações sociopolíticas o direito penal da globalização tende a se modificar, na intenção de acompanhar a evolução da sociedade, buscando a doutrina identificar quais são as tendências político-criminais do direito penal na sociedade globalizada.

Se Beck define reflexividade como confrontação da sociedade consigo mesma, podemos afirmar que as mudanças do direito penal na nova ordem do risco integram esse mesmo processo. Trata-se da confrontação do direito penal da sociedade do risco com os próprios pressupostos da racionalidade penal¹¹⁹.

¹¹⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 15.

¹¹⁷ Idem, *Ibidem*.

¹¹⁸ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal na era da globalização*. Série as ciências criminais no século XXI; v.10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 17-19.

¹¹⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 202.

Em virtude do incremento das relações entre países, a criminalidade não se furtou de tal influência e adquire nuances internacionais (descaminho, evasão de divisas), tendendo a haver uma descriminalização desses delitos em prol do desenvolvimento do processo de globalização, em contrapartida, “outros crimes terão vigência, mas sua perseguição será (claramente) seletiva”.¹²⁰

Não podendo ser diferente, há uma forte inclinação no sentido de haver uma política criminal globalizada, direcionada ao trato para com os delitos transacionais, fazendo com que as reações penais sejam mais efetivas, é que vem sendo aplicado para o delito de tortura¹²¹, que adquire contornos globais.

Da mesma forma que as relações sociais se aperfeiçoaram, a criminalidade também se modificou ostentando um caráter globalizado. O crime, os criminosos, as vítimas e todos os elementos que circundam o fenômeno criminoso estão globalizados.

Na era da globalização alguns delitos internacionalizaram-se e os bens jurídicos e as vítimas estão se globalizando. As comunidades locais, assim como alguns movimentos internacionais, diante da insegurança gerada ou incrementada pelo processo de globalização, tendem a pedir (cada vez mais) a intervenção do Direito Penal.¹²²

A sociedade globalizada paulatinamente demanda a proteção a bens necessários à vida de todos e não somente os bens individuais, uma vez que os bens difusos causam uma modificação na atual conceituação de bem jurídico difundido na doutrina penal, esse também é globalizado¹²³.

Os efeitos de várias ações novas revelam-se incertos, “daí o recurso cada vez mais freqüente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata ou

¹²⁰ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal na era da globalização*. Série as ciências criminais no século XXI; v.10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

¹²¹ Idem, p. 20.

¹²² Idem, p. 26.

¹²³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 203.

formalista”¹²⁴, sem contar na “tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão”¹²⁵. Desse modo, o Direito como instrumento de proteção de bens juridicamente relevantes necessita lidar com o surgimento de novos bens “indefinidos” a serem preservados.

As relações decorrentes da sociedade do risco apresentam-se interligadas, ao mesmo tempo em que se mostram desconhecidas, resultando numa gradativa substituição das ações individuais por ações coletivas. O reflexo dessas interconexões incide na delinqüência, exigindo uma mudança no modelo de delito para a construção dogmática fundada nos riscos societários¹²⁶.

Ao contrário dos antigos riscos sociais enfrentados (enchentes, terremotos, etc.), os atuais riscos sociais diferenciam-se daqueles, na medida em que esses são inesperados e incalculados. Floresce na sociedade global um risco geral e ilimitado. As novas ameaças extrapolam os limites espaciais e sociais e também excedem limites temporais, com efeitos na maioria das vezes irreversíveis. Há que se lidar com um risco real universal. É o que Beck classifica como glocalidade (global e local).¹²⁷

Os riscos vigentes fundamentam-se no campo da ação operacional do homem e não mais como fruto da causalidade. Assim, os riscos adquirem relevância para o Direito Penal, pois a dogmática atual necessita constantemente de reparos para que se adapte às novas criminalidades que aportam, como os crimes contra a ordem tributária e o meio ambiente.

Para elucidar tal cenário, Aury Lopes expõe que:

As atuais formas de degradação do ambiente atingem a todos indistintamente, ou seja, não há que se considerar qualquer tipo de barreira social ou geográfica como meio de proteção contra tais perigos. Os gases

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

¹²⁵ Idem, *Ibidem*.

¹²⁶ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 119.

¹²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. (Des)Velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 142.

poluentes emitidos pelos automóveis que circulam nas grandes cidades atingem da mesma forma ricos e pobres, causando-lhes os mesmos problemas circulatórios. (...) o risco, a incerteza e a insegurança estão em tudo.¹²⁸

Por não se restringir aos riscos naturais e ecológicos, o risco societário está estendido a todos os âmbitos. O Direito, por seu tempo, não se encontra imune aos riscos sociais, além de ser visto pela sociedade como uma ferramenta de se alcançar a tão ansiada proteção.

Diante desse quadro “os tipos penais de perigo, as normas penais em branco, em suma, a tipicidade aberta deriva deste quadro”¹²⁹ e como resultado da generalização jurídica “a tipicidade penal fechada não é capaz e comportar todas as várias possibilidades (complexidade) de comportamentos que devem ser evitados”.¹³⁰

Ulrich Beck identifica, dentre os diferentes riscos globais, os dos danos ecológicos decorrentes da riqueza e do desenvolvimento técnico-industrial, que se destaca não apenas por interferir no desenvolvimento moderno, mas por possuir uma estreita relação com a pobreza, pois, de uma “análise integrada das formas de povoamento e alimentação, desaparecimento de espécies e recursos genéticos, indústria e colonização humana indica que todos estes fatores estão interligados e não podem ser tratados separadamente”.¹³¹

[...] os chamados riscos globais abalam as sólidas colunas dos cálculos de segurança: os danos já não têm limitação no espaço ou no tempo – eles são globais e duradouros; não podem mais ser atribuídos a certas autoridades – o princípio de causação perdeu a sua eficácia; não podem mais ser compensados financeiramente – é inútil querer se garantir contra os efeitos de um *worst case* da ameaça em espiral. Não existem, portanto, quaisquer planos de prevenção para o pior dos casos.¹³²

¹²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. (Des)Velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 143-146.

¹²⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 17.

¹³⁰ Idem, *Ibidem*.

¹³¹ BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 80.

¹³² Idem, p. 83.

A comunidade posiciona-se de tal forma que se apresenta incapaz de lidar com os riscos, tanto os conhecidos como os desconhecidos, além dos inimagináveis. Em todo caso, “a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação”¹³³ é premente. Entretanto, tal afirmação não pode levar ao entendimento de que “o medo da criminalidade é criado pelos meios de comunicação ou pelas instituições públicas”¹³⁴, na verdade apenas acentuam a insegurança existente.

Sem saber como se proteger, nem como reduzir os danos causados pelos riscos inerentes à sociedade, a comunidade “supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”¹³⁵ à pretensão social.

Para Zaffaroni na terceira velocidade do direito penal há uma criminalização num um estado prévio de lesão ao bem jurídico, deixando de lado a conversão de injustos penais em administrativos, é o que se dá com delitos acumulativos, uma representação da antecipação punitiva¹³⁶.

Constata-se nitidamente a posição passiva que a sociedade adota ante aos riscos advindos da pós-industrialização, a parcela ativa da sociedade, cada vez mais, vive no ostracismo e aquiesce com o limite doutrinário denominado “risco permitido”.¹³⁷

Silva Sánchez menciona que “na sociedade de sujeitos passivos existe também resistência psicológica ante a aplicação do caso fortuito”¹³⁸, ou seja, há sempre um responsável, um culpado.

O papel do Direito passa a ser de assumir a responsabilidade de fornecer respostas às novas demandas, aos novos riscos. As forças geradas no século XX, fruto da economia

¹³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

¹³⁴ Idem, p. 39.

¹³⁵ Idem, p. 40.

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 957.

¹³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

¹³⁸ Idem, p. 44.

tecnocientífica aparecem agora suficientemente grandes para destruir o meio ambiente, as fundações materiais da vida humana: a sociedade não sabe para onde está indo¹³⁹ e por isso clama pela hiper-responsabilização do sujeito ativo que pode propiciar e, efetivamente, propicia a conformação de uma legislação penal simbólica¹⁴⁰ em certa medida como se dá no Direito Penal do Inimigo.

O discurso repressivo eclode na sociedade que convive diariamente com o risco, de modo que todos figuram como vítimas potenciais (sociedade como sujeito passivo), gerando uma crescente pregação da insegurança.¹⁴¹

A cronologia do Direito não condiz com o tempo da sociedade. Esse representa formas sistematicamente diversificadas de enfrentar os perigos e as incertezas induzidas e introduzidas pelo próprio processo de modernização. Depara-se com tamanhas tecnologia e evolução e, em contrapartida, submete-se constantemente aos riscos societários, em defesa de uma “melhoria” no desenvolvimento sócio-econômico.

O contexto espelha, então, o medo generalizado da sociedade criada pelo avanço tecnológico, a qual clama por mais segurança e pensa, erroneamente, que essa segurança pode ser oferecida pelo Direito, especialmente pelo Direito Penal.

Diante da complexidade existente no seio da sociedade de risco, o sistema penal passa a desempenhar a função exclusiva de garantir a confiança nas pessoas que interagem de maneira anônima.¹⁴² A passividade social, coligada à carência de confiança a cerca da conduta do outro, produz uma desmedida esperança normativa de que o sistema penal não será transgredido.

¹³⁹ HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das letras, 1995. p. 562.

¹⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

¹⁴¹ Idem, p. 50-57.

¹⁴² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 88.

Desse modo, a simples realização de uma conduta qualificada como risco proibido permite a incidência da norma penal sancionatória, principalmente diante dos crimes de perigo, que ganham cada vez mais espaço em detrimento dos delitos de resultado. A dogmática hodierna sofre alterações ao passo que:

A sociedade de risco encerra uma etapa da vida da tipicidade do Direito Penal, e na existência de vácuo, coloca sorrateiramente em seu lugar uma nova forma de positivação que não pede licença, e apenas aos poucos vai sendo percebida pelos expectadores que vislumbram o cotidiano com as estruturas de outrora. A função de garantia já não se coloca tão precisa quanto antes. As despem-se de clareza e de certeza, dando espaço aos tipos penais abertos e à maior incidência das chamadas normas penais em branco.¹⁴³

Assim, a formulação recorrente de tipos de perigo termina por proporcionar uma sensação de insegurança, por outro lado, pode ser um caminho trilhado para superar as dificuldades resultantes da expansão penal.

2.3.3 O Direito Penal da globalização

O direito penal da sociedade globalizada apresenta características próprias na medida em que precisa enfrentar uma nova realidade, lidar com novos crimes e com o incremento dos já existente. Isto resulta num direito penal que enaltece a figura dos crimes de perigo abstrato, renuncia a diversos postulados clássicos, eclosão de novos tipos penais e agravamento de penas, dentre outros¹⁴⁴.

Na medida em que os riscos são identificados passa-se a buscar a tutela penal, visando prevenir a ocorrência do risco, daí o importante papel da política criminal na atualidade, pois “é seu dever encontrar uma correta compreensão do risco na sociedade

¹⁴³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 89.

¹⁴⁴ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 94.

contemporânea, o que implicará a restrição de sua atividade criminalizadora, já que vem sendo usado apenas como uma visão psíquica alarmante”¹⁴⁵.

Característica também marcante do direito penal na sociedade do risco reside no incremento das penas atribuídas a delitos clássicos. A legislação brasileira está repleta de exemplos que demonstram essa tendência, foi o que aconteceu com os crimes hediondos, que tiveram suas penas aumentadas de forma considerável¹⁴⁶.

Nesse panorama defende-se a ampla utilização dos delitos de perigo abstrato, ações que não causam dano, mas expõe determinado bem jurídico há um perigo de lesão. O perigo representa uma função dogmática para o direito penal, servindo de importante instrumento de adequação a proteção de delicados bens jurídicos escolhidos para serem tutelados previamente, independentemente de violação efetiva¹⁴⁷.

[...] tendência de criminalização em âmbito prévio, cujo principal instrumento é o uso crescente das incriminações de perigo e, em maior medida, dos tipos de perigo abstrato, que são por excelência categorias voltadas à antecipação da intervenção penal estatal. Os tipos de perigo diferem dos de dano pois retratam uma conduta típica que, para se consumar, prescinde da produção do resultado lesivo ao bem jurídico, implicando simplesmente uma possível ameaça de produção de tal efeito.¹⁴⁸

A normatividade penal contemporânea também dá preferência à proteção normativa de bens jurídicos supraindividuais, pois dos riscos tecnológicos e de suas consequências macrosociais direcionam a preocupação da sociedade à tutelar os direitos universais ou coletivos, atuando o direito penal¹⁴⁹, como por exemplo o bem jurídico ambiental.

¹⁴⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 234-235.

¹⁴⁶ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal na era da globalização*. Série as ciências criminais no século XXI; v.10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

¹⁴⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 117.

¹⁴⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 129.

¹⁴⁹ Idem, p. 102-103.

Se, anteriormente, o tipo culposo não possuía destaque no direito penal, em decorrência de sua importância na sociedade, passou a ganhar realce no sistema punitivo, posto que na atualidade, os tipos de perigo abstratos e protetores de direitos universais, tentam demarcar o direito penal da sociedade do risco¹⁵⁰.

[...] a proteção penal de bens universais, valorados como essenciais ao desenvolvimento da sociedade contemporânea, é viabilizada mediante a utilização de alguns mecanismos de incriminação característicos das novas áreas de regulação penal, que partem da normatização extrapenal e a trazem para o campo do ilícito criminal[...]¹⁵¹

Na atualidade, existe uma tendência em tipificar por meio de normas penais em branco e tipos abertos, resultando, de certo modo, em uma administrativização do direito penal ao permitir que o tipo penal seja complementado por fatores externos.

[...] as leis penais em branco são terminantemente uma questão legislativa [...] remetendo-se, assim, para outros dispositivos para a sua individualização [...] o emprego de leis penais em branco tem-se justificado em razão da existência de bens jurídicos cuja integridade depende de *circunstâncias conjunturais*, ou seja, face a existência de determinadas matérias vinculadas a setores dinâmicos e condicionada a circunstâncias histórico-sociais concretas, que produzem novos dados ou combinam outros, nos quais o emprego de leis penais em branco mostra-se profícuo. [grifo do autor]¹⁵²

Considerando que os riscos contemporâneos são universais, catastróficos, totais ou parcialmente imprevisíveis, outorgando ao direito penal proporcionar a segurança. Para tutelar os novos bens jurídicos advindos dos riscos flexibilizam-se as garantias penais, “na medida em que estas são consideradas como um obstáculo ou entrave”¹⁵³ à utilização do direito penal na proteção dos riscos moderno.

Diante do reclame social pela proteção de novos bens jurídicos, principalmente os intitulados de bens universais, desencadeia a elaboração de vários novos tipos penais de conteúdo extremamente vago, em razão da complexidade dos bens jurídicos de caráter

¹⁵⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 101.

¹⁵¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 118.

¹⁵² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Jurídica, 2004, pp. 76 e 191.

¹⁵³ Idem, p. 190.

universal¹⁵⁴, ou seja, o recurso a normas penais em branco e tipos abertos resulta inevitável ante à necessidade de proteção.

A inserção de novos tipos penais não se dá de outra forma, senão, pela edição de novas leis e alteração das já existentes. O desenvolvimento social se dá de forma mais acelerada que a elaboração de leis; sendo assim, a sociedade seduzida pela idéia generalizada de insegurança clama por leis. Os conclames sociais são atendidos através da elaboração de leis circunstanciais direcionadas a fenômenos efêmeros que se renovam¹⁵⁵, gerando um ciclo vicioso de reclame social e elaboração legislativa.

A produção legislativa do direito penal globalizado não busca solucionar de forma duradoura os problemas e riscos sociais. Tem-se a impressão que o intento dessa legislação penal é sanar os efeitos dos problemas de forma momentânea, residindo a falha no esquecimento quanto às causas geradoras dos problemas e riscos. Assim, a produção legislativa não é produto “de uma conseqüente política criminal, mas antes erupções desordenadas e motivadas por casos pontuais, quer da vida nacional, quer da vida internacional”¹⁵⁶.

O avanço das forças produtivas apresenta contradições se o compararmos com o sistema penal, promovendo a sociedade de risco uma desestruturação dos controles tradicionais, imersos em incertezas e questionamentos que não retrata a realidade do momento, mas um instante anterior¹⁵⁷.

De um lado, a dogmática como categoria científica de juízos certos, precisos e orgânicos parece cada vez mais distanciada da realidade social enquanto aparato teórico apto à efetivação do controle e previsibilidade do comportamento, na medida em que se restringe ao universo do *positivismo* ou *idealismo*. De outro lado, as decisões, no anseio desesperado deste

¹⁵⁴ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 191.

¹⁵⁵ COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 92.

¹⁵⁶ Idem, p. 93.

¹⁵⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 82.

mesmo controle, assumem um julgamento tanto mais arbitrário quanto lastreado em uma tida e suposta “*opinião pública*”, que, de forma ambivalente, ao mesmo tempo em que critica a ciência penal, por entendê-la distante e diletante, a utiliza como mero argumento de convencimento para decisões pré-determinadas, dissimulando-a e descontextualizando-a¹⁵⁸.

Observado o anseio social por respostas aos novos problemas sociais, acaba havendo a penetração da opinião pública nas bases da ciência penal, contribuindo para a dogmática penal. As mudanças no tipo penal se dão de maneira gradativa como resultado da própria constatação dos riscos que envolvem os homens e as soluções oferecidas¹⁵⁹.

Tendência marcante na criminalidade globalizada é o incremento no rigor dispensado no tratamento de determinados crimes, principalmente a pequena e média criminalidade. Em outras palavras, essa característica serve de emblema para o movimento de “tolerância zero”, implementado inicialmente em Nova Iorque, defendendo que toda e qualquer infração corresponda uma pena, por menor que seja, tornando o convívio social viável¹⁶⁰.

A concepção de tutela jurídico-penal, adotada pela sociedade de risco, exprime-se por meio de bens jurídicos difusos inseridos em tipos de perigo. Aponta-se, como uma das grandes inovações referente aos problemas da sociedade moderna, o surgimento do delito de perigo. Ademais, não restaram prejudicadas as mudanças atinentes à forma de tratamento típica da delinquência mais recorrente nas legislações penais e historicamente destinadas às classes mais baixas¹⁶¹.

Ao se analisar a legislação nacional, logo se notará que existe uma considerável quantidade de leis relacionadas às questões patrimoniais. Conseqüentemente, o sistema

¹⁵⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 83.

¹⁵⁹ Idem, p. 89.

¹⁶⁰ COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 95.

¹⁶¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 113.

jurídico identificará sua “população alvo naquelas pessoas desprovidas deste mesmo bem”¹⁶², qual seja, o patrimonial.

Com estas premissas, é notório nos países periféricos o aumento da criminalidade na sociedade de risco (bem como seu potencial de violência empregada). As fronteiras sociais de suscetibilidade ao crime de massa se rompem continuamente na medida da impossibilidade de proteção pessoal¹⁶³.

As alterações dos padrões da atividade industrial, criando o paradigma que propõe o incremento das relações sociais, em decorrência da influência gerada pelo desenvolvimento da tecnologia, geram a contradição que aponta a ineficiência do sistema penal globalizado não apenas em relação à velha criminalidade de massa, em extensa escala global, como também com os novos padrões de delinquência¹⁶⁴.

O fenômeno da globalização, juntamente com os avanços tecnológico e científico, vem transformando a sociedade moderna em uma sociedade ameaçada por riscos. Para acompanhar as mudanças, o direito penal transmuda-se, abandonando alguns postulados e institutos para adotar tantos outros que refletem a perspectiva do risco¹⁶⁵.

Com efeito, a criminalidade globalizada exhibe-se eminentemente organizada em sentido amplo, ao tempo em que se internacionaliza. Outra nota característica dessa criminalidade organizada reside na sua forma de estruturação, de maneira hierarquizada e com elevado grau de organização¹⁶⁶.

Materialmente, a criminalidade organizada realiza atividade econômica, resultando consequências danosas graves, no âmbito econômico, político e social. Trata-se de

¹⁶² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 114.

¹⁶³ Idem, p. 116.

¹⁶⁴ Idem, p. 120.

¹⁶⁵ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 12, nº 46, p. 73-93. jan.-fev. 2004.

¹⁶⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 282.

uma criminalidade dos poderosos, que antes era desenvolvida de forma localizada, agora adquire *status* internacional¹⁶⁷.

[...] surge um mercado de bens e serviços ilegais que coexiste com o mercado global. O crime adquiriu uma enorme capacidade de diversificação, organizando-se estrutural e economicamente para explorar campos tão diferentes quanto o jogo, o proxenetismo e a prostituição, o tráfico de pessoas, de droga, de armas ou de veículos ou o furto de obras de arte, aparecendo invariavelmente o branqueamento de capitais como complemento natural dessas actividades¹⁶⁸.

Percebe-se a globalização de diversos delitos, o terrorismo é um deles. Suas fronteiras não se limitam a um Estado, ele globalizou-se e “tomou conta da cidade-mundo: é autônomo, não-piramidal, nómada e em rede”¹⁶⁹.

Importante tutela penal contemporânea refere-se ao bem jurídico ambiental, nascido do avanço tecnológico e predador da sociedade pós-industrial. Traço marcante desses delitos é o fato de ser coletivo, entretanto, não se busca tutelar apenas os elementos do ecossistema, “mas a vida e a saúde humanas diante dos perigos de deterioração ambiental”¹⁷⁰.

Independentemente do bem jurídico meio ambiente ser considerado em si mesmo ou em relação à pessoa humana, o que não se contesta é o seu elevado grau de abstração. Nesta esteira, o bem jurídico ambiental, quando contemplados em tipos penais, terminam por não apresentarem um conteúdo de desvalor que justifique a intervenção penal¹⁷¹.

Em alguns casos, o viés estritamente formalista das imputações decorre da necessidade de coibir condutas que, se praticadas massiva ou cumulativamente, poderão acarretar risco ou lesão ou bem jurídico. Trata-se em um certo sentido, de gerir o bem jurídico meio ambiente a partir de uma visão global e sistêmica.¹⁷²

¹⁶⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 283.

¹⁶⁸ Idem, p. 284.

¹⁶⁹ Idem, p. 285.

¹⁷⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 119.

¹⁷¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 123.

¹⁷² Idem, p. 124.

A existência de delitos ambientais reforça as características da sociedade de risco, não mais se concebendo, hodiernamente, a idéia de que os riscos para a existência adviriam de acontecimentos naturais ou de ações humanas certas e determinadas. Na sociedade massificada e global, as ações humanas são anônimas e os riscos são globais, podendo, inclusive, “serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como conseqüência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*”¹⁷³.

Diante dessa diversidade criminal, o apoio da opinião pública à repressão a criminalidade organizada tende a ser mais abrangente e incisivo na luta contra o crime, indicando mais uma das características dessa complexa sociedade de riscos. O suposto consenso na luta contra a criminalidade organizada e de massa justificaria uma punição¹⁷⁴.

O facto de se estar perante uma criminalidade muito grave, de efeitos danosos avultadíssimos e cuja violência é bem conhecida, convoca um discurso de encurtamento dos direitos, liberdades e garantias do delinqüente, pretendendo-se que o respeito pelos direitos fundamentais é, em larga medida, inconciliável com a eficácia da perseguição deste tipo de criminalidade¹⁷⁵.

Nesse sentido, a sociedade de risco ostenta uma criminalidade complexa; em contrapartida, há de existir um direito penal complexo, capaz de lidar com as novas expectativas sociais. Assim, para acompanhar as mutações sociais o direito penal permite a alteração de seus corolários clássicos¹⁷⁶.

Inserido nesse panorama caótico, vivenciado pelo direito penal contemporâneo, emerge o denominado Direito Penal do Inimigo elaborado por Jakobs, o qual bem se desenvolve com a já mencionada sociedade de risco, na medida em que defende a antecipação

¹⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: RT, ano 09, nº 33, p. 39-66. jan.-mar. 2001.

¹⁷⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 288.

¹⁷⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 120.

da tutela penal e postula que as condutas até então consideradas como atos preparatórios sejam tipificadas¹⁷⁷. Entende-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo transmuta os atos referentes à preparação de tipos de resultado em tipos penais autônomos.

A subsidiariedade altera sua dinâmica construindo um direito penal de “*prima ratio*”, estendendo a máxima tutela do Estado a bens jurídicos sequer pensados como objeto de defesa através da criminalização, ou ampliando as punições às condutas prévias à presumida lesividade destes mesmos bens, conforme o agora denominado direito penal do inimigo.¹⁷⁸

O Direito Penal do Inimigo que gradativamente ganha espaço no âmbito jurídico e, no mundo acadêmico como um todo, apresenta-se como produto da expansão do direito penal e das mudanças sociológicas trazidas pelo risco pós-industrial, além do que se caracteriza como um direito que extirpa a esfera privada do indivíduo, intitulado de inimigo. Esse é selecionado pelo simples fato de representar uma ameaça ao ordenamento vigente, por meio de instrumentos vagos e indefinidos¹⁷⁹.

Enfim, é num cenário globalizado, no qual o direito penal vem ganhando novos contornos, que nasce o direito penal do inimigo, considerando que a criminalidade pós-moderna não pode ser enfrentada com a dogmática clássica.

¹⁷⁷ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 127.

¹⁷⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 89.

¹⁷⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 129.

3. AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

3.1. A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

O Direito Penal e as outras ciências acompanham inexoravelmente as transformações que conduzem a sociedade, tendo o direito, muitas vezes, o papel de responder às questões que nascem decorrentes dessas mudanças sociais.

Diante dessa realidade global surge a formação de um “direito penal de três velocidades”, particularizado pelas mudanças da sociedade moderna pós-industrial, como a globalização econômica-política e a integração supranacional que visa à universalização social.

Conforme leciona Prittwitz, o Direito Penal do Inimigo mostra-se como sendo uma consequência fatal do Direito Penal de uma sociedade do risco, identificando -se com a terceira velocidade do direito penal¹⁸⁰.

A dicotomia enfrentada pelo direito encontra-se entre um direito penal mínimo e rígido e um direito penal amplo e flexível. Para explicar a coexistência entre esses direitos, Silva Sánchez, elaborou a entidade das “velocidades do Direito Penal”.

A primeira velocidade mostra-se simbolizada pelo Direito Penal “da prisão”, onde se acha presente uma posição garantista que preserva integralmente os princípios políticos-criminais clássicos, além de manter rigidamente as regras de imputação e os princípios processuais. Há nessa velocidade uma conservação dos ideais liberais, em compensação as

¹⁸⁰ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n.º 47, p. 31-45. mar./abr., 2004.

sanções aplicadas são mais gravosas, ou seja, as penas infligidas são as privativas de liberdade¹⁸¹.

Essa primeira velocidade pauta-se em um modelo penalista clássico, expresso na idéia de prisão, mantendo rigidamente os princípios político-criminais iluministas¹⁸².

No tocante a segunda velocidade do Direito Penal, que não aborda a pena de prisão, aparenta-se voltada para casos de restrições de garantias, portanto, representa-se pela flexibilização das garantias clássicas do direito penal e processual, a maleabilidade dos princípios e regras resultam em uma menor intensidade de sanção, quais sejam, pena de privação de direitos ou pecuniárias.¹⁸³

A rápida aplicação da lei penal não corresponde, na segunda velocidade do direito penal, não corresponde a uma eliminação dos direitos e garantias fundamentais¹⁸⁴.

Silva Sánchez, projetor das “velocidades” do Direito Penal, resume-as afirmando que:

Na medida em que a sanção seja a de prisão, uma pura consideração de proporcionalidade requereria que a conduta assim sancionada tivesse uma significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; ao mesmo tempo, seria procedente – exatamente pelo que foi aludido – manter um claro sistema de imputação individual (pessoal). Mas, vejamos, na medida em que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal; e a imputação tampouco teria que ser tão abertamente pessoal. A ausência de penas ‘corporais’ permitiria a flexibilizar o modelo de imputação¹⁸⁵.

Diante dessa acepção de “velocidade” o Direito Penal converte-se na abdicação verdadeira à teoria do delito como teoria regular e geral do ilícito penal e de outra parte supõe

¹⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

¹⁸² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 230.

¹⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

¹⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 32.

¹⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 146-147.

uma suspensão das garantias, na medida em que se vincula à gravidade do delito e as conseqüências penais. Há uma mobilidade das garantias.¹⁸⁶

Flexibiliza-se garantias penais e processuais em detrimento de penas não privativas de liberdade, aplicando penas restritivas de direito ou pecuniárias¹⁸⁷, é o tratamento dispensado aos delitos de menor potencial ofensivo¹⁸⁸.

De toda maneira o penalista Silva Sánchez prescreve a existência de uma terceira velocidade do Direito Penal, acrescida as duas supracitadas velocidades, partindo do questionamento “se é possível admitir uma ‘terceira velocidade’ do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”¹⁸⁹.

Em outros termos ao indagar-se a possibilidade de flexibilizar as garantias e, por conseguinte aplicar penas mais severas, Sánchez então constata que o chamado “Direito penal do inimigo” guarda relação direta com a terceira velocidade do Direito Penal.¹⁹⁰

O referido autor avança em suas conclusões e assevera que o Direito penal do inimigo, disseminado por Jakobs, “existe já, em ampla medida no direito penal socioeconômico¹⁹¹”, identificado pelo alargamento da punibilidade e pela antecipação da atuação do direito a um instante anterior a produção do feito, tudo isso dirigido a algumas delinqüências decorrentes principalmente da sociedade moderna, tais como, a criminalidade

¹⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 146.

¹⁸⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 231.

¹⁸⁸ Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 – Artigo 62: O processo perante o Juizado Especial orientar-se-ão pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e **celeridade**, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena **não privativa de liberdade** [Grifei].

¹⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

¹⁹⁰ Idem, *ibidem*.

¹⁹¹ Idem, p. 149.

econômica, o terrorismo, o crime organizado, o narcotráfico¹⁹², dentre outros, que possuem como traço comum a habitualidade, a “profissionalização”, a estruturação e a reincidência.

O incremento da criminalidade, como se dá com o crime organizado, o terrorismo e outros crimes afins, incentivam a adoção de novos mecanismos dogmáticos e processuais típicos de uma “legislação de combate”¹⁹³, ensejando a criação de um modelo de Direito Penal do Inimigo, redutor de garantias e aplicador de penas severas.

Compactuando o entendimento primário de Jakobs, Sánchez advoga que frente à dureza do direito penal do inimigo, a terceira velocidade somente pode ser empregada em situações extraordinárias e por tempo restrito.¹⁹⁴ Por conseguinte, nas afirmações do autor ela não pode:

Manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de um “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação¹⁹⁵.

É imprescindível salientar que embora Sánchez tenha detectado a terceira velocidade do direito penal como sendo o Direito penal do inimigo, ele rechaça a sua necessidade e eficácia, pelo motivo de haver uma “reação defensiva de fato perante sujeitos ‘excluídos’”¹⁹⁶, assim o direito pode ser utilizado para exclusivamente para sancionar pessoas e não reprimir delitos, violando, dessa maneira, os fundamentos do Estado de Direito.

¹⁹² JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35.

¹⁹³ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 232.

¹⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 150.

¹⁹⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁶ Idem, p. 151.

Trata-se de um direito penal do autor no qual a pena está visceralmente ligada à subjetividade do indivíduo, sendo suficiente que o objeto da sanção penal seja o referido autor.¹⁹⁷

Esse direito se funda em determinadas qualidades do autor, sendo esse responsável em absoluto por todos os feitos, sendo inclusive sancionado para o resto de sua vida e pelos perigos que se esperam do mesmo. Nesse diapasão aceitar um direito penal do autor representa a outorga de poderes ilimitados ao Estado, favorecendo-se assim uma concepção totalitária do mesmo, inclinada a perenizar e estabilizar esse direito.¹⁹⁸

Nesse diapasão, o Direito Penal do Inimigo identifica-se com o Direito penal de terceira velocidade representado pela adoção do modelo clássico (primeira velocidade), no que tange a pena de prisão, e se somando à flexibilização de garantias penais e processuais (segunda velocidade). Ou seja, mitigar garantias e aplicar penas privativas de liberdade.

Nesse cenário persiste a indagação se a terceira velocidade do direito penal seria um momento inevitável.

3.2 A PRESEENÇA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS SISTEMAS JURÍDICOS¹⁹⁹

3.2.1. A compleição do Direito Penal do Inimigo em diversos ordenamentos jurídicos do mundo

¹⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

¹⁹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁹ Este trabalho não tem o objetivo de esgotar a discussão sobre a constitucionalidade, legalidade ou eficiência do Direito Penal do Inimigo, mas apenas indicar onde se percebe a sua presença, mesmo que apenas de forma fragmentária, nos diversos ordenamentos jurídicos existentes, ainda que não oficializados.

O Direito Penal do Inimigo se ilustra de múltiplos exemplos e, para melhor compreendê-lo, faz-se indispensável analisar a sua presença em diversos sistemas jurídicos. Permeia-se ao longo da história a existência de vários ordenamentos preconizadores da teoria do inimigo, entretanto nos ateremos a examinar as situações jurídicas surgidas no seio da expansiva sociedade do risco.

No decurso do século XX, os períodos marcados por grandes crises econômicas, política e social, os momentos de guerra, pós-guerra e de ditaduras, de um modo geral, servem-se de leis excepcionais derogadoras dos princípios norteadores do Estado de Direito e dos princípios liberais proclamados nos acordos e declarações internacionais acerca dos direitos humanos.²⁰⁰

De certa maneira, o Direito Penal do Inimigo dá margem à legitimação dos excessos cometidos pelos sistemas autoritários, como similarmente aconteceu com os governos totalitários de Hitler, Mussolini, Franco e com as ditaduras militares na América Latina. Saliente-se que, apesar de ser uma teoria “nova”, suas idéias já eram presentes em inúmeros doutrinadores, obviamente com uma configuração diversa, como por exemplo o Direito Penal do autor adotado por Mezger.²⁰¹

Operaram-se, então, grandes mudanças nos diversos sistemas jurídicos, intensificadas pela pressão através dos meios de comunicação e por meio da opinião pública, na intenção de lutar internacionalmente contra o terrorismo e o crime organizado. Isto se deu a partir dos graves atentados terroristas como os ocorridos em 11 de setembro, na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, no ano de 2001; em dezembro de 2003, na cidade de Bali, na Indonésia; em 11 de março de 2004, na estação da cidade de Madri, na Espanha; e em julho de 2005, no metro de Londres, na Inglaterra.

²⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho Penal do Inimigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 27.

²⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Obra que aborda a questão político-criminal nacional-socialista e o envolvimento de Mezger com ela.

Nos EUA, logo após os atentados terroristas às torres gêmeas de Nova Iorque e ao Pentágono, foram criados tribunais militares de exceção, denominados de "comissões militares" instituídos explicitamente para julgar os suspeitos de terem colaborado com os grupos Al-Qaeda e Talibã, autores dos atentados.

De acordo com o Pentágono, esses detidos qualificados como “combatentes inimigos” não usufruem os direitos consignados em acordos internacionais. Atualmente poucos até agora, foram formalmente acusados.²⁰² Desse modo, a ocupação militar americana no Iraque e no Afeganistão representa, literalmente, os preceitos descritos por Jakobs.

O inimigo dos norte-americanos passa a ser simbolizado na figura dos fundamentalistas islâmicos. A reação bélica norte-americana, desencadeada pelo *Patriotic Act*, não obteve autorização do Conselho de Segurança da ONU e, mesmo sem ter demonstrado a existência de armas de destruição massiva, ou seja, havia apenas a suposição de um perigo, até a presente data não comprovada, serviu apenas de legitimação para a caça aos inimigos.²⁰³

A legislação excepcional americana pós 11 de setembro foi aprovada pelo Congresso dos EUA, autorizando ao FBI a deter cidadãos estrangeiros suspeitos de terrorismo, a violar correspondências e outros dados íntimos, além de instituir um Tribunal Militar secreto que permite a tortura, inclusive de testemunhas, dispensando a intervenção judicial.²⁰⁴

Mais uma vez, a presença do Direito Penal do Inimigo é marcante. Há dois direitos, um para os cidadãos americanos e outro para os inimigos. Esses têm sua esfera privada anulada e não possuem direitos, pois descumpriram o pacto social e, portanto, não devem ser tratadas como cidadãos.

²⁰² DAWSON, Jonnathan Guttemberg. *Guantanamo prison timeline*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6241991.stm>>. Acesso em 22 de dezembro de 2006 às 10:35.

²⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho Penal do Inimigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 27.

²⁰⁴ Idem, p. 40.

Desde sua ativação em janeiro de 2002, a base militar de Guantánamo, localizado na baía cubana, abriga aproximadamente 500 detidos de 35 países (em sua maioria, os aprisionados são oriundos da Arábia Saudita, Afeganistão e Iêmen) que continuam presos sem acusação ou julgamento. Além de terem seus direitos internacionais negados, existem muitas “denúncias” de tortura e de maus tratos infligidos aos prisioneiros do campo.²⁰⁵

Há uma apatia jurídica imposta aos presos acusados de terrorismo. Os detentos de Guantánamo, em geral, não têm acesso ao tribunal, a aconselhamento jurídico ou a visitas dos seus familiares, permanecendo isolados e ociosos. Existem relatos de inúmeros suicídios, cometidos e tentados, na base naval de Guantánamo. As circunstâncias que envolvem o citado presídio mostram-no como o retrato vivo das violações aos Direitos Humanos.²⁰⁶

Após alguns anos, o governo americano assumiu as torturas aplicadas aos presos suspeitos de terrorismo. No entanto, alegam que, ao realizarem tais procedimentos, apenas procuram extrair informações através de métodos de coerção sem que a vida do elemento corra risco. Esse aparato investigativo compõe-se de médicos, enfermeiros, psicólogos e militares.²⁰⁷

Como já exposto, os prisioneiros de Guantánamo por não serem protegidos pela Convenção de Genebra, porque são presos de guerra, adquirem a qualidade de “nada”, são “ninguém”. Termina-se, então, por se legitimar a coerção americana caracterizada pela ausência do devido processo legal, pela falta de respeito ao direito à intimidade e pela berrante violação aos direitos constitucionais.

Um outro grande exemplo da presença do Direito Penal do Inimigo na esfera internacional encontra-se delineado na realidade colombiana, que, por definição é um Estado

²⁰⁵ DAWSON, Jonnathan Guttemberg. *Guantanamo prison timeline*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6241991.stm>>. Acesso em 22 de dezembro de 2006 às 10:35.

²⁰⁶ KURTZ, Howard. *Newsweek Apologizes*. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article>>. Acesso em 17 de novembro às 16:45.

²⁰⁷ LIPTON, Joshua. *US acknowledges torture at Guantanamo; in Iraq, Afghanistan – UN*. Disponível em: <<http://www.forbes.com/work/feeds/afx/2005/06/24/afx2110388>>. Acessado em 04 de janeiro de 2007 às 18:10.

Democrático de Direito, mas que, entretanto, aderiu à ordem jurídica de emergência em meados da década de 80, ao estabelecer que o indivíduo que promova o estado de “zozobra”²⁰⁸, ou de perturbação da ordem, terá uma pena rigorosa. Esse indivíduo é o inimigo a ser combatido.²⁰⁹

O mero perigo de ameaçar a ordem configura-se como um estado prévio à realização do delito. Essa criminalização representa uma desordem no conceito de *inter criminis*, deparando-se então com o inimigo do bem jurídico tutelado.²¹⁰

Em 1988, cria-se na Colômbia um estatuto que durou até 1999 e é nominado de “estatuto antiterrorista”. Esse passa a influenciar decisivamente o Código Penal vigente na medida em que esse se expande e adere às normas de exceção, vagas e globalizantes.

Regido pelo estatuto, consolida-se naturalmente um regime especial chamado de “justiça sem rosto”, que se constitui num sistema no qual os juízes, os promotores, as testemunhas e até funcionários, que figurassem na lista dos protegidos, jamais seriam identificados, conseqüentemente também não podem ser responsabilizados por eventuais abusos de poder, do mesmo modo não se pode suscitar incidente de suspeição ou impedimento.

Alejandro Aponte afirma que o narcotráfico se consolidou na Colômbia, e que um dos meios utilizados para combatê-lo foi a extradição dos nacionais por atos judiciais, o que acarretou o crescimento do terrorismo. Os juízes, então, passaram a ser os principais alvos. Nesse caso, foi criado o Estatuto para a Defesa da Justiça, um estatuto de “juízes sem rosto”, de “fiscais sem rosto” etc.²¹¹

²⁰⁸ Para os colombianos, “zozobra” significa, neste contexto, uma ameaça ao Estado vigente.

²⁰⁹ APONTE, Alejandro. *Derecho penal y la lucha antiterrorista em Colômbia: ? uma historia fallida?* Texto enviado pelo autor via e-mail em 20 de setembro de 2006, p. 03.

²¹⁰ APONTE, Alejandro. *Guerra y derecho penal de enemigo – Aproximación teórica de la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia*. Texto enviado pelo autor via e-mail em 20 de setembro de 2006, p. 19.

²¹¹ APONTE, Alejandro. *Direito Penal do Inimigo e luta contra o terrorismo. Uma visão crítica*. In: Anais da palestra proferida no 12º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCRIM. São Paulo: IBCRIM, 2006. p. 26.

Questão de relevo assenta-se na inexistência de audiências pessoais que instruem o processo, deturpando o princípio jurídico do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. As normas de exceção na Colômbia consagraram-se, durante anos, fundamentadas mais em discursos e em propagandas do que efetivamente em seus efeitos reais. Prova disso foi a tomada do Palácio da Justiça por guerrilheiros, onde dezenas de pessoas foram mortas, dentre magistrados, civis e o Presidente da Suprema Corte.²¹²

Providência como o endurecimento de penas foi adotado pelo Estado colombiano. Sendo assim, crimes comuns como o de lesão corporal, por exemplo, quando praticados com “finalidades terroristas”, recebiam sanções mais severas.²¹³ Uma vez mais o inimigo é tratado como não cidadão, ultrapassando os limites do Estado “Democrático de Direito”.

Setores sociais, alheios ao fenômeno do crime organizado, acabaram sendo criminalizados devido à tipificação aberta e dúbia dos delitos de terrorismo. “Justiça sem rosto” tem sua equivalente no silêncio das vítimas e dos acusados “sem rostos”.²¹⁴

Igualmente à Colômbia, diversos países adotaram sistemas semelhantes ao “juízes sem rosto”, dentre eles: a Itália, a Espanha e, no Brasil, como em tantos outros, já se discute a aplicação dessa política²¹⁵, mesmo porque a Colômbia, tal como o Brasil, apresenta-se como uma sociedade periférica, que exhibe inúmeras desigualdades, mas que compartilha da globalização.

Emerge na Colômbia no ano de 2005 um novo Código de Processo Penal, ao mesmo tempo em que permanece a pressão política e social pelo eficientismo do Direito

²¹² GAVIRIA, Pablo. *República da Colômbia*. Disponível em: <<http://tierra.free-people.net/paises/pais-historia-de-colombia.php>>. Acesso em 12 de novembro de 2006 às 09:30.

²¹³ APONTE, Alejandro. *Direito Penal do Inimigo e luta contra o terrorismo. Uma visão crítica*. In: Anais da palestra proferida no 12º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 31.

²¹⁴ APONTE, Alejandro. *Guerra y derecho penal de enemigo – Aproximación teórica de la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia*. Texto enviado pelo autor via e-mail em 20 de setembro de 2006, p. 40.

²¹⁵ SOUZA, Luciane Espíndola de Amorim. *Ata da 307ª reunião ordinária do CNPCP realizada nos dias 14 e 15 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/Transparencia/decisoes/cnpcp/AtaCNPCP140205.pdf>>. Acesso em 22 de dezembro de 2006 às 14:00.

Penal do Inimigo. Entretanto, há um aprofundamento no debate garantista, principalmente no que tange aos direitos e garantias que afetam a liberdade, inclusive a de pensamento.²¹⁶

3.2.2 A existência do Direito Penal do Inimigo em sociedades periféricas como o Brasil

A sociedade brasileira não se apresenta de maneira diferente em relação às demais sociedades do mundo. A globalização opera em todas as áreas e em todos os lugares. Desse modo, o Brasil também busca mecanismos para enfrentar os perigos societários.

Diversas sociedades periféricas se caracterizam pela relação: ausências de autonomia tecnológica e de elevado grau de liberdade econômica. O subdesenvolvimento apresenta-se, pois, através do desequilíbrio entre a assimilação dos avanços tecnológicos produzidos pelo capitalismo industrial e as inovações econômicas que incidem diretamente sobre o estilo de vida da sociedade.²¹⁷

O processo de globalização não se desenvolve de forma homogênea em todas as sociedades. Apesar de diferentes formas de manifestação da globalização, o Brasil passa por esse processo sem perder seus traços de país subdesenvolvido. A universalização interliga e estreita relações, mas não torna os Estados iguais.

As condições sociais, econômicas, políticas e dos cidadãos de um Estado revela-se como uma construção cultural que com o advento de globalização passa a se comunicar

²¹⁶ APONTE, Alejandro. *Derecho penal y la lucha antiterrorista em Colômbia: ? uma historia fallida?* Texto enviado pelo autor via e-mail em 20 de setembro de 2006, p. 12.

²¹⁷ BOTELHO, André. *Ciência desenvolvimento e política: notas para um debate ainda atual*. Disponível em: <<http://paginas.terra.com.br/servicos/canilalfa/nusc/cd1.pdf>>. Acesso em 18 de dezembro de 2006 às 15:00.

com outros Estados, mas a individualização ainda permanece.²¹⁸ É o que acontece em geral com as sociedades latino americanas.

Há um pavor geral da população, uma vez que a mídia estimula a veiculação de eventos sensacionalistas e a comunicação de massa apresenta apelos que terminam sendo aderidos pela comunidade em geral. Essa clama por mais criminalizações e pressiona para que sejam criadas mais leis. Resulta que o debate popular e a velocidade com que são elaboradas as leis terminam por conseqüência em efeitos não desejados, fato ocorrido, por exemplo, com a Lei de crimes hediondos.

Mesmo levando-se em conta que a teoria do Direito Penal do Inimigo não existia à época da ditadura militar no Brasil, essa se revela como um exemplo marcante da presença do Direito Penal do Inimigo. O Direito Penal Ditatorial Brasileiro se coadunam primorosamente com a teoria de Jakobs, exceto no que concerne à autonomia dos poderes.

O regime militar no Brasil, caracterizado pela submissão dos poderes Legislativo e Judicial ao Executivo, deu-se início em 1964, com o golpe militar. Fase brasileira marcada pela restrição de direitos e pela constante mutação legislativa de cunho excepcional em prol da segurança nacional.

Os “subversivos”, como eram denominados os partidários da esquerda política, representavam o inimigo da ordem vigente²¹⁹. Eram deportados, extraditados, torturados e mortos, já que representavam um perigo à segurança estatal, não podendo usufruir as condições dos cidadãos.

A Lei de Segurança Nacional autorizava as penas de banimento e tortura, além de permitir a pena de morte e a pena de prisão perpétua, essas abolidas apenas em 1978 com o advento da nova Lei de Segurança Nacional. Apesar de a nova Lei ter extinguido penas

²¹⁸ SOUZA, Jessé. *(Não) Reconhecimento e subcidadania, ou o que é "ser gente"?*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-4452003000200003&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em 05 de janeiro de 2006 às 14:00.

²¹⁹ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Temas de Filosofia*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 189-191.

cruéis, permaneciam tipificadas condutas que conduziam a interpretações elásticas e ambíguas, “além de serem nitidamente arbitrárias, eram marcadas por todo um conjunto de conceitos imprecisos e obscuros e, portanto, a maior possibilidade do enquadramento de qualquer ato tido por ilícito dentro dos cânones da Lei de Segurança Nacional”.²²⁰

Ao longo do período ditatorial brasileiro, diversas medidas autoritárias foram adotadas, tais como o fechamento do Congresso Nacional, seguidas da cassação de mandatos e da censura da imprensa, fruto do Ato Institucional número cinco (AI-5) do Presidente da República Costa e Silva que vigorou até 1978.

Embora ainda não se tenha um levantamento histórico preciso, talvez este ano tenha sido o mais cruel tempo da tortura aos chamados presos políticos no Brasil. O jovem Teodomiro Romeiro em 1971 é condenado à morte por um Tribunal Militar, por ter assassinado um sargento da Aeronáutica. Mais tarde sua pena foi alterada para prisão perpétua.²²¹

A brutal ditadura previu, dentre inúmeras medidas, a suspensão de direitos e garantias constitucionais, incluindo a do *habeas corpus* e a adesão à prática de tortura, justificados na manutenção da segurança nacional. Havia ainda leis que definiam o crime de contrabando e transporte de terroristas e subversivos.²²²

O mais fulgente exemplo do Direito Penal do Inimigo na conjuntura jurídica brasileira acha-se no regime disciplinar diferenciado. Existe uma clara denotação da existência de “dois” direitos penais, um direcionado para os cidadãos e outro dirigido aos inimigos, esses são os ameaçadores da ordem, da segurança social vigente e os suspeitos de que participem de quadrilha, bando ou organização criminosa.

Até mesmo o sistema de “juízes sem rosto” já foi cogitado no Brasil no ano de 2003 quando juízes foram mortos. O resultado dessa onda de insegurança foi justamente a

²²⁰ MARCELINO, Douglas Attila e CAROCHA, Maika Lois. *Legislação de exceção*. Disponível em: <<http://www.gedm.ifcs.ufrj.br/upload/textos/3.pdf>>. Acesso em 15 de outubro de 2006 às 20:03.

²²¹ CINTRA, Carlos Eduardo de Amorim. *História da educação no Brasil*. Disponível em: <<http://pedagogiaemfoco.pro.br/heb10.htm>>. Acesso em 15 de outubro de 2006 às 20:00.

²²² VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. *História do Brasil*. São Paulo: Scipione, 1997, p. 405-420.

aprovação da legislação de segurança instituidora de um rigoroso regime prisional, redutor de garantias e direitos fundamentais.

O apelidado RDD encontra-se inserido na Lei nº 7.210 de 1981. Desde 2003, permite-se, inclusive, que presos provisórios, nacionais ou não, sejam sujeitados às suas restrições, tais como a submissão a isolamentos de até 360 dias, ou mais. Incluindo o fato de que os advogados têm que marcar antecipadamente suas entrevistas com os detentos, grave afronta à ampla defesa e aos tratados internacionais.²²³ Tal regime, em linhas gerais, submete os infratores a:

Isolamento com duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção (...); recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; e saída da cela, diariamente, para banho de sol, por duas horas.²²⁴

A expansão normativa do Direito, ao tempo em que estimula a criação de tipos abertos, também permite a geração de incerteza nos tipos penais que até então eram vistos como fechados.

Apoiada pela falta de atuação estatal em outras áreas sociais, como na saúde, educação, moradia, dentre outros, abre-se espaço para que a população insatisfeita concorde com o novo direito emergente.

Günther Jakobs estrutura o Direito Penal do Inimigo partindo da premissa de que aquele que reiteradamente viola regras de condutas tuteladas penalmente está “rescindindo” unilateralmente o seu contrato com o Estado. Assim, passa a ser um não-cidadão, a quem o Estado deixa de ter obrigações. É, para o Estado, cidadão todo aquele indivíduo que não se desvia de regras básicas de condutas sociais. Para Jakobs o Direito Penal do Inimigo busca a eliminação de um perigo real e iminente.

²²³ NUNES, Adeildo. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 331-333.

²²⁴ Art. 50 da Lei nº 7.210 de 1984, instituído pela Lei nº 10.792 de 2003.

Aplica-se aos detentos brasileiros nuances do Direito Penal elaborado por Jakobs. Eles são os inimigos da sociedade e não são punidos por fatos concretos, mas pelo perigo em potencial que evidenciam. Logo, são “cidadãos” que agem à margem da sociedade.

Acrescente-se que pode ser apontada como exemplo brasileiro da presença do Direito Penal do Inimigo a criação, por meio da Lei do Estado de Alagoas 6.806, de 22 de março de 2007, a 17ª Vara Criminal da Capital - Maceió, competente pra processar e julgar os delitos relacionados às organizações criminosas²²⁵.

O objetivo existente na criação de varas especializadas consiste numa tentativa do Estado de proporcionar maior efetividade ao direito ante a criminalidade organizada. Se as organizações criminosas possuem “armas” potentes em suas atividades, por seu turno, o Estado busca se “armar” de forma equânime.

A controvérsia existente em torno da 17ª Vara Criminal supera a possibilidade dela retratar ou não a existência de um Direito Penal do Inimigo. Desde a sua criação vem se contestando a sua constitucionalidade, para tanto foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade²²⁶.

Vale ressaltar que recentemente, em 06 de abril de 2010, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou a resolução de nº 104, que prevê medidas administrativas para a segurança e a criação de Fundo Nacional de Segurança²²⁷.

O Conselho Nacional de Justiça fundamentou a edição da referida resolução nos problemas decorrentes da sociedade de risco e na necessidade de tratar de forma especial a “nova”, aplicando para tanto um Direito Penal de terceira velocidade, posto que:

²²⁵ Lei disponível na íntegra em: http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/leis/leis-ordinarias/2007/lei-ordinaria-6806/pdf_view.

²²⁶ Adi 4414 disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4414&processo=4414>.

²²⁷ Resolução disponível na íntegra em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10557:resolucao-no-104-de-06-de-abril-de-2010&catid=57:resolucoes&Itemid=1085

[...] Judiciário brasileiro sofreu profunda modificação nos últimos tempos, sendo cada vez mais comuns os crimes de base organizativa apurados nos processos criminais, compreendendo corrupção sistêmica nas esferas municipal, estadual e federal, tráfico internacional de drogas, armas e pessoas e a impressionante rede de lavagem de dinheiro, com ampla ramificação em territórios estrangeiros.²²⁸

Antes mesmo da mencionada resolução o Conselho Nacional de Justiça já havia publicado a recomendação nº 03, datada de 30 de maio de 2006, aconselhando a criação de varas especializadas no processamento e julgamento da criminalidade organizada, nos moldes da 17ª Vara Criminal de Maceió, como: vários juízes atuando; movimentação de pessoal; inquéritos e procedimentos protegidos pelo sigilo, contraditório e ampla defesa; ações penais não redistribuídas, dentre outras²²⁹.

Os mecanismos utilizados pela criminalidade organizada não possuem limites, entretanto, o Estado possui freios e para que seja mais efetivo faz-se necessário o incremento da atuação estatal. Desse modo:

O Juízo da 17ª Vara Criminal é coletivo,[...] para dinamizar o trabalho da Unidade, uma vez que os processos são mais complexos e o número de acusados é acima da média. É claro que, para além, resta à preocupação com a segurança dos magistrados, afinal, todos nós conhecemos os tentáculos e a ousadia da chamada criminalidade dos poderosos²³⁰.

Conforme a tendência mundial, o Direito Penal brasileiro tende a introduzir novos tipos penais, agravar os já existentes, ampliar os espaços dos riscos jurídicos penalmente relevantes, além de incrementar os novos tipos penais, produto das novas formas de delinquência. O mundo se mostra globalizado e o direito não deve se apresentar de forma alheia às mudanças da sociedade de risco.²³¹

²²⁸ Resolução de nº 104 do Conselho Nacional de Justiça, publicada em 08/04/2010, disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10557:resolucao-no-104-de-06-de-abril-de-2010&catid=57:resolucoes&Itemid=1085.

²²⁹ Recomendação do Conselho Nacional de Justiça de nº 03, de 30.05.2006, disponível na íntegra em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=189:recomenda-no-3-&catid=60:recomendas-do-conselho&Itemid=515.

²³⁰ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Juiz Natural e a constitucionalidade da 17ª Vara Criminal*. Disponível em: <http://blogdoalbertoalberto.blogspot.com/>. Acesso em 27 de maio de 2010 às 20:50 horas.

²³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-29.

3.3. PERSPECTIVAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.3.1. O Direito Penal Do Inimigo sob o aspecto doutrinário

A teoria do Direito Penal do Inimigo, ainda que fundada em bases filosóficas, submete-se a inúmeras críticas provenientes da doutrina, algumas elogiosas e tantas outras degenerativas. No entanto, incidem fundamentalmente no que concerne ao fato de o mesmo ser previsto em plena vigência de Estados Democráticos de Direito, sendo, de tal modo, essa teoria uma afronta a diversos preceitos.

Há posicionamentos como o de Muñoz Conde, que rechaça a existência de um Direito Penal do Inimigo. Defende que num Estado de Direito, garantidor da dignidade do ser humano, o status de pessoa não pode ser ou deixar de ser atribuído a alguém, dessa forma, ninguém pode ser classificado como não-pessoa. Assim, em não podendo existir não-pessoas, também, não poderá existir Direito Penal do Inimigo.²³²

Na argumentação de Prittwitz²³³, o Direito Penal do Inimigo apresenta-se como um instrumento duvidoso na resolução dos problemas. A teoria de Jakobs sustenta a idéia de que deveriam existir dois Direito Penais, um voltado para o cidadão e outro voltado para o inimigo, seria nesse ponto que residiria o fracasso da referida tese.

O direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo; é totalmente impensável a reforma de uma parte do direito penal para voltar a um direito penal do cidadão realmente digno de um Estado de Direito. (...) Mas também a idéia em si de tratar determinados contraventores como inimigos é inaceitável do ponto de vista normativo.²³⁴

²³² MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho Penal do Inimigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 63.

²³³ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. São Paulo, ano 12, n.º 47, p. 31-45. mar./abr., 2004.

²³⁴ Idem, *Ibidem*.

E, defende o autor que as repostas aos riscos da sociedade atual não devem dar espaço para outro que não seja o Direito compatível com um Estado Democrático de Direito, afastando do Direito Penal do Risco a face do Direito Penal do Inimigo.²³⁵

Analisaremos nesse momento outros destacados posicionamentos doutrinários acerca do Direito Penal do Inimigo.

3.3.2. O Direito Penal do Autor na interpretação de Manuel Cancio Meliá

Tecendo opiniões sobre o Direito Penal do Inimigo, Manuel Cancio Meliá inicia sua análise a partir do próprio nome utilizado por Jakobs para descrever a teoria em estudo. Destaca que a expressão Direito Penal do Cidadão mostra-se como um pleonasmo, desse modo, o termo Direito Penal do Inimigo seria uma contradição²³⁶. Não poderia haver direito para quem não tem direito, do contrário o inimigo seria um cidadão.

E em resposta a indagação que se fez sobre o Direito Penal do Inimigo fazer parte conceitualmente do Direito Penal argumentou:

A resposta que aqui se oferece é: não. Por isso, propor-se-ão duas diferenças estruturais (intimamente relacionadas entre si) entre “Direito penal” do inimigo e Direito penal: a) o Direito penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; b) em consequência, do Direito penal do inimigo não é um Direito penal do fato, mas do autor.²³⁷

²³⁵ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. São Paulo, ano 12, n.º 47, p. 31-45. mar./abr., 2004.

²³⁶ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 54.

²³⁷ Idem, p. 75.

Meliá ainda define que o “conceito de Direito Penal do Inimigo supõe um instrumento idôneo para descrever um determinado âmbito, de grande relevância, do atual desenvolvimento dos ordenamentos jurídico-penais”.²³⁸

Esse conceito elaborado por Jakobs argumenta o referido autor, constitui tão só a reação do ordenamento jurídico contra indivíduos perigosos, e que para tanto a reação é desproporcional e não condiz com a realidade. A atual atividade legislativa fruto da expansão do direito penal, criminaliza condutas em um estado prévio a lesão de bens jurídicos.²³⁹

Diferenças entre preparação e tentativa, entre participação e autoria, inclusive entre fins políticos e colaboração com uma organização terrorista, dificilmente pode parecer exagerado falar de um direito penal do autor: mediante sucessivas ampliações se tem alcançado um ponto no qual “estar aí” de algum modo, “fazer parte” de alguma maneira, “ser um deles”, ainda que só seja em espírito é suficiente.²⁴⁰

O Direito Penal do Inimigo, de acordo com os apontamentos de Meliá, apresenta-se como uma reação do sistema jurídico frente aos problemas sociais como os riscos do mundo pós-modernos. Pois, muitos dos acontecimentos, diante dos quais resiste o Direito penal do inimigo, não demonstram essa periculosidade terminal para a sociedade como se divulga na mídia acerca deles.²⁴¹

A promessa de eficácia difundida pelo modelo decorrente do Direito Penal do Inimigo, em grande parte, não se mostra cumprida, uma vez que as normas que adotam suas características não têm reduzido a criminalidade.

Eclode, então, na sociedade moderna os fenômenos do punitivismo e do simbolismo penais. As neocriminalizações cumprem apenas os efeitos simbólicos, ao passo

²³⁸ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 54.

²³⁹ Idem, p. 72.

²⁴⁰ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo; MELIÁ, Manuel Cancio. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar*. In: *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 48.

²⁴¹ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76.

que dão “a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”²⁴², identificam “um específico tipo de autor”²⁴³, o inimigo.

Em efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declará-lo um fenômeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. (...) A carga genética do punitivismo (a idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito penal do inimigo.²⁴⁴

Evidencia-se, dessa forma, um Direito Penal do autor, mais preocupado em apontar os inimigos, em contraposição ao Direito Penal do fato consectário de um Estado de Direito, que busca a punição de um determinado fato.²⁴⁵

Contraria-se um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio do direito penal do fato, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos (ou a “atitude interna” do autor). O fato de haver leis penais que adotam princípios do Direito Penal do Inimigo não significa que ele possa existir conceitualmente, isto é, como uma categoria válida dentro de um sistema jurídico.

O sistema jurídico-penal normal nega ao infrator a capacidade de questionar o sistema, e principalmente seus elementos essenciais ameaçados. Se ao contrário, entender-se possível e legítimo um Direito Penal do Inimigo, ter-se-á que reconhecer, também, a capacidade do infrator de questionar a norma, pois esse Direito excepcional prescinde de uma demonização de certos grupos de autores, implícito em sua tipificação a reprovação de seus

²⁴² JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 59.

²⁴³ Idem, p. 65.

²⁴⁴ Idem, p. 71-72.

²⁴⁵ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo; MELIÁ, Manuel Cancio. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar*. In: *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 58.

atos. Baseia-se, porém, em critérios de periculosidade, configurando um Direito Penal do autor, desprovido das garantias e prerrogativas processuais de um Estado de Direito.²⁴⁶

O Direito Penal do Inimigo, jurídico-positivo, cumpre uma função distinta do Direito Penal (do cidadão): são coisas distintas. O Direito Penal do Inimigo praticamente reconhece, ao optar por uma reação estruturalmente diversa, excepcional, a competência normativa (a capacidade de questionar a norma) do infrator.²⁴⁷

Devido ao amplo adiantamento da punibilidade, as penas são desproporcionalmente altas, bem como determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. O Direito Penal do Inimigo não estabiliza normas, mas denomina determinados grupos de infratores, não sendo um direito penal do fato, mas do autor.²⁴⁸

Para Cancio, a maneira ideal de agir contra o “inimigo” e confirmar a vigência do ordenamento jurídico reside em demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas, inclusive em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa (ou “cidadão”).

Em contrapartida Meliá defende que o Direito Penal do Inimigo, a partir de 1999, passou a ser mais restrito, limitando seu endurecimento direcionado às condutas gravosas aos bens jurídicos individuais.

A noção de Direito Penal do Inimigo proposta por Jakobs na primeira aproximação (1985) é consideravelmente mais ampla (incluindo setores de regulação mais próximos ao Direito Penal da colocação em risco, delitos dentro das atividades econômicas) que da segunda fase (a partir de 1999), mais orientada nos delitos graves contra bens jurídicos individuais (de modo paradigmático: terrorismo).²⁴⁹

²⁴⁶ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70-80.

²⁴⁷ Idem, p. 77.

²⁴⁸ Idem, p. 75.

²⁴⁹ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.70.

3.3.3. O enfoque doutrinário brasileiro relativo ao Direito Penal do Inimigo

A teoria do Direito Penal do Inimigo resulta em um tema central, nos atuais debates a cerca da configuração do Direito Penal, nessa nova sociedade complexa e universal.

Por se tratar de assunto recente, a doutrina brasileira vem tratando o tema de forma parcimoniosa, no entanto, de forma primordial. A grande parcela dos autores defende a adoção de um Direito Penal mínimo em detrimento do Direito Penal máximo. É nessa dicotomia que aparece de forma incidental a discussão sobre o Direito Penal do Inimigo.

Segundo Luiz Flávio Gomes, o Direito Penal do Inimigo de caráter retribucionista apresenta-se como um instrumento de estabilização da norma, que transmuta os “inimigos” em inimigos do direito penal garantista. Isto porque no Direito Penal do Inimigo não se reprovava a culpabilidade do agente, mas sua periculosidade, ferindo-se e restringindo-se direitos em nítida ofensa aos ditames do Estado Democrático de Direito.²⁵⁰

Janaína Paschoal assenta suas observações sobre o Direito Penal do Inimigo na relação com o bem jurídico. O bem jurídico desde o início esteve relacionado a uma idéia de imitação e não de fundamentação como prega Jakobs, na medida em que prescinde do bem jurídico. Qualifica a autora que tal teoria deve ser considerada antidemocrática.²⁵¹

De acordo Aury Lopes, defensor do garantismo penal, o direito penal simbólico revela-se como uma propaganda enganosa, que levará a sociedade a vivenciar uma situação ainda mais caótica.

²⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Prisão de Poderosos e Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050718113029941>. Acesso em 27 de janeiro de 2007 às 19:20.

²⁵¹ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

Esse Direito indica um caminho mais fácil, com leis absurdas, penas desproporcionadas e presídios superlotados, mas que efetivamente não combate a criminalidade.²⁵²

Continua o autor defendendo que o processo penal tem o importante papel de filtrar o desmedido uso de poder existente no direito máximo. Significa “a última instância da garantia frente à violação dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do Direito Penal.”²⁵³

O também partidário do garantismo penal, Salo de Carvalho, qualifica o Direito Penal mínimo e o Direito Penal máximo como respostas penais extremas. No entanto tais modelos coexistem nos ordenamentos jurídicos.²⁵⁴

Aduz o citado autor que o que determina se um modelo apresenta-se minimalista ou maximalista reside na maior ou menor correspondência com a principiologia garantista, vejamos:

A estrutura minimalista ou maximalista é representada pela presença ou ausência de critérios de controle do arbítrio punitivo, indicando opções políticas e o ônus a ela inerente: a certeza perseguida pelo direito penal máximo é que nenhum culpado fique sem punição, à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo é, ao contrário, que nenhum inocente seja punido, à custa de que algum culpado reste impune.²⁵⁵

Defende ainda o autor que quando se tem restringido seus direitos, liberdades e garantias, resultantes de atos do poder público ou por ações de entidades privadas, o cidadão tem direito de resistir a tais violações.

²⁵² LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 16.

²⁵³ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo; MELIÁ, Manuel Cancio. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar*. In: *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 18.

²⁵⁴ CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 84.

²⁵⁵ Idem, p. 86.

Desse modo, não há decisão legítima que submeta os resistentes às sanções. Ressalte-se que no entender de Salo de Carvalho todos os indivíduos são cidadãos, não havendo inimigos.²⁵⁶

Analisando o Direito Penal do Inimigo, Rogério Greco assevera que esse se trata do ramo mais severo do Direito Penal máximo. Seria um verdadeiro estado de guerra no qual se adotam medidas que atropelam o princípio da dignidade humana.²⁵⁷

Continua o autor assinalando que o Direito Penal do Inimigo exhibe-se como um retrocesso humano, na medida em que o indivíduo passa a ser tratado como um estranho à comunidade. Tais tratamentos devem ser repudiados da sociedade.²⁵⁸

Em resposta à Teoria de Jakobs, Greco propõe a adoção do Direito Penal do Equilíbrio. Tal Direito tem como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, sendo assim, o homem mostra-se como o centro das atenções do Estado e para tal há que se proibir “os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.”²⁵⁹

Sugere, também, a seletividade do Direito Penal em razão da impossibilidade desse ramo jurídico solucionar todos os anseios sociais. Resultado disto seria a abolição das contravenções penais e de todas as infrações que não se coadunem com os princípios norteadores do Direito Penal do Equilíbrio, quais sejam: intervenção mínima, lesividade, adequação social, individualização da pena, proporcionalidade, insignificância e culpabilidade.²⁶⁰

O estabelecimento do Estado Social e o necessário processo de diminuição das figuras típicas, nos termos propostos pelo Direito Penal do Equilíbrio, farão com que diminuam os índices de criminalidade violenta, aparente, bem

²⁵⁶ CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 254.

²⁵⁷ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 22.

²⁵⁸ Idem, p. 28.

²⁵⁹ Idem, p. 63.

²⁶⁰ Idem, p. 180.

como permitirão ao Estado ocupar-se daquela considerada a mais nefasta de todas, quase sempre oculta, mas organizada.²⁶¹

Para Greco esse Direito situa-se de forma intermediária, entre os Direitos Penais máximo e mínimo. Visa resguardar tão somente os bens mais importantes, preservando a dignidade da pessoa humana. Deve somente intervir na esfera de liberdade do cidadão apenas em casos restritos nos quais sem a intervenção ocorreria o caos.²⁶²

Resumindo sua proposta, o citado autor esclarece que é através do Direito Penal do Equilíbrio o qual o “Estado perderá seus poderes de coerção em benefício do direito de liberdade de seus cidadãos.”²⁶³

²⁶¹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 165.

²⁶² Idem, p. 179.

²⁶³ Idem, p. 181.

4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1. O DIREITO PENAL NO ESTADO DE DIREITO E O SISTEMA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Proeminente estudioso do Direito Penal e de ciências afins, Luigi Ferrajoli elaborou uma teoria denominada “Garantismo Penal”. Com bases filosóficas e políticas, essa teoria vem ganhando admiradores e estudiosos em todo mundo, quer seja por suas reflexões e propostas quer seja pelo destaque que vem auferindo.

O autor assim a declara:

“Garantismo”, nasceu no campo penal como uma resposta à divergência existente entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores, e às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultando e alimentando, quase sempre em nome da defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático.²⁶⁴

Consiste em uma teoria ideal que sugere um sistema normativo dotado de garantias e racionalidade, separando direito de moral. Revela-se como referencia de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.²⁶⁵ Sugere diretrizes a serem seguidas pelos Estados de Direito fundadas na liberdade individual frente às diversas formas de exercício arbitrário de poder.

Tendo por idéia inaugural o modelo garantista, pode-se extrair três significados diversos para a expressão “garantismo”.

Portanto, a primeira acepção do termo “garantismo” indica um modelo normativo de direito, pautado na estrita legalidade. Funda-se um Estado de Direito submetido às leis e

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 683.

²⁶⁵ Idem, *ibidem*.

que possui um governo exercido por meio de leis gerais e abstratas; logo, os poderes públicos estão submetidos aos direitos fundamentais.

Porém, não é só, a lei condiciona-se aos conteúdos substanciais, quais sejam: os direitos fundamentais. Frise-se que o Estado de Direito Garantista impõe limites ao Estado Democrático, visto que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo por maioria.

Daí entende-se que a luta pelo direito pode manifestar-se em seu sentido mais extremo, o exercício do direito de resistência, pois “rebelar-se é justo quando é injusta a lei”.²⁶⁶

Quanto ao segundo significado para a palavra “garantismo” corresponde uma teoria do direito, pautada no juspositivismo contra o arbítrio. A teoria Garantista compreende o vigor, a validade e a efetividade da norma como institutos diversos. Nesse caso, o juiz não deve aplicar uma lei inválida, ou seja, quando se apresentar em desacordo com a constituição.

De acordo com o garantismo, a existência reporta-se ao juízo de fato enquanto que a validade refere-se ao juízo de valor da norma.

Não obstante, há situações em a norma deve ser afastada, são os casos de antinomias onde ocorrem violações por comissão. Quando a norma for violada por omissão nasce a situação qualificada como lacuna, e sendo assim, deve ser colmatada.²⁶⁷

O *último* sentido em que se emprega o vocábulo garantismo trata-se de uma filosofia política, na medida em que fundamentam os sistemas políticos heteropoiéticos, no qual o Estado apresenta-se como um meio instituído para a tutela dos fins e valores da sociedade.

Na consecução de legitimar a garantia dos direitos fundamentais, separa o direito da moral, negando o valor intrínseco do direito apenas por ser vigente, direcionado a satisfação da realização dos direitos fundamentais.

²⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 755.

²⁶⁷ Idem, p. 703.

O modelo de responsabilidade penal SG, que propusemos como modelo garantista, foi por nós concebido como um sistema logicamente aberto, quer dizer, suscetível de ser ulteriormente aperfeiçoado e reforçado no plano teórico e normativo pela inclusão de outras garantias.²⁶⁸

A Teoria do Garantismo penal apresenta-se ao permear da obra de Ferrajoli sob a nomenclatura de Sistema Garantista (SG). Tal Sistema apóia-se em um modelo axiomático fundado em dez princípios. A ofensa a um desses princípios caracteriza o autoritarismo pelo fato de tais princípios estarem interligados.²⁶⁹

O autor utiliza-se de termos para a formulação do Sistema Garantista, quais sejam: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação e culpabilidade exibem-se como garantias penais enquanto que juízo, acusação, prova e defesa mostram-se como garantias processuais.²⁷⁰

A partir dos referidos termos Ferrajoli adota dez princípios axiológicos. Esses “definem o modelo garantista de direito”²⁷¹ e incorporam-se “às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito.”²⁷²

Enumeremos os referidos princípios axiológicos: *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione, nulla actio sine culpa, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatione sine probatione e nulla probatio sine defensione.*²⁷³

De forma clara Ferrajoli valeu-se da análise combinatória para obter dezenas de teoremas frutos da combinação realizada entre os termos existentes nos princípios axiológicos.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 85.

²⁶⁹ Idem, p. 71.

²⁷⁰ Idem, p. 72.

²⁷¹ Idem, p. 74.

²⁷² Idem, p. 75.

²⁷³ Idem, *Ibidem*. Tradução livre do autor: Sem crime não há pena, não há crime sem lei, não há lei sem necessidade, não há necessidade sem ofensa, sem ação não há ofensa, não há ação sem culpa, não há culpa sem processo, não há juízo sem acusação, sem prova não há acusação e não há prova sem defesa.

O modelo garantista descrito em SG apresenta dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade de seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.²⁷⁴

A falta ou debilidade de algum dos limites à intervenção estatal representa o autoritarismo. O garantismo por seu turno identifica-se no Estado de Direito onde há um ordenamento “no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial e submetidos a um plano processual.”²⁷⁵

O paradigma do Estado constitucional de direito, nas palavras de Ferrajoli é o modelo garantista, reside na sujeição do direito ao direito, afetando todas as dimensões do fenômeno normativo, inserido no ordenamento uma “racionalidade material”. Assim, todos os direitos fundamentais correspondem a vínculos subjetivos e não de forma²⁷⁶.

Na concepção de Ferrajoli um ordenamento pode conviver com os dois modelos, autoritário e garantista. Entretanto, o autor vai além, declara que a tendência atual do direito penal é a coexistência entre os extremos:

Nos ordenamentos dos modernos Estados de Direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores (garantismo) e, a outra, os níveis normativos inferiores (autoritarismo), e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos.²⁷⁷

No tocante ao Direito Penal máximo assevera o autor que o se busca é a certeza de que nenhum culpado reste impune, à custa da incerteza de que também nenhum inocente possa ser punido, *in dubio contra reum*. Enquanto que no Direito Penal mínimo a certeza

²⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

²⁷⁵ Idem, *Ibidem*.

²⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2004, p. 22.

²⁷⁷ Idem, p. 83.

almejada é a de que nenhum inocente seja punido em detrimento da incerteza de que também nenhum culpado possa ficar impune, *in dubio pro reo*.²⁷⁸

Referindo-se ao Direito Penal máximo compara:

Este modelo tem, ademais, uma estrutura lógica oposta à do direito penal mínimo, no sentido de que se preocupa em estabelecer não as condições necessárias, mas aquelas suficientes para a condenação, e não as condições suficientes, mas as necessárias para a absolvição.²⁷⁹

De outra ponta, há o Direito Penal mínimo, segundo o garantismo um sistema penal encontra-se justificado quando minimiza a violência arbitrária da sociedade. Esse desiderato é atingido na medida em que se satisfação as garantias penais e processuais penais do Direito Penal mínimo²⁸⁰.

O Estado de Direito sob a égide garantista não se apresenta apenas como um “Estado legal” ou “regulado por leis”, mas um exemplo de Estado fruto das novas constituições e individualizado pelo princípio da legalidade. Está todo poder público submetido às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e à garantia dos direitos fundamentais do cidadão. A grande inovação do Estado de Direito reside na positivação e constitucionalização dos direitos fundamentais do cidadão.²⁸¹

A transformação do Estado absoluto em Estado de direito ocorre simultaneamente à transformação do súdito em cidadão, isto é, em um sujeito titular de direitos não mais exclusivamente “naturais” mas “constitucionais” em relação ao Estado, que se torna, por sua vez, vinculado em relação àquele.²⁸²

A exigência de obrigações e proibições direcionadas aos poderes públicos resulta na intitulada constituição rígida dos direitos fundamentais, na medida que realizam de fato a democracia em sua dimensão “substancial”, a qual se agrega a dimensão “procedimental”.

²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 84.

²⁷⁹ Idem, p. 86.

²⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2004, p. 09.

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 687.

²⁸² Idem, p. 690.

As normas de dimensão substancial instituem os princípios e direitos fundamentais, asseguram a perspectiva material da “democracia substancial”, ao passo que estabelecem os limites do que não pode ser decidido e o que deve ser decidido, compelindo a legislação a obedecer aos direitos fundamentais e aos princípios deles decorrentes.²⁸³

Na medida em que transparece a vontade da maioria, refletida nos seus interesses e necessidades vitais, o Estado de Direito corresponde à democracia.

Ocorre que na atualidade as necessidades e vontades sociais não correspondem às antigas, “hoje o elenco de bens fundamentais está mais extenso, tendo crescido o número de ameaças às condições naturais de vida”.²⁸⁴

Direitos fundamentais (...) aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito –, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão.²⁸⁵

A expansão dos direitos e garantias não corresponde à expansão da efetividade. Assevera de forma importante o autor que isto decorre da absoluta impossibilidade das vontades serem atendidas. Os princípios garantistas e os direitos fundamentais representam valores, e como tais, integram em si utopias.²⁸⁶

É próprio dos valores o fato de não serem nunca realizáveis perfeitamente ou de vez por todas, de admitirem sempre uma satisfação apenas imperfeita, isto é, parcial, relativa e contingente. Precisamente por isto os valores são universais e imperecíveis.(...) Não sendo nunca os escopos e valores justificativos plenamente realizados, a legitimação política do poder no Estado de direito, mais ainda sua legitimação jurídica, é sempre por sua natureza, apenas tendente e irremediavelmente imperfeita.²⁸⁷

Com base no fundamento de que os valores jamais serão uniformes, a satisfação social plena apresenta-se como algo inatingível. Ferrajoli profere que: “garantismo e

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 48.

²⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 694.

²⁸⁵ Idem, p. 727.

²⁸⁶ Idem, p. 695.

²⁸⁷ Idem, p. 710.

democracia são sempre modelos normativos imperfeitamente realizados; e valem, portanto, tanto como parâmetros de legitimação, quanto como parâmetro de perda da legitimação política.”²⁸⁸

No dizer de Ferrajoli, uma satisfatória democracia consiste na medida de garantia concedida aos direitos fundamentais que “correspondem a valores e carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados”.²⁸⁹

O perigo para o futuro dos direitos fundamentais e de suas garantias depende não apenas da crise do direito, mas também da crise da razão jurídica, na perda de confiança nessa razão jurídica moderna que instituiu o Estado de direito²⁹⁰.

Outro ponto relevante do Sistema Garantista reside no papel do cidadão. A cidadania não resume a participação política, pois também importante é a participação jurídica do cidadão, exercitada através da autodefesa e do controle das atividades do poder público, seja ele legislativo, executivo ou judiciário.²⁹¹

A experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada.²⁹²

Pugna pelo exercício da democracia direta em detrimento da democracia representativa, representando aquela uma força social em prol da efetividade das garantias, enquanto que esta exprime um consenso social vazio e passivo.²⁹³

A luta pelo direito pode manifestar-se em seu sentido mais extremo, o exercício do direito de resistência, pois “rebelar-se é justo quando é injusta a lei”.²⁹⁴

²⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 710.

²⁸⁹ Idem, p. 733.

²⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2004, p. 09.

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 735.

²⁹² Idem, p. 753.

²⁹³ Idem, p. 757.

4.1.1. Os Direitos Fundamentais e a dignidade humana como delimitação do poder punitivo

Consolidada no art. 1º da Constituição Federal de 1988 dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana direciona a finalidade e os limites do poder de atuação do Estado²⁹⁵. Com advento da Constituição, a dignidade da pessoa humana foi guindada à categoria de valor fundamental do sistema de direitos fundamentais.

A consideração do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral e intelectual (essência da filosofia das luzes), justificará a exigência revolucionária da constatação ou declaração dos direitos do homem, existentes a priori. O sentido destas declarações não se reconduzia à reafirmação de uma teoria da tolerância, ou seja, de apelos morais dirigidos ao soberano, tendentes a obter garantias para os súbditos. A tolerância ficava sempre no domínio reservado do soberano e, conseqüentemente, na sua completa disponibilidade. As declarações dos direitos vão mais longe: os direitos fundamentais constituem uma esfera própria e autónoma dos cidadãos, ficam fora do alcance dos ataques legítimos do poder e contra o poder podiam ser defendidos.²⁹⁶

Ao analisar o presente tema, costuma-se levantar o quão estão interligadas e vinculadas (sem se fazer referência à fungibilidade) as noções de dignidade, vida e humanidade, estando a primeira em tudo que diz respeito à essência do ser humano.²⁹⁷

Por outro lado, pode-se dizer que o estudo da dignidade humana encontra-se intimamente associado com os direitos fundamentais, estando o direito constitucional contemporâneo centrado nessa vinculação, quer sejam em ordenamentos jurídicos

²⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002., p. 755.

²⁹⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19

²⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 256.

²⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

constitucionais onde a dignidade da pessoa humana encontre previsão expressa, quer nos que esteja implícita no texto constitucional.²⁹⁸

Ademais, o reconhecimento do valor do homem enquanto homem sugere o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal, “o ser humano e sua dignidade como fim do Estado”²⁹⁹.

A importância do tema sobreleva-se quando se parte do pressuposto de que o ser humano sequer pode renunciar a essa condição, levando Ingo Wolfgang Sarlet a defender que:

[...] justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.³⁰⁰

É nessa realidade que a dignidade da pessoa humana encontra-se diretamente vinculada com os direitos fundamentais, instigando o aplicador do direito a destrinchar os desafios apresentados.

Ultrapassada essa abordagem acerca da ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, faz-se necessário destacar a dificuldade encontrada pela doutrina e jurisprudência na compreensão do conteúdo da dignidade humana, o qual, como qualquer conceito, deriva de uma evolução histórica.³⁰¹

Pode-se afirmar que as raízes da idéia de pessoa humana estão no pensamento clássico e na ideologia cristã, posto que com a premissa de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, presente tanto no Antigo como no Novo Testamento, o

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25 e 26.

²⁹⁹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros Lima. Criminalização e direitos fundamentais: entre a intervenção mínima e a expansão penal. *Revista do Mestrado em direito*. Maceió: Edufal, 2008, p. 288.

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 27.

³⁰¹ Idem, p. 29.

cristianismo extraiu sua base, infelizmente ignorada pela “Santa Inquisição” e pela prática da escravidão, “de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”.³⁰²

Entretanto, enquanto o pensamento da antiguidade clássica caracteriza-se pela “quantificação e modulação da dignidade”, a partir da posição social da pessoa e do seu nível de aceitação pelos ocupantes da comunidade, o pensamento estóico partia da impossibilidade quantificar a dignidade, uma vez que essa é inerente a todo ser humano, qualidade que o diferencia das demais criaturas.³⁰³

Partindo das formulações de Cícero, que percebeu a necessidade de desvincular a dignidade do cargo ou posição social, em Roma passou-se a conceber a dignidade em dois sentidos: moral e sociopolítico.³⁰⁴

O conceito de pessoa, como classe subjetiva, detentora de valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, “é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos”³⁰⁵.

Avançando-se pela Idade Média e chegando à Renascença, pelo pensamento de Pico della Mirandola, a concepção de dignidade humana embasava-se na racionalidade como condição da essência do ser humano³⁰⁶, compreensão seguida, inclusive, pelos que a analisavam com base na afirmação de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, como Tomás de Aquino, o qual entendia que a capacidade de autodeterminação era

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 30.

³⁰³ Idem, *ibidem*.

³⁰⁴ Idem, p. 31

³⁰⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 31.

pressuposto da natureza humana, chegando inclusive a utilizar a expressão *dignitas humana*.³⁰⁷

Foi justamente com base na dignidade humana que se passou a defender a necessidade de se respeitar os índios como sujeitos de direitos, em princípio livres e iguais, assim como que não era devido sequer ao monarca limitar a liberdade do ser humano de forma a tirar sua autonomia e, conseqüentemente, violar sua dignidade.³⁰⁸

Porém, é possível afirmar que apenas após Immanuel Kant, o qual defendeu a autonomia ética do ser humano como elemento intrínseco da dignidade da pessoa humana, é que o estudo desse tema libertou-se de suas origens religiosas.³⁰⁹

[...] o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional [...].³¹⁰

Enquanto as coisas possuem um valor como meio, dependendo sua existência da natureza, os seres racionais caracterizam-se como fins em si mesmos, não podendo ser quantificados, como os seres irracionais, ou seja, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade”.³¹¹

Apesar de a doutrina utilizar os pensamentos de Kant para embasar seus fundamentos, é indispensável a apreciação da convergência das conclusões

³⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 31.

³⁰⁸ Idem, p. 32.

³⁰⁹ Idem, ibidem.

³¹⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 68.

³¹¹ Idem, p. 33.

supramencionadas, em que se deve empreender uma análise crítica por adotar um excessivo antropocentrismo, com o contexto atual.³¹²

Seguir o posicionamento de determinado pensador, sem proceder à devida adequação com a nova realidade, pode levar a uma desvalorização de um entendimento que teve papel fundamental na compreensão e evolução de determinado tema.

Não se pode mais conceber a elevação da pessoa humana, com fundamento na sua racionalidade, a uma posição privilegiada em contraposto aos demais seres vivos, posto que, principalmente com a garantia de proteção ao meio ambiente como valor fundamental, deve ser preservada a dignidade da própria vida de um modo geral, pois não apenas a vida humana, mas, também, os recursos naturais merecem proteção, mesmo que possa dar ensejo ao argumento de que, no fundo, tal proteção visa o alcance de uma vida humana digna.³¹³

Por seu turno, Hegel parte da ideologia de que a dignidade constitui um atributo a ser conquistado, “de tal sorte que o ser humano não nasce digno – já que Hegel refuta uma concepção estritamente ontológica da dignidade –, mas torna-se digno a partir do momento em que assume sua condição de cidadão”³¹⁴. Para Hegel a dignidade é uma qualidade a ser conquistada, o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento em que assume a sua condição de cidadão³¹⁵.

Essa premissa, que afasta a análise da dignidade e pessoa da racionalidade, influenciou correntes posteriores, levando autores como Niklas Luhmann e Peter Häberle a dar uma relevância maior à dimensão histórico-cultural da dignidade.³¹⁶

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 34.

³¹³ Idem, p. 34 e 35.

³¹⁴ Idem, p. 36.

³¹⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 68.

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37.

Efetuada uma abordagem inicial acerca da dignidade da pessoa humana, antes de se aprofundar no seu aspecto jurídico, necessário se faz proceder a uma reflexão no que concerne a sua natureza jurídica.

4.1.1.1 Natureza jurídica da dignidade da pessoa humana

Sem desprezar a carga deontológica da dignidade humana, é inegável que essa é uma norma jurídica, que possui força normativa concreta, não se restringindo a uma declaração ou postulado filosófico como se pretendeu no pós-guerra.³¹⁷

Contudo, sendo uma norma jurídica, configura-se como um princípio ou uma regra?

Vários autores buscaram apresentar critérios para diferenciar regras e princípios, dentro os quais Larenz, segundo o qual os princípios constituiriam os fundamentos da correta aplicação do direito, enquadrando a dignidade humana:

[...] como um dos princípios mais gerais e abstratos do pensamento jurídico, ao lado dos princípios do Estado de Direito e do Estado Social, servindo como um fio orientador da concretização das demais normas jurídicas e orientando a justificação de decisões”.³¹⁸

Diferentemente de Larenz, que não empresta aos princípios a possibilidade de determinarem comportamentos específicos, Alexy reúne os princípios e as regras no conceito de norma, entendendo que ambos dizem o que deve ser. Diferencia-os pela idéia de que os princípios são “mandamentos de otimização”, que podem ser concretizados em graus variados, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Por sua vez, as regras são normas

³¹⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

³¹⁸ Idem, *ibidem*.

que serão satisfeitas ou não, resultando o conflito entre regras na declaração de nulidade de pelo menos uma, ou seja, segue a lógica do tudo ou nada.³¹⁹

Segundo Canotilho a densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado “dignidade da pessoa humana”³²⁰. Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado. Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura mais recente procura evitar um conceito fixo, filosoficamente sobrecarregado³²¹.

Procedendo a uma análise dos critérios já existentes para predeterminar as características dos princípios e das regras, o que facilitaria a interpretação daqueles pelo aplicador, Humberto Ávila, apresenta uma definição de princípio e regra com base em uma diferenciação das espécies normativas.³²²

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.³²³

Depreende-se do conceito formulado que, em virtude dos princípios se enquadrarem no plano deontológico, eles se relacionam a valores, mas divergem desses que se situam no plano axiológico ou puramente teleológico.³²⁴

³¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86 e ss.

³²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 363.

³²¹ Idem, *ibidem*.

³²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 65.

³²³ Idem, p. 78 e 79.

³²⁴ Idem, p. 80.

Consignando que para o constitucionalista português, Gomes Canotilho, são normas de direitos fundamentais “todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais”³²⁵. A importância das normas de direitos fundamentais resulta do fato delas assegurarem, direta ou indiretamente, um *status* jurídico-material aos cidadãos.

Retomando aos ensinamentos de Ávila, tem-se que a maior contribuição da teoria defendida por ele se encontra no denominado de postulados normativos. Trata-se de metanormas, ou normas de segundo grau, que estabelecem a forma como os princípios e regras serão aplicados, permitindo-se verificar os casos nos quais as normas que tem sua aplicação estruturada serão violadas.³²⁶

Assim, a chamada violação dos postulados normativos deve ser entendida como uma não-interpretação da estrutura de aplicação prevista.³²⁷

Contudo, não devem ser confundidos com os sobreprincípios, uma vez que esses “funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para a aplicação de outras normas”.³²⁸

Enquanto os princípios são normas imediatamente finalísticas, os postulados não almejam um fim específico, na realidade racionalizam a promoção de um fim, bem como prescrevem a forma de raciocinar e argumentar as normas. Em contrapartida às regras que são normas imediatamente descritivas, os postulados exigem “a ordenação e a relação entre vários

³²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 256.

³²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 122.

³²⁷ Idem, *ibidem*.

³²⁸ Idem, p. 122 e 123.

elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato”.³²⁹

Relevante ressaltar, ainda, que um ou mais dispositivos podem servir de base para a construção, simultaneamente, de regras, princípios e postulados, através de uma classificação que, antes de propor alternativas exclusivas, busca fundamentar alternativas inclusivas entre as espécies normativas.³³⁰

No dizer do referido autor, “um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)”.³³¹

Com base nesses pressupostos, a dignidade humana pode ser entendida tanto como uma norma principiológica, quanto como um postulado normativo.³³²

A dignidade humana enquadra-se dentre os postulados na medida em que serve de parâmetro, juntamente com outros postulados, para a correta aplicação de normas constitucionais e infraconstitucionais, mas principalmente no que se refere à ponderação entre direitos fundamentais, propiciando a atualização desses em face dos perigos atuais.³³³

Como postulado normativo, a dignidade adquire feições mais amplas do que aquelas referentes ao princípio da dignidade, podendo-se falar em dignidade em sentido amplo (postulado normativo) e dignidade em sentido estrito (princípio). Por essa razão, o postulado da dignidade funciona como uma chave interpretativa que abre o sistema jurídico, permitindo a produção de respostas a novas questões, delimitando o alcance de certas normas e resolvendo antinomias.³³⁴

³²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 124.

³³⁰ Idem, p. 68 e 69.

³³¹ Idem, p. 69.

³³² COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 37.

³³³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38 e ss. Nesta obra, a autora traz vários casos interessantes para uma análise mais aprofundada do instituto, sendo indicada sua leitura para o estudo da interpretação do a) direito à saúde; b) direito à integridade física; c) do direito à alteração do registro civil na hipótese de mudança de sexo; d) atribuição de direitos fundamentais à pessoa jurídica; e) direito ao aborto etc.

³³⁴ Idem, p. 54 e 55.

Diferentemente da dignidade como postulado, o princípio jurídico da dignidade, de alta densidade semântica, “determina um estado ideal de coisas a ser atingido por meio de certos comportamentos” e, dessa forma, deve ter seu conteúdo delimitado o máximo possível, sob pena de ser, caso seja amplo e indefinido, vulgarizado.³³⁵

Observe-se, ainda, que a força normativa desse princípio supremo se espalha por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais. Desse modo, por exemplo, uma transgressão aos princípios da legalidade ou da culpabilidade implicará também, em última instância, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

4.1.1.2 O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e o *jus puniendi*

Enquadrada dentro dos fundamentos do Estado de Direito, a dignidade humana é um "valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional", insuscetível de confronto com os bens, valores e princípios constitucionais, apenas podendo ser ponderada consigo mesma, ou seja, na hipótese em que ocorra o conflito entre dois ou mais indivíduos tendente a lesionar de forma mútua suas dignidades.³³⁶

Tal como ocorreu com os direitos humanos, a universalização da dignidade da pessoa humana decorreu de um longo caminho em que pode ser dividido em três fases: inicialmente, surgiu como teoria filosófica de alguns doutrinadores; em uma segunda fase, passou a constar em diplomas legais nacionais; e, ao fim, previstas em dispositivos de âmbito

³³⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 55.

³³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172/174.

internacional, geralmente, nos preâmbulos dos documentos, como na Carta das Nações Unidas (1945), Estatuto da Unesco (1945), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966).³³⁷

Contudo, quer seja por questão cultural ou por falta de recursos, a realidade é que os países, por mais comprometidos que sejam, não conseguem tornar efetivos os direitos humanos, principalmente quando se verifica que são dos mais diversos:

[...] os âmbitos de proteção da dignidade humana, indo desde o respeito à pessoa como valor em si mesmo – o seu conceito metafísico como conquista do pensamento cristão –, até à satisfação das carências elementares dos indivíduos – e.G., alimentação, trabalho, moradia, saúde, educação e cultura –, sem cujo atendimento resta esvaziada a visão antropológico-cultural desse princípio fundamental.³³⁸

Alexy sustenta que a dignidade possui tamanha relevância que não se discute sua prevalência sobre as demais normas, mas apenas se foi violada ou não pela hipótese apresentada no caso concreto, ou seja, a ponderação com os demais princípios deve ser efetuada para a devida compreensão de seu conteúdo.³³⁹

O princípio da dignidade humana costuma ter seu conteúdo abordado a partir de certos direitos fundamentais como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a igualdade, a autonomia e a garantia às condições mínimas de vida.³⁴⁰

Contudo, a lesão aos referidos direitos fundamentais não implica, por si só, a violação ao princípio da dignidade, que ocorrerá na hipótese de afronta ao núcleo essencial desses direitos fundamentais agregada à subjugação da pessoa.³⁴¹

³³⁷ BOBIO, Norberto in MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 175.

³³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 175 e 176.

³³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112 e 113.

³⁴⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 56.

³⁴¹ Idem, p. 57.

De utilização em situações limites, é princípio de alta densidade semântica, que “fundamenta e constitui princípios de maior grau de concretude, entre eles o princípio da culpabilidade e da humanidade da pena”.³⁴²

Tratando-se de norma principiológica, a dignidade humana não comporta um rol fixo de comportamentos a serem adotados no seu alcance, os quais podem ser omissivos (proibição de tortura, penas cruéis e genocídio) e comissivos (garantia do mínimo necessário para a sobrevivência humana digna).

O princípio da dignidade humana ganha relevância na abordagem de temas relacionados ao direito penal, o qual se caracteriza por ser o meio mais poderoso para a sua tutela (imprescindibilidade do *jus puniendi* estatal para a solução de conflitos sociais) e a sua maior ameaça (meio munido de maior gravidade na intervenção estatal).³⁴³

Além do direito penal ser único ramo do direito que aplica a privação da liberdade, devido a “sua carga de estigmatização, ele apenas será legítimo se operar dentro de determinados limites e na busca de certos fins”.³⁴⁴

O princípio da culpabilidade costuma ser indicado como o elemento mais expressivo da dignidade humana no direito penal, embasando o raciocínio de que a pena deve obrigatoriamente ser a reprovação ao ato ilícito, que houver sido guiado pela autonomia humana, ou seja, decorre de uma margem de liberdade em que a pessoa escolhe entre um comportamento positivo ou negativo.³⁴⁵

O sobreprincípio da dignidade humana, ao estruturar o princípio da culpabilidade, determina também um conteúdo material mínimo, qual seja, a obrigatoriedade do juízo acerca da reprovação do delito se referir à conduta praticada pelo delinqüente – e não a exigências da finalidade da pena ou de

³⁴² COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 57.

³⁴³ Idem, p. 59 e 60.

³⁴⁴ Idem, p. 60

³⁴⁵ Idem, p. 63.

política criminal – e aludir à pessoa concreta, e não a um modelo concebido abstratamente.³⁴⁶

Assim, configurará violação ao núcleo da autonomia humana e, conseqüentemente, ao princípio da dignidade humana a aplicação de uma pena que não corresponda a uma resposta à prática de um ilícito.³⁴⁷

Como decorrência direta ao princípio da dignidade tem-se, ainda, o princípio da humanidade das penas, pelo qual deve ser eliminado do ordenamento jurídico às penas cruéis ou de caráter perpétuo.³⁴⁸

A idéia central deve ser a de que ao Estado é vedado utilizar-se de criminoso como meio de destacar sua repulsa pela criminalidade de forma a lhe retirar todos os “direitos constitucionais de valor e respeito sociais”, devendo ser respeitado o mínimo necessário para a existência humana, principalmente quando se estiver diante da execução das penas privativas de liberdade.³⁴⁹

Até a segunda metade do século XX a idéia de limitação do poder, resultante da Revolução Francesa, permaneceu inabalável, até o momento em que nasce na Europa, após a segunda guerra mundial, um novo pensamento constitucional, tendente a conceder as Constituições uma supremacia material e valorativa. Tal supremacia reveste a Constituição de força normativa, condicionando a validade e a compreensão de todo ordenamento jurídico, além de firmar deveres de atuação para o Estado.

Nasce assim o Estado Constitucional de Direito, que suplantando o Estado legislativo que se baseava na legalidade, subordina a própria legalidade à Constituição.

³⁴⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

³⁴⁷ Idem, p. 65.

³⁴⁸ Idem, p. 64.

³⁴⁹ Idem, p. 66.

A hermenêutica deixa de ser a mera aplicação do Direito, que consistia em enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada, para se respeitar o cerne do ordenamento que é a Constituição.

O resultado da tensão constante entre segurança, de um lado, e justiça, do outro, é o pós-positivismo, o qual é um movimento de reação ao legalismo positivista.

Diante dessa falta de efetividade do modelo proposto pelo positivismo, Luigi Ferrajoli elaborou a teoria garantista, destacando-se o sistema penal garantista baseado em princípios axiológicos interligados e que devem ser seguidos pelos Estados de Direito, garantindo a liberdade individual frente ao exercício arbitrário de poder, em prol de um ordenamento que reduza a distância entre normatividade e efetividade.

Na teoria garantista ocorre uma redefinição dos direitos fundamentais como sendo aqueles direitos cujo respeito qualifica-se como indispensável à satisfação dos valores das pessoas e a efetivação da igualdade.

Segundo o teórico, o que difere os direitos fundamentais dos demais, como os patrimoniais, é o fato de não serem passíveis de negociação e se referirem a todos os indivíduos da mesma forma, outorgando assim, a qualidade de pessoa a cada um.

Ferrajoli vai além, ao redefinir os direitos fundamentais ele o decompõe analiticamente, de modo a identificar as diversas figuras contidas neles³⁵⁰.

A categoria dos direitos fundamentais é um recipiente no qual tomaram lugar figuras ligadas pelo seu nexos com a igualdade e com os valores da pessoa, mas, de resto, em tudo heterogêneas: do direito à vida ao de liberdade pessoal, dos diversos direitos de liberdade – de opinião, de expressão, de imprensa, de culto, de reunião, de associação, de circulação e de greve – à inviolabilidade do domicílio e o sigilo de correspondência; dos direitos políticos aos direitos civis da capacidade jurídica e da capacidade de agir; dos direitos sociais individuais – ao trabalho, à saúde, à casa, à instrução e a um adequado salário – até aos direitos sociais coletivos, como os direitos à paz, ao ambiente, à informação e à autodeterminação.³⁵¹

³⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 736.

³⁵¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 733.

O que determina o limite do tolerável reside na relação entre igualdade e valores da pessoa humana. Historicamente ocorreu uma ampliação no campo do intolerável, isso se deu, sobretudo, na seara dos direitos sociais. Importante frisar que a relação entre direitos fundamentais e igualdade se dá no binômio: a igualdade é constitutiva dos direitos fundamentais, e conseqüentemente, os direitos fundamentais são constitutivos da igualdade.

Independentemente de o garantismo ter ganhado destaque na esfera penal, o qual Ferrajoli esquematizou, de forma matemática, uma enorme análise combinatória entre as garantias penais, que permitiu obter a delimitação precisa do rol dos direitos fundamentais, o doutrinador também deixa evidenciado quais são os direitos fundamentais para a teoria geral do direito, são os resultados alcançados nas conquistas históricas, são aqueles que guardam estreita relação entre a igualdade e os valores da pessoa humana.

Ferrajoli³⁵² enfatiza que nenhuma garantia jurídica governa-se exclusivamente por normas. Nesse caso, os direitos fundamentais não resistem se não forem defendidos por seus titulares e pelas forças políticas e sociais, pois por mais perfeito que seja um ordenamento ele não garante nada por si só.

Por derradeiro, há que se asseverar que cabe inclusive aos poderes privados respeitar os direitos fundamentais, pois, a atuação desses poderes está limitada, material e substancialmente, pelos direitos fundamentais, trata-se da sua atuação no âmbito privado.

A limitação privada encontra-se subordinada a justificação e a legitimação, não apenas alcances e vínculos normativos, mas principalmente limites em relação aos direitos dos cidadãos, igualdade e valores da pessoa humana.

Os preceitos fundamentais expostos pelo Estado Democrático de Direito caracterizam-se por serem inalienáveis e indisponíveis. O mais importante é que os direitos

³⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 756.

fundamentais constitucionais são invioláveis tanto por parte do poder público como pelo privado, apesar de não serem universais, já que são historicamente determinados³⁵³.

A ciência do direito torna-se positivada a fim de atender às da sociedade, e sua aspiração maior deve ser a preservação da dignidade humana, caracterizada como direito fundamental.

[...] se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá, a um só tempo a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder; de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, torna-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda a autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. Uma doutrina dos direitos humanos que ultrapasse o estágio moral ou religioso é, pois, correlativa de um Estado de direito.³⁵⁴

Nesse desiderato, temos que o significado do conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade³⁵⁵.

4.1.2. O Direito Penal do Inimigo no Estado Democrático de Direito Brasileiro

O Estado de Direito tem sua origem na Europa do século XVIII, nascendo com o intuito de subordinar o poder político às regras do Direito. Assim, a administração política

³⁵³ CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, P. 109.

³⁵⁴ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 400.

³⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 499.

identifica no Direito os limites para a atuação do Estado, em respeito aos Direitos reservados aos cidadãos.³⁵⁶

Ao longo das formações do Estado Contemporâneo acresceu-se ao Estado de Direito diversas qualificadoras, tais como Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.³⁵⁷

Essa última fase do Estado, emerge na segunda metade do século XX, no pós-Segunda Guerra Mundial, marcada pelo surgimento de novos problemas sociais, tais como danos ambientais, organizações criminosas, dentre outros.³⁵⁸

O fato de o Estado e de as Constituições atuais não serem mais eminentemente liberais, ou seja, o fato de ter sido reconhecido o dever de o Estado intervir para garantir o gozo efetivo das garantias individuais, não significa que referidas garantias tenham desaparecido, ou que sua proteção tenha se desintensificado. Ao contrário, ao proporcionar meios materiais para que o indivíduo usufrua de tais garantias, o Estado está fortalecendo-as, havendo, pois, absoluta consonância entre as garantias individuais e sociais.³⁵⁹

Ao modelo de Estado Liberal, baseado no individualismo patrimonialista e nos preceitos de não-intervenção estatal nas relações privadas, acresceu-se um caráter social, que outorgou ao Estado o papel de promovedor do bem-estar social, idéia propulsora do *Welfare State* neocapitalista.³⁶⁰

Se nos totalitarismos o Estado é tudo, no Liberalismo representa quase nada, enquanto que na democracia o Estado e a sociedade se integram em uma mesma realidade, e existem em função da pessoa humana e da busca do bem comum.³⁶¹

No Estado Liberal de Direito, o foco de decisões centrava-se no Poder Legislativo, no sentido de garantir a juridicização dos direitos individuais e de liberdade preconizados naquele modelo estatal. No Estado Social de Direito, centralizam-se as expectativas no Poder Executivo, promovedor de

³⁵⁶ SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

³⁵⁷ Idem, *ibidem*.

³⁵⁸ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 56.

³⁵⁹ Idem, *ibidem*.

³⁶⁰ SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 41.

³⁶¹ Idem, *ibidem*.

ações concretas para a implementação do bem-estar social. Sob o ambiente do Estado Democrático de Direito, imperativo o deslocamento do foco de atenção para o Poder Judiciário, no sentido de serem depositadas todas as expectativas de implementação dos valores democráticos e da necessária transformação do *status quo* por meio do reconhecimento material dos direitos estabelecidos na Constituição e na legislação vigente, com vistas à implementação dos anseios sociais ainda presentes e não concretizados pelos modelos liberal e social já vividos.³⁶²

As estruturas sociais e a intervenção estatal não só não são compatíveis com um marco jurídico de garantias individuais, como, ao contrário, requerem a imposição de limites próprios do Estado de Direito à atividade positiva de ingerência estatal.³⁶³

Nesse passo, quando Jakobs insere em um Estado de Direito o conceito de inimigo, fora de uma situação de guerra, legitima um Estado absolutista, caracterizado por não tolerar limites, desconstituído, dessa forma, o Estado de Direito, que ao contrário, é pautado na limitação do poder estatal em prol dos cidadãos.

Portanto, é inconteste a incongruência entre Estado de Direito e Direito Penal do Inimigo, pois esse limita aquele, na medida em que sempre haverá um juízo subjetivo quanto à restrição dos direitos do inimigo.

De todo modo e para concluir, o que se discute em doutrina penal é a admissibilidade do conceito de *inimigo* no direito penal (ou no direito em geral) do Estado de Direito, considerando como tal aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação de direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferente do de *pena*, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplos.³⁶⁴

No cenário vivido pela sociedade atual, uma nova concepção de cidadania sai do plano civil e político (primeira e segunda geração) para o campo social (terceira geração).

³⁶² SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

³⁶³ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 131.

³⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2007, p. 25.

Essa terceira geração de direitos humanos inspira o reclame social à proteção de bens até então esquecidos, mas que, com o advento do desenvolvimento industrial e tecnológico, fez-se necessária a sua proteção.³⁶⁵

No Brasil, o processo de democratização manifestou-se recentemente e a transição opera-se de forma lenta. Tanto na Constituição existe proteção a bens jurídicos penalmente relevantes, como nas cláusulas expressas infraconstitucionalmente que tutelam bens penais.

A Constituição Federal brasileira declara, expressamente, ser o Brasil um Estado Democrático de Direito defensor da ordem social e da liberdade individual.³⁶⁶ A busca de um Direito Penal mínimo é uma das características do Estado Social e democrático de Direito.

O fato de se exigir que a pena não só seja justa, mas, também e principalmente, necessária apresenta-se como pressuposto desse Estado Social e Democrático de Direito.

A tutela de bens jurídicos, pelo Direito Penal, distanciada dos postulados do Estado Democrático de Direito, sem inspiração em bases constitucionais, proporciona e acentua essa função simbólica do direito punitivo, proporcionando em nosso país a ilusória ilusão visão ao povo no sentido de que a *hemorragia* legislativo-penal é a solução para a criminalidade cada vez mais acentuada, quando a repressão necessária a condutas que, efetivamente, afrontam os valores constitucionais e impedem a implementação dos direitos inerentes ao Estado Democrático é tratada com as benesses do legislador, mantendo-se uma legislação penal protetiva de condutas desviantes altamente lesivas à sociedade, em detrimento da repressão acentuada dos delitos clássicos, que lesam interesses individuais-patrimoniais.³⁶⁷

A atuação do direito penal se justifica na medida em que as demais formas de proteção aos bens jurídicos em outros ramos se mostram ineficazes. Desse modo, apresenta-se o caráter fragmentário do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

³⁶⁵ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 56.

³⁶⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

³⁶⁷ SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 123.

Tal fragmentariedade consiste em ser um dos corolários dos princípios da reserva legal e da intervenção mínima, limitando assim o poder incriminador. Daí a afirmação de que o Direito Penal emerge somente como *ultima ratio*, visando evitar excessos penais.

O Estado Democrático de Direito apresenta uma dimensão antropocêntrica, pelo fato de se fundar na dignidade da pessoa humana. Assevera Alberto Silva Franco que “o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a viga mestra de todo arcabouço jurídico”.³⁶⁸

De acordo com Bolzan de Moraes, os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito podem ser assim resumidos: constitucionalidade, democracia, sistema de direitos fundamentais, justiça social, igualdade, divisão de poderes, legalidade, segurança e certeza jurídica.³⁶⁹

Os direitos fundamentais correspondem ao núcleo de legitimidade substancial do Estado Democrático de Direito e estabelecem um pólo rígido de justiça material independentemente dos ‘desejos’, livres ou manipulados. É que a idéia de democracia reduzida à expressão da vontade da maioria não satisfaz às expectativas nascidas com o processo de positivação, generalização, internacionalização e especificação dos direitos humanos, podendo, inclusive, demonstrar-se autoritária, devido à tendência de tornar universal determinada moral, excluindo os direitos das minorias. Definitivamente, o sentido de democracia não corresponde mais à legitimidade procedimental das decisões majoritária, pois estas não têm poder deliberativo absoluto (uma decisão pode ser majoritária e autoritária ao mesmo tempo).³⁷⁰

Tais direitos fundamentais aparentam a forma jurídica positiva que os direitos naturais assumiram, são garantias enquanto direitos subjetivos constantes nas Constituições modernas. A democracia valoriza o indivíduo frente ao Estado e se manifesta em todas as esferas de relação Estado-indivíduo, revelando-se como a revalorização do homem.³⁷¹

³⁶⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

³⁶⁹ MORAIS, Bolzan de apud SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 123.

³⁷⁰ CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 109.

³⁷¹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 38.

Adotados os clássicos princípios liberais, a sanção penal consistente na privação da liberdade somente podia ter incidência quando absolutamente necessária, ou seja, quando outros meios não se apresentassem como mais idôneos (subsidiariedade do Direito Penal) e mesmo assim tão-somente diante de ataques mais intensos ou que podiam causar sério e concreto risco de dano para o interesse tutelado (fragmentariedade do Direito Penal).

O Direito Penal de terceira velocidade afasta a tradição clássica-liberal, na medida em que leva ao extremo a pretensão de tutela de bens jurídicos, acabando por colocar dentro da seara do direito penal que nela não se encontram solução adequada, levando até suas últimas consequências a premissa de proteção dos bens jurídicos.

Transmuda-se o direito penal, antes era a *última ratio* agora mostra-se como *prima ratio*, e, conseqüentemente, os seus conceitos originais de intervenção, dentre eles, o Direito Penal do Inimigo, decorrente da expansão do direito penal. Teoria que vem sendo aplicada no Brasil e em outros ordenamentos estrangeiros.

5. CONCLUSÃO

O legislador brasileiro prestigia a dignidade da pessoa humana como sendo a base de todo o Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Os atuais institutos do Direito Penal necessitam um exato entendimento da sociedade de risco, caracterizada pela globalização, na qual a incerteza passa a ser a marca preponderante.

Como decorrência do incremento nas relações sociais há o surgimento de novas condutas e comportamentos criminosos, exemplificadamente, temos o narcotráfico, o crime organizado, os crimes econômicos, dentre outros.

Nesse cenário social o Direito Penal Clássico já não corresponde de aos anseios dos sujeitos passivos do crime, diversas vezes de natureza difusa, sendo necessária a busca por uma efetividade do ordenamento.

Aparecem, então, teorias que objetivam proporcionar maior efetividade ao Direito Penal, como a do Direito Penal do Inimigo, elaborada por Günther Jakobs, buscando combater os indivíduos que não põe em vulnerabilidade a vigência da norma.

Considerando que o Direito Penal não consegue combater a criminalidade decorrente da sociedade de risco, percebe-se uma tendência de adoção da terceira velocidade do Direito Penal, entretanto, o Direito Penal do Inimigo propõe a exclusão do conceito de pessoa aos indivíduos identificados como inimigos do ordenamento.

Apesar de ser bastante debatido, sabe-se que o Direito Penal do Inimigo pode ser justificado juridicamente, para tanto, há que especificarem de forma clara quais são os indivíduos possivelmente atingidos pela terceira velocidade do direito, pois, se a criminalidade hodierna não se mostra igual à de outras épocas, conseqüentemente, a dogmática penal necessita de modificações.

Há que haver um debate racional em torno da delimitação do Direito Penal a ser aplicado a cada velocidade, pois a cada uma delas devem ser aplicadas políticas diversas. Desse modo, a delimitação a ser respeitada por todas as velocidades é a dignidade da pessoa humana.

A sociedade de risco e o fenômeno da expansão punitiva exibem-se de forma universalizada, ganhando destaque nas discussões travadas pela ciência. Ao longo do trabalho percebeu-se que o Brasil, do mesmo modo, não ficou imune a tais acontecimentos.

A ascensão do Direito Penal do Inimigo, fruto da atual sociedade atemorizada e insegura, ganha cada vez simpatizantes, principalmente os leigos, na medida em que propaga a criação de novas leis mais duras e excludentes.

Nota-se claramente a adesão majoritária da doutrina, tanto nacional como internacional, às correntes defensoras do direito penal mínimo, enquanto que a opinião pública mostra-se bem diversa, favoráveis ao direito penal de emergência.

A opinião pública termina por cativar os legisladores. Ocorre que a velocidade com que os acontecimentos surgem não é acompanhada pela respectiva produção legislativa, gerando desse modo a ineficácia das leis e a correspondente insatisfação social.

Entendendo-se que novas situações surgem a cada dia e que o direito penal pode sim ser de grande valia para a minimização dos conflitos, seja prevenindo ou reprimindo delitos, não há que se compactuar com a idéia de abolir o direito penal, nem tão pouco de extirpar da cidadania de indivíduo.

De outra ponta, os direitos preconizados na teoria do Direito penal do Inimigo de Jakobs, não se coadunam com o Estado Democrático de Direito Brasileiro, na medida em que fere inúmeros princípios constitucionais e penais, além de não apresentar argumentos razoáveis para a restrição de direitos fundamentais e para exclusão de cidadãos.

Os direitos fundamentais tratados pelo garantismo não carecem de valoração legal, cabe sim ao juiz fundamentar sua decisão de forma racional e comprovável, amparado na norma. Em termos gerais, visa reduzir a distância entre a efetividade dos direitos e a sua normatividade, isso é o garantismo.

O garantismo, proposto por Luigi Ferrajoli, defende a elaboração de um sistema geral do garantismo, pautado no Estado de Direito, que tem por fundamento e fim a tutela do indivíduo às variadas formas de exercício arbitrário do poder os Estados de Direito, tendo como limite os direitos fundamentais.

A arbitrariedade residiria na imutabilidade dos conteúdos dos direitos fundamentais, já que eles são o resultado de uma sociedade dinâmica que os constrói historicamente, por meio de conflitos e revoluções. Ferrajoli não só delimita, muito claramente, quais são os direitos fundamentais, como vai adiante ao deixar patente, em sua teoria garantista, que as necessidades humanas estão em constantes mudanças, assim sendo, a busca pelo justo tem que acompanhar a evolução dos valores sociais.

A idéia da norma como um meio de comunicação entre o Estado e o sujeito, e em relação a esse, baseando-se na posição do autor com respeito a idéia de vigência da norma, e ação injusta com sua omissão, as relações entre a sociedade e o direito dentro o sistema funcionalista se baseiam no entendimento entre o direito e a sociedade, esse se vê através da chamada comunicação e é diante dessa situação que o Direito Penal, mais do que ver comportamentos que conduzam ao delito, buscam a prevenção dessas ações ao ser parte da sociedade, está internalizado ao acionar dos indivíduos, é por ele que a ação é mais que todas as quebras da vigência da norma, que se demonstra pela comissão ou omissão de ação que Jakobs defende que a comunicação é a mensagem da norma que determina aos cidadãos a realizar uma coisa: não violar, isto como parte da idéia de que se busca a prevenção geral

positiva (que não é mais do que incultar nas pessoas a idéia das normas, é dizer, a idéia de seguir o caminho da lei).

Vale destacar também, que as experiências vividas em outros países mostraram-se desastrosas, ao passo em que não se muda a realidade com a inserção de uma regra no ordenamento jurídico. Para que haja a segurança social de forma satisfatória há que se agregar uma série de fatores sociais, econômicos, dentre outros.

Indiscutivelmente há um abismo existente entre a teoria e a prática, no que concerne aos direitos fundamentais, como referido na teoria garantista. Entretanto, o Estado de Direito não pode se valer de seu poder para legitimar e efetivar um sistema desigual e viciado.

O Sistema Garantista consiste na defesa de uma democracia direta, na qual os sujeitos passivos exerçam a sua cidadania em prol da dignidade da pessoa humana e não em detrimento da punibilidade desmedida que busca somente um sujeito ativo a quem possa imputar suas insatisfações.

Merece concordância a afirmação de Ferrajoli no que tange à utopia da democracia, à garantia plena dos direitos fundamentais e ao papel prático que outorga aos juristas. Afasta-se, desse modo, a ilusão de que o direito tudo pode, agregando-se outros fatores ao episódio da criminalidade e esses não devem ser relegados.

O garantismo aponta, de forma inovadora, um novo modelo de ordenamento, capaz não só de prever direitos. Preconiza também que se adote um modelo que possua os meios necessários para assegurar a aplicação normativa, e esse problema não consiste em saber quais e quantos são os direitos, mas sim em como aplicá-los de modo confiante para garantir e evitar que eles sejam ofendidos.

Não se apresenta razoável desprezar a realidade que emerge, a qual se exhibe novas formas de violações a bens juridicamente relevantes. Esses, por sua vez, demandam proteção estatal.

Apesar de grande parcela da doutrina ser partidária do retorno dos postulados clássicos do Direito Penal, sabe-se que as necessidades existente em outras épocas não condizem com as atuais.

Dessa forma, o debate em torno da legitimidade, ou da constitucionalidade, do Direito Penal do Inimigo vai além das fundamentações constitucionais e dos postulados penais clássicos, trata-se de uma crise da humanidade.

É necessário criminalizar. No entanto, há também que se garantir a dignidade da pessoa humana e todos os seus desdobramentos para que efetivamente se realize o Estado Democrático de Direito, promovedor da justiça social e garantidor da igualdade. Só assim, o Estado e seus Inimigos lutaram com armas equivalentes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6.1 Livros

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Temas de Filosofia*. São Paulo: Moderna, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 1998. Trad. Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

ULRICH, Beck et al. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama, Cláudia Marinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal na era da globalização*. Série as ciências criminais no século XXI; v.10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional*. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; YACCOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: MARTIN Claret, 2009.

HOBBS, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. *Teoria e prática da intervenção*. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. *Ciência do direito e Ciência do direito penal*. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes Barueri: Manole, 2003.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Uma teoria da obrigação jurídica*. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes Barueri: Manole, 2003.

_____. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Des)Velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho Penal do Inimigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NUNES, Adeildo. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RODRIGUES, Fabíola Emilin. *Direito Penal Ambiental e a Sociedade Atual. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad.: Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo; MELIÁ, Manuel Cancio. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar*. In: *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. *História do Brasil*. São Paulo: Scipione, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

6.2 Revistas, periódicos.

APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 12, nº 51, nov./dez., 2004.

_____. *Direito Penal do Inimigo e luta contra o terrorismo*. Uma visão crítica. In: Anais da palestra proferida no 12º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM. Set. 2006. São Paulo: IBCRIM, 2006. p. 31.

_____. *Guerra y derecho penal de enemigo – Aproximación teórica de la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia*. Texto inédito enviado pelo autor via e-mail em 20 de setembro de 2006.

_____. *Derecho penal y la lucha antiterrorista em Colômbia: ? uma historia fallida?* Texto enviado pelo autor via e-mail em 20 de setembro de 2006. Publicado na Revista Diálogo Político, Buenos Aires: Fundação Konrad-Adenauer, nº 03, 2005

BAUMAN, Zygmunt. *Entrevista com Zygmunt Bauman*. Revista Tempo Social, Entrevistador: Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke. São Paulo: Departamento de Sociologia da USP, v. 16, n.1, jun. 2004.

BOTELHO, André. *Ciência desenvolvimento e política: notas para um debate ainda atual*. Disponível em: <<http://paginas.terra.com.br/servicos/canilalfa/nusc/cd1.pdf>>. Acesso em 18 de dezembro de 2006 às 15:00.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 13, nº 56, p. 81-112. set./out., 2005.

CINTRA, Carlos Eduardo de Amorim. *História da educação no Brasil*. Disponível em: <<http://pedagogiaemfoco.pro.br/heb10.htm>>. Acesso em dia 15 de outubro de 2006 às 20:00.

DAWSON, Jonnathan Guttemberg. *Guantanamo prison timeline*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6241991.stm>>. Acesso em 22 de dezembro de 2006 às 10:35.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 09, nº 33, p. 39-66. jan.-mar. 2001.

GAVIRIA, Pablo. *República da Colômbia*. Disponível em: <<http://tierra.freepeople.net/paises/pais-historia-de-colombia.php>>. Acesso em 12 de novembro de 2006 às 09:30.

GOMES, Luiz Flávio. *Prisão de Poderosos e Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050718113029941>. Acesso em 27 de janeiro de 2007 às 19:20.

JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Cord.). *El funcionalismo en derecho penal – Libro haze al professor Günther Jakobs*. Bogotá: Univerdidad Externado de Colombia, 2003.

KURTZ, Howard. *Newsweek Apologizes*. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article>>. Acesso em 17 de novembro às 16:45.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Juiz Natural e a constitucionalidade da 17ª Vara Criminal*. Disponível em: <http://blogdoalbertoalberto.blogspot.com/>. Acesso em 27 de maio de 2010 às 20:50 horas.

_____. *Criminalização e direitos fundamentais: entre a intervenção mínima e a expansão penal. Revista do Mestrado em direito*. Maceió: Edufal, 2008.

LIPTON, Joshua. *US acknowledges torture at Guantanamo; in Iraq, Afghanistan – UN*. Disponível em: <<http://www.forbes.com/work/feeds/afx/2005/06/24/afx2110388>>. Acessado em 04 de janeiro de 2007 às 18:10.

MARCELINO, Douglas Attila e CAROCHA, Maika Lois. *Legislação de exceção*. Disponível em: <<http://www.gedm.ifcs.ufrrj.br/upload/textos/3.pdf>>. Acesso em 15 de outubro de 2006 às 20:03.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Cord.). *El funcionalismo en derecho penal – Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 12, nº 47, p. 31-45 mar./abr., 2004.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 12, nº 46, p. 73-93. jan.-fev. 2004.

SOUZA, Jessé. *(Não) Reconhecimento e subcidadania, ou o que é "ser gente"?*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-4452003000200003&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em 05 de janeiro de 2006 às 14:00.

SOUZA, Luciane Espíndola de Amorim. *Ata da 307ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária realizada nos dias 14 e 15 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/Transparencia/decisoes/cnpcp/AtaCNPCP140205.pdf>>. Acesso em 22 de dezembro de 2006 às 14:00.