

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

OTÁVIO BINATO JÚNIOR

DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO PENAL: O DIREITO PENAL DO
INIMIGO COMO NOVO PARÂMETRO DE RACIONALIDADE PUNITIVA

São Leopoldo

2007

OTÁVIO BINATO JÚNIOR

DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO PENAL: O DIREITO PENAL DO
INIMIGO COMO NOVO PARÂMETRO DE RACIONALIDADE PUNITIVA

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

PROF. DR. ANDRÉ LUIS CALLEGARI
ORIENTADOR

São Leopoldo
2007

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

B612d Binato Júnior, Otávio
Do Estado social ao Estado penal: o direito penal do inimigo
como novo parâmetro de racionalidade punitiva / por Otavio
Binato Júnior. -- 2007.
197 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

“Orientação: Prof. Dr. André Luis Callegari, Ciências
Jurídicas”.

1. Direito penal. 2. Direito penal - Inimigo. 3. Direito penal -
Sociedade pós-industrial. 4. Estado penal. 5. Estado social. I.
Título.

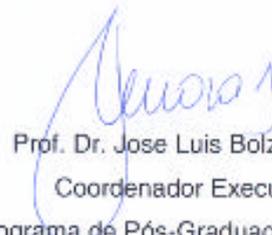
CDU 343

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **“Do Estado Social ao Estado Penal: O Direito Penal do Inimigo como Novo Parâmetro de Racionalidade Punitiva”**, elaborada pelo aluno Otávio Binato Júnior, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de novembro de 2007.



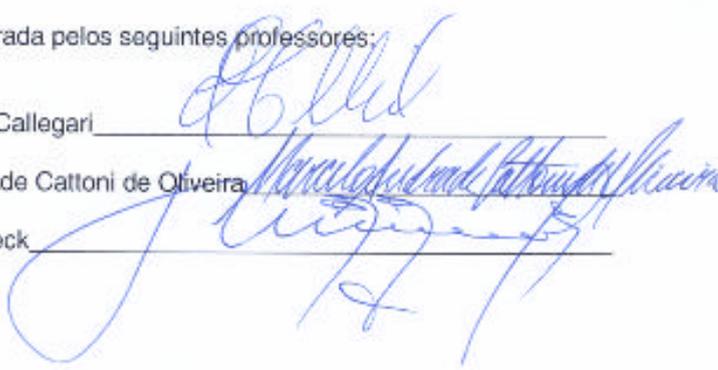
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luís Callegari

Membro: Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



À família (Sílvia e Fernanda) pelo especial apoio nas horas difíceis, especialmente às avós Fluvia e Elcita, que não puderam ver os resultados finais deste trabalho.

Sinceros agradecimentos:

Ao meu orientador Prof. Dr. André Luis Callegari, pelo apoio intelectual e logístico.

A todos os professores do PPGD da UNISINOS, bem como ao pessoal administrativo e bolsistas de iniciação científica, que proporcionam o melhor ambiente possível para uma pesquisa em alto nível.

Aos amigos do PPGD da UNISINOS pela companhia, conversas de corredor e cafés, que muito enriqueceram este trabalho: em especial a Malu, Rogério, Rafael Pelica e Henrique.

Aos amigos Moysés Neto, Gabriel Divan, Marcelo Ruivo, Tomás Grings e Guilherme Boff pelas elevadas contribuições acadêmicas, discussões político-filosóficas e companhia nas explorações pelo interior do RS em congressos e palestras.

Aos professores do departamento de História da UFRGS, que muito contribuem para a minha formação humanista.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela bolsa sem a qual esta dissertação jamais poderia ter sido realizada.

A luta do homem contra o poder é a luta da memória contra o esquecimento.

(Milan Kundera – O livro do riso e do esquecimento)

A morte (ou sua alusão) torna preciosos e patéticos os homens. Estes comovem por sua condição de fantasmas; cada ato que executam pode ser o último; não há rosto que não esteja por dissolver-se como o rosto de um sonho. Tudo, entre os mortais, tem o valor do irrecuperável e do inditoso. Entre os imortais, ao contrário, cada ato (e cada pensamento) é o eco de outros que no passado o antecederam, sem princípio visível, ou o fiel presságio de outros que no futuro se repetirão até a vertigem. Não há coisa que não esteja como que perdida entre infatigáveis espelhos. Nada pode ocorrer uma só vez, nada é preciosamente precário. O elegíaco, o grave, o cerimonioso não vigoram para os imortais. Homero e eu nos separamos nas portas de Tanger; creio que não nos dissemos adeus.

(Jorge Luis Borges – O Imortal)

RESUMO

O presente trabalho busca investigar a relação entre o fim do modelo do Estado Social e o advento do Estado Penal, tendo este como representante maior de seu sistema punitivo, a teoria do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs. O trabalho analisa esta mudança tanto pela via institucional, centrada na alteração das instituições e formas de atuação do Estado (manutenção dos serviços essenciais, como saúde, seguridade social, educação, previdência), bem como a expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, quanto pela vida da sociedade, com a passagem de uma “sociedade da inclusão” para uma “sociedade da exclusão”, verificando os reflexos deste novo modo de vida na cultura, notadamente no que se refere às alterações do sistema punitivo daí decorrentes, como o aumento do punitivismo e a expansão de um Direito Penal de caráter simbólico e populista. Por fim, buscamos analisar a teoria do Direito Penal do inimigo em seus aspectos fundamentais, tal como pressupostos filosóficos e sociológicos, suas principais características, bem como as críticas que vem recebendo da doutrina, assim como o estágio atual do Brasil em relação aos seus paradigmas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do inimigo - Estado Social - Estado Penal - Günther Jakobs – Sociedade pós-industrial – Expansão do Direito Penal.

RESUMEN

El presente trabajo busca investigar la relación entre el término del modelo del Estado Social y su cambio por el Estado Penal, este tiene como su representante mayor de su sistema punitivo la teoría del Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs. El presente trabajo investiga este cambio, tanto pela vía institucional, basada en la alteración de las instituciones y modos de actuación del Estado (manutención de los servicios esenciales como salud, seguridad social, educación, previdencia), bien como la expansión del Derecho penal en las sociedades postindustriales, cuanto pela vía de la sociedad misma, con el pasaje de una “sociedad de inclusión” para una “sociedad de exclusión”, verificando los reflejos de este novo modo de vida en la cultura, notadamente en lo que se refiere a los cambios de lo sistema punitivo que de ahí decoren, como el incremento del punitivismo y la expansión de un Derecho penal de un carácter simbólico y populista. Por fin, buscamos analizar la teoría del Derecho penal del enemigo y sus aspectos fundamentales, como los presupuestos filosóficos y sociológicos, características más importantes y también las criticas de mayor relevo que recibe de la doctrina, así como lo estadio actual de Brasil en relación con sus paradigmas.

PALABRAS-CLAVE: Derecho Penal del enemigo – Estado Social – Estado Penal – Günther Jakobs – Sociedades postindustriales – Expansión del Derecho Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
Capítulo 1 – O DECLÍNIO DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO E O ADVENTO DO ESTADO PENAL: DA EXCLUSÃO SOCIAL AO INIMIGO.....	17
1.1) O declínio do Estado do bem estar social.....	17
1.1.1) O apogeu do Estado Social.....	17
1.1.2) A Crise do Estado Social.....	23
1.2) De cidadão a inimigo: a transição do Estado Social para o Estado Penal.....	27
1.2.1) O processo de definição dos inimigos.....	28
1.2.1.1) A modernidade e a construção da ordem.....	29
1.2.1.2) O enfraquecimento da Política e o “estado de exceção”.....	30
1.2.1.3) De consumidores falhos a inimigos.....	33
1.2.1.4) A essencialização do outro e a sociedade da exclusão.....	36
1.2.1.5) Entre a liberdade e a segurança, separando amigos e inimigos.....	39
1.2.2) Os (novos?) modelos do Estado Penal.....	41
1.2.2.1) A criminalização da miséria de Wacquant.....	42
1.2.2.2) O Direito Penal efficientista de Baratta.....	44
1.2.2.3) O Direito Penal da segurança cidadã de Díez Ripollés.....	45
1.3) A expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais.....	48
1.3.1) As causas da expansão do Direito Penal.....	53
1.3.2) As conseqüências da expansão do Direito Penal.....	60
Capítulo 2 – DA SOCIEDADE INCLUSIVA À SOCIEDADE EXCLUDENTE: AS TENDÊNCIAS PUNITIVISTAS NA MODERNIDADE RECENTE.....	64

2.1) Considerações Iniciais	64
2.2) O modelo de Estado do bem estar penal (<i>penal welfarism</i>)	66
2.3) A crise do Estado do bem estar penal (<i>penal welfarism</i>)	75
2.3.1) As mudanças sociais e econômicas do final da década de 60.....	76
2.3.2) As causas da crise do Estado de bem estar penal.....	80
2.3.3) As conseqüências da crise do Estado do bem estar penal.....	86
2.4) O Brasil na era da punitividade	92
2.4.1) A construção da sociedade brasileira e o conceito de subcidadania.....	92
2.4.2) Violência e criminalidade no Brasil contemporâneo.....	96

Capítulo 3 – A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS.....	110
3.1) Fundamentos normativo-sociológicos da teoria do Direito Penal de Jakobs	110
3.2) Breve Histórico da teoria do Direito Penal do inimigo	117
3.3) Fundamentos filosóficos da teoria do Direito Penal do inimigo	125
3.4) Características do Direito Penal do inimigo	134
3.4.1) O adiantamento das barreiras de punibilidade.....	136
3.4.2) O aumento de pena dos tipos penais “do inimigo”.....	141
3.4.3) A diminuição das garantias processuais do inimigo.....	142
3.4.4) A função do Direito Penal do inimigo.....	144
3.5) Críticas à teoria do Direito Penal do inimigo	146
3.5.1) Críticas ao conceito normativo de pessoa.....	149
3.5.2) O Direito Penal do inimigo como Direito Penal do autor.....	152
3.5.3) O Direito Penal do inimigo como estratégia de (re)configuração social.....	156
3.5.4) O Direito Penal do inimigo como violador dos direitos humanos.....	159
3.6) O Direito Penal do inimigo no Brasil	162
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 169
 BIBLIOGRAFIA.....	 182

INTRODUÇÃO

Conta-nos Milan Kundera no seu genial *Livro do Riso e do Esquecimento* que os anjos são os partidários da criação divina, enquanto que os demônios são aqueles que a contestam, recusando-lhe todo seu caráter racional. A estabilidade do mundo seria mantida pelo equilíbrio de poderes entre anjos e demônios, pois com uma demasiada carga de sentido incontestável (anjos) o homem sucumbiria diante de seu peso, e existindo grande ausência de sentido racional (demônios) tampouco é possível viver.

Tudo o que está fora de seu lugar original (ordem estabelecida) provoca-nos o riso, assim, ao menos originariamente, o riso seria fruto do demônio, contestando o sentido racional do mundo. O riso possui, então, algo de maléfico, pois as coisas são algo diferentes do que deveriam ser ou se faziam passar, contudo, o riso também possui um caráter libertador, pois as coisas também não são tão sérias e austeras quanto deveriam ser, o que de certo modo também acaba por nos trazer alívio, tornando a nossa existência mais fácil e leve.

Quando o anjo ouviu o riso do diabo pela primeira vez ficou admirado (o riso do diabo era incrivelmente contagiante) e ao mesmo tempo preocupado (aquele era um riso que desafiava o sentido do mundo). Sem saber o que fazer para desviar a atenção de todos do riso do diabo, o anjo começou a imitar seu riso de uma maneira caricata, emitindo sons nos mesmos intervalos que seu antagonista. Enquanto o riso do diabo era um riso questionador, mostrando o absurdo das coisas e a sua ausência de sentido, o riso do anjo era um riso confortador, regozijando-se pelo fato das coisas na Terra serem bem ordenadas e cheias de sentido. Para Kundera, esta imitação do riso original efetuada pelos anjos deixou-nos em uma triste situação de vazio semântico. Temos, pois, duas espécies de riso que significam duas coisas absolutamente diferentes, mas apenas uma palavra para as designar.

Iniciamos com esta estória para com ela ilustrar a situação do Direito Penal neste início de novo milênio, notadamente no que concerne à questão da sua expansão desmesurada e da

inserção da figura do inimigo em seu seio. Os críticos ferrenhos do Direito Penal do inimigo adotam uma postura comparável ao riso do anjo, tentando mostrar como o Direito Penal derivado do iluminismo, projetado para os modernos Estados democráticos de direito, é pleno de sentido e que tanto sua expansão recente quanto a adoção parcial do paradigma do inimigo na maioria dos países ocidentais não são mais do que excrescências, devendo ser eliminadas sumariamente.

Já os que defendem, legitimam ou ao menos descrevem este novo paradigma que se avizinha ao nosso Direito Penal, adotam uma postura que poderíamos qualificar de semelhante ao riso do diabo, pois mostram que dentro do que parecia pleno de sentido e absolutamente racional surge o absurdo, o imponderável, o incongruente, algo que não deveria existir de modo algum, mas que sem poder nem dever existir, existe, inexoravelmente existe.

O objetivo deste trabalho, portanto, é tentar trazer uma contribuição para a explicação da existência (e porque não dizer também da legitimação social) do que não deveria existir em Estados democráticos de direito, pretensamente defensores intransigentes dos direitos humanos, mas que existe. E não apenas existe como rapidamente ganha apoio popular e da mídia, transmutando-se em legislações cada vez mais punitivas e repressoras e onde a perspectiva de tratamento dos assim denominados “inimigos” é cada vez mais sombria e nebulosa, subtraindo-se cada vez mais das garantias constitucionais e dos democráticos controles jurisdicionais e sendo resolvidas em outras esferas de poder, como tribunais militares, tribunais *ad hoc* entre outros.

Nossa hipótese de trabalho inicial é que há uma estreita e fundamental vinculação entre a diminuição (para não dizer em alguns casos eliminação) das políticas públicas levadas a cabo pelos Estados ocidentais, políticas estas que podem ser englobadas sob a denominação de “Estado social”, e esta nova era do Direito Penal nas sociedades ocidentais.

Assim, nosso trabalho contém três partes básicas. O primeiro capítulo tratará da crise do modelo do *Welfare State* e de seus desdobramentos, ou seja, da decadência de um modelo político, social e econômico que foi responsável por reerguer o sistema capitalista de uma de suas maiores crises, praticamente eliminou o desemprego das sociedades onde foi vigente, distribuiu renda, universalizou o acesso à saúde e a educação, além de criar um ambiente social sadio, por

meio da criação de redes sociais de segurança aptas a socorrer quem, por um motivo ou outro, estivesse parcial ou permanentemente incapacitado para o trabalho, em última análise, tornando a vida das pessoas *melhor* mas que, por uma série de motivos, começou a não mais resistir aos questionamentos que lhe eram impostos. Após, ainda dentro do primeiro capítulo, analisaremos a consequência deste esgotamento do Estado social e a sua aparente substituição por um modelo de Estado penal que substituiu as redes de proteção social de seu predecessor por uma cada vez mais forte repressão penal, escolhendo e ampliando cada vez mais os seus inimigos. Procuramos também dar destaque ao processo de seleção destes novos “inimigos do povo” na sociedade contemporânea e quais as características que os mesmos reúnem. O final do primeiro capítulo versará sobre as tendências contemporâneas de expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, verificando o surgimento de novos bens jurídicos penais e as dificuldades que a tutela destes novos valores apresentaram para um Direito Penal que, historicamente voltado para a proteção de bens jurídicos de caráter individual, tem de agora proteger valores de características fundamentalmente transindividuais ou coletivos, além do posicionamento da doutrina sobre esta “crise” do Direito Penal contemporâneo.

O segundo capítulo tratará do câmbio do modelo social a partir de uma abordagem cultural, complementando a primeira parte do trabalho que o analisou a partir de uma perspectiva institucional, bem como as respostas punitivas que correspondem a ambos os modelos de sociedade. Analisaremos inicialmente o modelo de Estado do bem estar penal (*penal welfarism*) enquanto correlato punitivo do Estado do bem estar social, modelo este compreendido como apogeu da modernidade no Direito penal, suas bases fundamentais, características principais, bem como os resultados efetivos que produziu (e os que deixou de produzir). Após, investigaremos a derrocada deste *penal welfarism*, baseados, fundamentalmente, na substituição do que Jock Young denomina de “sociedades de inclusão” (típicas da modernidade) pelas “sociedades de exclusão” (características da pós-modernidade), além das principais mudanças culturais e econômicas que o legitimaram. Por fim, verificaremos as peculiaridades brasileiras no que concerne aos seus modelos punitivos, uma vez que, como é sabido por todos, nosso país nunca experimentou a plenitude do Estado social. Não obstante isto, o Brasil sempre acompanhou (ou ao menos buscou acompanhar) os países centrais no modo como estes tratavam a sua questão punitiva, de modo que experimentamos uma maior interferência do Estado na vida das pessoas

através do Direito Penal, sem obtermos as vantagens desta intervenção provenientes da esfera econômica.

O terceiro e último capítulo tratará do surgimento da teoria do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs, bem como das suas características mais gerais, seguidas de um breve histórico do desenvolvimento das idéias de Jakobs desde o seu primeiro pronunciamento sobre o tema no longínquo ano de 1985, sua fundamentação filosófica e sociológica, além das críticas que lhe foram dirigidas pela doutrina que se ocupou do assunto, por fim, teceremos algumas considerações sobre a possibilidade do advento do Direito Penal do inimigo no Brasil.

Conforme mencionado, o objetivo não é uma análise do Direito Penal do inimigo a partir do ponto de vista exclusivamente jurídico, enquanto uma teoria do Direito Penal, uma vez que este tema já foi desenvolvido com grande brilhantismo por diversos doutrinadores, tanto da Europa como da América Latina, mas sim interligarmos o seu surgimento e as suas características, bem como a grande repercussão social e científica que goza, com a emergência de um novo modelo social que permite, dentro de Estados democráticos de Direito, em pleno século XXI, que pessoas sejam tratadas como “não pessoas”. Dito de outro modo, a novidade desta teoria é que ela dá forma jurídica ao fato de existirem nas nossas sociedades duas classes de pessoas, os incluídos, que desfrutam de todas as benesses do capitalismo pós-industrial, e os excluídos, que padecem dos mais básicos meios de subsistência.

Por suposto que falar em Direito Penal do inimigo na Europa (como faz Jakobs, diga-se de passagem) não é o mesmo que o fazer na América Latina (e especialmente no Brasil). Se o velho continente conseguiu, por meio do Estado social, reduzir a precariedade material a níveis muito próximos do ideal, de modo que os inimigos que os preocupam são os *inimigos externos* (notadamente os que usam barba e adoram o profeta Maomé), o Brasil ainda convive com a pobreza e a desigualdade social em níveis extremos, o que faz com que nossos inimigos sejam fundamentalmente *internos* (via de regra os habitantes dos morros, pobres, que escutam funk e usam drogas).

Utilizamos como hipótese de trabalho a idéia de que o Direito Penal do inimigo é o novo parâmetro da racionalidade punitiva desta nova sociedade que ainda está a formar-se, uma sociedade que abandonou quase que por completo a perspectiva moderna de inclusão dos membros ainda não incorporados (com todas as dificuldades que esta inclusão importava, como bem apontou a teoria crítica), e agora busca pura e simplesmente a neutralização ou mesmo a eliminação dos que nela não estão incluídos, seja por má vontade, deficiência de caráter, ou dificuldades de outra ordem.

O nosso trabalho, mais do que apresentar respostas certas e inquestionáveis, busca fazer as perguntas corretas, porque delas decorre a verdadeira natureza do saber acadêmico.

CAPÍTULO 1

O DECLÍNIO DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO E O ADVENTO DO ESTADO PENAL: DA EXCLUSÃO SOCIAL AO INIMIGO

1.1) O declínio do Estado do bem estar social:

Não nos parece uma infeliz coincidência histórica o fato de o declínio do “Estado do bem estar penal”¹ coincidir com a derrocada do “Estado do bem estar social”. Todavia, como comumente acontece nos países de modernidade periférica ou tardia, as conseqüências do fim do Estado do bem estar penal são muito menos dramáticas em países que passaram pelo Estado providência do que em países no qual o Estado social não existiu ou não passou de um mero simulacro, caso específico do Brasil e dos demais países da América Latina.

1.1.1) O apogeu do Estado Social:

Desta feita, julgamos adequado traçar algumas linhas sobre o Estado social que efetivamente ocorreu nos países desenvolvidos e a sua falta de implementação em países como o Brasil, bem como alguns aportes sobre a crise pelo qual este modelo vem passando, ainda que de forma simplificada por não ser este o objeto central de nosso trabalho. Sem cair em um velho determinismo marxista da relação entre economia e criminalidade, não podemos ignorar que os fatores econômicos (e, em decorrência disto, os modelos sociais adotados) têm uma importância significativa no que concerne aos fenômenos da criminalidade e sua respectiva punição, bem

¹ A expressão é utilizada por David Garland como “*Penal Welfare State*” em óbvio paralelo com o “*Welfare State*” no sentido econômico e social comumente utilizado na literatura especializada.

como estreita relação com o nível e formas de controle social exercidas pelo Estado ou por particulares.

O período que compreende o Estado social foi relativamente breve em alguns países e um pouco mais longo (persistindo até hoje, embora de modo mais mitigado) em outros. Em geral costuma-se associá-lo nos Estados Unidos, com a política de Franklin D. Roosevelt, baseado em teorias keynesianas (forte intervencionismo estatal na economia) para tirar os EUA da grande depressão de 1929. Este *Welfare State* norte americano perdurou até o final da década de setenta, início da década de oitenta, em que pese o seu apogeu tenha se verificado em meados da década de cinqüenta². O seu “final definitivo” (ao menos no que se refere a sua forma originalmente concebida) ocorreu em 1981, com a ascensão do republicano Ronald Reagan à presidência³.

Na Europa, o Estado social efetivo (com o significativo incremento de investimentos estatais em políticas sociais) começou um pouco mais tarde, no final da segunda guerra mundial, quando forças sociais ligadas ao socialismo estavam muito próximas de efetivar uma revolução na Europa ocidental. A saída então, que evitou o colapso do capitalismo no continente europeu, foi acenar com uma série de benefícios sociais às classes trabalhadoras. O Estado social europeu obteve um sucesso muito mais efetivo que seu correlato norte-americano; a educação e a saúde foram praticamente universalizadas, a previdência pública garante (não se sabe ainda até quando) uma aposentadoria relativamente tranqüila a todos, e a população conta (ou contava) com uma série de benefícios em caso de não poder (por algum tempo ou permanentemente) exercer trabalho produtivo⁴.

² Juan Ramón Capella assinala que 2 fatos estimularam a crise do modelo keynesiano nos Estados Unidos na década de 70, os choques do petróleo, que encareceram muito o custo de vida das famílias norte-americanas e o fim do acordo de Bretton Woods (vinculando o valor do dólar ao preço do ouro). Culturalmente o modelo começou a perder fôlego pela reação conservadora a setores da sociedade que, na sua visão, desperdiçavam as pensões públicas sem exercer trabalho produtivo, como os hippies. (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. (tradução de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 230).

³ Sempre se faz necessário lembrar que a abrangência do Estado social nos Estados Unidos foi muito inferior à alcançada pelos países europeus, uma vez que pelo sistema norte-americano não há previdência pública e mesmo os serviços públicos de saúde são restritos à parcela da população realmente muito carente. Alguns autores chegam mesmo a contestar a existência de um Estado social nos EUA, mas julgamos não ser correto minimizar a importância do *New Deal*, tanto para os Estados Unidos quanto para o mundo ocidental em geral.

⁴ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. (tradução de Bernardo Carrillo) Barcelona: Paidós, 2000. p. 116.

O historiador anglo-egípcio Eric Hobsbawm classifica o período que vai de 1945 a 1970 como “os anos dourados” da economia mundial. Nos Estados Unidos, que não haviam sofrido danos materiais com a segunda guerra mundial, o Produto Nacional Bruto aumentou em dois terços (e lembrando que já partira de uma base de cálculo bastante elevada). Os países europeus cresceram a taxas nunca antes vistas, combinando um desemprego residual (cerca de 1,5% na década de 60) com um processo de redistribuição de renda muito significativo (foi durante este período que ocorreu o boom da classe média europeia) o que representou, indubitavelmente, uma brutal melhora do padrão de vida dos habitantes destes países. A produção mundial de manufaturas quadruplicou entre o início da década de 50 e o início da década de 70, tendo o comércio internacional de manufaturados aumentado dez vezes; a produção agrícola, embora não crescendo tanto quanto a industrial, também teve incrementos significativos, da ordem de 100%⁵.

Cumprido ressaltar, ainda com Hobsbawm, que, em que pese o foco destes “anos dourados” ter se dado fundamentalmente na América do Norte e Europa, seus efeitos foram sentidos em quase todos os países, ainda que de um modo bastante desigual, de modo que podemos realmente falar de um “processo mundial”. A Revolução Industrial finalmente atingiu a (quase) todos os continentes do mundo. A América Latina e a Ásia registraram taxas de crescimento econômico muito superiores às de crescimento populacional, resultando em um incremento do PIB *per capita* (ainda que na maioria destes países tenha ocorrido uma brutal concentração de renda, como no “milagre econômico” brasileiro). O único continente onde verdadeiramente não se pode falar de “anos dourados” é a África, que experimentou durante este período uma deterioração no nível de vida de seus habitantes⁶.

Contudo, em que pese seu sucesso, o Estado social europeu, não persistiria indefinidamente. A partir da década de oitenta, o desequilíbrio entre receita e despesa começou a pesar nas democracias europeias e a necessidade de um Estado mais enxuto do ponto de vista fiscal para poder concorrer em pé de igualdade com os Estados Unidos e com o Japão, foi paulatinamente minando os defensores do clássico *Welfare State*. O governo Margareth Thatcher, no Reino Unido, foi o corolário da relativização do Estado social na Europa com sucessivas

⁵ HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 253-254.

⁶ HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos.. cit.*, p. 256-257.

perdas de direitos sociais por parte da população. Atualmente ele ainda sobrevive, embora de uma forma muito mitigada na maioria dos países, e, de uma forma quase “original” nos países escandinavos, embora mesmo lá já comece a enfrentar contestações de setores mais liberais⁷.

É fundamental sublinhar que muito embora a importância das políticas de Estado social seja principalmente econômica, ela transcende em muito a economia, pois a rede assistencial sustentada pelo Estado acaba por solidificar relações de cunho comunitário-solidário entre os cidadãos, relações estas que são essenciais para a formação de um sentimento de confiança mútua que atua como uma espécie de potencializador dos sentimentos positivos de comunidade, trazendo um bem estar social que não pode apenas ser levado em conta pelo prisma da economia. Contudo, como bem ressalta Boaventura de Souza Santos, esta política social que deveria fortalecer ainda mais estas relações horizontais cidadão-cidadão acabou por se desvirtuar em uma relação vertical Estado-cidadão o que contribuiu para o seu rápido exaurimento quando as condições financeiras mundiais não mais eram tão favoráveis. Dito de outro modo, em vez de proporcionar uma autonomia relativa da sociedade em relação ao Estado, acabou-se por criar uma dependência em relação a este, não obstante este fato, a importância de tais políticas não é questionada, em que pese este desvirtuamento:

“Há, aliás, argumentos para defender que, no período do capitalismo organizado, não se fortaleceram apenas os princípios do mercado e do Estado, mas também o princípio da comunidade. De facto, o carácter distributivo das políticas sociais assenta numa noção de solidariedade que se assemelha à obrigação política horizontal, de cidadão para cidadão, que considere ser a essência do princípio da comunidade. No entanto, convém não esquecer que o princípio da comunidade não foi reconhecido nos seus próprios termos. Tratou-se, antes, de um reconhecimento derivado, já que ocorreu sobre a égide do princípio do Estado e como parte integrante da expansão deste princípio. Na verdade, com o Estado-Providência a obrigação política horizontal transformou-se numa dupla obrigação vertical entre os contribuintes e o Estado, e entre os beneficiários das políticas sociais e o Estado. Desta forma, o exercício da autonomia que o princípio da comunidade pressupunha transformou-se num exercício de dependência relativamente ao Estado.”⁸

Podemos supor então, que para Boaventura, o Estado social foi eficiente em prover seus cidadãos de um mínimo existencial para sua subsistência (entendida aqui em sentido amplo), mas

⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. (tradução de Mauro Gama e Cláudia Gama). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 60.

⁸ SOUZA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 148 e ss.

falhou em proporcionar espaços sociais emancipatórios (livres da regulação estatal) para que esta satisfação no nível material se transformasse em um verdadeiro espaço autônomo, de modo que a dependência em relação ao Estado não se extinguiu, senão aumentou.

Se o Estado social na Europa e nos Estados Unidos, com todas as reservas que já ponderamos, conseguiu, ao menos, universalizar a saúde e a educação a uma significativa parcela da população; o que dizer do Brasil onde o Estado social foi muito incipiente, não passando de um simulacro⁹? Comprometeu-se uma significativa parcela da receita do Estado com políticas públicas que se revelaram insuficientes para a enorme demanda dos mais necessitados, além de empregarmos uma quantidade não pequena de receitas para as benesses de uma elite que nada mais fez senão utilizar-se dos recursos públicos em benefício próprio, como os financiamentos do BNH para a classe média comprar imóveis na praia¹⁰, ou ainda o maciço investimento em educação pública, concentrado no nível superior (na maioria dos países, ao menos em um estágio inicial, a maior parte do investimento em educação se dá nos níveis fundamental e médio) beneficiando mais uma vez as classes média e alta. Em outras palavras, se nos países desenvolvidos o Estado social está chegando ao fim (o que já é trágico) ao menos deixou um legado importante para sua população, que tem melhores chances de se proteger, ao passo que no Brasil ele está chegando ao fim (se é que alguma vez teve um começo) *sem ao menos ter amadurecido*, para dizer o mínimo.

É importante ressaltar, com Streck e Bolzan de Moraes, que não obstante o raciocínio mais apressado possa assim pensar, o Estado social não foi positivo apenas para os que dele se beneficiaram (as camadas de menor renda da população). Na verdade este verdadeiro pacto que foi o *Welfare State* possibilitou uma série de investimentos em estruturas básicas que foram responsáveis por alavancar todo o processo industrial, beneficiando a sociedade como um todo¹¹ (inclusive a classe empresarial brasileira). E, além disso, esta democratização social possibilitou uma abertura dos canais que permitiram que houvesse um crescimento das demandas sociais

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.23.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica...cit.*, p.24.

¹¹ Eric Hobsbawm nos fala de uma verdadeira “íronia histórica”, pois foi exatamente a ameaça do comunismo e as tensões decorrentes da guerra fria que contribuíram para o maior desenvolvimento já visto do capitalismo, através do *Welfare State*. Este modelo de Estado beneficiou tanto a classe trabalhadora (que verificou uma melhora sem precedentes na sua qualidade de vida) quanto à elite (que pode finalmente se sentir mais aliviada com o fim do “espectro do comunismo” rondando o mundo). (HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos... cit.*, p. 268).

mesmas frente ao Estado¹²; gerando assim um dos fenômenos que é o crescimento da sociedade frente ao Estado, como se a realização dos objetivos do estado social trouxesse os germens do seu ocaso.

Assim, o *Welfare State* seria o Estado que possibilitaria a todos os seus cidadãos, independentemente de sua renda, uma proteção contra dependências de qualquer natureza, seja de curta ou de longa duração, garantindo, deste modo, um *mínimo existencial*, para que todo o cidadão pudesse participar da coletividade; esta garantia estatal, é importante que se frise, *não é* fornecida a título de caridade, mas de *direito político*. Este Estado social reveste-se então de uma finalidade *teleológica*, ou seja, traz dentro de si um forte potencial transformador da sociedade, como bem sintetiza nossa própria Constituição Federal de 1988. Nas palavras de Streck e Bolzan de Moraes:

“a) o processo de crescimento do Estado não beneficiou unicamente as classes trabalhadoras com o asseguramento de determinados direitos. A atuação estatal em muitos setores significou também a possibilidade de investimentos em estruturas básicas alavancadoras do processo produtivo industrial – pense-se aqui, por ex., na construção de usinas hidrelétricas, estradas, financiamentos, etc.;

b) a democratização das relações sociais significou, por outro lado, a abertura de canais que permitiram o crescimento das demandas por parte da sociedade civil. Este fato será, posteriormente, um dos obstáculos críticos ao próprio desenvolvimento do Estado do Bem-Estar social se pensarmos que, com o aumento da atividade estatal crescia, também, a sua burocracia, como instrumento de concretização dos serviços e, como sabido, democracia e burocracia andam em caminhos com sentidos opostos.”¹³

Para García-Pelayo o Estado social foi a tentativa de adaptar o Estado tradicional às transformações econômicas da civilização industrial nascente. Para ele um bom conceito para pensarmos este Estado interventivo na economia seria o conceito de Estado “*manager*”. Para ele os princípios de atuação deste Estado “*manager*” são os seguintes: a) a seleção e a hierarquização de objetivos deve levar em conta não apenas os distintos valores e interesses em jogo, mas também a sua interação com a sociedade; b) as políticas econômicas estatais devem ser atualizadas em parte pelo aparato estatal e em parte por organizações não estatais (como empresas envolvidas); c) a racionalidade política, a racionalidade administrativa e a racionalidade econômico-social devem ser termos interatuantes (ou seja não podem atuar isoladamente); d) a

¹² STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 131.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política...* cit., p. 131-132.

planificação deve ser de um âmbito generalizado, não devendo restringir-se, apenas, ao âmbito econômico; e) o Estado “*manager*” deve estar submetido a princípios de legitimidade constituídos por sua *performance*, sua funcionalidade, ou em última análise, a eficiência de sua gestão¹⁴.

1.1.2) A crise do Estado Social:

Contudo, o final da década de oitenta e, fundamentalmente, a década de noventa, com o advento do fenômeno mundial denominado globalização, foram responsáveis pelo ocaso do Estado social, com uma significativa redução de suas políticas públicas em detrimento do arrocho fiscal e da competitividade dos Estados nacionais, todos eles buscando melhores condições para as grandes empresas se instalem em seu território (ou ao menos para que não vão embora), significando, em larga medida, a redução dos direitos dos trabalhadores, acompanhadas de uma diminuição de gastos públicos em outras áreas da sociedade, como saúde, educação e previdência social, com o objetivo de reduzir a carga tributária e diminuir o déficit público¹⁵.

De fundamental importância lembrar, junto com Streck e Bolzan de Moraes, que esta quebra do modelo do Estado social se dá através de uma série de *crises*¹⁶. Há a *crise financeira*, decorrente do descompasso entre o crescimento das receitas e o crescimento das despesas; imprescindível assinalar que, em última análise, o discurso referente à crise financeira legitima os discursos das demais “crises”. Também não podemos olvidar a *crise ideológica*, crise esta que deriva da perda de confiança no modelo de gestão e organização proposto pelos Estados

¹⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 36 e ss.

¹⁵ Luigi Ferrajoli aponta os “problemas” do Estado Social como tendo um caráter econômico e político. O problema econômico decorreria de seu alto custo, o que inviabilizaria a sua plenitude mesmo para Estados desenvolvidos da Europa. O problema político advém do fato de que os Estados acumularam um grande número de leis para garantir os Direitos Sociais sem terem os mecanismos de validade para efetivarem estes direitos na prática, gerando um hiato entre o disposto na lei e a realidade fática. Também é apontado como um óbice para os direitos sociais o peso da burocracia estatal necessária para mantê-los, uma vez que esta burocracia revelou-se, na maioria das vezes, ineficaz e discricionária. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. (tradução de Perfecto Ibáñez). Madrid: Trotta, 1999. p. 110-111).

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política...* cit., p. 133-135

nacionais. Por fim, mas não menos importante, é a *crise filosófica*, oriunda da erosão dos fundamentos sob os quais se sustenta o modelo de Estado do bem-estar, calcado em um modelo social onde a *solidariedade* é um valor fundamental. Podemos acrescentar que esta diminuição de importância da solidariedade enquanto vetor fundante, corre em paralelo com a ascensão do individualismo enquanto valor predominante em nossa sociedade de consumo¹⁷.

Para Hobsbawm os problemas que afligiam o capitalismo, e que o Estado social tinha resolvido por uma geração, reapareceram com o seu ocaso. Pobreza, desemprego em massa, miséria e instabilidade voltaram a dominar a cena internacional, mesmo nos países mais desenvolvidos do globo, que contam hoje com uma taxa muito maior de pobres do que na década de 60, apenas a título de exemplo, o desemprego na Europa que como já mencionamos era de 1,5% na década de 60 atingiu 9,3% no início da década de 90. Não por acaso, este período pós Estado social é denominado pelo historiador anglo-egípcio como “as décadas de crise”. A parcela da renda auferida pelas camadas mais ricas da população, que durante o Estado social tinha diminuído, voltou a aumentar, atingindo níveis muito elevados¹⁸. Mas talvez a principal mudança em relação à “época dourada” é a de que agora a economia mundial parece uma nau sem rumo, pois não há mais um comando que possa dar pronta resposta em caso de crise aguda, os Estados nacionais acabaram por perder uma significativa parcela de seu poder frente às contingências econômicas, nas palavras de Hobsbawm:

“Apesar disso, o fato fundamental das Décadas de Crise não é que o capitalismo não mais funcionava tão bem quanto na Era de Ouro, mas que suas operações se haviam tornado incontroláveis. Ninguém sabia o que fazer em relação aos caprichos da economia mundial, nem possuía instrumentos para administrá-la. O grande instrumento para fazer isso na Era de Ouro, a política de governo, coordenada nacional ou internacionalmente, não funcionava mais. As Décadas de Crise foram a era em que os Estados nacionais perderam seus poderes econômicos.”¹⁹

A partir deste contexto de crise do Estado social (e mesmo de crise do tradicional modelo de Estado-nação soberano) a economia, a mídia, a cultura, e em certa medida, a sociedade (os

¹⁷ Sobre a ascensão do individualismo nas sociedades de massa ver: RENAUT, Alain. *O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Difel, 2004. DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. LIPOVETSKY, Gilles. *La era del vacío: ensayos sobre el individualismo contemporáneo*. Barcelona: Anagrama, 1983.

¹⁸ HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos...* cit., p. 397.

¹⁹ HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos...* cit., p. 398.

incluídos globais/digitais) se mundializam, se desterritorializam²⁰, de modo que alguns autores já chegam mesmo a mencionar uma *cidadania transnacional*, ao passo que os instrumentos de regulação, por serem na sua quase totalidade de caráter nacional permanecem vinculados ao território de sua soberania²¹. Se com o capitalismo organizado, com intervenção estatal para redistribuir riqueza, conseguimos um precário equilíbrio entre a classe trabalhadora e a burguesia, ou, dito de outro modo, entre o capital e trabalho, e, ressalte-se, este equilíbrio foi benéfico para todos conforme ressaltamos anteriormente, no desorganizado capitalismo global não há contas a serem prestadas. Mais de um trilhão de dólares circulam diariamente no mercado sem a interferência dos bancos centrais das nações, e os Estados não mais possuem os instrumentos de regulação para contê-los (e se os possuem utilizam-nos de modo muito tímido, dada a possibilidade sempre presente do capital migrar de uma hora para outra), ou nem ao menos para fazê-los prestar contas de suas “viagens” entre as nações²².

O panorama atual não parece muito animador. O Estado vem perdendo forças tanto em um nível micro (com o fortalecimento de poderes locais) quanto no nível macro (fortalecimento do mercado global)²³. Daí o acerto da frase de Ferrajoli quando diz que o Estado está muito grande para as coisas pequenas, e muito pequeno para as coisas grandes²⁴. Os Estados nacionais participam de uma velada competição para atingir o que o mercado considera o “tamanho ideal do Estado” (um eufemismo para dizer que o ideal, do ponto de vista do mercado, é que não existisse *Estado algum*), que com certeza é um tamanho muito aquém das necessidades da população, notadamente em países periféricos ou de modernidade tardia.

Para Boaventura de Souza Santos, o pilar do mercado dominou totalmente os outros pilares da modernidade (espaço da comunidade e espaço da cidadania), de modo que as estruturas estatais, mesmo que tentem, não mais conseguem fazer valer seus comandos ao mercado, uma vez que o poder do Estado pode apenas atuar em nível local, e o poder do mercado possui alcance

²⁰ RESENDE, Paulo-Edgar. *A federação como alternativa democrática nas relações entre as nações*. In: DOWBOR, Ladislau. IANNI, Octavio. RESENDE, Paulo-Edgar. *Desafios da Globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política...* cit., p. 125.

²² DOWBOR, Ladislau. *Globalização e tendências institucionais*. In: DOWBOR, Ladislau. IANNI, Octavio. RESENDE, Paulo-Edgar. *Desafios da Globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998.

²³ Um excelente panorama da situação atual do Estado, com a crescente crise da soberania e de perda de legitimidade da democracia pode ser encontrado em: BERCOVICI, Gilberto, *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* cit., p. 157-158.

global. Outro fator de relevo trazido a lume pelo sociólogo português é o fato de que não obstante o Estado ter diminuído em muito a sua participação nas políticas sociais o peso de sua burocracia não diminuiu, senão aumentou, o que leva ao aparecimento de um sem número de burocracias desconcatenadas umas das outras onerando o cidadão tanto em um nível financeiro quanto de autoridade, sem a contrapartida de resultados práticos²⁵.

Os Estados nacionais então, ficam impotentes diante da lógica de mercado tendo seu protagonismo na cena social sensivelmente diminuído, sem esquecer que este problema, conforme já adiantamos, é muito mais grave em Estados que não tiveram a experiência do Estado social do que naqueles que a vivenciaram de uma forma completa ou parcial, nas palavras de Boaventura:

“À escala mundial, o sistema inter-estatal está, também, a atravessar uma fase de importantes transformações. A relativa perda de protagonismo do Estado, sendo embora um fenômeno generalizado, tem implicações muito diferentes conforme se trate de Estados do centro, da semiperiferia ou da periferia do sistema mundial. Num contexto de crescente desigualdade entre o Norte e o Sul, os Estados periféricos e semiperiféricos estão a ficar cada vez mais limitados – como vítimas ou como parceiros – ao cumprimento das determinações do capital financeiro e industrial transnacional, determinações, por sua vez, estabelecidas pelas organizações internacionais controladas pelos Estados centrais. Essas determinações, freqüentemente apresentadas em combinações estranhas de liberalismo econômico e de proteção de direitos humanos, abalam a tal ponto a já de si frágil componente social do Estado, que esses países assumem a idéia de crise do Estado-Providência sem nunca terem usufruído verdadeiramente deste.”²⁶

Ocorre, segundo Zygmunt Bauman, um verdadeiro descolamento do poder do mercado e da elite global que vive do capital em relação ao Estado. O capital prescinde cada vez mais do trabalho para se multiplicar (rompendo assim o pacto que tornou possível o Estado social). O poder do Estado continua vinculado ao espaço “real”, físico, enquanto que o poder global habita justamente o *cyber* espaço, o espaço virtual²⁷. Fortunas podem ser transferidas em tempo real da Indonésia para o Chile, da Romênia para as Ilhas Cayman, em um clique no mouse, de modo que se torna extremamente difícil para o direito dos Estados regular um poder que paira acima do

²⁵ SOUZA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente ...cit.*, p. 153 e ss.

²⁶ SOUZA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente...cit.*, p. 155.

²⁷ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido... cit.*, p. 242-249.

espaço local, sobrepujando-o²⁸. Estamos, então, rumando para uma era *pós-panóptica*. No modelo de panóptico, de Bentham, o que era importante era a vigilância, o domínio físico sobre o espaço e sobre as pessoas que habitavam esse espaço, modelo este que se adapta perfeitamente às condições da modernidade. Já atualmente, o poder evita ter de exercer o domínio físico do território (pelos custos que isso implica) estando satisfeito em exercer o domínio cultural, à distância, dos territórios que ainda controla²⁹.

Agora que encerramos o contexto da crise do Estado Social, convém lembrar (e louvar) o trabalho de uma série de juristas brasileiros que procuram eliminar/minimizar os efeitos (catastróficos) desta crise no Brasil. Trabalhos como o de Lenio Streck³⁰, José Luis Bolzan de Moraes³¹, Ingo Sarlet³², Gilberto Bercovici³³, dentre muitos outros, cá estão para mostrar que a desagregação do modelo de Estado Social (notadamente nos países onde este modelo nem ao menos se impôs) não é necessária, nem ao menos inexorável, como alguns “arautos do novo” querem fazer parecer a todos. Estes autores, de um modo ou de outro, buscam combater a crise e seus efeitos por meio do mais óbvio e legítimo instrumento, a Constituição Federal, em um verdadeiro trabalho de “resistência constitucional” aos modelos de “Estado mínimo” que pululam contemporaneamente.

1.2) De cidadão a inimigo: a transição do Estado Social para o Estado Penal:

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. (tradução de Marcus Penchel). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 38.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. (tradução de Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p.18 e ss..

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In: ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. (orgs.) Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

³¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Estado, Função Social e (os Obstáculos da) Violência. Ou: do “mal-estar” na civilização à síndrome do medo na barbárie!* In: CALLEGARI, André Luis. (org.) Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira*. In: Em busca dos direitos perdidos. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n. 1. Porto Alegre, 2003. bem como, SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise*. In: (Neo)Constitucionalismo: ontem os códigos, hoje, as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n.2. Porto Alegre, 2004.

³³ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas da concretização da Constituição de 1988*. In: (Neo)Constitucionalismo: ontem os códigos, hoje, as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n.2. Porto Alegre, 2004. bem como, BERCOVICI, Gilberto. *Democracia, inclusão social e igualdade*. In: Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n. 4. Porto Alegre, 2006.

1.2.1) O processo de definição dos inimigos:

Este processo de desmonte do estado social, conforme já vimos, está orientado a dissolver as estruturas sólidas construídas durante o processo moderno pós-revolução francesa e que, de uma forma ou de outra, contribuíram para gerar certa dose de segurança aos indivíduos. Engana-se, todavia, quem pensar que esta evolução corre no mesmo sentido da que se processou quando da queda do *Anciën Regime* e a construção da modernidade mesma. No primeiro processo, as sólidas estruturas feudais foram substituídas pelas sólidas estruturas modernas, como o sistema capitalista industrial, um Estado nacional centralizador, e uma ordem na qual os lugares de cada um na sociedade eram um pouco mais permeáveis que no feudalismo, todavia, a lógica do processo era rigidamente definida³⁴.

1.2.1.1) A modernidade e a construção da ordem:

Conquanto as estruturas modernas possam ter causado muitos malefícios à sociedade, elas contribuíram muito para dar forma ao processo identitário moderno, pois o indivíduo tinha fortes vínculos com sua nação, com sua família, com seu trabalho e mesmo com a sua religião (levando em conta a respectiva relativização), o que facilitava a resposta à pergunta “*quem sou eu?*”. Já em uma sociedade pós-moderna, ou de modernidade líquida (para utilizar a terminologia de Bauman), a identidade é sempre obtida através de um longo e árduo processo individual e nunca plenamente alcançada, sempre há algo que nos escapa na incessante busca de nossa identidade, somados ao fato de que aqui, o consumo de bens adquire uma importância muito significativa, e os excluídos do consumo têm uma dificuldade dupla na construção da sua identidade. Como percebe Bauman com argúcia, o fato de a identidade no nosso período contemporâneo ter se colocado como um efetivo problema para as Ciências Sociais, em especial

³⁴ BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo*. (tradução de Jorge Navarro). Barcelona: Paidós, 1998. p. 16-18

a Antropologia, reflete muito bem as dificuldades humanas encontradas neste processo, uma vez que ela não era, em absoluto, uma questão para os pais fundadores da Sociologia: Weber, Durkheim ou mesmo Simmel³⁵.

A modernidade foi, entre outras coisas, uma obsessão pela pureza, pela ordem, pela negação do que fosse ambivalente. Ambivalência é qualidade do que foge dos padrões classificatórios, perturbando a ordem justamente por não se enquadrar no ordenamento, por não poder ser nomeado pelo ordenamento. Nas nossas relações sociais amiúde trabalhamos com uma lógica interpretativa binária: bom/mau, amigo/inimigo, caos/ordem, o ambivalente nos traz intranqüilidade por não se colocar em nenhum dos lados da dicotomia. Ele não é bom, tampouco mau, não é o amigo, mas também não pode ser classificado como inimigo. O ambivalente traz consigo o estigma da intolerância exatamente pelo fato de negar-se à assimilação³⁶.

Uma das estruturas sociais que mais contribuiu para implementar os ideais modernistas foi, sem dúvida, o Estado Moderno. Uma das auto-atribuições deste Estado, além de assegurar a ordem, era acabar com a ambivalência, tornando-se o que Bauman denomina de “Estado Jardineiro”, pois se arrogava no direito de realizar uma purificação social, retirando da sociedade as suas “ervas daninhas”, visando a homogeneização, demarcando fortemente (tanto por via da economia quanto pela via da cultura) quem estava dentro e quem estava fora de seus planos³⁷. O racional e calculado extermínio dos judeus, bem como de outros “ambivalentes” como os ciganos, não foi, portanto, decorrente da *falta* de modernidade como defendem alguns, mas sim a *exacerbação* do projeto moderno em sua face mais cruel, o sonho da pureza³⁸. A idéia de perfeição moderna seria a de um mundo esteticamente perfeito; logo, sem estranhos, sem desordem, caos ou ambivalência.

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. p.18.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 16.

³⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*... cit., p.40.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*... cit., pp. 13 ss.

Para o Estado Jardineiro há, por um lado, o ideal da ordem a ser perseguido e, por outro, o obstáculo a ser superado. Contudo, nem mesmo a superação contingencial da desordem é o objetivo, pois o que se busca como “solução final” é a eliminação da *possibilidade* de desordem. Uma das principais características desta “guerra” é a diminuição da capacidade humana do inimigo, combinada com uma maximização de seu potencial ofensivo, ou seja, os inimigos são sempre menos humanos do que parecem e sempre mais perigosos do que efetivamente o são.

Na verdade, conforme bem nos alerta Zaffaroni, a presença da categoria de inimigo no Direito Penal não é nenhuma novidade, se entendermos por inimigo aquele que já está programado para receber um tratamento diferenciado de antemão, devido às suas características pessoais, como o seu elevado grau de “periculosidade” por exemplo³⁹. O que está acontecendo na atualidade nada mais é do que a “oficialização” da condição do inimigo no Direito Penal, calcado em paradigmas de Estado que se aproximam perigosamente do modelo de “estado de exceção”, estado este que coexiste perigosamente com nossa democracia formal, conforme teorizado por Giorgio Agamben⁴⁰.

1.2.1.2) O enfraquecimento da Política e o “estado de exceção”:

O modelo de “estado de exceção”, atuando em sobreposição às estruturas democráticas oficiais (ou paralelamente a estas), tampouco se revela algo inovador, uma vez que a partir da segunda guerra mundial e especialmente durante esta, vem sendo sistematicamente adotado. Desta feita, estamos adentrando um período histórico no qual a vigência do “estado de exceção” deixa de ser (como o seu nome diz) excepcional e passa a ser cada vez mais um modelo onde a excepcionalidade é transmutada em regra, chegando mesmo a alterar a estrutura do Estado, que acaba por adentrar em um patamar de indeterminação entre a democracia e o totalitarismo, nas palavras de Agamben:

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 13.

⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12-13.

“O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. Diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende a ser cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de um modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.”⁴¹

Esta densificação e oficialização da condição de inimigo dentro do Direito Penal (que deveria ser o direito da igualdade de todos perante a lei por excelência) se deve, ao nosso ver, por dois motivos fundamentais. O primeiro é o enfraquecimento mesmo da política e a perda de sua capacidade de realmente resolver os problemas que a ela se colocam. Segundo Chantal Mouffe, quando a dimensão política é enfraquecida dentro de determinada sociedade, a dimensão moral tende a ganhar terreno, de modo que, gradativamente, abandonamos a distinção política entre adversários (forma de antagonismo desejada na política) em detrimento da distinção moral dos inimigos (forma de antagonismo da dimensão moral)⁴². O segundo motivo é o significativo aumento da influência da política no Direito Penal, assumindo uma notável preponderância em termos de política criminal, conforme veremos de forma mais detida ao longo do trabalho.

Importa destacar aqui que, em uma época que as distinções políticas cada vez mais perdem terreno para as distinções morais e, ao mesmo tempo, esta política enfraquecida, “contaminada” por esta moralidade, tem sua influência no Direito Penal ampliada, fácil perceber a perigosa e incessante aproximação do campo moral do Direito Penal, Direito este que exatamente deveria ser salvaguardado, protegido deste campo para melhor cumprir a sua função de proteção dos bens jurídicos. Podemos dizer, de outro modo, que a política, que deveria

⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção...* cit., p. 13.

⁴² MOUFFE, Chantal. *On the Political*. London: Routledge, 2005. p. 10-16.

defender uma rígida fronteira entre a moral e o Direito Penal, pelo fato de estar enfraquecida, transformou-se em uma frágil e permeável membrana, que não mais cumpre suas funções de defesa de modo adequado. Esta permeabilidade das fronteiras que separavam a moral do Direito Penal, torna este campo fértil para a sua instrumentalização e utilização para uma finalidade diversa da original⁴³, como, por exemplo, a contenção/eliminação dos inimigos da sociedade.

O tratamento conferido aos “inimigos” ao longo do tempo está longe de ser uniforme e linear. A sua história não ocorreu como um avanço constante e gradual da barbárie para a perfeição, mas sim como um lento processo de avanços e retrocessos, notadamente avanços nos períodos de expansão econômica e retrocessos nos períodos de crise. Assim, perceberemos que a situação do “inimigo” ao longo da história passou por fases melhores e piores, de maior complacência ou maior perseguição, de acordo com a conjuntura social e cultural⁴⁴. Agora trataremos brevemente, como um exemplo de até aonde o tratamento aos “inimigos” pode chegar, de um dos períodos no qual o inimigo foi mais cruamente tratado, e mais nitidamente identificado, a Alemanha nacional-socialista e o seu tratamento dispensado aos judeus. Este exemplo revela-se deveras interessante por mostrar como o tratamento ao inimigo evolui rapidamente da simples hostilidade à indiferença plena em relação à sua vida, além da forte carga moral negativa colocada sobre o inimigo, sem olvidar que todo o processo ocorreu em um sistema formalmente democrático.

Um valioso exemplo de como este processo ocorreu efetivamente ao longo de nossa história nos é trazido por Zygmunt Bauman na sua obra *Modernidade e Holocausto*. O centro do processo de negação da alteridade do outro é precisamente o aprisionamento do outro em um *conceito*. Do *judeu real*, que encontramos todos os dias, que pode ser nosso vizinho ou nosso

⁴³ Em um Estado Democrático de Direito, perpassado pela lógica do Direito Penal liberal, a função deste deve ser única e exclusivamente a *proteção de bens jurídicos*, mas não de quaisquer bens jurídicos, como ressalta Figueiredo Dias, mas sim de bens jurídicos penalmente relevantes. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 33. São Paulo, jan-mar. 2001. p. 41.)

⁴⁴ Zaffaroni, em sua recente obra sobre o inimigo no Direito Penal, traz uma valiosa análise, do ponto de vista histórico, do tratamento recebido pelos inimigos ao longo de nossa história, desde a revolução mercantil do século XV até a idade contemporânea. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal...* cit., p. 29-82).

professor de piano, passamos ao *judeu conceitual* (ou judeu metafísico). A partir da criação deste conceito, iniciou-se uma estratégia de progressivo isolamento das comunidades judaicas do restante da sociedade alemã. E é precisamente aí que esta estratégia de anulação do outro mostra seu lado mais perverso, pois quanto mais os judeus eram excluídos do convívio social, mais facilmente poderiam ser encaixados na categoria de *judeu conceitual* (e a este conceito pode-se facilmente associar uma série de características negativas, como a deslealdade, cobiça, riqueza, torpeza, etc), uma vez que perdemos quase todos os vínculos sociais que ainda nos ligavam ao *judeu real*, restando apenas o conceito, enquanto uma vaga lembrança de sua presença. Completadas estas etapas, pode-se fazer quase que absolutamente tudo com o “inimigo” uma vez que a sua alteridade está aniquilada e sua relevância para a sociedade está providencialmente obscurecida⁴⁵.

O “outro lado” do combate perde a própria capacidade de auto-nomeação, não mais podendo se definir e sempre sendo caracterizado como “o Outro”; é o mal do nosso bem, a desordem de nossa ordem, etc. Por suposto que em guerras entre iguais o processo possui mão dupla, com ambos os lados fazendo o mesmo procedimento, mas em casos de Estados contra inimigos não estatais os acontecimentos têm apenas uma via, com um dos lados curvando-se frente aos poderes simbólicos que se lhe impõem. Desta feita, em nossas sociedades multifacetadas, a ambigüidade acaba por se tornar necessária, evitando a formação do pensamento único, do consenso que dá vazão às pulsões genocidas do projeto moderno, exatamente por isso, a ambigüidade é portadora de responsabilidade, responsabilidade pela manutenção da alteridade em uma sociedade tem que a tolerância como um dos seus valores fundantes⁴⁶.

1.2.1.3) De consumidores falhos a inimigos:

⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 218 e ss.

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência...* cit., p. 54-60.

Passa a história, mudam as guerras, mudam os inimigos. Se na modernidade sólida os inimigos eram os não assimilados, os sem possibilidade de assimilação, em sua fase mais líquida há um câmbio de foco dos inimigos, eles agora passam a ser os consumidores falhos, fora da sociedade de consumo (que é a principal conferidora de identidade) e mesmo sem a menor possibilidade de serem absorvidos por ela, uma vez que nosso planeta se encontra cheio⁴⁷. Esta lotação, ressalte-se, não é do ponto de vista geográfico, nem tampouco demográfico, uma vez que em diversos continentes ainda há grandes espaços vagos, mas sim é um cheio do ponto de vista social, uma vez que o capitalismo pós-industrial parece no limite da absorção de mão de obra, quando não retirando pessoas do mercado de trabalho e as relegando a inutilidade produtiva⁴⁸. O Estado Social de Direito (que no Brasil já não se fez muito presente) sai de cena e dá lugar ao Estado Penal de Direito⁴⁹.

Esta opção por um modelo de desenvolvimento econômico calcado nas novas tecnologias da informação, privilegiando a especulação em vez da produção, levou ao que Zygmunt Bauman denomina de “superpopulação” do mundo. É importante ressaltar que esta superpopulação não advém, como se poderia a primeira vista supor, de fatores demográficos, uma vez que ainda há diversos países no mundo fracamente povoados, embora bastante populosos, caso do próprio Brasil, que não obstante ter uma numerosa população, possui uma densidade demográfica baixa. Esta superpopulação da qual nos fala Bauman decorre de causas sociais e econômicas, tratando-se de um crescente contingente populacional que não poderá ser absorvido pelo mercado de trabalho dado seu modelo de desenvolvimento⁵⁰.

⁴⁷ Para Eric Hobsbawm a tragédia histórica de nossa época é que na atualidade a produção dispensa mais seres humanos do que a economia de mercado cria postos de trabalho, de modo que o vínculo (outrora necessário) entre crescimento econômico e crescimento da taxa de emprego não mais existe. (HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos...* cit., p. 404)

⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2005. p. 90.

⁴⁹ Não podemos aqui deixar de fazer menção à ocidentalização deste fenômeno, pois o câmbio do Estado Social de Direito para o Estado Penal de Direito não é, em absoluto, “privilégio” do Brasil, pois em países como os Estados Unidos e a Inglaterra este processo histórico começou bem mais cedo. (LEA, Jonh. YOUNG, Jock. *Qué hacer con la ley y el orden?* Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2001. p. 128.)

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas...* cit., p. 11-12.

Durante a primeira expansão do capitalismo⁵¹ ainda existiam na Terra diversos países aptos a absorver grandes contingentes de pessoas, e não foi esta senão uma das principais causas do colonialismo e do imperialismo, livrar-se do que Bauman denomina cruamente de “refugo humano”. De certo modo durante este período da história ainda era possível para o modelo de desenvolvimento econômico adotado livrar-se de uma das suas mais perniciosas conseqüências, a produção de pessoas que não poderiam ser incluídas no mercado simplesmente porque seria impossível fazê-lo dito de outro modo ainda era possível desenvolver soluções globais para problemas produzidos localmente⁵².

Todavia, atualmente a humanidade entrou em um novo período histórico. Agora já não existem as outrora abundantes “terras de ninguém” de modo que os países têm de lidar com o seu refugo humano do modo como melhor conseguirem. Após um período de instabilidade parecidos que a “indústria de remoção do refugo humano” finalmente encontrou um caminho. Por isso as políticas de desmonte do Estado social e o recrudescimento do Estado penal, do ponto de vista do mercado, são absolutamente coerentes e lógicas. Afinal, trata-se de “sustentar”, por meio de políticas públicas, pessoas que não são nem ter a menor esperança de serem absorvidas pelo sistema econômico simplesmente porque a sua força de trabalho não é necessária para o funcionamento do mesmo, de modo que existe atualmente no mundo (e isso é particularmente visível no Brasil) uma enorme massa de “redundantes”, pessoas que, na expressão de Bauman, já nascem para se tornarem descartáveis:

“Daí os alarmes sobre a deterioração da segurança que amplificam os já amplos suprimentos de temores relacionados à segurança, ao mesmo tempo que conduzem as preocupações do público e os escoadouros da ansiedade individual para longe das raízes econômicas e sociais do problema, na direção de preocupações com a segurança pessoal (corporal). Por seu turno, a florescente indústria da segurança se torna rapidamente um dos principais ramos da produção de refugo e fator fundamental no problema de sua remoção. Esse é, em linhas bem gerais, o ambiente da vida contemporânea. Os problemas do refugo (humano) e da remoção do lixo (humano) pesam ainda mais fortemente sobre a moderna e consumista cultura da individualização. Eles saturam todos os setores mais importantes da vida social, tendem a dominar estratégias de vida e a revestir as atividades mais importantes da existência, estimulando-as a gerar seu

⁵¹ Eric Hobsbawm denomina este período da primeira Revolução Industrial de “Era das Revoluções”, abrangendo tanto os primórdios da Revolução Industrial quanto a Revolução Francesa, sendo que é absolutamente impossível prescindir destas revoluções para pensar as nossas modernas sociedades ocidentais. (HOBSBAWN, Eric. *A Era das Revoluções (1789-1848)*. 21. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 16-19).

⁵² BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas...* cit., p. 13.

próprio refugio sui generis: relacionamentos humanos natimortos, inadequados, inválidos ou inviáveis, nascidos com a marca do descarte iminente.”⁵³

Uma grave consequência desta dificuldade da “indústria de remoção do refugio humano” realizar seus bons préstimos à sociedade como costumava acontecer é a de que agora os “bons e legítimos representantes da sociedade” (ou na linguagem atual do conservadorismo brasileiro o “cidadão de bem”) tem de conviver a todo o momento com os “redundantes”. A todo o momento eles lá estão, como que constantemente nos recordando que qualquer descuido ou estratégia inadequada que adotemos em nossa vida pode nos levar a ser um “deles”, a sairmos do mercado e nos tornarmos igualmente redundantes sem chance de retorno. Em decorrência direta deste processo histórico ocorre que as fronteiras entre “nós” e “eles” estão sendo retraçadas de modo mais rígido do que nunca, adotando um modelo que Ulf Hedetoft, citado por Bauman, denomina de “membranas assimétricas”, que permitem a saída mas não a entrada ou o retorno⁵⁴. As implicações destes fatos não são em absoluto irrelevantes quando começamos a imaginar um Direito Penal calcado no paradigma do inimigo, nem é difícil pensar, em um país com as desigualdades sociais brutais como o Brasil, os que serão primeiro escolhidos para representarem perante a sociedade o papel de inimigos, levando em conta que aqui o sistema penal sempre se mostrou portador de uma seletividade arbitrária e de exceção permanente⁵⁵.

1.2.1.4) A essencialização do outro e a sociedade da exclusão:

Uma das aproximações sociológicas que, ao nosso ver, mais captam o que vem ocorrendo na sociedade contemporânea, no que concerne à definição dos “inimigos” é o modelo de Jock Young de “sociedade excludente” e como consequência desta exclusão, ocorre o que Young denomina de “essencialização do outro”, conceito este que é chave para compreendermos a “pessoa normativa” de Jakobs, teoria que será desenvolvida mais detidamente no terceiro capítulo.

⁵³ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas...* cit., p. 145-15.

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas...* cit., p. 87.

⁵⁵ CARVALHO, Thiago Fabres de. *O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”:* exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Disponível em: http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Thiago_Fabres.pdf. Acesso em 21 de abril de 2007. p. 4.

A idéia de que existam essências que nos diferenciem de outros seres humanos de uma forma fundamental não é nova, notadamente em sua formulação biológica⁵⁶, surgindo quando o europeu “civilizado” descobriu-se diante do americano “selvagem” e teve de formular teorias para pensar a diferença não meramente em termos culturais, mas sim em termos biológicos, essencializando a “inferioridade” do outro⁵⁷. Este essencialismo biológico, não obstante pareça superado pelas modernas teorias antropológicas, está ressurgindo com força por meio de alguns pensadores contemporâneos neoconservadores, justificando as diferenças de desenvolvimento em termos de um QI menor das populações mais pobres e, além disso, trazendo novamente o argumento racial para esta questão⁵⁸.

A outra faceta deste essencialismo é a sua forma cultural, esta sim bem mais recente. Este pensamento está diretamente relacionado com a fragmentação das sociedades ocidentais, e sua divisão em diversos “grupos” ou “tribos” culturais⁵⁹, tudo isso com uma tentativa de legitimação por parte das correntes ditas *multiculturais*. Segundo este pensamento as pessoas podem ser essencialmente definidas pela cultura da qual fazem parte ou mesmo em relação a sua nacionalidade ou religião.

A crítica a este pensamento não deixa de revestir-se de uma certa obviedade, o que não quer dizer que não tenha de ser explicitada. A noção de cultura, como é corrente na moderna antropologia, não envolve essências atemporais, podendo tanto mudar de acordo com as

⁵⁶ CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. (tradução de Viviane Ribeiro). Bauru: EDUSC, 1999. p. 40.

⁵⁷ Para Schwarcz as teorias do determinismo racial contam com quatro postulados básicos: a) *a idéia de raça como um fenômeno essencial*, ou seja, há uma essência de raça em si mesma; b) *há uma relação entre atributos externos e atributos internos*, ou seja, determinados caracteres da aparência de uma pessoa podem nos informar acerca de seus atributos morais; c) *o indivíduo não é nada mais que um representante de seu grupo racial/social*, de modo que em termos científicos não seria muito útil analisar o indivíduo, sendo que seu grupo já nos informava suas características mais marcantes; d) *a adoção do conceito de eugenia*, assunção que há raças geneticamente melhores que outras, devendo então a questão do melhoramento racial de seu povo uma importante tarefa do Estado (se quiser ser um povo “vencedor”)⁵⁷. (SCHWARCZ, Lília Moritz. *As teorias raciais, uma construção histórica de finais do século XIX, o contexto brasileiro*. In: SCHWARCZ, Lília Moritz. QUEIROZ, Renato Silva. (orgs.) *Raça e Diversidade*. São Paulo: EDUSP. 1996. p. 167 e ss.)

⁵⁸ Esta corrente pode ser representada, segundo Young, pelos pesquisadores norte-americanos Hernstein e Murray, autores do best-seller *The Bell Curve*, entre diversos outros autores que seguem a mesma linha de raciocínio.

⁵⁹ Um excelente exemplo desta forma de pensar as sociedades de massa, como sociedade de “tribos”, pode ser encontrado em: MAFESSOLI, Michel. *O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

condições sociais do período ou permanecerem relativamente estáticas. Em segundo lugar, as culturas não são “puras” sob nenhuma condição, contendo no seu interior conflitos e divergências em suas mais variadas formas. Por último, as culturas não são isoladas umas das outras, de modo que estão sob uma constante troca de idéias e símbolos, em permanente mutação e ressignificação. O atual período de globalização, conforme pondera Young, torna ainda mais fácil a caracterização da cultura enquanto um *híbrido*⁶⁰.

Uma das principais conseqüências do essencialismo, e que nos interessa sobremaneira para este trabalho, é que ele é um dos pressupostos necessários para a *demonização* de parcelas da sociedade. Esta demonização, ainda com Young, permite que os problemas de determinadas sociedades sejam convenientemente colocados como sendo culpa dos “outros”, sendo que estes em geral são percebidos (e tratados) como marginais dentro do grupo social. Isto, por sua vez, facilita a disseminação de visões simplistas sobre as estruturas dos grupos sociais, pois em vez de buscarmos a raiz dos problemas nas contradições intrínsecas da sociedade (e no modo como se processam as suas relações de poder) , culpamos, na expressão de Young, “os problemas pelos seus próprios problemas”. O fato de termos tantos drogados na sociedade é decorrente de existirem as drogas, de modo que todos que estão de qualquer modo relacionados com elas são de pronto demonizados como culpados. E, como bem pondera Young, a criminalização é a moeda forte neste processo de demonização social contemporânea, como se por meio do sistema punitivo fosse possível obter a “solução final” para todos os males da sociedade⁶¹.

Este processo de demonização social permite, se levado a suas últimas conseqüências, a perpetuação e a legitimação da atrocidade de uns em relação aos outros dentro do mesmo grupo social, em um processo em nada diferente do realizado com os judeus no holocausto, com a retirada gradativa de seus atributos de humanidade. Segundo Stan Cohen, esses grupos sociais marginalizados passam por diversas técnicas de *neutralização* até serem de fato percebidos como obstáculos na sociedade e não mais como cidadãos. Em primeiro lugar vem a *desumanização*; tornam-se, perante a opinião da maioria, uma forma mais baixa e menos digna de ser comparada a outros humanos. Após há a *condescendência*, são vistos como primitivos, infantis,

⁶⁰ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 160.

⁶¹ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 165.

incivilizados. Por fim, o *distanciamento*, quando o grupo dominante simplesmente pára de sentir sua presença na sociedade; eles virtualmente não mais existem e, não sendo percebidos, não podem ser vítimas de nenhuma atrocidade⁶².

O outro lado da demonização de grupos sociais é a demonização de indivíduos, sendo que a segunda está normalmente inserida dentro da primeira, ou seja, os indivíduos demonizados quase sempre decorrem de grupos demonizados, como mães solteiras, pais drogados, etc. Pululam na nossa sociedade exemplos de demonização de indivíduos, a perda de interesse na “personagem da vez” logo é substituída por mais um drama social que ganha as manchetes e assim sucessivamente. Jock Young traz algumas características da demonização de indivíduos que condizem com o que ocorre no Brasil contemporâneo, o que nos leva a crer que é um fenômeno mais ou menos comum às sociedades ocidentais, guardadas, é claro, as peculiaridades de cada cultura: a) a “depravação” dos outros é claramente definida; b) são vistos como monstros, *essencialmente* diferentes de nós; c) a sua experiência de vida é *essencialmente* diferente da nossa; d) Eles são incorrigíveis, não podem mudar; f) o risco social que causam é sempre exagerado; g) os *mass media* desempenham um papel fundamental no processo de demonização; h) o monstruoso está sempre *fora de nós* nunca como uma *possibilidade nossa*⁶³.

1.2.1.5) Entre a liberdade e a segurança, separando amigos e inimigos:

Para Massimo Donini este processo de diferenciação entre amigos e inimigos (dentro do Direito Penal) pode se dar fundamentalmente de dois modos. O primeiro, e mais antigo, obedece a uma *lógica binária* ou rígida. Segundo esta lógica, não há matizes entre o inimigo e o amigo, são categorias absolutamente irreconciliáveis e incomunicáveis. Há uma lógica de paz com os amigos e uma lógica de guerra para com os inimigos e a partir disto, o autor de um delito é somente considerado como alguém a combater. O autor italiano aproxima esta lógica binária à relação dos cidadãos com os *hostis* da antiguidade, se bem que também podemos inserir o

⁶² YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 167.

⁶³ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 170-172.

exemplo dos judeus na Alemanha nacional-socialista dentro deste mesmo sistema⁶⁴. Dito de outro modo, a lógica binária é mais propensa a ser adotada em uma situação similar ao que Bauman denominaria de “modernidade sólida”, onde as identidades sociais são bem definidas e firmemente ancoradas.

Já em uma situação de “modernidade líquida”, para seguir utilizando a terminologia de Bauman, em que as identidades sociais estão em constante mutação, a tendência é se adotar a lógica que Donini denomina de *lógica fuzzy* ou permeável. Esta lógica é inerente a ambientes sociais perpassados pela ambigüidade, pois a separação entre amigos e inimigos se dá de uma forma muito mais tênue, e a possibilidade de câmbio de uma categoria para outra está sempre presente. Em outros termos, nem a amizade nem a inimizade tem garantias de durabilidade com o passar do tempo. A partir da lógica *fuzzy* se podem admitir diversos matizes entre o “amigo absoluto” e o “inimigo absoluto”, de modo que o trato do Direito Penal com esta situação tende a ser ora amistoso e ora belicoso e, na maioria das vezes, um pouco de cada. Por fim, Donini conclui que uma análise do Direito Penal do inimigo (e o modo como este seleciona seus alvos) a partir da lógica *fuzzy* é a mais condizente com a nossa atual sociedade⁶⁵.

Para Cornelius Prittwitz estamos em um período que a liberdade, em comparação com a segurança, já perdeu a corrida antes mesmo do tiro de largada. Isto, segundo o penalista alemão tem conseqüências nada desprezíveis. Para Prittwitz o perigo não está tanto no mal que os “inimigos” podem nos causar, mas sim o abalo que a “luta” irracional movida por uma sociedade que perdeu seus referenciais (tanto de liberdade quanto de segurança) pode gerar nas estruturas democráticas das sociedades ocidentais, de modo que buscando uma pretensa segurança, a destruição dos inimigos a qualquer preço, a sociedade aceita passivamente abrir mão de outros valores que lhe são (eram) caros no passado. Acreditamos firmemente que o alerta do professor alemão deve ser levado muito a sério. Dito de outro modo, *o verdadeiro perigo para nossas democracias e sociedades liberais não está nos inimigos* (que não dispõem da capacidade de destruição necessária para colocar em risco os fundamentos da sociedade) *mas sim na forma*

⁶⁴ DONINI, Massimo. *El Derecho Penal frente al “enemigo”*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 608

⁶⁵ DONINI, Massimo. *El Derecho Penal frente al “enemigo”*... cit., p. 608.

como esta verdadeira cruzada contra os inimigos vem sendo travada, aí está o perigo maior para nossos Estados Democráticos de Direito.

“Es mi convicción, por ejemplo, que la libertad en competición con la seguridad ya ha perdido antes del *pistoleazo de salida*. Y también es mi convicción que esta *superioridad* de la seguridad no es una seguridad a corto plazo, una seguridad que en verdad es dañina para la seguridad a largo plazo y sostenible. Creo que ni los terroristas, ni el crimen organizado, ni – por favor!- nuestros “chico malos” destruyen, ni siquiera ponen gravemente en riesgo nuestra seguridad, nuestras sociedades liberales, nuestro Estado de Derecho. Pero sí veo un verdadero riesgo que la *lucha contra* los terroristas, contra el crimen mas o menos organizado, contra la criminalidad en general – sea de jóvenes, sea de extranjeros, sea de managers, sea de trabajadores, sea lo que sea, pueden dañar hasta destruir los fundamentos de nuestros Estados (de Derecho) y sociedades (liberales). Lo que yo observo son gritos de batalla cada vez más intensas, más hostiles, es una percepción de inferioridad de la sociedad civil y del Estado de Derecho junto con una convicción irracional de la superioridad de nuestros *enemigos*”⁶⁶. (grifos no original)

Ainda com Prittwitz, esta situação social acima descrita acabou por degenerar em uma política criminal desordenada, com a perda dos referenciais de quanta segurança queremos (e podemos obter) e de quanta liberdade é necessária para nos posicionarmos enquanto cidadãos de uma democracia⁶⁷. O constante e recorrente bombardeio dos meios de comunicação em massa sobre a violência, a periculosidade dos inimigos, bem como acerca da necessidade de contê-los, impede que a sociedade possa refletir sobre o tema de um modo mais racional (o que se aplica também aos legisladores e mesmo pessoas especializadas na área). Assim, do antigo *in dubio pro libertate* estamos passando inexoravelmente para o *in dubio pro securitate*, sendo este último “princípio” um dos principais vetores na hora do Estado ponderar suas políticas públicas⁶⁸. Desta feita, as fundadas preocupações de Prittwitz vêm ao encontro de nossa hipótese de câmbio de modelo estatal, do Estado Social para o Estado Penal, com um gradativo abandono do primeiro e fortalecimento do segundo.

1.2.2) Os (novos?) modelos do Estado Penal:

⁶⁶ PRITTWITZ, Cornelius. *La desigual competencia entre Seguridad y Libertad*. In: CALLEGARI, André Luis. (org.) *Política Criminal, Estado e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 40.

⁶⁷ PRITTWITZ, Cornelius. *La desigual competencia entre Seguridad y Libertad...* cit., p. 45.

⁶⁸ PRITTWITZ, Cornelius. *La desigual competencia entre Seguridad y Libertad...* cit., p. 51.

Os processos de desmonte do Estado social, conforme já analisamos, seguem uma lógica liberal de mercado perversa e o crescimento do Estado penal, ocorrendo paralelamente ao encolhimento do Estado providência, conforme já adiantamos, não se trata de mera coincidência histórica, mas sim de um câmbio de modelo estatal em curso.

1.2.2.1) A criminalização da miséria de Wacquant:

Loïc Wacquant, procura centrar a sua análise no incremento do controle social, notadamente no controle social dirigido aos estratos mais baixos da sociedade. Para Wacquant a finalidade deste modelo de Direito Penal é intensificar a disciplina dos trabalhadores, “conformando-os” para a degradação de sua situação decorrente das políticas neoliberais e do desmonte do Estado Social ocorrido nos últimos decênios nos países ocidentais. Para ele, ao mesmo tempo em que a lógica de mercado (fortalecida devido a uma nova correlação de forças sociais decorrente dos fatores do que convencionalmente se denomina *globalização*) obriga os trabalhadores menos qualificados a aceitarem empregos precários com uma remuneração sempre descendente, faz-se necessária uma presença cada vez maior do Estado penal para “resolver” os problemas criados pela sua ausência no campo social. Trata-se, portanto, de dois lados da mesma moeda, nas palavras do próprio Wacquant:

“É preciso também considerar seu complemento sócio-lógico: o superdesenvolvimento das instituições que atenuam as carências da proteção social (*safety net*) implantado nas regiões inferiores do espaço social uma rede policial e penal (*dragnet*) de malha cada vez mais cerrada e resistente. Pois *à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distrópica do Estado penal*: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro.”⁶⁹ (grifo no original)

As políticas sociais que ainda conseguem sobreviver a este desmonte, acabam também por se desvirtuarem, não mais sendo vistas como direitos políticos dos cidadãos (conforme vimos acima) mas sim como uma caridade do Estado, uma liberalidade, um fardo que a elite pagadora de impostos (ainda) tem de suportar. Todavia, mais grave que a percepção por parte da sociedade

⁶⁹ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. (tradução de André Telles) Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 80.

que os programas sociais são assistencialistas é o uso destas políticas com finalidade de controle social das camadas menos favorecidas da sociedade, de modo que os auxílios provenientes do (que restou) do Estado Social perdem o caráter de “direito” e passam a ser percebidos como contrapartida para os “bem-comportados”⁷⁰. Fatos como este são narrados por Wacquant como acontecidos nos Estados Unidos, mas, considerando que esta nação é percebida por países de todo o mundo (notadamente os da América Latina) como modelo de controle social não causaria nenhuma estranheza se isto começasse a ser feito no Brasil⁷¹.

Wacquant toma como referencial mais representativo deste modelo, as políticas de *tolerância zero* adotada pela prefeitura de Nova York, bem como o referencial teórico que lhe subjaz, a *broken windows theory* (teoria das janelas quebradas). Para o criminólogo francês, as políticas de tolerância zero são fortemente baseadas em conceitos sociais de fundo moralista/conservador, preocupando-se mais com a contenção das incivildades (*incivilities*) do que propriamente com os crimes graves. Além disso, verificou-se um preocupante grau de seletividade e, porque não dizer, racismo da polícia nova-iorquina, uma vez que as estatísticas provam que negros têm quatro vezes mais chances de serem parados pela polícia do que os brancos⁷². Por fim, em que pese os elevados custos para a sociedade, a política de tolerância zero não conseguiu provar sua eficácia. È verdade que os índices de criminalidade em Nova York foram reduzidos de um modo bastante significativo; também é verdade, contudo, que a taxa de criminalidade foi reduzida em *níveis semelhantes* em cidades que *não adotam* a política de Nova York, como San Diego, Boston ou Chicago, de modo que esta baixa nos índices de criminalidade parece decorrer muito mais da melhora da economia norte-americana no final dos anos 90 (aumento do crescimento econômico e queda nos índices de desemprego) do que propriamente das políticas de tolerância zero⁷³.

Se fizermos o raciocínio que os Estados Unidos estão na dianteira do que parece ser uma nova tendência do campo punitivo, seguidos de perto pela Inglaterra e um pouco mais de longe

⁷⁰ São citados por Wacquant a obrigatoriedade de um emprego (sempre precário e mal remunerado); controle do número de filhos máximo das mães solteiras; fornecimento de dados pessoais como DNA e tipo sanguíneo, e obrigatoriedade de manter uma ficha criminal limpa. Todos estes requisitos são necessários para cadastro nos programas de ajuda social do governo norte-americano.

⁷¹ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria...* cit., p. 48.

⁷² WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria...* cit., p. 35.

⁷³ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria...* cit., p. 28-29.

pela Europa Continental e pela América Latina, as perspectivas não são nada animadoras, com o câmbio do Estado social para o Estado penal apresentando-se como uma realidade fática e não apenas um mero exercício de retórica⁷⁴. Wacquant nos traz dados deveras significativos, em 1993 o “setor penitenciário” era o terceiro maior empregador dos Estados Unidos, contando com mais de 600.000 pessoas empregadas, atrás apenas da General Motors e da Wal-Mart; se levarmos em conta que já são decorridos 14 anos e a tendência punitivista não fez senão crescer durante este período, a situação deve ser ainda mais grave⁷⁵. O salário de um agente da condicional elevou-se de 14.400 dólares/ano para 55.000 dólares/ano de 1980 a 2001, sendo que atualmente é 30% superior a o de um professor assistente da Universidade da Califórnia. No período compreendido entre 1979 e 1989⁷⁶ os créditos estatais destinados às penitenciárias aumentaram 95% ao passo que o dos hospitais manteve-se constante, o dos liceus diminuiu 2%, e o da assistência social *reduziu-se em 41%* mostrando uma clara e inequívoca tendência de câmbio de programas sócio-assistenciais por programas repressivo-punitivos⁷⁷.

1.2.2.2) O Direito Penal efficientista de Baratta:

Para Alessandro Baratta, este novo modelo de Estado penal pode ser designado como efficientista/funcionalista. Estas substanciais alterações do sistema penal são compreendidas como conseqüência de duas crises: a primeira seria decorrente da crise do sistema econômico social e do advento de políticas neoliberais dominantes de mercado; e a segunda, a crise dos partidos políticos e do próprio sistema da democracia representativa⁷⁸. Este modelo de Direito Penal representa a desvirtuação de todos os objetivos que norteavam o Direito Penal “clássico”, pois agora passamos da *ultima ratio* à *prima ratio*, além de assumir uma função (muito mais) repressiva e simbólica ao extremo, chegando ao nível do que Baratta denomina de “*Direito Penal*”

⁷⁴ LEA, Jonh. YOUNG, Jock. *Qué hacer con la ley y el orden...* cit., p. 128.

⁷⁵ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria...* cit., p. 87.

⁷⁶ Lembrando que a década de 80 foi um período muito difícil para a economia mundial e para a norte americana em particular, não por outro motivo sendo denominada de *década perdida*, com queda na arrecadação de impostos e sucessivas recessões.

⁷⁷ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria...* cit., p. 88.

⁷⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: BdeF, 2004. p. 179.

mágico”, cuja finalidade é exorcizar as pessoas nos meios de comunicação de massa e não mais proteger bens jurídicos⁷⁹.

“En el interior de este proceso, el eficientismo penal intenta hacer más eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías sustanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal, en las Constituciones y en las Convenciones Internacionales. La reducción de los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal, al mismo tiempo que marca un retorno a las formas de proceso premodernas: el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso crea la pena principal. Se desliza hacia un “modelo totalitario de política criminal”, hacia las modalidades de una nueva “suave inquisición”, que coexiste al interior de una conflictualidad latente con el sistema liberal y democrático correspondiente a la legalidad constitucional.”⁸⁰

Este modelo eficientista de Direito Penal, para Baratta, representa um reflexo da crise do sistema punitivo na contemporaneidade⁸¹. Esta convulsão do sistema punitivo, analisada de um modo mais profundo, aponta para uma crise do próprio modelo social adotado, modelo este que não mais percebe os problemas que gera, tampouco vislumbra a solução adequada para estes problemas, de modo que o sistema punitivo resta sobrecarregado.

Baratta ainda faz uma correlação que é deveras importante para o nosso objeto de estudo. Para ele há um perfeito “casamento” entre a teoria sistêmica da sociedade (matriz teórica que, nunca é demais lembrar, sustenta toda a teoria de Günther Jakobs) e o modelo eficientista de Direito Penal. Luhmann, com a sua teoria sistêmica da sociedade, estaria respondendo às desilusões decorrentes de um modelo social que não está dando certo, não de uma forma cognitiva, mas normativa, negando-se a buscar respostas novas (e possivelmente mais eficazes) para os velhos problemas, de modo que se o Direito Penal não funciona, a solução seria um maior uso do Direito Penal, não fazendo senão aumentar a espiral punitivista sem obter com isso resultados práticos⁸².

1.2.2.3) O Direito Penal da segurança cidadã de Díez Ripollés:

⁷⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal...* cit., p. 180.

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal...* cit., p. 180.

⁸¹ Este tema será abordado de forma mais completa e sistemática no segundo capítulo.

⁸² BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal...* cit., p. 180-181.

Díez Ripollés é outro dos autores que identifica uma verdadeira substituição do modelo de Direito Penal nas sociedades ocidentais, em que pese este câmbio de modelo ainda não esteja completado, de modo que percebemos que estamos nos movimentando e visualizamos a direção deste movimento, mas ainda não sabemos o ponto de chegada. Para o penalista espanhol, estamos gradativamente saindo de um modelo penal garantista e entrando no que ele denomina de sistema penal da “*segurança cidadã*”. Esta mudança de modelo é fruto das profundas transformações (espontâneas ou induzidas) da percepção da sociedade em relação ao crime e aos criminosos⁸³.

Este câmbio de modelo, rumo a um Direito Penal de maior densidade punitiva, estaria ancorado, ainda com Díez Ripollés, em uma apropriação equivocada por parte da sociedade (e também de alguns penalistas) das questões relativas ao debate sobre a Sociedade do risco e a sua influência no Direito Penal. Assim, remete-se à Sociedade do risco um tipo de criminalidade que de maneira alguma decorre das conclusões explicitadas por Ulrich Beck, como a criminalidade dos imigrantes, criminalidade de rua, entre outros, com o objetivo de justificar o incremento da densidade penal sobre tais bens jurídicos, aproveitando o sentimento de insegurança decorrente de *um tipo* de criminalidade para agir sobre *todas as demais* modalidades de crime restantes⁸⁴. Desta forma, o que deveria ser uma “*expansão modernizadora*” do Direito Penal para proteger os novos bens jurídicos decorrentes da era pós-industrial, transforma-se em uma “*expansão securitária*” incrementando o controle social sobre os “delitos de sempre”⁸⁵.

Por trás deste novo modelo de Direito Penal está uma significativa mudança da relação entre a sociedade e os indivíduos delinquentes. Se antes a coletividade estava disposta a partilhar com os indivíduos os custos do delito, como na ressocialização, por exemplo, isto não mais parece ocorrer, tendo em vista que, como veremos mais adiante, a função da pena está deslocando-se da ressocialização para a neutralização. Todavia, isto também se mostra um paradoxo, pois a neutralização também tem um custo elevadíssimo, mas, curiosamente, a

⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. In: *Derecho Penal y política transnacional*. BACIGALUPO, Silvina. CANCIO MELIÁ, Manuel. (coords.). Barcelona: Atelier, 2005. p. 243-244.

⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...* cit., p. 253.

⁸⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...* cit., p. 256.

sociedade parece “esquecer-se” disto neste modelo da segurança cidadã⁸⁶. Ainda é identificado por Díez Ripollés, nesta relação entre a sociedade e os delinquentes, um tensionamento cada vez maior entre o “cidadão” e o “inimigo”, de modo que o Direito Penal do inimigo ocupa um lugar chave dentro do modelo da segurança cidadã⁸⁷.

Por fim, este modelo da “segurança cidadã” é um projeto que prima pela racionalidade pragmática de controle da criminalidade, além de estar assentado sobre um projeto político de desmonte do Estado Social e conseqüente consolidação e manutenção das desigualdades sociais, fomentando a exclusão social de determinados cidadãos (os inimigos, por exemplo). Além disso, conquanto prime pela racionalidade pragmática e busque eficiência no combate ao crime, este modelo ainda não conseguiu provar que é efetivamente melhor (ao menos em relação aos objetivos que ele mesmo se propõe) do que o modelo anterior de garantias, notadamente quando voltamos nossos olhos para os Estados Unidos, país onde este modelo está mais firmemente consolidado⁸⁸.

Assim, acreditamos estar mais do que justificada uma correlação entre o ocaso do Estado social e o surgimento de um modelo de Estado penal em seu lugar, e o fato do segundo suceder o primeiro ao longo destes últimos anos não se trata em absoluto de um caso fortuito, mas sim fruto de uma nova correlação de forças na sociedade, com uma proeminência de formas neoconservadoras de perceber a realidade e de nela intervir, conforme analisaremos mais detidamente no segundo capítulo. Por ora importa ressaltar que este gradativo câmbio de modelo de Estado, que legitima estas políticas criminais focadas na neutralização/eliminação do inimigo tende a esfumçar as distintas peculiaridades de cada sistema social, homogeneizando contextos sócio-culturais muito distintos e oferecendo uma única solução (a penal) para um problema de múltiplas causas, conforme conclui Adela Batarrita:

“Los sesgos “punitivistas” de cuño populista y la querencia inocuidadora que caracterizan las políticas penales de los últimos tiempos, es sabido que vienen acompañadas del rechazo a los programas de prevención y tratamiento desarrollados a la sombra del “estado del bienestar”. El rearme neoconservador y la reorientación securitaria de las políticas penales eluden el análisis de la heterogeneidad de las

⁸⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...* cit., p. 262.

⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...* cit., p. 263-268.

⁸⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...* cit., p. 273-276

situaciones y de factores que favorecen los distintos fenómenos delictivos, con el consiguiente abandono de otras formas de aproximación preventiva que constituyen acompañamiento decisivo para lograr resultados eficaces, a medio y largo plazo en la disminución de las conductas delictivas. Lo cual requiere diseños diversificados a través de instrumentos de incidencia social, económica, organizativa o regulaciones jurídicas extrapenales, que reduzcan los espacios criminógenos. La interpretación reduccionista a que aboca la descripción sistémica-normativa elude visualizar la realidad en su complejidad social.”⁸⁹

1.3) A expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais:

Com certeza podemos afirmar, que, como a atual sociedade, também o Direito Penal está passando por um processo de intensas mudanças. A sociedade pós-industrial, com a crescente complexidade inerente a ela, bem como as demandas objetivas e subjetivas por mais segurança, vem exigindo do Direito Penal um papel cada vez maior nos processos de regulação social⁹⁰, sobre tal expansão, esta é a opinião de Silva Sánchez:

“Pois bem, ante tais posturas doutrinárias, realmente não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídicos penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual caba referir-se com o termo “expansão”.”⁹¹

A pergunta que resta sem ser respondida ainda (e sobre a qual vêm sendo travados intensos debates) é se está o Direito Penal, com os instrumentos de que dispõe, pronto para assumir tais demandas; se o Direito Penal, para fazer frente a estas novas exigências deve

⁸⁹ BATARRITA, Adela Asua. *El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas.* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 245-246.

⁹⁰ Semelhantes questionamentos, com especial ênfase aos países da América Latina, também são apontados por: GARCIA, Olga Lucía Gaitán. *Derecho penal contemporáneo de la tutela penal a una lesión a la protección de riesgos.* In: Nuevo *Foro Penal – Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*. Bogotá. n. 60. janeiro-abril 1999. p. 31.

⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais.* (tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21 .

apropriar-se de novos instrumentos, ou enfim, se a atuação nestes novos campos não pode, ou não deve, ser feita pelo mesmo, pois caso o fosse implicaria o seu total desvirtuamento enquanto instrumento de *ultima ratio*.

Desde o que se considera a revolução copernicana do Direito Penal, que sem dúvida podemos apontar como a clássica obra de Cesare de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*⁹², que esta ciência vem sofrendo um processo de contínua descriminalização, pautado por inúmeros princípios, desde o princípio da Legalidade até o princípio da Intervenção Mínima, entre outros, ou seja tudo fazia crer que a evolução natural do Direito Penal era a de cada vez mais restringir-se à efetiva tutela dos bens jurídicos vitais para a sociedade, deixando os bens jurídicos que não fossem vitais para a proteção de outras áreas do Direito⁹³. Contudo, como veremos mais detidamente, esta expansão do Direito Penal ao encontro das novas demandas sociais estaria implicando, pelo menos em tese, uma involução histórica do mesmo, pois como já analisamos, a tendência era a de uma progressiva despenalização⁹⁴.

Antes de iniciarmos uma análise mais aprofundada das estruturas desta expansão do Direito Penal, por esta estar, em última análise, ancorado no surgimento de novos bens jurídicos, convém trazer a classificação de Hans-Joachim Hirsch, mencionada por Mendoza Buergo⁹⁵, que divide este grande bloco de “novos bens jurídicos” em três grupos distintos, a saber: a) bens jurídicos derivados dos riscos do progresso científico e tecnológico, como por exemplo, a técnica atômica, bens jurídicos derivados das explorações na área da genética e também do

⁹² Trata-se sem dúvida de obra indispensável para uma melhor compreensão de todo o processo de Laicização/Modernização/Racionalização pelo qual passou o Direito Penal, não sendo de forma nenhuma desmesurado dizer que realmente trouxe as Luzes da Razão ao Direito Penal, daí porque utilizamo-nos da expressão Revolução Copernicana do Direito Penal, no intuito de dar a real dimensão deste fenômeno. (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. 2. ed. (Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa) São Paulo: Martins Fontes, 1999.)

⁹³ Uma breve, porém muito elucidativa, síntese da evolução histórica do Direito Penal pode ser encontrada em: (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 241-327). Reportamo-nos também ao prefácio da obra, escrito por Alberto Silva Franco, que também traz informações pertinentes a esta temática.

⁹⁴ Gregor Staechelin, partindo da análise de um caso concreto (um caso de aborto julgado pelo Bundesverfassungsgericht, que é o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 28 de maio de 1993) traça importante análise sobre o conceito de infra proteção legal e sua compatibilidade com um Direito Penal Liberal, concluindo ao fim, que este conceito, bem como toda a expansão jurídico-penal que advém da sua utilização *não é compatível* com o atual modelo penal adotado por nossa sociedade. (STAECHELIN, Gregor. *Es Compatible la “Prohibición de Infraprotección” con una Concepción Liberal del Derecho Penal?* (tradução de David Felip i Saborit) In: *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. n. 15. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 289-304).

⁹⁵ BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 41.

incomensurável desenvolvimento da informática; b) bens jurídicos que de certa forma já eram protegidos por meio de sanções administrativas, mas que devido à mudança de paradigma social foram erigidos à categoria de bens jurídicos penalmente relevantes, como é o caso do meio ambiente⁹⁶; c) bens jurídicos que não são exatamente derivados do risco, mas que decorrem fundamentalmente da tendência globalizante, que ao globalizar os mercados e as relações mercantis, acabou por também globalizar a criminalidade, com a formação de verdadeiras organizações criminosas de caráter transnacional.

Posição algo diversa assume Bernd Müssig. Para o penalista alemão esta alteração dos bens jurídicos penalmente relevantes decorre menos da própria natureza dos bens jurídicos do que de uma significativa mudança da *estrutura social mesma*. Assim, esta mudança (profunda) de nossas sociedades ocidentais requer uma completa revisão da própria teoria do bem jurídico, pois nossa atual teoria, por estar vinculada a uma sociedade que (ao menos em parte) não mais existe, não seria mais compatível com o modelo de sociedade adotado (sociedades complexas). Müssig faz uma série de críticas ao que ele denomina de *“teoria pessoal do bem jurídico”*⁹⁷, dentre as quais a de que tal concepção não mais consegue apreender a função social dos complexos sistemas sociais em interação, e de que esta teoria seria “cega” à conexão entre a configuração das sociedades contemporâneas e a constituição do indivíduo como sujeito pessoal⁹⁸. Müssig limita-se a criticar a teoria pessoal do bem jurídico, sem explicitar claramente qual seria a sua própria concepção, todavia parece deveras claro que sua posição é muito próxima (senão idêntica) à compreensão de bem jurídico de Günther Jakobs, que será nosso objeto de estudo mais adiante.

⁹⁶ Sobre a elevação do meio ambiente à categoria de bem jurídico penalmente relevante, bem como da necessidade de delimitação de critérios de ofensividade mais precisos para uma proteção mais adequada: D’AVILA, Fabio Roberto. *O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal ambiental*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 67. São Paulo. jul-ago de 2007. p. 29-58.

⁹⁷ Para Müssig os autores que compreendem o bem jurídico como “pessoal” tendem a perceber nele somente a manifestação de valores e interesses de cunho individual, calcados, fundamentalmente, na concepção iluminista de sociedade. (MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.4 Porto Alegre: CEIP. Setembro-dezembro de 2001. p. 162-164.)

⁹⁸ MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal...* cit., p. 187-188.

Interessante notar, que muito embora historicamente sempre foi designado que o Estado, em momentos de dificuldade, apelava primeiramente ao Direito Penal para resolver seus problemas, ao invés de adotar outras posturas (atuação de outras áreas do Direito, ou mesmo extrajurídicas), parece desta vez não ser esta a situação, ou pelo menos não em sua maior importância. Tudo indica que a compreensão deste fenômeno deva ser buscada na sociedade mesma e no modo como as suas estruturas vieram desenvolvendo-se nas últimas décadas, devido à crescente demanda por segurança, bem como tem estreita relação com o modo que a sociedade vislumbra o Direito Penal e dirige a este as suas expectativas de atuação, conforme veremos em maior grau de detalhamento mais adiante⁹⁹.

Desta feita, temos em curso no corrente tempo duas tendências penais diametralmente opostas. Por um lado temos a tendência de despenalização nos delitos “clássicos” decorrente da evolução natural do Direito Penal (acompanhada de uma substituição das penas privativas de liberdade por penas alternativas nos delitos de menor potencial ofensivo), desde o iluminismo; e por outro lado temos cada vez mais presente um movimento de expansão do Direito Penal, visando à defesa do que se denomina “novos bens jurídicos”¹⁰⁰. Importa dizer que, na soma dos dois movimentos, a balança vem sistematicamente pendendo para este último fenômeno, com o predomínio da expansão sobre a despenalização¹⁰¹.

Figueiredo Dias nos reporta ao Código Penal Português de 1982 (reformado em 1995) como a mais perfeita e acabada demonstração do paradigma penal das sociedades democráticas industriais do final do século XX, apontado que as raízes deste paradigma devem ser buscadas no racionalismo cartesiano e no liberalismo inglês/francês. Para o referido autor, este aludido paradigma penal possui três características marcantes, a saber: a) tem por base o modelo da *Gesamte Strafrechtswissenschaft*¹⁰² de Von Liszt, com o predomínio da *Política Criminal*, uma vez que a mesma define o “se” e o “como” da punibilidade e também porque os conceitos básicos da doutrina do fato punível devem, em última análise, ser determinados por critérios político-

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal ...* cit., p. 23.

¹⁰⁰ BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal...* cit., p. 47.

¹⁰¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.4 Porto Alegre: CEIP. Setembro-dezembro de 2001. p. 224-225.

¹⁰² Detida análise deste modelo de Von Liszt, com a vanguarda da Política Criminal sobre as demais ciências da *Gesamte Strafrechtswissenschaft* pode ser encontrada em: (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 19-49.)

criminais; b) a função do Direito Penal é *exclusivamente* a proteção subsidiária de bens jurídicos, não de quaisquer bens jurídicos, mas somente daqueles que efetivamente mereçam ser considerados bens jurídico-penais; c) a aplicação de penas e medidas de segurança é comandada exclusivamente por finalidade de *prevenção*, principalmente a prevenção geral positiva e a prevenção especial positiva, sendo a culpa o limite inultrapassável da pena¹⁰³.

Logicamente, sendo este modelo de Direito Penal o modelo adotado para o paradigma da modernidade, o referido autor questiona alhures se estará este paradigma da modernidade (e por conseqüência o seu Direito Penal) destinado a nos acompanhar neste novo milênio, ou se haverá necessidade de que com a chegada do paradigma pós-moderno, seja também necessária uma readequação do modo de se produzir e aplicar Direito Penal¹⁰⁴.

Sobre as posturas a serem adotadas pelos penalistas frente a estas novas demandas sociais, não obstante a inúmera variedade de matizes teóricos que podem ser adotados, pode-se, basicamente, apontar três correntes básicas: a) os defensores da tese de que o Direito Penal deve manter-se fiel a seus âmbitos clássicos de tutela, sob pena de além de não conseguir realizar o que dele se espera frente aos “novos riscos”, acabe por perder legitimidade para atuar nos delitos “clássicos” para os quais foi pensado na idade moderna; b) em um outro extremo, os que defendem uma postura extremamente agressiva do Direito Penal no combate a estes novas situações, concluindo que uma sociedade do risco, necessita de um Direito Penal “do risco”¹⁰⁵, devendo para tanto, funcionalizar as suas estruturas e minimizar as garantias (materiais e processuais) a fim de buscar a máxima eficiência no combate aos crescentes riscos; c) em uma posição intermediária, os que defendem a postura de que deva ser criado um Direito Penal dual, de duas velocidades, para poder proteger os novos bens jurídicos, de modo que a velocidade “clássica” continuaria para os bens jurídicos individuais, com todas as garantias processuais

¹⁰³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Algumas reflexões sobre o Direito Penal e a Sociedade de Risco*. In: Seminário Internacional de Direito Penal da Universidade Lusíada. Lisboa, março de 2000. p. 3-6.

¹⁰⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O Direito Penal entre a “Sociedade Industrial”*... cit., p. 42-43.

¹⁰⁵ Fundamental análise do surgimento de um Direito Penal do risco e sua (próxima) relação com o Direito Penal do inimigo pode ser encontrada em: PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo*. (tradução de Helga Sabotta de Araújo). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47. São Paulo. julho-setembro. 2004. p. 31-45. Sobre o conceito de risco e sua incorporação no Direito Penal, ver: FERNANDES, Paulo Silva. *O Direito Penal no amanhecer do século XXI: Breves questões à luz do paradigma da “sociedade do risco”*. In: Sub iudice: Justiça e Sociedade. Coimbra: Número Especial. Julho/Dezembro de 2000.

penais e a velocidade “do risco” onde haveria uma minimização das garantias, visando o combate às lesões aos bens jurídicos coletivos¹⁰⁶.

1.3.1) As causas da expansão do Direito Penal:

Esta mudança pelo qual vem passando o Direito Penal decorre fundamentalmente muito mais (poder-se-ia dizer quase que totalmente) de mudanças das estruturas sociais, bem como de suas demandas internas, do que de uma mudança endógena do próprio Direito Penal, uma vez que este é feito e aplicado de acordo com critérios político-criminais, decorrentes do momento social vigente¹⁰⁷.

O primeiro fator que merece ser levado em consideração é, sem dúvida, a mudança da realidade social mesma. Com a crescente complexidade social surgiram novos bens jurídicos decorrente das novas estruturas sociais criadas que, sem dúvida, adquiriram status de bens jurídicos penalmente relevantes (como, por exemplo, o sistema financeiro mundial)¹⁰⁸. Concomitantemente a isto, bens jurídicos já existentes passaram a ser valorados de uma forma bastante distinta com a mudança de paradigma social e o melhor exemplo para isto é o meio ambiente, que com os novos movimentos ecológicos, foi subitamente erigido à categoria de bem jurídico fundamental para a sobrevivência do homem na Terra¹⁰⁹.

Outro fator que deve ser sopesado é o que Silva Sánchez chama de “*Institucionalização da Insegurança*”¹¹⁰. Pois, as pessoas acabaram por perder o que se poderia denominar de “domínio do fato” com relação aos riscos que vivenciam, pois para manter uma vida “normal” em uma sociedade como a nossa, dependemos fundamentalmente de que outras pessoas/empresas

¹⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O Direito Penal entre a “Sociedade industrial”...* cit., p. 48-54.

¹⁰⁷ BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal...* cit., p. 31-33.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 29-30.

¹⁰⁹ Para uma detalhada explicação da elevação do meio ambiente à categoria de bem jurídico fundamental ver: (BORGES, Anselmo. *O crime económico na perspectiva filosófico-teológica*. In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n.1, 2000. p. 31-32). Também merecendo destaque a análise de Márcia Moraes em: (MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *A (in)Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do Meio Ambiente na Sociedade do Risco (Lei n° 9.605/98)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 19-38).

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 30.

cumpram corretamente as suas funções. Em outras palavras podemos afirmar que o fato da nossa segurança depender cada vez mais da conduta de outros, faz com que busquemos no Direito Penal um meio de certificarmos-nos de que estas pessoas das quais nossa segurança depende estejam a cumprir suas funções adequadamente, o que Mendoza Buergo denomina de “*creciente sustitución de contextos de acción individuales por otros de carácter coletivo*”¹¹¹.

A sensação subjetiva de insegurança também aparece como fator dos mais preponderantes desta “inflação” do Direito Penal hodierno, pois indivíduos cada vez mais inseguros acabam por vislumbrar nas leis penais a única solução para o problema da segurança. Importante verificar que a desmedida utilização do Direito Penal como a “cura de todos os males” pode acarretar uma falsa sensação de segurança, levando as pessoas a crerem que apenas pelo fato de tal bem jurídico estar penalmente tutelado ele está por si só seguro, o que, neste caso longe de minimizar os riscos, os aumentam, pois podem diminuir eventuais proteções não penais que incidam sobre tal bem jurídico¹¹². De modo que dadas as atuais circunstâncias pode-se inferir que a vivência subjetiva dos riscos supera em larga medida a existência objetiva dos mesmos, ou seja, a demanda por segurança está em permanente descompasso com a real existência de perigos¹¹³, e para isso contribuem sem dúvida alguma os meios de comunicação, maximizando os riscos já existentes¹¹⁴. Desta feita, pode-se concluir que a demanda por segurança chega mesmo a se impor nas sociedades pós-modernas como um dos principais princípios ordenadores de nossa realidade social, neste sentido, Mendoza Buergo:

“La creciente demanda de seguridad y su elevado aprecio se explica por la situación de escasez o falta de seguridad, es decir, se ve como la seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social. Tal demanda, conectada para algunos con un denominado “derecho humano” a la seguridad, para otros con la consecución de seguridad como idea directriz en todos los ámbitos de interacción, siendo razonable en cierta medida, puede parecer lógica hasta un cierto punto que no suponga crear una psicosis de inseguridad que no se corresponda con la entidad y magnitud de los riesgos reales. Sin embargo se convierte en algo problemático cuando el destinatario de todas las exigencias de seguridad por parte de la opinión pública, de los medios y de las propias

¹¹¹ BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal...* cit., p. 28.

¹¹² STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. 2.ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002. p. 428.

¹¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 37-38.

¹¹⁴ Sobre a substituição da realidade “real” pela realidade dos meios de comunicação e do papel que os mesmos assumem na vida moderna atuando como construtores e desconstrutores de identidades ver: (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida...* cit., p. 99-104). Para uma visão mais focada nos efeitos diretos destes fenômenos no direito penal: (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 37-38).

autoridades es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo aquí también el Derecho procesal penal, que se ven así forzados, en un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros”¹¹⁵.

Outra causa que indubitavelmente pode ser apontada para esta expansão do Direito Penal pode ser buscada, no que Silva Sánchez denomina de uma “*sociedade de sujeitos passivos*”¹¹⁶. Para o referido autor o número de pessoas que produz a riqueza gerada socialmente é, proporcionalmente, cada vez mais reduzido quando comparado ao número dos beneficiários desta riqueza (aposentados, pensionistas, desempregados). Isto acaba tendo uma grande influência, na medida em que se anteriormente tolerava-se mais riscos em detrimento de uma menor expansão econômica, tal situação não mais ocorre hoje; em outras palavras, na sociedade industrial buscava-se proteger juridicamente os indivíduos industriais, os impulsionadores do desenvolvimento econômico da nação, de tais pessoas, aceitava-se socialmente que não trabalhassem com todas as normas de segurança disponíveis, pois a sua adoção implicaria uma perda de competitividade econômica das empresas¹¹⁷.

Na sociedade pós-industrial, pelo contrário, o foco de proteção jurídica volta-se ao indivíduo receptor desta riqueza, ou em última análise, às pessoas que sofrem as conseqüências dos riscos assumidos para a produção desta riqueza, de modo que as margens aceitáveis dos riscos diminuam consideravelmente. Cada vez mais a tendência (pelo menos nos países desenvolvidos) é exigir qualidade total das empresas, ainda que os custos de produção sejam sensivelmente aumentados¹¹⁸. Posta esta situação social, o Direito Penal parece ser a via “natural” de contenção dos riscos¹¹⁹.

Em conseqüência do exposto, a sociedade pós-industrial tem uma crescente dificuldade de assimilação dos infortúnios enquanto tais. Há uma demanda cada vez maior por encontrar culpados para quaisquer situações lesivas que ocorram, principalmente se tais infortúnios

¹¹⁵ BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal...* cit., p. 32.

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 41.

¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 42.

¹¹⁸ Federico Stella faz uma análise do binômio, competitividade econômica *versus* riscos tolerados, questionando se milhares de pessoas estão dispostas a renunciar a um posto de trabalho, ou a melhoras na suas condições profissionais em troca de um controle mais rígido dos riscos. (STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità...* cit., p. 446).

¹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 43.

acontecem ligados à produção de riqueza e, por conseguinte, ao lucro¹²⁰. O sentimento generalizado em tais sociedades, é o de que a empresa/indivíduo que se vale de uma atividade para auferir lucro, deva assumir quaisquer responsabilidades advinda dos acidentes que porventura ocorram, independentemente da culpa¹²¹ (enquanto conceito trabalhado no Direito Penal). Neste ponto a conclusão de Silva Sánchez é direta: ‘*Mas seja como for, o efeito é uma crescente tendência a transformação do Unglück (acidente fortuito, desgraça) em Unrecht (injusto), o que inevitavelmente conduz a uma ampliação do Direito Penal*’¹²².

Todas as causas acima elencadas não seriam suficientes para provocar de *per si* uma expansão do Direito Penal, se não estivessem acompanhadas de um grande e progressivo descrédito das instâncias não penais de controle social¹²³. A sociedade desconfia cada vez mais da eficácia de esferas jurídicas de controle, excetuando-se a penal, e desconfia sobremaneira das esferas não jurídicas de controle, por julgar que ou lhes falta coerção necessária para impedir a lesão aos bens jurídicos tutelados, ou porque não possuem coerção alguma, como a moral, por exemplo, de modo que se pode afirmar que não mais se acredita que instâncias de controle não dotadas de coerção possam ter uma mínima eficácia de proteção social¹²⁴.

A ambigüidade de tal pensamento é insofismável. Pois exigir do Direito Penal tal amplitude seria (pelo menos em tese) renegar o princípio de um instrumento de *ultima ratio* e estar-se-ia trabalhando com um Direito Penal de *sola ratio* ou, na melhor das hipóteses de *prima*

¹²⁰ Silva Sánchez explicita que estamos por viver cada vez mais em uma sociedade de restrição progressiva das esferas de atuação arriscadas, característica esta que é acentuadamente de uma sociedade composta predominantemente de pacientes, ao invés de agentes. Em tais sociedades, ocorre o que ele denomina de restrição das liberdades perigosas (riskante Freiheiten), ou seja, o valor segurança tem preponderância sobre o valor liberdade, característica esta que já analisamos como sendo tipicamente de uma sociedade pós-industrial, ou de risco. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 44).

¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 44-48. Também neste sentido; BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal...* cit., p. 43.

¹²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 45.

¹²³ CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e Política Criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social*. In: CALLEGARI, André Luis. (org.) Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3.

¹²⁴ Silva Sánchez faz referência inclusive a teoria da anomia de Durkheim, demonstrando que uma moral cada vez mais relativizada contribui em larga medida para o descrédito das instâncias não penais de controle, conforme já tivemos oportunidade de analisar segundo Zygmunt Bauman, (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. (tradução de Plínio Dentzien) Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 14.) a valoração das condutas passa cada vez mais de um *a priori* para um *a posteriori*. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 57-62).

*ratio*¹²⁵, além de correremos o risco de uma total e completo desvirtuamento, tanto do sistema em si, quanto de seus objetivos sociais.

Um outro fator que não pode ser olvidado é que o próprio advento do Estado Social foi também um fator de expansão do Direito Penal, uma vez que passamos de um Estado Liberal de Direito, onde a ênfase era a negação de comportamentos estatais excessivamente reguladores dos indivíduos para um Estado Social de Direito, onde a principal função do Estado é prover seus cidadãos de um mínimo existencial que lhe garanta a cidadania, por meio de prestações positivas¹²⁶. Assim, resulta lógico que com uma ampliação da esfera de atuação do Estado, os bens jurídicos tutelados por este aumentem na mesma proporção, uma vez que, como já vimos, passamos do “Estado passivo” ao “Estado ativo”, ampliando a proteção para além dos bens jurídicos meramente individuais e passando a proteger bens jurídicos transindividuais, cuja extensão é potencialmente universal¹²⁷.

Por fim, talvez um dos fatores que mais esteja contribuindo para a exigibilidade de um Direito Penal cada vez mais onipresente seja a globalização¹²⁸. Ao reduzir drasticamente as fronteiras entre mercados e países, tornando tanto a distância quanto o tempo despendido nas comunicações muito menores, abriram-se possibilidades incomensuráveis de crescimento de oportunidades e geração de negócios tanto no campo lícito da economia, quanto no seu oposto, ou seja, podemos falar atualmente em globalização dos riscos e globalização da criminalidade¹²⁹.

A abertura das fronteiras nacionais propiciou também o crescimento (bem como o progressivo fortalecimento) das organizações criminosas internacionais, aumentando

¹²⁵ BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal...* cit., p. 36-37.

¹²⁶ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido...* cit., p. 196-227.

¹²⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal...* cit., p. 10.

¹²⁸ Para uma introdução histórica sobre a globalização, desde o primeiro choque do petróleo até os dias de hoje, bem como todos os riscos assumidos pelas empresas a fim de tornarem-se independentes (ou menos dependentes) das variações políticas no Oriente Médio, ver: (SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *Globalização e Neoliberalismo: O direito de concorrência entre empresas nacionais e transnacionais*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional v. 10. n. 40. 2002. p.68-88).

¹²⁹ Uma interessante análise do grau (crescente) de sofisticação da moderna criminalidade organizada, de âmbito global, e das possibilidades de instrumentalização dos Estados nacionais visando o seu combate pode ser encontrada em: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (et. al.) *Estado, criminalidade e tecnologia. Estudo comparativo sobre a utilização de novas tecnologias nas políticas públicas de combate à criminalidade no Rio Grande do Sul e na Puglia (Itália)*. In: ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. (orgs.) Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

progressivamente o que Silva Sánchez denomina de “*crimes of the powerful*”, ou seja, a criminalidade dos poderosos. Tal situação não poderia deixar de inculcar na população “comum” (não nos esqueçamos que estamos mencionando a grande massa eleitoral dos países democráticos) um sentimento de que esta criminalidade dos poderosos apenas pode ser contida com a diminuição das garantias jurídico-penais, bem como uma flexibilização das regras de imputação penal, conforme veremos mais adiante¹³⁰.

Sem dúvida um dos fatores mais significativos para esta expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, e que é efetivamente recordado por Cancio Meliá, é a crescente utilização do Direito Penal para fins simbólicos, chegando mesmo em alguns casos à criação de um Direito Penal com finalidades *exclusivamente* simbólicas ou *meramente* simbólicas¹³¹. Para o penalista espanhol, a idéia que perpassa a cabeça do cidadão “comum” é a de que o Direito Penal “serve” para algo, de modo para este cidadão, a sua mera existência já está a cumprir uma finalidade social, independentemente dos resultados que produza no que se refere à proteção de bens jurídicos. Assim, a criação de um Direito Penal (exclusivamente) simbólico, adquire uma legitimidade positiva junto à população (eleitores). Esta existência de um Direito Penal simbólico teria por objetivo, então, a transmissão para a população de que o legislador está atento e resolutivo à solução dos principais problemas da sociedade¹³².

Não podemos esquecer também, ainda com Cancio Meliá, a importância que o ressurgir do punitivismo¹³³ nas sociedades ocidentais tem para esta expansão do Direito Penal. De acordo com o penalista espanhol, a utilização do Direito Penal para fins simbólicos apenas pode ser (completamente) eficaz se a sociedade está em um momento de clamor punitivista. Assim, ocorre o aumento de penas para delitos já criminalizados, a criação de novos tipos penais para condutas ainda não criminalizadas, e o ressurgir de velhos tipos penais que já estavam revogados, expressa ou tacitamente, de modo que se cria um “consenso” social de que a luta contra a criminalidade passa *necessariamente* por um Direito Penal cada vez mais duro¹³⁴. Fundamental ressaltar,

¹³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 77-80.

¹³¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito...* cit., p. 229.

¹³² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito...* cit., p. 226.

¹³³ Este tema será abordado de maneira mais aprofundada no segundo capítulo, todavia, dada sua relevância dentro do contexto de expansão do Direito Penal aqui abordado, não poderíamos deixar de mencioná-lo neste momento.

¹³⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito...* cit., p. 230-231.

também, que tanto o Direito Penal simbólico quanto o punitivismo contemporâneo não devem ser analisados separadamente, pois são dois lados da mesma moeda.

“Con lo expuesto hasta el momento ya queda claro que ambos fenómenos aquí seleccionados no son, en realidad, susceptibles de ser separados nítidamente. Así, por ejemplo, si se introduce una legislación radicalmente punitivista en materia de drogas, ello tiene una inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal (es decir, no se trata de normas meramente simbólicas de acuerdo con el entendimiento habitual), y a pesar de ello es evidente que un elemento esencial de la motivación del legislador a la hora de aprobar esa legislación está en los efectos “simbólicos” obtenidos mediante su mera promulgación. Y a la inversa, también parece que normas que en principio cabría catalogar de “meramente simbólicas” pueden llegar a dar lugar a un proceso penal “real”. Lo que sucede es que en realidad, la denominación “Derecho Penal simbólico” no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la “solución” en términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercado-técnicas de conservación del poder político, llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son “satisfechas” por las fuerzas políticas.”¹³⁵

Aliado a tudo isto, não podemos deixar de lado a situação de que a atual configuração geopolítica do mundo atual, com a separação dos países em blocos geográficos cada vez mais unificados internamente (União Européia, NAFTA, Mercosul) também acaba por se tornar fonte de pressão sobre a política criminal dos respectivos países membros, bem como de uma tendência de “unificação” ou “uniformização” de seus sistemas processuais¹³⁶. Estes países acabam por demandar um progressivo aumento da repressão dos vizinhos, com o intuito de evitar que alguns Estados destas organizações acabem por tornar-se mais atrativos para o surgimento de organizações criminosas que outros¹³⁷.

¹³⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito...* cit., p. 232.

¹³⁶ Geraldo Prado traça um panorama entre o crescimento das tendências globalizatórias (notadamente na sua forma econômica) e a possibilidade de uma “unificação processual” no âmbito internacional, e mesmo da expansão desta forma de punir por meios de tribunais *ad hoc*. Para o autor carioca, este processo penal “internacional” está demasiado carregado de influências políticas e econômicas para buscar a justiça, tratando-se, na maioria das vezes, de uma forma de opressão política dos “vitoriosos” sobre os “vencidos”. (PRADO, Geraldo. *Processo Penal e Globalização*. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. n.6 Porto Alegre: CEIP. Maio-agosto de 2002. p. 25-41.)

¹³⁷ Silva Sánchez menciona aqui a possibilidade que, dentro de um contexto de União Européia, o direito anglo-saxão assumia a dianteira pelo modo como atua frente aos riscos. Desta feita, estaríamos diante de uma incursão dos institutos típicos da *Common Law* no direito continental, adotado pelos países de tradição jurídica romano-germânica, o que, se por um lado pode ajudar em uma futura unificação jurídica destes países para esta problemática, por outro lado pode ser nefasta, se pensarmos na possível descontextualização de institutos de um sistema jurídico sendo utilizados em outro sistema totalmente distinto de produção-aplicação legislativa. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 77-78).

1.3.2) As conseqüências da expansão do Direito Penal:

Para Cornelius Prittwitz, esta expansão desenfreada pela qual está passando o Direito Penal acabará por desvirtuar o sistema penal como um todo¹³⁸, retirando a sua coerência interna, bem como alterando sobremaneira as funções para as quais foi pensado. Outra das graves conseqüências apontadas por Prittwitz é a discordância dos princípios fundadores do Direito Penal iluminista (fragmentariedade, subsidiariedade e *ultima ratio*) e a sua atual prática, uma vez que estes princípios (dirigidos, em última análise, ao legislador) não vêm conseguindo cumprir a função limitadora que outrora cumpriam¹³⁹.

A primeira conseqüência que se sobressai desta expansão do Direito Penal é a sua tendência a tornar-se um direito fundamentalmente de *prevenção*, ou seja, cada vez mais a função do Direito Penal é a de evitar acidentes, ao invés de punir os culpados. Interessante ressaltar a opinião de Federico Stella, que conclui que enquanto este Direito Penal moderno é um Direito Penal voltado para o “hoje”, enquanto o Direito Penal de uma sociedade pós-industrial é voltado para o “amanhã”¹⁴⁰. Este sistema está voltado à proteção de um número cada vez maior de bens jurídicos e cada vez mais distintos entre si, e também o estágio da proteção é antecipado da lesão ao perigo¹⁴¹.

Outra característica que deve ser analisada é a *administrativização* do Direito Penal, característica esta que está umbilicalmente ligada à anterior. O Direito Penal vem sofrendo um processo de transformação, ao transformar-se de um direito que reagia *a posteriori* contra um fato

¹³⁸ No sentido da *gesamte strafrechtswissenschaft* de Von Liszt, englobando a Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal normativo.

¹³⁹ PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima Ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal. In: La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 428-434.

¹⁴⁰ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità...* cit., p. 420.

¹⁴¹ BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal...* cit., p. 45.

lesivo individualmente delimitado em um direito de gestão dos riscos públicos, assume características muito próximas às do Direito Administrativo¹⁴².

Alessandro Baratta¹⁴³ ressalta duas características desta administrativização do Direito Penal que embora sejam distintas, são complementares. A primeira é a que cada vez mais as leis penais editadas pelos Estados tendem a ser normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas, ou seja, temos as normas como sustentáculo de eficácia do sistema estatal, o que vai claramente ao encontro de um direito de gestão dos riscos¹⁴⁴. A segunda característica é que os novos tipos penais editados pelo Estado tendem a se parecer na forma, e também no conteúdo, com as normas do Direito Administrativo, o que às leva a distanciarem-se dos requisitos “clássicos” da lei (abstração e generalidade). Sem dúvida, é uma aproximação da norma penal aos riscos (cada vez mais específica), o que aproxima ainda mais o Direito Penal de um instrumento de resolução de “*emergências concretas*”¹⁴⁵.

Na outra ponta do sistema jurídico (a aplicação da lei ao caso concreto) a tendência de administrativização também mostra sua face, pois cada vez mais vem sendo ampliada a discricionariedade do Poder Judiciário. Para Baratta¹⁴⁶ esta expansão do poder discricionário dos juízes (desmesurada na opinião do autor) decorre fundamentalmente do fato de o legislador se subtrair quando é conveniente, (devido às implicações democrático-eleitorais) da edição de leis, ou mais severas ou mais interventoras, enviando desta forma a “responsabilidade” política de determinadas questões ao poder judiciário (o qual não enfrenta diretamente o crivo popular). Também corrobora para esta expansão do poder discricionário do judiciário o fato da total incapacidade do sistema penal de, com a edição de leis, conseguir minimamente abarcar a total

¹⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 114.

¹⁴³ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5. São Paulo, janeiro-março. 1994. p. 12.

¹⁴⁴ Esta gestão pública e centralizada dos riscos (por meio do Direito e também da política) já era prevista por Beck, e considerada de antemão ineficaz, por preferir a uma gestão pública e democrática dos mesmos, que para o referido autor seria a forma mais adequada (e justa) de sociedade lidar com os problemas decorrentes da produção de riquezas. (BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo...* cit., p. 54).

¹⁴⁵ A expressão é de Alessandro Baratta.

¹⁴⁶ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais...* cit., p. 12-13.

expansão dos bens jurídicos protegidos, bem como todas as lesões (e perigos) que porventura possam ocorrer aos mesmos¹⁴⁷.

Silva Sánchez¹⁴⁸ traça as diferenças entre um ilícito penal e um ilícito administrativo: o ilícito penal configura-se (pela tese clássica) como uma lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o ilícito administrativo é um ato de desobediência ético-valorativo neutro, ou seja, havia uma diferença de caráter ontológico entre estas duas categorias de ilícitos. Posteriormente, foi-se configurando a tese de que as diferenças entre estes dois tipos de ilícitos não eram ontológicas, mas meramente diferenças de grau, caracterizando-se por conter o ilícito penal, maior carga de injusto do que o ilícito administrativo¹⁴⁹.

Outra consequência desta expansão do Direito Penal é a *funcionalização*. O Direito Penal acaba por tornar-se cada vez mais instrumentalizado por finalidades político criminais. Desta feita, muda a sua função originária. O Direito Penal passa de um instrumento de pontual repressão de lesões concretas a bens jurídicos¹⁵⁰ (também concretos), a um instrumento de prevenção de grande escala de situações-problema. Segundo Mendoza Buergo, este processo é acentuado por uma flexibilização dos instrumentos jurídico-penais visando uma crescente adaptação aos novos riscos e necessidades (sempre crescentes) de proteção a estes riscos. Assim, segundo Winfried Hassemer, o Direito Penal que era a última barreira limitadora da política criminal, começa gradualmente a tornar-se o braço armado da mesma¹⁵¹.

¹⁴⁷ Interessante jurisprudência que vai exatamente ao encontro do exposto pode ser encontrada em Frederico Stella, com decisões de tribunais americanos (inclusive da corte suprema) condenando réus a pagar indenizações baseados simplesmente na *probabilidade* de lesão dos bens jurídicos (em ações penais e civis). (STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità...* cit., p. 457-467).

¹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 115.

¹⁴⁹ Silva Sánchez nos traz a posição de Welzel que consolidou a diferença do caráter meramente de grau entre os ilícitos penais e os administrativos: “A partir do âmbito nuclear do criminal deflui uma linha contínua do injusto material que certamente vai diminuindo, mas que nunca chega a desaparecer por completo, e que alcança até os mais distantes ilícitos de bagatela, e inclusive as infrações administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) estão a (...) *ela vinculados*”. WELZEL, Hans. Apud: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 115.

¹⁵⁰ Valiosa contribuição, tanto na parte histórica quanto na parte dogmática, sobre a conexão entre a punibilidade penal e à efetiva lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados, bem como uma síntese da noção de dano enquanto lesão do sistema jurídico como um todo, pode ser encontrada em: (KARGL, Walter. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho: Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena*. (tradução de Ramón Ragués i Vallès) In: La Insostenible Situación del Derecho Penal. n. 15. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 49-62).

¹⁵¹ BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal...* cit., p. 51.

O perigo que vemos cercar-se do Direito Penal, é que com esta funcionalização sempre crescente, este ramo, que por todas as suas características clássicas de *ultima ratio*, etc... acabe por tornar-se uma meta estrutura social, que com base na sua legitimidade para atuar nos “novos” bens jurídicos, acabe por legitimar também uma desmesurada expansão por ramos que nada (ou pouco) tem a ver com estes novos bens jurídicos. Desta forma, com a banalização do Direito Penal, ele acabe por ser convocado pelo legislador a intervir quando outras estruturas do sistema não estão a cumprir adequadamente as suas funções, por ser como aduz Mendoza Buergo “(...) *una via relativamente cómoda, barata y aparentemente rentable política y socialmente para el Estado*”¹⁵².

¹⁵² BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal...* cit., p. 159.

CAPÍTULO 2

DA SOCIEDADE INCLUSIVA À SOCIEDADE EXCLUDENTE: AS TENDÊNCIAS PUNITIVISTAS NA MODERNIDADE RECENTE

2.1) Considerações Iniciais:

O nosso objetivo nesta parte do trabalho é analisar as mudanças ocorridas nas sociedades contemporâneas, notadamente a partir dos anos setenta, que refletem claramente o abandono de um sistema baseado na ressocialização, na qual o objetivo das práticas punitivas passava pela reinserção do desviante na sociedade, e o advento de práticas que possuem a retribuição e a neutralização como justificativas, onde o que se busca meramente é o afastamento dos indivíduos considerados “perigosos” do convívio social. A relação do abandono do ideal de integração e sua substituição pela neutralização como função da pena, tem com o Direito Penal do inimigo um estreito vínculo. Tal alteração na justificação das práticas punitivas, além de um novo equilíbrio de forças nas sociedades ocidentais contemporâneas, é o que, ao nosso ver, permite que teorias como a do Direito Penal do Inimigo possam ser formuladas e, mais do que isso, lograr grande aceitação, tanto no debate científico como na opinião pública¹⁵³, notadamente no que concerne à influência que esta “*opinião pública*”¹⁵⁴ possui sobre o Direito Penal.

¹⁵³ Para uma visão da opinião pública a partir da sociologia ver, entre outros: BOURDIEU, Pierre. *Sobre a Televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 15-97. CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Petrópolis: Vozes, 1998. BOURDIEU, Pierre. *A opinião pública não existe*. In: THIOLENT, Michel. *Crítica metodológica. investigação social & enquête operária*. São Paulo: Polis, 1987. p. 137 - 151.

¹⁵⁴ Um interessante aspecto que merece ser trazido aqui é a diferenciação que Alessandro Baratta faz da opinião pública e da opinião publicada; diferenciação esta, que nos leva a duvidar que a opinião publicada (nos *mass media*) seja efetivamente a opinião que a sociedade tem sobre determinado aspecto (opinião pública). Uma vez que, como analisaremos mais adiante, a política tem uma influência cada vez mais determinante no Direito Penal seria interessante averiguar a efetiva utilização da opinião publicada como se fosse a opinião pública, justificando a criação de novos tipos penais baseada no que se convencionou chamar de “clamor público”, além de outros conceitos tão vagos e ambíguos quanto este. (BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal...* cit., p. 12-13).

Sempre é importante ressaltar que as práticas punitivas nunca devem ser analisadas isoladamente, mas sim a partir de uma relação de dupla via com a cultura e as práticas sociais de cada sociedade. Ao mesmo tempo em que a cultura legitima determinadas práticas punitivas e condena outras, fornecendo o limite do que pode e do que não pode ser legítimo aceitar em termos de punição; estas práticas punitivas atuam como sistemas comunicativos perante a sociedade, alterando assim as percepções de sentido prático da mesma, em seus diversos aspectos como política, economia, entre outros¹⁵⁵. Assim, o sistema punitivo comunica à coletividade como devemos pensar em termos de bem e mal, o que é “normal” e o que é patológico, o que é legítimo e o que é ilegítimo, o que é ordem e o que é desordem¹⁵⁶. Desta feita, quando nesta parte inicial do trabalho expomos alguns aspectos deste novo punitivismo nas sociedades ocidentais, temos sempre em mente a complexa rede social que interage com os sistemas punitivos e com as teorias jurídicas que os legitimam e são também por eles legitimadas, caso específico da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Cada sociedade possui sua maneira peculiar e idiossincrática de gerenciar seu sistema punitivo. Não obstante isto, a questão da punitividade ainda é um tema pouco estudado e pouco compreendido, tanto pela Sociologia quanto pelo Direito ou mesmo pela própria Criminologia, notadamente a articulação entre as práticas punitivas e os demais campos sociais como a economia, a política, a cultura e também o próprio Direito Penal. Como pondera David Garland, uma das principais dificuldades que aparecem no caminho do que ele denomina de “sociologia da punição” é o fato de que sempre pensamos a punição nas nossas sociedades *a partir* das instituições disto encarregadas, e não *através* delas, o que sem dúvida limita muito a nossa possibilidade de compreensão deste fenômeno pois já adentramos no campo da punitividade inseridos nesta lógica argumentativa, cada instituição cria, nas palavras de Garland, seu próprio “regime da verdade” onde seu sistema lógico apenas permite as perguntas a que se propõe responder.

“Once a complex field of problems, needs, and conflicts is built over by an institutional framework in this way, these problematic and often unstable foundations disappear from

¹⁵⁵ SALLA, Fernando. GAUTO, Maitê. ALVAREZ, Marcos César. *A contribuição de David Garland: a sociologia da punição*. In: Tempo Social, revista de Sociologia da USP, v. 18, n.1. 2006. p. 336.

¹⁵⁶ GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Chicago: The university of Chicago press, 1993. p. 252.

view. In their place all that is immediately visible are the categories and forms of action which the established institution holds out to us. Through repeated use and respect for their authority these instituted ways of doing things create their own “regime of truth” which simultaneously shores up institutional structure and closes off any fundamental questions which might undermine it.”¹⁵⁷

2.2) O modelo de Estado do bem estar penal (*penal welfarism*):

O que denominamos aqui de Estado do bem estar penal, seguindo classificação de Garland, é um modelo de compreensão tanto do Direito Penal como das práticas punitivas que refletiria o “consenso penal da modernidade”¹⁵⁸. Este sistema tem seu embrião no iluminismo e na racionalização que este trouxe para as práticas punitivas, notadamente a partir do trabalho de reformadores como Beccaria, Bentham, entre outros¹⁵⁹. Não podemos, todavia, isolar a racionalização do sistema penal de um processo histórico que perpassou toda a sociedade a partir desta tradição iluminista, por isto, sempre devemos ter em mente, uma mudança mais estrutural da sociedade mesma, embora nosso foco seja o sistema penal. Este processo, em um âmbito mais geral, envolveu a diferenciação das diversas esferas da vida social, cada uma aumentando seu grau de independência em relação às outras, além da criação de diversas agências estatais burocratizadas e a profissionalização dos diversos âmbitos da atividade social¹⁶⁰. Não obstante o fato de que esta racionalização iluminista, no campo do Direito Penal, acarretou uma diminuição acentuada dos suplícios aos quais eram submetidos os condenados, um de seus efeitos foi também o de perpassar o controle por toda a sociedade, universalizando o poder de punir, como bem nos recorda Foucault:

¹⁵⁷ “Uma vez que um complexo campo de problemas, necessidades e conflitos é construído por uma estrutura institucional nesse sentido, estas problemáticas e freqüentemente instáveis fundações desaparecem da vista. No seu lugar tudo que é imediatamente visível são as categorias e formas de ação que as instituições não nos deixam abandonar. Através do uso repetido e do respeito à sua autoridade essas formas instituídas de fazer as coisas criam seu próprio “regime de verdade” que simultaneamente suporta a estrutura institucional e fecha quaisquer questões que possam as destruir.” (GARLAND, David. *Punishment and modern society...* cit., p. 4.)

¹⁵⁸ GARLAND, David. *The Culture of Control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The university of Chicago press, 2001. p. 28.

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. (tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999. p. 83.

¹⁶⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Tendências do controle penal na modernidade periférica: as reformas penais no Brasil e na Argentina na última década*. (tese de doutorado do Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFRGS defendida em Março de 2003). p. 47.

“Durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como na crítica das instituições, vemos formar-se uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica desta estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor, punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.”¹⁶¹

Facilita muito nossa compreensão entendermos este modelo como uma grande tendência iniciada, como já ressaltamos, no iluminismo e que atingiu seu auge nas décadas de 50 e 60 nos Estados Unidos e na Europa. A partir do final da década de 60, conforme veremos mais adiante, este modelo começou a ser firmemente questionado, tanto nos debates acadêmicos como na sociedade em geral, dando origem a uma nova tendência de reforço no controle social e de práticas punitivas mais rigorosas. Esta nova tendência perpassou as sociedades do ocidente com grande vigor nas décadas de 80 e 90, tendo como conseqüências um forte aumento da taxa de encarceramento nos países ocidentais além de um significativo câmbio do discurso sobre as funções do controle social, do Direito Penal e das penas na atual sociedade¹⁶².

Para Jock Young, as sociedades ocidentais desenvolvidas, do iluminismo até a década de 60, podem ser compreendidas como sociedades de inclusão. Não podemos nos olvidar que o período compreendido entre o segundo pós-guerra e o final da década de 60 foi um período de uma expansão econômica muito significativa, o que representou uma inclusão para o “nível de cidadania” de uma significativa parcela da população, sendo que este era um dos principais objetivos do que Young denomina de “*projeto da modernidade*”. Além disso, foi uma época de valores sociais/culturais fortemente consolidados, com a sociedade apoiando a sua expansão no binômio família-trabalho, sendo que estas duas instituições apresentavam-se muito sólidas e aptas a sustentar um desenvolvimento duradouro¹⁶³.

Logicamente que este modelo de “sociedade de inclusão” refletiu-se de modo indelével no sistema penal. Pois, em uma sociedade de valores estáveis, quase monolíticos, é compreensível

¹⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 29.ed. (tradução de Raquel Ramallete). Petrópolis: Vozes, 2004. p. 69-70.

¹⁶² PAVARINI, Massimo. *Processos de Recarcerização e “novas” teorias justificativas da pena*. In: ZOMER, Ana Paula. (org.) *Ensaio Criminológicos*. São Paulo: IBCCrim, 2002. p. 137 e ss.

¹⁶³ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 15-19.

que seu objetivo em relação ao desviante seja recuperá-lo, curá-lo, deixá-lo “que nem nós” visando um projeto integrativo do delinqüente em relação aos valores sociais vigentes. Desta feita, para este modelo do Estado do bem estar penal, o “outro” desviante é percebido como: a) minoria; b) distinto e objetivo em relação à sociedade; c) visto como alguém que está em déficit com os valores sociais, devendo ser conduzido ao “caminho correto”; d) ontologicamente confirmador, ou seja, sua presença não é percebida como uma ameaça à sociedade, mas como alguém que ainda não atingiu o nosso padrão de desenvolvimento; e) sujeito ou objeto de assimilação/inclusão¹⁶⁴.

O primeiro pressuposto para esta modernização do sistema penal, tendo como base o ideal iluminista, é exatamente o abandono das práticas privadas de punição/controlado e a transferência do monopólio da violência legítima para o âmbito estatal. Por suposto que este foi um lento processo, mas com o passar do tempo as formas privadas de controle foram extinguindo-se e o fenômeno da criminalidade, assim como a punição e a ressocialização dos criminosos, passaram a ser algo “que as autoridades tinham de resolver”, devendo ser controlado por um vasto corpo de profissionais cada vez mais especializados, seguindo sempre a lógica da crescente diferenciação das esferas sociais¹⁶⁵. Assim, a sociedade civil cedeu ao Estado o controle social formal, restando agora para ela ampliar a prosperidade econômica e o controle social informal (moral, religião, família, etc.) que a burocracia estatal organizada racionalmente se encarregaria do resto, nas palavras de Azevedo:

“A emergência da modernidade no âmbito do controle penal constitui-se com base na idéia de que o controle do crime deveria ser levado a efeito por especialistas, orientado para a identificação e o processamento dos fatos previstos em lei como delitos e a punição dos criminosos, sem a necessidade do envolvimento do público ou das vítimas individuais. Tudo o que se necessitava é de um contexto ideológico de crença a solução dos problemas sociais através de burocracias especializadas dirigidas pelo Estado, formadas por peritos e racionalmente direcionadas.”¹⁶⁶

Para Azevedo, as duas premissas básicas da modernidade penal são que as reformas sociais e a prosperidade econômica levariam automaticamente à redução de crimes e também que o Estado torna-se o único responsável pelo controle social formal, devendo ser o encarregado da

¹⁶⁴ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 21-22.

¹⁶⁵ GARLAND, David. *Punishment and modern society...* cit., p. 185.

¹⁶⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Tendências do controle penal...* cit., p. 47.

perseguição, julgamento, punição e regeneração dos criminosos¹⁶⁷. Interessante ressaltar aqui que a sociedade depositava uma grande confiança neste corpo de especialistas (acadêmicos, psicólogos, juizes, funcionários do sistema penitenciário, entre outros)¹⁶⁸ em gerenciar a criminalidade, assim, estes profissionais haviam desenvolvido algo similar a uma “blindagem” contra a opinião pública, tendo em vista que a sua legitimação enquanto campo científico era muito forte (para não dizer praticamente inquestionável) e a sociedade confiava que o trabalho deles era “o que de melhor podia ser feito” contra o crime, ainda que não o solucionasse de todo¹⁶⁹.

Após o monopólio da violência legítima transferir-se para o Estado, nos primórdios do modernismo penal, fez-se necessária uma redefinição do sistema legal, a fim de que este processo de racionalização pudesse prosseguir com o advento de alguns princípios liberais. A infração penal não pode mais ter nenhuma relação com a moral ou a religião (princípio da laicização do Direito). Antes de a lei existir, não há que se falar em infração penal (princípio da legalidade). É desejável uma busca de uma definição o mais clara quanto possível das condutas não permitidas¹⁷⁰. Daí decorre o surgimento do Direito Penal como uma teoria sistemática, aproximando-se dos ideais de racionalidade, coerência e segurança das ciências naturais nascendo assim o ideal da segurança jurídica.

No princípio, como nos mostra a história das instituições penais, o que se buscava com as intervenções penais era uma disciplinarização da mão de obra, educando-a para o trabalho e ensinando-a as habilidades necessárias para sua adequação ao capitalismo em ascensão. De modo que as casas de correção com trabalhos forçados (*correction houses*) nasceram junto com as primeiras casas públicas de assistência aos pobres, não sendo raro as duas instituições coincidirem no mesmo espaço físico. Para as casas de caridade deveriam ir os pobres realmente incapacitados para o trabalho, sendo pois, assistidos pela caridade pública. Para as casas de

¹⁶⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Tendências do controle penal...* cit., p. 47.

¹⁶⁸ GARLAND, David. *Punishment and modern society...* cit., p. 187.

¹⁶⁹ Importante assinalar, com Garland, que ainda que a opinião pública à época do “*penal welfarism*” fosse menos punitivista do que é atualmente, o nível de controle social e de punição impingido pelo Estado sempre esteve abaixo do considerado “ideal” pela opinião do público, contudo, o que as pessoas “comuns” pensavam sobre o crime nunca chegou a ter grande influência sobre as reais práticas do Estado exatamente por esse elevado grau de respeitabilidade dos expertos. (GARLAND, David. *The Culture of Control...* cit., p. 51.).

¹⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas...* cit., p. 80-81.

trabalhos forçados deveriam ir os pobres relutantes em aceitar a nova disciplina do trabalho. Disto decorre as leis de criminalização da pobreza, presentes em todos os países nesta época, que criminalizavam condutas como a vadiagem e a mendicância¹⁷¹. Contudo, com o passar do tempo e a estabilização do mercado de trabalho, a função de disciplina voltada para o trabalho foi paulatinamente substituída pela mera disciplina de controle social ou de melhoramento do indivíduo, como atentam Melossi e Pavarini:

“Diante deste fenômeno por eles mesmos criados, o capital e as forças políticas que o representam não precisam responder mais com uma força de trabalho forçada, que reduza o salário dos trabalhadores livres e que, ao mesmo tempo, seja adestrada e recuperada para o trabalho na fábrica. A instituição carcerária permanece assim como uma aquisição definitiva e cada vez mais dominante na prática punitiva burguesa, muito embora a sua função – ao menos na Europa e até o momento em que esta situação perdurar, i.e., depois da metade do século XIX – adquira um tom cada vez mais terrorista e de mero controle social: o princípio da disciplina *tout court* prevalece sobre o da disciplina *produtiva* da fábrica”¹⁷². (grifos no original)

Um dos principais sustentáculos do moderno sistema penal era, sem dúvida, o ideal da *reabilitação*. Buscava-se com a imposição de uma pena a um indivíduo a sua posterior reintegração à sociedade. Era esta possibilidade de “melhoramento” dos indivíduos o que justificava, a partir de um ponto de vista racional e iluminista, o seu encarceramento. Este novo sistema tinha dois objetivos principais; reinserir o indivíduo no pacto social e criar indivíduos submissos à autoridade, logo úteis para a sociedade¹⁷³.

Paralelamente a este ideal reabilitador e articulado com ele, surge outra premissa do Estado do bem estar penal que é o ideal da *defesa social*. Esta defesa social divide-se em cinco princípios básicos: a) princípio do bem e do mal; o crime é um dano frente à sociedade, sendo o criminoso o elemento negativo desta; b) princípio da legitimidade; o Estado tem o dever de reprimir a criminalidade por meio das instituições oficiais existentes para tanto, como o Direito, a Polícia, e as instituições penitenciárias; c) princípio da prevenção; a pena não serve somente para retribuição, mas também como meio de prevenção do delito, primeiro a partir da intimidação e depois da ressocialização do delinqüente; d) princípio da igualdade; a lei penal é igual para todos,

¹⁷¹ MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. (tradução de Sérgio Lamarão). Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006. p. 63.

¹⁷² MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica...* cit., p. 93.

¹⁷³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...* cit., p. 110.

sendo aplicada do mesmo modo a todos os seus violadores; e) princípio do interesse social e do delito natural; os interesses protegidos pelo Direito Penal representam interesses de toda a coletividade, o delito é um “em si”¹⁷⁴. Assim, podemos concluir que as três pilstras que sustentavam e justificavam o sistema punitivo da modernidade eram a *reabilitação* (como fundamento da pena), a *defesa social* por meio da prevenção (como função da pena), e um Direito Penal como protetor subsidiário de bens jurídicos penalmente relevantes (função do Direito penal)¹⁷⁵.

Conforme Melossi e Pavarini, o Direito Penal da modernidade sempre se equilibrou sobre este (aparente) paradoxo. Como seria possível encontrar o *quantum* ideal da pena que combinasse o mínimo de prevenção geral necessária atendendo ao ideal da defesa social e demovendo outros indivíduos da prática delituosa, com o máximo de ressocialização possível, em um tempo que fosse suficiente para reintegrar à sociedade um indivíduo em condições de dela fazer parte sem perturbar a “paz social”¹⁷⁶.

Como correlato deste ideal reabilitador e do ideal da defesa social, surge o primado da *individualização* das penas e sanções punitivas, pois se o objetivo principal da pena é a reinserção do criminoso na sociedade, e os indivíduos podem ter personalidades absolutamente diferentes, requerendo então diferentes tipos de “tratamento”, nada mais coerente do que uma ampla discricionariedade ao magistrado (e ao corpo de especialistas encarregados em aplicar a pena) na hora de impor o castigo mais adequado aos que delinqüiram¹⁷⁷. Definitivamente, a problemática do crime era percebida como um problema do criminoso em questão:

“The primary concern of correctionalist criminological research was to identify the individual characteristics that differentiated *delinquents* and *criminal personalities* and to correlate these with other conditions that might provide clues to their aetiology and treatment. In its emphasis and conceptual interests this criminology increasingly focused

¹⁷⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999. p. 42-43.

¹⁷⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Sobre os Fundamentos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 156 e ss.

¹⁷⁶ MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica...* cit., p. 259.

¹⁷⁷ Nunca é demais lembrar que a origem desta ampla discricionariedade conferida ao juiz na hora de aplicar as penas se deu fundamentalmente em sistemas de common law, como Estados Unidos e Inglaterra, tendo a sua aplicação em países de sistema romano-germânico como a Europa continental e a América Latina sido muito mais restrita, embora verificável em alguns casos.

upon the individual, as did the penal-welfare institutions that it served. The *crime* problem came to be viewed as a *criminal* problem.”¹⁷⁸ (grifos no original)

Não podemos, portanto, isolar o Estado do bem estar penal do Estado do bem estar social, por trilharem eles caminhos paralelos e interligados, só faz sentido considerarmos válido o conceito do primeiro inserido na lógica do segundo. Não obstante a pertinência das críticas que foram feitas ao seu modelo, como as oriundas do marxismo, de que este modernismo penal, ao menos em sua fase inicial, serviu para domesticar a mão de obra favorecendo a burguesia nascente¹⁷⁹, e as críticas de Foucault, relativas ao poder disciplinar exercido pelo Estado sobre os indivíduos¹⁸⁰, este modelo sem sombra de dúvida foi um significativo avanço no que concerne às práticas punitivas, notadamente se comparado ao que ocorria antes do advento deste processo de racionalização, uma vez que é notória a severidade das punições nas sociedades medievais.

Podemos perceber então que em processos de expansão econômica, acompanhados de distribuição de riqueza de uma forma mais ou menos equitativa, a sociedade tende a fortalecer as redes sociais de proteção, acentuando o seu caráter solidário, de modo que os indivíduos podem ter a confiança de que na eventualidade de uma incapacidade para o trabalho ou mesmo de uma perda de emprego ele terá o auxílio necessário até se recuperar¹⁸¹. Isto se verificou historicamente, na segunda fase da Revolução Industrial, quando o nível de salário teve uma substancial melhora, notadamente nos Estados Unidos e na Inglaterra, e após o segundo pós-

¹⁷⁸ “O interesse primário da pesquisa correccionalista criminológica era identificar as características individuais que diferenciavam delinquentes e personalidades criminais e correlacioná-las com outras condições que poderiam fornecer pistas para sua etiologia e tratamento. Na sua ênfase e interesses conceituais essa criminologia focava mais e mais no indivíduo, assim como as instituições penais-welfaristas a que ela servia. O problema do crime passou a ser visto como um problema do criminoso.” (GARLAND, David. *The Culture of Control...* cit., p. 42-43.)

¹⁷⁹ Para Garland, não obstante a ausência de textos de Karl Marx sobre punição, o início de uma “criminologia marxista” se deu com o advento da Escola de Frankfurt, e o seu maior expoente é a obra de Rusche e Kirchheimer “Punishment and social structure”. Nesta obra os autores vinculam a estrutura social da punição às necessidades burguesas de mão de obra e a situação do mercado de trabalho, chegando a estabelecer um paralelo entre períodos em que a punição era mais severa e o valor da vida era baixo (mão de obra abundante) e os períodos em que a punição era mais branda e o valor da vida mais alto (mão de obra escassa). Interessante ressaltar, para os nossos propósitos, que não obstante seja necessário retirar desta obra o superado determinismo marxista, ainda podemos extrair como hipótese válida que os períodos no qual a mão de obra tende a ser mais escassa podem ser vinculados às *sociedades de inclusão* (preocupação com a educação social e preparação para o trabalho, necessidade de integração social) e os períodos em que a mão de obra tende a ser mais abundante, com às *sociedades de exclusão* (retribuição, neutralização dos indivíduos delinquentes, sentimento de impossibilidade de ressocialização), adotando aqui a terminologia de Jock Young que será utilizada ao longo deste capítulo. (GARLAND, David. *Punishment and modern society...* cit., p. 88-110).

¹⁸⁰ Fundamentalmente na sua obra *Vigiar e Punir*.

¹⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas...* cit., p. 20 e ss.

guerra, com o advento do Estado do Bem estar social aí atingindo a Europa ocidental e os Estados Unidos¹⁸². Em períodos como estes, a sociedade tende a adotar uma postura menos severa em relação às punições, aceitando um controle social menor em relação aos menos favorecidos, bem como a adoção de punições menos gravosas. Dito de outro modo, tanto no que concerne à cultura quanto à economia; a um Estado do bem estar maior corresponde um Estado penal menor.

“The welfare state and post-war prosperity enhanced economic security and social solidarity in Britain and America, and it seems reasonable to suppose that these social arrangements provided an important cultural underpinning for the “no fault” correctionalist institutions that flourished in the post-war years. The development of a more solidaristic culture was facilitated by the long boom of the 1950s and 1960s – a period of economic growth, full employment, narrowing inequalities and the expansion of the social service safety net. In this historical context, crime and delinquency could be viewed not as a threat to a social order but as a lingering relic of previous deprivations. And penal-welfare agencies could help alleviate this problem by extending help and treatment to the unfortunate individuals and problem families who had been left behind by the rising tide of prosperity and social progress.”¹⁸³

Este período de expansão econômica e distribuição de renda acentuada foi de fundamental importância para garantir o apoio das classes médias ao Estado do bem estar social (e seu correlato penal), tanto nos Estados Unidos quanto na Europa. Estas camadas sociais médias perceberam que elas tinham muito a ganhar com uma política estatal de redistribuição de renda, universalização do sistema público de saúde e de educação, de modo que enquanto o período de prosperidade econômica perdurou, o Estado social era um consenso nas avançadas sociedades ocidentais, tanto nos partidos mais a esquerda quanto a direita, variando apenas em grau de sua extensão. Para as elites econômicas e os intelectuais conservadores, as políticas sociais

¹⁸² MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica...* cit., p. 177.

¹⁸³ “O Estado bem-estar social e a prosperidade do pós-guerra aumentaram a segurança econômica e a solidariedade social na Inglaterra e nos EUA, e parece razoável supor que esses arranjos sociais forneceram um importante argumento para as instituições correcionistas “sem culpa” que floresceram nos anos pós-guerra. O desenvolvimento de uma cultura mais solidária foi facilitado pelo “boom” dos anos 50 e 60 – um período de crescimento econômico, pleno emprego, desigualdades diminutas e a expansão da rede de seguridade social. Nesse contexto histórico, crime e delinquência podiam ser vistos não como ameaça à ordem social mas como vestígio persistente das privações prévias. E as agências penais do Estado de bem-estar social podiam ajudar a aliviar esse problema estendendo ajuda e tratamento aos indivíduos desafortunados e famílias problemáticas que haviam sido deixados para trás pela maré crescente de prosperidade e progresso social” (GARLAND, David. *The Culture of Control...* cit., p. 48.)

sustentadas pelo Estado eram um preço pequeno a pagar pelo elevado nível de paz social que trouxeram durante o período em que foram aplicadas na sua plena extensão¹⁸⁴.

Contudo, quando ocorrem processos de elevada competitividade econômica ou de recessão acentuada, quando a demanda por empregos é menor do que a sua oferta, ou mesmo existe o crescimento econômico, mas o nível de desigualdade social tende a ampliar-se, as classes médias (que em um regime democrático acabam por ser o fiel da balança) tendem a apoiar posturas punitivas mais interventivas, tolerando níveis de punição e de controle social maiores¹⁸⁵. Isto ocorre fundamentalmente, porque nestes períodos as políticas sociais de assistência tendem a ser sentidas como um fardo que as classes médias e altas tem de suportar e não como um investimento para que os indivíduos desafortunados voltem ao mercado de trabalho. Os delinquentes acabam por ser percebidos como culpados da sua própria pobreza e responsabilizados individualmente pelos seus atos e não fruto de um contexto social injusto; de modo que o *solidarismo* tende a ser substituído pelo *individualismo*, tanto no campo sócio-econômico quanto no punitivo, como veremos adiante¹⁸⁶.

Não deixa de apresentar-se como uma certa ironia histórica, trágica ironia, devemos acrescentar, que toda a crítica que foi feita ao sistema penal da modernidade; críticas estas oriundas principalmente dos setores mais progressistas da sociedade e que sem dúvida se tratavam de colocações deveras pertinentes, tenham acabado por enfraquecer o sistema a ponto deste ser gradativamente substituído por um sistema muito mais cruel do que o anteriormente criticado¹⁸⁷. Se o delicado equilíbrio entre os princípios de Direito Penal liberal do iluminismo, notadamente aqui a ideologia da ressocialização e a escola da defesa social, não representavam tão fielmente a realidade como pretendiam e serviam a interesses de uma parcela muito específica da sociedade, como bem apontaram os teóricos da criminologia crítica, o seu abandono aparentemente tornou a situação ainda pior, pois, conforme já vimos que de uma sociedade que

¹⁸⁴ GARLAND, David. *The Culture of Control...cit.*, p. 46

¹⁸⁵ De acordo com Bauman, o fim do Estado social na Europa veio acompanhado de um súbito incremento do medo da criminalidade e de preocupações com a segurança em geral (que vinham sistematicamente diminuindo até o final dos anos 50). Este “medo acumulado” pela população pode ser facilmente (e freqüentemente o é) dirigido/desviado para os “inimigos” que na Europa são personificados pelos imigrantes e no Brasil pelas camadas mais pobres da população, notadamente se habitam as favelas. (BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas... cit.*, p. 72.).

¹⁸⁶ GARLAND, David. *The Culture of Control... cit.*, p. 47.

¹⁸⁷ Para uma síntese das críticas propostas pelos autores da criminologia crítica, desde o *labeling approach* até a sociologia do conflito, ver: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica... cit.*, p. 101-171.

buscava a inclusão (com todos os defeitos já assinalados), passamos a uma sociedade onde a exclusão sem perspectiva de integração é a alternativa mais seguida.

Interessante ressaltar aqui a argúcia das ponderações de Alessandro Baratta, que já no ano de 1982 (data da publicação do original em italiano), muito antes, portanto, de se cogitar a adoção de um Direito Penal do Inimigo, ou mesmo a formulação de tal teoria, já vislumbrava tal tendência no horizonte, qual seja, abandono da necessidade de formação de uma disciplina social voltada para o trabalho (já que ocorre um câmbio da sociedade de produção para a sociedade de consumo) e utilização da pena privativa de liberdade como mera neutralização (abandonando portanto a ideologia da ressocialização), além de antever a situação daqueles que “*não são sujeitos, senão objetos*” do novo pacto social que poderíamos facilmente identificar como os atuais “inimigos”:

“Esta estratégia [o que ele denomina de contra-reforma do sistema punitivo], conduz de fato, a uma “*democracia autoritária*”, a uma sociedade em que se torna sempre mais alta a barreira que divide a população garantida da zona sempre mais vasta da população marginalizada e excluída da dinâmica do mercado oficial de trabalho. Nessa situação o “desvio” deixa de ser uma ocasião – difusa em todo o tecido social – para recrutar uma restrita população criminosa, como indica Foucault, para transformar-se, ao contrário, no status habitual de *peçoas não garantidas*, ou seja, *daqueles que não são sujeitos, mas somente objetos do novo “pacto social”*. Talvez em breve, para disciplinar tais estratos sociais, bastará a criação de grandes guetos controlados por computador (na medida em que a disciplina do trabalho e do consumo será necessária para satisfazer a necessidade de ordem na população garantida). Em tal sociedade, a originária função do aparato penitenciário, no momento do surgimento da formação social capitalista – ou seja, a função de transformar e produzir o homem, adaptando-o à disciplina da fábrica, e de reproduzir a mesma disciplina como regime de sociedade em geral –, estará definitivamente superada. A inversão funcional da pena privativa de liberdade, que se exprime com o nascimento do cárcere especial, do cárcere de máxima segurança, poderá manifestar, neste sentido, todo o seu significado.”¹⁸⁸ (o grifo é nosso)

2.3) A crise do Estado do bem estar penal (*penal welfarism*):

Nesta parte do trabalho analisaremos os fatores que levaram a esta crise do modelo de Estado do bem estar penal, bem como as suas conseqüências tanto para o Direito Penal quanto para as práticas punitivas desta época pós-moderna. Em que pese nosso foco se voltar para o

¹⁸⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...* cit., p. 196.

sistema penal, não podemos procurar as causas de sua mudança somente nele próprio, pois é a dinâmica interna da sociedade (e suas variações) que fornece os padrões de racionalidade que subjazem, em última análise, o funcionamento deste sistema penal, de acordo com Garland:

“Since it is in the political realm that crime-control strategies are developed, argued for, and legislated, it is not surprising that most commentary has focuses upon this political process and the interests and ideologies involved. I will argue however, that the new politics of crime-control are socially and culturally conditioned; and that the content, timing and popular appeal of these policies cannot be understood except by reference to shifts in social practice and cultural sensibility. This is not, I repeat, to imply that political decisions and policies are determined, or made inevitable, by events and circumstances occurring elsewhere. Politics and policy always involve choice and decision-making and the possibility of acting otherwise. My argument is that policies of this kind discussed here have certain conditions of possibility and that the presence of these background conditions substantially increases the probability that these policies will occur.”¹⁸⁹

2.3.1) As mudanças sociais e econômicas do final da década de 60:

Os intelectuais das ciências humanas (História, Sociologia, Antropologia) são praticamente unânimes em apontar que o final da década de 60 e o início da década de 70 foram, sem dúvida, um grande ponto de virada na cultura ocidental, tanto pela diversidade e importância de fatos históricos¹⁹⁰ que ocorreram, quanto pelo surgimento de diversas tendências culturais contestadoras daqueles valores sociais estáveis (como os movimentos hippie, feminismo, gay, pós-modernismo, vanguardismo, entre outros) e praticamente monolíticos que aponta mos no item

¹⁸⁹ “Já que é na esfera política que as estratégias de controle do crime são desenvolvidas, discutidas e legisladas, não é surpreendente que a maioria dos comentários focou-se nesse processo político e nos interesses e ideologias envolvidos. Eu vou argumentar, entretanto, que as novas políticas de controle de crime são social e culturalmente condicionadas; e que o conteúdo, “timing” e apelo popular destas políticas públicas não podem ser compreendidos senão com referência a mudanças na prática social e sensibilidade cultural. Isso não é, eu repito, dar a entender que decisões políticas e políticas públicas são determinadas, de maneira inevitável, por eventos e circunstâncias ocorridas que ocorrem em outro lugar. Política e políticas públicas sempre envolvem escolha e tomada de decisões e a possibilidade de agir de forma distinta. Meu argumento é que as políticas públicas do tipo aqui discutidas têm certas condições de possibilidade e que essas condições de fundo incrementam substancialmente a probabilidade dessas políticas ocorrerem.” (GARLAND, David. *The Culture of Control...cit.*, p. 139.)

¹⁹⁰ Podemos apontar, a título de mero exemplo: Primavera de Praga que contestou fortemente o modelo socialista da URSS; maio de 1968 na França com os protestos dos estudantes universitários ocupando a Universidade de Paris I (Sorbonne) e realizando uma violenta crítica a alguns dos valores sociais do ocidente; Guerra do Vietnã que implicou uma contestação interna e externa dos valores culturais norte-americanos, também nos Estados Unidos a vitória de Richard Nixon para a presidência em 1968 marcou o início de uma era neoconservadora naquele país, acabando com o anterior predomínio liberal de esquerda.

precedente e que garantiam de certa forma um consenso social da modernidade ocidental. Uma visão particularmente interessante acerca desta verdadeira “revolução cultural”, notadamente para os objetivos deste trabalho, nos é dada por Hobsbawm, que percebe aqui o gérmen do *individualismo* que dominaria as sociedades ocidentais nas décadas vindouras, pois estas contestações do modelo social vigente não se deram em favor de um novo padrão coletivo de sociabilidade, mas sim da defesa intransigente das individualidades:

“Mais significativo ainda é que essa rejeição não se dava em nome de um outro padrão de ordenação da sociedade, embora o novo libertarismo recebesse uma justificação daqueles que sentiam que ele precisava de tais rótulos, mas em nome da limitada autonomia do desejo humano. Supunha um mundo de individualismo voltado para si mesmo levado aos limites. Paradoxalmente, os que se rebelavam contra as convenções e restrições partilhavam as crenças sobre as quais se erguia a sociedade de consumo de massa, ou pelo menos as motivações psicológicas que os que vendiam bens de consumo e serviços achavam mais eficazes para promover sua renda.”¹⁹¹

Podemos dividir as grandes mudanças que perpassaram este período histórico em dois grandes blocos; o econômico e o social. Do ponto de vista econômico houve uma crise econômica de grandes proporções¹⁹², crise esta que foi em grande parte deflagrada tanto pelo choque do petróleo, que atingiu duramente as economias ocidentais, quanto pelo aumento do peso (relativo e absoluto) que as políticas do Estado social passaram a ter nos orçamentos públicos, fator que foi duramente criticado pelos setores mais conservadores da sociedade. Outro fator de relevo foi a precarização do mercado de trabalho nas economias ocidentais com a diminuição do mercado de trabalho primário, expansão do mercado de trabalho secundário (terceirizações), além de altas taxas de desemprego, taxas estas que já são percebidas como desemprego estrutural, ou seja, um contingente de pessoas que não tem nem terá lugar no mercado de trabalho¹⁹³. Para Ulrich Beck esta precarização do mercado de trabalho leva a uma *insegurança endêmica* na sociedade, afetando sobremaneira às classes médias além de pôr fim ao modelo de pacto entre as classes na modernidade que propiciou o advento do Estado social, como

¹⁹¹ HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos...* cit., p. 327.

¹⁹² Importante ressaltar aqui o abandono por parte dos Estados Unidos da paridade entre o dólar e o ouro no governo do presidente republicano Richard Nixon, em 1971, rompendo assim com o acordo de Bretton Woods, de 1944, que havia consolidado a hegemonia do dólar nas transações financeiras internacionais. Este fato teve uma relevância econômica de grandes proporções para a economia mundial (HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos...* cit., p. 280).

¹⁹³ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 24.

vimos anteriormente¹⁹⁴; lógico que este câmbio de paradigmas não se efetiva de uma maneira tranqüila:

“El tránsito de la primera modernidad (definida por unas pautas de vida colectivas, el pleno empleo, el Estado nacional y asistencial, una naturaleza amordazada y explotada) a la segunda modernidad (definida por las crisis ecológicas, el trabajo remunerado en retroceso, la individualización, la globalización y la revolución sexual) resulta problemático por partida doble. Por un lado, porque cambian las ideas maestras (coordinadas) del cambio aparentemente ultraestables. Por otro, porque el reto principal (desde el punto de vista científico y político) de la segunda modernidad consiste en que las sociedades deben reaccionar simultáneamente a ese cambio en todos los planos.”¹⁹⁵

No âmbito social/cultural a mudança ocorrida não foi menor. Se as sociedades até a década de 70 poderiam facilmente ser consideradas como sociedades de produtores, uma vez que o trabalho e a produção de mercadorias ocupava um papel central; da década de 70, em diante, cada vez mais o consumo ocupa um lugar maior na vida das pessoas. Se na modernidade a ética social corrente era a de “viver para trabalhar” na pós-modernidade poderíamos dizer que a ética social é a de “viver para consumir” ou seja, o trabalho deixou de ter um valor em si mesmo, passando a ser meramente um meio para o consumo, este sim a atividade fim de grande parte das pessoas. Logicamente a troca de uma sociedade do trabalho por uma sociedade do consumo tem implicações muito importantes em termos de Direito Penal e no modo como a questão da punição é percebida socialmente. Segundo Bauman:

“Quando falamos de uma sociedade de consumo, temos em mente algo mais que a observação trivial de que todos os membros dessa sociedade consomem; todos os seres humanos, ou melhor, todas as criaturas vivas “consumem” desde tempos imemoriais. O que temos em mente é que a nossa é uma “sociedade de consumo” no sentido, similarmente profundo e fundamental, de que a sociedade de nossos predecessores, a sociedade moderna, nas suas camadas fundadoras, na sua fase industrial, era uma “sociedade de produtores”. [...] A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel.”¹⁹⁶

Esta transição de uma sociedade com valores baseados na produção para uma sociedade onde o consumo torna-se a atividade fim tem, para Young, uma dupla conseqüência. Em primeiro lugar vemos a formação de um novo caldo de valores culturais onde o voluntarismo do indivíduo

¹⁹⁴ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz...* cit., p. 11-12.

¹⁹⁵ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz...* cit., p. 25.

¹⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas...* cit., p. 87-88.

ganha força (em detrimento da tradição), o hedonismo e o imediatismo se fortalecem (ao contrário de uma ética moderna de moderação e proporcionalidade entre trabalho e remuneração) mas também e principalmente, emerge um novo individualismo, profundamente preocupado com a auto-realização pessoal de seus desejos. Em segundo lugar, esta nova cultura (e aqui a relação com a punitividade é extremamente importante) acaba por aumentar significativamente as expectativas sociais dos indivíduos. Isto quer dizer que a “privação relativa” dos bens de consumo revela-se fundamental aqui, pois em um contexto cultural de consumismo e individualismo, não basta apenas a obtenção do “mínimo existencial para a subsistência” pois agora todas as pessoas querem os tênis e roupas de marcas, que atuam como os conferidores de “status social” neste tipo de sociedade¹⁹⁷.

A partir desta nova configuração de sociedade, os indivíduos tendem a padecer cada vez mais do que Young denomina de “*insegurança ontológica*”. Esta insegurança ontológica manifesta-se notadamente a partir do enfraquecimento dos laços sociais comunitários que eram bastante fortes na modernidade, sustentados por instituições como a família, o trabalho, a religião e a tradição de pertencer a determinada nação¹⁹⁸. Outra causa desta insegurança é sem dúvida a perda de valores absolutos na sociedade, agora não podemos mais (como certamente podíamos na modernidade) apontar o “correto modo de viver” pois estamos passando por um período de acentuado relativismo cultural. O indivíduo, na pós-modernidade, tem uma vasta gama de caminhos a escolher; cada caminho que seguir, *a priori*, pode se revelar tão bom (ou tão ruim) quanto qualquer outro, e a responsabilidade por seu sucesso (ou fracasso) ao fim da jornada é única e exclusivamente sua, o que não faz senão potencializar esse sentimento de insegurança ontológica, uma sensação de não estar suficientemente amparado em uma tradição que lhe permita escolher o caminho “correto” com uma razoável dose de certeza¹⁹⁹.

Esta combinação de insegurança ontológica com precariedade econômica tende a ser explosiva, afetando sobremaneira nosso modo de perceber o “outro”. Se na modernidade o outro era a pessoa ainda não integrada, que deveria ser incorporado ao “correto caminho” ensinando-lhe os valores sociais compartilhados; na pós-modernidade ele se torna uma potencial ameaça e

¹⁹⁷ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 29-30.

¹⁹⁸ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 34.

¹⁹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida...* cit., p. 39-47.

assim passa a ser percebido pela sociedade, devendo ser isolado socialmente (quando possível) ou neutralizado (quando o isolamento não é suficiente).

Nestas situações nas quais o “outro” é percebido como uma ameaça, a tendência da sociedade é a de retraçar as fronteiras entre nós e eles de modo mais rígido, bem como diminuir a permeabilidade desta fronteira e facilitar a sua visualização por todos. Se na modernidade a postura da sociedade aos que eram percebidos como “outro” era de inclusão, agora passa a ser de evitamento, ou mesmo de exclusão pura e simples. Nossa tendência é a de nos mostrarmos menos tolerantes para com a diferença (ao menos em relação à diferença que excede o nível socialmente aceito) e suas expressões e a de adotar discursos morais de conduta e uma obsessão social por padrões de comportamento “corretos”. Como pondera Young:

“Uma das reações à exclusão é um compromisso aumentado com valores do passado: criar nacionalismos imaginários, em que a precariedade do presente está ausente, e, freqüentemente, imitar o convencional ou pelo menos em sua versão imaginada. Finalmente, registra-se na *intelligentsia* um aspecto de “corretismo” político que acarreta um declínio na tolerância ao desvio, uma obsessão por comportamento e discurso corretos, e uma insistência no policiamento estrito das fronteiras morais. Quaisquer que sejam os acertos e os erros de tais manifestações – e com certeza há muita coisa genuinamente progressista nestes debates – é notável que os mesmíssimos estratos que expandiram a tolerância ao desvio ao ponto da inseqüência nos anos 1960 agora a restrinjam, como personagens de um livro de etiqueta vitoriano em plenos anos 90.”²⁰⁰

2.3.2) As causas da crise do Estado de bem estar penal:

A partir de um panorama econômico, social e cultural já formado, podemos avançar mais diretamente nas causas diretas do fim do modelo de Estado do Bem estar penal. Para Garland, este verdadeiro giro teórico não poderia ser previsto por nenhum teórico na década de 50 (como efetivamente não o foi), por exemplo, uma vez que como já ressaltamos, este modernismo penal seguia uma tendência de minimização do controle social-penal que remonta ao iluminismo. Esta mudança, ou melhor, este conjunto de mudanças foi surpreendente, profundo e inesperado. Foram modificadas a forma de sentenciar (aqui mais especificamente nos EUA); a prática dentro

²⁰⁰ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 35.

das prisões; os diversos institutos de liberdade condicional, tanto no que concerne à sua função quanto ao seu modo de aplicação (no Brasil poderíamos facilmente relacionar esta mudança de paradigma com o modo como é percebido socialmente o instituto da progressão de regime e as novidades da Lei dos Crimes Hediondos e do Regime Disciplinar Diferenciado); o pensamento acadêmico sobre o crime e sua melhor forma de contenção, além dos discursos público-midiáticos sobre o crime e suas conseqüências.²⁰¹

Assim como o principal sustentáculo do modernismo penal era o ideal da reabilitação, o ponto de partida deste modernismo penal foi exatamente as críticas pesadas à reabilitação, tanto no que se refere ao seu conceito abstrato quanto a sua real efetivação pelo sistema penal em vigor. Interessante ressaltar que a perda de confiança na reabilitação não foi opção de um ou outro modelo político, ocorrendo tanto nos partidos de “direita” quanto nos partidos de “esquerda”, não obstante as críticas tecidas ao modelo fossem diferentes de um lado e de outro, o objetivo final acabou por ser o mesmo, de acordo com Mir Puig:

“Cuando parecía imparable el embate del nuevo planteamiento científico-social, los años setenta abrieran una profunda crisis del pensamiento resocializador que llega nuestros días. Aquellos países adelantados del ideario del tratamiento dieron marcha atrás y renunciaron a proseguir por la senda de la resocialización. Por todas partes, tanto desde la derecha como desde la izquierda, se alzaron voces contrarias a la resocialización.”²⁰²

Quando o ideal da reabilitação entrou em colapso (em uma velocidade surpreendente para um instituto que aparentemente era tão sólido) todo o sistema que ele sustentava começou a ruir, como se aparentemente uma deslegitimação da reabilitação acabasse por deslegitimar todo o sistema. Segundo Garland:

“And yet it did go. Or, to put it more precisely, it was suddenly dislodged from its central, axiomatic position and made to occupy a quite different and diminishing role in the subsequent policy and practice. In the course of a few years, the orthodoxies of rehabilitative faith collapsed in virtually all of the developed countries, as reformers and academics, politicians and policy-makers, and finally practitioners and institutional managers came to disassociate themselves from its tenets. With surprising speed, a liberal progressive ideal came to appear reactionary and dangerous to the very groups that had previously championed it. And nowhere was this about-turn more spectacular

²⁰¹ GARLAND, David. *The Culture of Control...* cit., p. 53.

²⁰² MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. p. 142.

than in the USA which until then, had been the nation most fully committed to correctionalist policies and practice.”²⁰³

A partir da crise da reabilitação a academia passou a centrar seu foco na retribuição em vez de buscar uma “reabilitação da reabilitação” e o agora “velho” paradigma da modernidade foi paulatinamente abandonado. Este novo pensamento criminológico sublinhou a superioridade da retribuição, considerando que a mesma poderia ser mais adequada por permitir uma aproximação mais exata do *quantum* de pena em relação à gravidade do crime, já que com o centro da pena na reabilitação isto não era possível. Outro fator bastante ressaltado foi a crítica em relação a uma suposta imoralidade/inadequação da reabilitação, na medida em que esta se prestava à tentativa de modificar o caráter ou modos de vida de determinados indivíduos fato que não seria legítimo em Estados democráticos²⁰⁴. Também serviu de argumento para limitar a discricionariedade do juiz em relação à pena nos países anglo-saxônicos, uma vez que esta era deveras elevada, com sanções muito distintas para o mesmo tipo de delito, o que gerava, não raras vezes, um desconforto da opinião pública²⁰⁵.

A queda do ideal da reabilitação teve um duplo e muito significativo efeito, que podemos aplicar integralmente à situação brasileira atual. Em primeiro lugar ocorreu (e ainda ocorre) um sentimento de profundo pessimismo, da sociedade em geral e dos acadêmicos em particular, em relação à possibilidade de agir no controle da criminalidade e mais ainda de poder integrar os indivíduos desviantes à sociedade (pensamento que como vimos era o vetor da modernidade penal). Do esfumaçamento da real possibilidade integradora do sistema penal à ascensão de posturas de cariz meramente neutralizador o caminho é muito mais curto do que o que pode

²⁰³ “Ou, para colocar mais precisamente, foi de repente desalojado da sua posição central, axiomática, e passou a ocupar um completamente diferente e diminuto papel nas políticas e práticas subseqüentes. No curso de poucos anos, as ortodoxias da fé reabilitadora entraram em colapso em virtualmente todos os países desenvolvidos, assim como reformadores e acadêmicos, políticos e elaboradores de políticas públicas, e finalmente praticantes e gerentes institucionais passaram a dissociar-se das suas doutrinas. Com velocidade surpreendente, o ideal de progresso liberal passou a parecer reacionário e perigoso aos grupos importantes que anteriormente o defendiam. E nenhum lugar esse giro de direção foi mais espetacular que nos EUA que, antes dele, foi a nação mais completamente vinculada às políticas e práticas correcionalistas.” (GARLAND, David. *The Culture of Control...* cit., p. 54.)

²⁰⁴ Esta crise no paradigma da reabilitação também é detectada por Figueiredo Dias. Para o penalista português, todavia, sua resolução não passa (como acredita parte da doutrina) pela busca de um fundamento retributivo para a pena, mas sim por uma nova teoria da ressocialização, expurgada de seus elementos coativos, na qual o Estado tinha a “obrigação de ressocializar”. O fundamento desta nova ressocialização deve passar pelo oferecimento de todos os meios possíveis para o indivíduo se ressocializar, caso assim deseje. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Sobre o estado actual da doutrina do crime: sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. número especial de lançamento. São Paulo, 1993. p. 31 -32)

²⁰⁵ GARLAND, David. *The Culture of Control...* cit., p. 59.

parecer à primeira vista²⁰⁶. Em segundo lugar os acadêmicos da criminologia e do sistema penal “falharam” em cumprir sua tarefa de gerenciar a criminalidade em níveis satisfatórios, ao menos perante a opinião pública, o que teve uma séria consequência de “abrir” o sistema penal às opiniões de toda a sociedade, enfraquecendo aquela idéia moderna de que o crime era uma questão de especialistas²⁰⁷. Isto se torna facilmente verificável quando percebemos as cada vez mais freqüentes tentativas de manipular o Direito Penal visando fins meramente políticos, recaindo no que se costuma denominar de “Direito Penal populista”²⁰⁸.

Estes usos políticos do Direito Penal o desvirtuam completamente, desviando-o de sua lógica inicial que era a de um instrumento de proteção subsidiária de bens jurídicos, como na modernidade, e adotando um caráter de “instrumento de comunicação social”, ou seja, uma demonstração para a sociedade de atividade legislativa, dito de outra maneira, uma espécie de satisfação para a opinião pública de que “algo está sendo feito”, nas palavras de Albrecht:

“El uso político del Derecho penal se presenta como un instrumento de comunicación. El Derecho penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico. Ese empleo político del Derecho penal no requiere necesariamente la sanción o la separación simbólica como medio instrumental de disciplina; ni siquiera la ampliación o el endurecimiento efectivo de la ley están unidos forzosamente a la utilización del Derecho penal como medio de comunicación política. La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica y categorial característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demostración ejemplar de la actividad de la praxis legislativa y de la justicia penal.”²⁰⁹

Este recente pessimismo em relação ao controle da criminalidade acaba também por ter outro reflexo não menos gravoso, que é o crescente uso do Direito Penal como um *instrumento simbólico* onde as funções latentes predominam sobre as manifestas.²¹⁰ Neste modelo, o uso de força punitiva por parte do Estado acaba por ser um meio de ocultar que o problema da criminalidade não pode ser resolvido por meios penais, ou na feliz expressão de Garland “os meios efetivos de controle do crime são substituídos pelos meios expressivos”, assim, a

²⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...* cit., p. 271.

²⁰⁷ Para Garland esta abertura do Direito Penal para uma vasta gama de setores da sociedade alterou o prévio equilíbrio que privilegiava os técnicos administradores do sistema em detrimento dos políticos. Atualmente os interesses políticos preponderam no campo penal, subordinando a lógica anterior de funcionamento do sistema. (GARLAND, David. *The Culture of Control...* cit., p. 113.).

²⁰⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis. *El Derecho Penal en la intervención de la política populista*. In: La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Editorial Comares. p. 471-472.

²⁰⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis. *El Derecho Penal en la intervención...* cit., p. 479.

²¹⁰ BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal...* cit., p. 55-56.

percepção por parte da sociedade de que alguns recebem punições duras serviria para amenizar uma incapacidade crescente do Estado em prover segurança para seus cidadãos²¹¹, segundo Garland:

“Policymaking becomes a form of acting out that downplays the complexities and long-term character of *effective* crime control in favour of the immediate gratifications of a more *expressive* alternative. Law making becomes a matter of retaliatory gestures intended to reassure a worried public and to accord with common sense, however poorly these gestures are adapted to dealing with the underlying problem. A show of punitive force against individuals is used to repress any acknowledgment of the state inability to control crime to acceptable levels. A willingness to deliver harsh punishments to convicted offenders magically compensates a failure to deliver security to the population at large.”²¹² (grifos no original)

Sem dúvida a perda de apoio das classes médias tanto no que se refere ao Estado social quanto ao Estado do bem estar penal. Garland apresenta duas possíveis hipóteses para este fato. A primeira seria a de que devido aos novos equilíbrios de força na sociedade as elites letradas não mais conseguiram minimizar o impacto da opinião popular em relação ao sistema penal²¹³. A segunda seria a de que as classes médias, por uma mudança de seus valores e experiências sociais, passaram a experimentar o fenômeno da criminalidade de uma forma diferente, o que as levou a apoiarem práticas punitivas mais rígidas. Para Garland, os dois processos não são excludentes entre si, mas sim complementares, de modo que ocorrem simultaneamente e se retroalimentam²¹⁴.

²¹¹ Elena Larrauri aponta que o crescimento desta função simbólica do Direito Penal deu-se exatamente quando da ascensão destes novos grupos de pressão (movimentos ecológicos, gays, étnicos, feministas, etc.) que passaram a fazer uso do sistema penal para legitimar a relevância de suas causas perante a sociedade. Para a autora, mais importante para estes grupos que a própria punição advinda do Direito Penal é a função simbólica de que seus bens jurídicos são protegidos penalmente, demonstrando para a sociedade a relevância deles. (LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991. p. 220-221.)

²¹² “A elaboração de políticas passou a ser uma forma de ação que reduz as complexidades e o caráter de longo prazo do *efetivo* controle do crime em favor de gratificações imediatas de uma alternativa mais *expressiva*. A produção da lei torna-se uma questão de gestos retaliadores destinados a reassegurar [ou retranquilizar – passar a sensação de segurança] um público ansioso e estar de acordo com o senso comum, apesar da adaptação pobre desses gestos para lidar com o problema de fundo. Um show de força punitiva contra indivíduos é usado para reprimir qualquer reconhecimento da inabilidade do Estado para controlar o crime em níveis aceitáveis. Uma prontidão de entregar severas punições para ofensores convictos magicamente compensa a incapacidade de entregar segurança para a população em geral.” (GARLAND, David. *The Culture of Control*... cit., p. 134.)

²¹³ Esta oposição entre um discurso penal elitista defensor dos direitos e das garantias individuais e um discurso penal popular de cunho punitivista (com a crescente prevalência deste último a partir das décadas de 80 e 90) nos é também apresentada por Massimo Pavarini. (PAVARINI, Massimo. *Processos de Recarcerização*... cit., p. 143-144).

²¹⁴ GARLAND, David. *The Culture of Control*... cit., p. 150.

Esta “abertura” do sistema penal a uma camada mais ampla da população, abrindo-se às influências políticas, conforme já verificamos, combinada com a perda de exclusividade da opinião dos especialistas no seio do sistema, sem dúvida ampliou a importância da opinião das massas no que se refere aos rumos do Direito Penal, opiniões estas que sempre se revelaram mais punitivistas do que o que era efetivamente praticado, de modo que podemos dizer que a distância entre o desejo de punição da população e a punição real dada pela justiça vem constantemente diminuindo nas sociedades ocidentais, fato que parece confirmar a primeira das hipóteses de Garland.

Um outro fato que corrobora a segunda hipótese de Garland é que é inegável que a criminalidade nas sociedades ocidentais nas últimas três décadas realmente teve um significativo avanço em relação aos “anos dourados” das décadas de 50 e 60²¹⁵. Este avanço, combinado com uma cobertura muito mais intensa dos fatos criminosos por parte da mídia, acabou por aumentar desmesuradamente o sentimento de insegurança, e, levando em conta também que boa parte deste aumento da criminalidade dirigiu-se exatamente à classe média, na forma de delitos contra o patrimônio, realmente modificaram o sentimento destas camadas sociais em relação ao fenômeno da criminalidade²¹⁶. Se antes o crime era percebido como algo distante, um fenômeno excepcional na vida das pessoas, agora ele passa a ser percebido como algo normal, quase corriqueiro, que pode ocorrer a qualquer um a qualquer hora e certamente acometerá a todos em questão de mais ou menos tempo, notadamente em países de desigualdade social elevada como o Brasil²¹⁷. Deste modo, tende a acontecer uma identificação muito maior deste estrato social com a vítima dos delitos e uma tolerância muito menor com os delinquentes, uma vez que todos nos percebemos como vítimas em potencial, o que certamente contribui para o aumento da demanda por punitividade por parte desta grande e influente camada social.

Por fim, um outro fator que deve ser considerado, fator este que ao nosso ver age simultaneamente como causa e como consequência deste enfraquecimento da “modernidade penal” é a tendência das pessoas em cada vez mais se fecharem em comunidades fechadas como

²¹⁵ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 36.

²¹⁶ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 180.

²¹⁷ Sobre os fatores sociais (fatos criminosos ou não) que aumentam e potencializam o sentimento social de insegurança em relação ao “outro” notadamente em países desiguais como o Brasil ver: SOARES, Luis Eduardo. *Legalidade Libertária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 315-330.

condomínios, prédios de segurança máxima, etc. Sem dúvida o individualismo desta era pós-moderna foi pródigo em ampliar as esferas de liberdade individual das pessoas, contudo esta parcela de liberdade teve um custo e este foi adquirido às expensas da segurança “moderna” de uma sociedade de valores mais homogêneos, conforme já vimos. Este fechamento das pessoas em comunidades fechadas (e o adjetivo “fechada” aqui está sendo utilizado tanto em um sentido físico quanto em um sentido cultural) busca preservar um certo nível de homogeneidade cultural, segundo Bauman²¹⁸.

Contudo, este fechamento em micro-comunidades e o abandono do ideal de uma comunidade maior (como era a nação na modernidade) tende a que as pessoas percebam os “outros”, ou todos aqueles que não fazem parte da “nossa” comunidade como potencialmente perigosos²¹⁹. De modo que esta visão acaba por se tornar um fator de incremento da punitividade, punitividade que é utilizada como forma de defender a “nossa” comunidade, além de contribuir para uma sociedade de exclusão em detrimento da inclusão, pois não vemos nem mesmo a possibilidade de que os “outros” venham a integrar a nossa comunidade, de modo que o que nos interessa é tão somente a sua neutralização, nas palavras de Bauman:

“A insegurança (tanto entre os imigrantes quanto na população nativa) tende a transformar a multiculturalidade num “multicomunitarismo”. Diferenças culturais profundas ou irrisórias visíveis ou quase despercebidas, são usadas na frenética construção de muralhas defensivas e de plataformas de lançamento de mísseis. “Cultura” vira sinônimo de fortaleza sitiada, e numa fortaleza sitiada os habitantes têm que manifestar diariamente sua lealdade inquebrantável e abster-se de quaisquer relações com estranhos. A “defesa da comunidade” tem que ter precedência sobre todos os outros compromissos. Sentar-se à mesma mesa com “estranhos”, estar em sua companhia nos mesmos lugares, para não falar em enamorar-se ou casar fora dos limites da comunidade, são sinais de traição e razões para ostracismo e degredo. Comunidades assim construídas viram expedientes que objetivam principalmente a perpetuação da divisão, da separação e do isolamento.”²²⁰

2.3.3) As conseqüências da crise do Estado do bem estar penal:

²¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. (tradução de Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 26-27.

²¹⁹ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 30-31.

²²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade...* cit., p. 127.

Antes de adentrarmos especificamente nas conseqüências desta crise do “modernismo penal” e nos novos modelos de controle social que dela emergem, é interessante que ressaltemos que, muito embora acabamos sempre por salientar os aspectos de ruptura deste novo sistema punitivo em relação ao anterior, ainda estamos fortemente vinculados ao paradigma da modernidade, com suas origens iluministas ainda atuando como balizas de sua racionalidade, de modo que este novo paradigma punitivo não é fruto de um rompimento completo com as suas raízes, devendo ser percebido mais como uma alteração de rumos. Basta pensarmos que não obstante exista atualmente uma tentativa de densificação do controle social e uma intensificação das punições mais rígidas, o modo como se pune ainda é através da prisão e nem se cogita um retrocesso como penas corporais, etc. Esta ressalva se faz importante, pois não pensamos a história do sistema penal como mera sucessão de descontinuidades e rupturas. As rupturas se dão efetivamente dentro de uma continuidade maior, de um tempo de duração mais estável e contínuo, por isso é imprescindível sublinhar que todas estas rupturas aqui analisadas são percebidas tendo como pano de fundo uma continuidade histórica e social mais alargada.

A primeira conseqüência da ascensão deste novo modelo que julgamos relevante, é o fato de que o controle da criminalidade bem como a atuação dentro do sistema punitivo, antes visto como função exclusiva do Estado, passa a ser cada vez mais compartilhado com a sociedade civil, notadamente com as Organizações Não Governamentais (ONG's) assumindo um papel cada vez mais relevante tanto no que concerne à proposições legislativas quanto em atuações nas mais diversas áreas do sistema penal, de modo que podemos estar retornando, ainda que de um modo mais mitigado, sem dúvida, a etapas pré-modernas, na qual a sociedade civil tinha um grande papel na punibilidade, notadamente em relação a sua prevenção²²¹.

Um outro fator que deve ser apontado é o declínio da autonomia do sistema policial-penal frente a pressões externas. Fator este que é indissociável da diminuição da influência dos técnicos e a ampliação da gerência dos políticos, bem como da também já mencionada “abertura” do

²²¹ Basta pensarmos que nos países anglo-saxônicos como Estados Unidos e Inglaterra, cresce cada vez mais a delegação por parte do Estado para que empresas privadas construam e mantenham presídios, sendo este um dos negócios que mais cresce nestes países. (WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria...* cit., p. 98-100.). Embora esta prática ainda não seja comum em países da América Latina não parece ser impossível que comecem a ocorrer tais propostas por aqui, tendo em vista nosso largo histórico de imitação das práticas punitivas dos países desenvolvidos, notadamente dos Estados Unidos.

sistema penal a parcelas cada vez mais vastas da sociedade. Assim, a justiça criminal e todas as demais áreas do controle social formal, como a polícia, a administração penitenciária, entre outras, que antes eram bastante capazes de determinar seus rumos internamente, voltam cada vez mais seus olhares para a opinião pública para saber como proceder. Estatísticas de delitos são mensalmente publicadas nos principais jornais e na televisão, e os gestores da segurança pública constantemente têm de explicar-se perante a sociedade quando estes números não são favoráveis, de modo que o sistema relaciona-se cada vez mais com outras áreas da sociedade, nas palavras de Garland:

“Criminal justice is now less autonomous than it was three decades ago, and more forcefully directed from the outside. Criminal justice actors and agencies are now less capable of directing their own fate and shaping their own policies and decisions. This is partly a result of the need to work with other “providers”, and the concern to be more responsive to the public and to other “customers”. But the primary reason for this loss is that the field’s relations to the public and to the political process have changed. A new relationship between politicians, the public and penal experts has emerged in which politicians are more directive, penal experts are less influential, and public opinion becomes a key reference point for evaluating options, Criminal justice is now more vulnerable to shifts of public mood and political reaction. Now laws and policies are rapidly instituted without prior consultation with the criminal justice professionals, and expert control of the policy agenda has been considerably reduced by a populist style of policy making.”²²²

Também como consequência da desconfiança na reabilitação, atualmente os modelos de finalidade da pena que são mais desejados são o da prevenção especial negativa (neutralização) e da prevenção geral positiva²²³, todavia, a reabilitação ainda aparece enquanto justificativa da pena, ainda que de um modo reconfigurado, conforme veremos. Nos países anglo-saxônicos desde a crise da reabilitação, ganhou força entre os acadêmicos da criminologia e do Direito

²²² “A justiça criminal é agora menos autônoma do que há três décadas atrás, e mais forçadamente direcionada desde o exterior. Os atores e agências da justiça criminal são agora menos capazes de direcionar seu próprio destino e formar suas próprias políticas e decisões. Isso é parcialmente o resultado da necessidade de trabalhar para seus “provedores”, e o interesse em ser mais responsivo ao público e aos outros “clientes”. Mas a razão primária dessa perda é que o campo de relações com o público e com o processo político mudou. Uma nova relação com políticos, o público e os peritos penais emergia na qual os políticos são mais diretivos, peritos penais menos influentes, e a opinião pública passa a ser o ponto de referência para opções de decisão, Justiça Criminal é agora mais vulnerável às mudanças no humor do público e à reação política. Agora leis e políticas são rapidamente instituídas sem prévia consulta dos profissionais da justiça criminal, e o controle dos peritos da agenda política foi consideravelmente reduzido por um estilo populista de fazer políticas públicas.” (GARLAND, David. *The Culture of Control...cit.*, p. 172.)

²²³ A prevenção geral positiva, que apregoa que a finalidade da pena é a manutenção da confiança do cidadão na norma, por ser adotada por Günther Jakobs, será abordada mais detidamente ao longo do trabalho.

Penal as teorias neoretributivistas²²⁴, mas delas não nos deteremos aqui pois representaria um desvio muito significativo em relação aos objetivos deste trabalho.

Para Pavarini, este crescimento de importância da “neutralização seletiva” enquanto função legitimadora da pena, advém de uma compreensão do sistema penal como sistema voltado para a obtenção de objetivos de eficiência, atuando na linha de um Direito Penal voltado para gestão dos riscos de delinquência na sociedade, representando também uma nova cultura tecnocrata e administrativa da penalidade²²⁵. Interessante notar, seguindo com Pavarini, que se para o que aqui denominamos de Estado do bem estar penal a reincidência era um sinal de fracasso (não conseguimos recuperar aquela pessoa), para alguns teóricos mais conservadores hoje ela é percebida como um sinal de sucesso do sistema (foram presas as pessoas certas, os verdadeiros “bandidos”)²²⁶.

Já para o que poderíamos denominar de neo-reabilitação²²⁷, ou o que ainda restou do ideal reabilitador em razão das pesadas críticas que sofreu, tanto da direita quanto da esquerda punitivas, mais importante do que ressocializar os desviantes é agora reduzir o seu potencial de periculosidade, ou seja diminuir os riscos de que volte a delinquir. Conforme já havíamos adiantado, abandonaram-se as perspectivas de inclusão social destes indivíduos na sociedade, interessando agora tão somente reduzir seus riscos. Daí decorre que muito desta neo-reabilitação passa pelo que poderíamos denominar de “ideologia do tratamento”, como programas de desintoxicação para drogados, políticas de redução de danos ao patrimônio público, terapias de grupo para indivíduos violentos²²⁸. De modo que podemos inferir que a reabilitação enquanto ideal universal e teleológico para o sistema penal cedeu lugar a políticas de gerenciamento de riscos localizados, sem maiores pretensões totalizantes de “melhora” do caráter dos indivíduos como acontecia no modelo do “*penal welfarism*”.

²²⁴ GARLAND, David. *The Culture of Control...* cit., p. 59.

²²⁵ PAVARINI, Massimo. *Processos de Recarcerização...* cit., p. 147.

²²⁶ PAVARINI, Massimo. *Processos de Recarcerização...* cit., p. 148-149.

²²⁷ Utilizaremos aqui o termo neo-reabilitação para evitar confusão com a “velha” reabilitação que era uma das marcas características da modernidade penal.

²²⁸ LARRAURI, Elena. *Nuevas tendencias en las penas alternativas*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 53, 2005. p. 72-74.

Outro ponto de grande destaque neste câmbio de paradigmas que podemos verificar é que o foco do sistema penal, seguindo a tendência de valorizar cada vez mais opiniões externas, transferiu gradualmente suas preocupações do desviante para a vítima, de modo que esta assume uma participação cada vez mais importante na nossa sociedade. Para Larrauri, este aumento de preocupação com a figura da vítima iniciou quando foi “descoberto” pela criminologia mais recente que os delitos não consistiam somente de causas de fundo econômico (como julgavam os estudos marxistas mais antigos) mas sim que existia uma vasta gama de fatos delituosos que nada tinham que ver com privações econômicas e independiam de classe social, como a violência doméstica, criminalidade econômica e ambiental, pedofilia, entre outros. Logicamente, em questões como a da violência doméstica é muito mais fácil para a sociedade solidarizar-se com a vítima do que com o agressor, fato que ainda podia ocorrer quando este era percebido como “vítima” de privações econômico-sociais²²⁹.

Contudo, muito embora esta solidarização da sociedade com as vítimas pareça bastante legítima, e de fato o seja realmente, acaba por transformar-se em um argumento conservador/repressor na mão de alguns teóricos contemporâneos, pois serve como justificativa para uma precarização ainda maior das condições dos encarcerados, bem como para a redução de seus direitos como progressões de regime, liberdade condicional, entre outros. Fato este que não causa nenhuma estranheza quando se analisa o incremento do punitivismo na sociedade brasileira nos anos 90 em diante e as justificativas que embasam tais discursos. Nas palavras de Larrauri:

“De nuevo podríamos especular acerca de las razones que han propiciado este renovado interés en la victimología en los años ochenta. De acuerdo a Karmen ello puede ser visto como una campaña conservadora que intenta contrapesar la simpatía o el énfasis en los derechos de lo delincuente que la criminología crítica habría auspiciado. Esta campaña se habría visto favorecida además por la extinción de los movimientos de presos e demás grupos de presión.”²³⁰

Desta feita, ingressamos em um período no qual a preocupação da sociedade em relação ao bem estar das vítimas cresce na mesma proporção em que decresce o interesse em relação aos direitos e garantias dos desviantes, ou, dito de outra forma, o interesse em relação aos desviantes cresce na medida em que são percebidos socialmente cada vez mais como “inimigos” da

²²⁹ LARRAURI, Elena. *La Herencia...* cit., p. 231.

²³⁰ LARRAURI, Elena. *La Herencia...* cit., p. 233.

sociedade, merecendo cada vez mais menos direitos e punições tão severas quanto o possível. Definitivamente estamos deixando para trás uma era na qual os objetivos dos desviantes e da sociedade eram coincidentes (ou seja a reintegração), ou seja, ainda existia um ideal de “sociedade melhor” para todos, rumo a um tempo no qual seus interesses são diametralmente opostos, abandonando-se quaisquer perspectivas de uma sociedade integradora, ao menos para os que desejassem uma integração²³¹. Na atualidade, no que se denomina de “modelo da prevenção situacional”, o que se busca é a apenas o controle das circunstâncias que possam vir a levar ao cometimento de um delito, com a elevação da segurança a uma dos valores mais básicos na atual sociedade, conforme Salazar:

“El Modelo de Prevención Situacional, al igual que el Modelo de la Justicia Privada, está sustentado en criterios de eficacia, pero no en términos económicos de riesgo y pérdida, sino en términos de seguridad, de la seguridad como un valor generalizado en la sociedad, como una necesidad humana básica. Propone un modelo preventivo que se aparta de los mecanismos propios del control social, tanto informal como formal. La prevención situacional se presenta como una alternativa que no pretende modificar la conducta ni los valores de los individuos hacia actitudes de conformidad, se limita a controlar las circunstancias que, de alguna manera, dan lugar a la ocurrencia de un hecho delictivo, con el propósito de hacer menos accesible y dificultar, sino imposibilitar, su comisión, mediante la implementación de medidas protectivas con el objetivo de prevenir la propia victimización. Estas técnicas están referidas al control de las oportunidades delictivas que convergen en tiempo y espacio en función de tres elementos: la presencia de un delincuente motivado, un objetivo alcanzable y la ausencia de un guardián capaz de prevenir, entendiendo por guardián a cualquier persona capaz de intervenir y disuadir lo delincuente.”²³²

Concluimos esta parte do trabalho verificando, com Garland, uma nítida e cada vez mais proeminente, demarcação das fronteiras sociais nesta época contemporânea. Torna-se cada vez mais senso comum a idéia de que existe na nossa sociedade um “nós” e um “eles” e mais, que a “nossa” segurança e a “nossa” prosperidade e felicidade depende fundamentalmente do controle social “deles”. Nada poderia ser mais representativo deste fato do que a mítica figura que povoa o imaginário social brasileiro conservador, nos nossos estratos médios e superiores, o “cidadão de bem”, que trava todos os dias uma batalha árdua contra os “bandidos”. Fácil fica verificar que posturas como esta podem facilmente transmudar-se em uma legitimação e mais ainda, a um apoio para que o Estado ou quem mais tiver capacidade para tanto, seja por meio do Direito ou

²³¹ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 96-106.

²³² SALAZAR, Aléxis Romero. *Informalización y privatización del control social: respuestas al miedo a la violencia delictiva*. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 4. n. 8, jul/dez 2002. p. 144.

fora dele, dê um fim nos “inimigos” e garanta finalmente a “nossa” segurança, nas palavras de Garland:

“This dialectic between freedom and control could be said to have characterized the last thirty years. In certain respects, the social liberation of the 1960s and the market freedoms of the 1980s are now being paid for in more social control and penal repression. Where the liberating dynamic of late modernity emphasized freedom, openness, mobility and tolerance, the reactionary culture of the end of the century stresses control, closure, confinement, and condemnation. The continued enjoyment of market based personal freedoms has come to depend upon the close control of excluded groups who cannot be trusted to enjoy these freedoms. So long as offenders and claimants appear as “other”, and as the chief source of their own misfortune, they offer occasions for the dominant classes to improve strict controls without giving up freedoms of their own. In contrast to a solidaristic social control, in which everyone gives up some personal freedom in order to promote collective welfare, market individualism is the freedom of some premised upon the exclusion and close control of others.”²³³

2.4) O Brasil na era da punitividade:

2.4.1) A construção da sociedade brasileira e o conceito de subcidadania:

A partir da situação geral do incremento da punitividade e aumento do controle social que verificamos no mundo ocidental contemporâneo situaremos, ainda que de forma breve, a inserção do Brasil neste contexto. Notadamente os países da América Latina sempre acompanharam os países centrais (Europa e Estados Unidos) no que concerne ao sistema penal. Por suposto que existiu um descompasso entre os sistemas de governo destes países (lembramos que quase todos os países latino-americanos passaram por regimes ditatoriais enquanto os países centrais

²³³ “Essa dialética entre liberdade e controle pode ser considerada como caracterizadora dos últimos trinta anos. Em certos aspectos, a liberação social dos 60 e as liberdades de mercados dos 80 estão sendo agora pagas com maior controle social e repressão penal. Onde a dinâmica de liberação da Modernidade Tardia enfatizou a liberdade, abertura, mobilidade e tolerância, a cultura reacionária do final do século destaca controle, fechamento, confinamento, e condenação. O contínuo aproveitamento das liberdades pessoais baseadas no mercado começou a depender do controle rigoroso de grupos excluídos que não seriam confiáveis para o exercício dessas liberdades. Até a vista de que os ofensores e reivindicadores aparecessem como “outro”, e como fonte principal de seu próprio infortúnio, eles ofereceram as ocasiões para as classes dominantes melhorassem controles estritos sem desistir das suas próprias liberdades. Em contraste com um controle social solidário, no qual todos abrem mão de alguma liberdade pessoal para promover a ordem e o bem-estar coletivo, a liberdade de mercado é a liberdade de alguns, fundada na exclusão e controle rigoroso dos outros.” (GARLAND, David. *The Culture of Control...* cit., p. 198.)

vivenciavam o apogeu do Estado Social) contudo, a lógica do sistema punitivo e das leis penais que o sustentam sempre foi semelhante, ao menos no que concerne às diretrizes gerais, em que pese as novidades chegarem aqui sempre com um significativo lapso temporal²³⁴. Assim, analisaremos agora um brevíssimo histórico da formação da sociedade brasileira para, posteriormente, interligarmos este sentido histórico com o modo dos brasileiros se relacionarem com a punibilidade e as conseqüências disto para o nosso Direito Penal.

De acordo com Sérgio Adorno, a base econômica e política da sociedade brasileira, quando da independência do país em 1822, repousava sobre a grande propriedade rural exportadora baseada na utilização intensiva de mão de obra escrava²³⁵. Os padrões de sociabilidade eram fornecidos por uma lógica que mesclava as relações de parentesco com as de compadrio, além de uma indiferenciação entre os negócios públicos e privados perpassada por uma intimidade e proximidade pessoais que não tinham parâmetros no mundo ocidental. O poder político era fortemente calcado no patrimonialismo, ou seja, uma estrutura de dominação cuja legitimidade era conferida pela grande propriedade rural, canal de acesso quase que necessário para a política²³⁶.

Entre os anos de 1880 e 1930 a estrutura econômica do país desloca-se lentamente da agricultura para a indústria, a antiga sociedade oligárquica e estamental cede lugar a uma sociedade de classes com a emergência de um numeroso proletariado urbano, notadamente nas grandes cidades da época. A desigualdade social foi aprofundada, com a riqueza sendo partilhada entre a velha oligarquia agrária (já em decadência) e a nascente classe dos empresários industriais²³⁷.

A partir do segundo pós-guerra o país vivenciou uma consolidação de sua industrialização, ainda que as indústrias mais significativas estivessem concentradas nas metrópoles litorâneas. A forte crise das décadas de 80 e 90 não fez senão acentuar as

²³⁴ Não podemos olvidar que a recente era da globalização chegou a minimizar em muito este lapso temporal, de modo que na atualidade podemos dizer que o Brasil e a América Latina acompanham quase que simultaneamente o que ocorre na Europa e nos Estados Unidos em termos de controle social.

²³⁵ ADORNO, Sérgio. *Exclusão socioeconômica e violência urbana*. In: Sociologias. Porto Alegre, ano 4. n. 8, jul/dez 2002. p. 84.

²³⁶ SOARES, Luis Eduardo. *Legalidade Libertária...* cit., p. 271.

²³⁷ SOARES, Luis Eduardo. *Legalidade Libertária...* cit., p. 274.

desigualdades sociais, que já eram bastante grandes, e o modelo de industrialização baseado na substituição de importações mostrou, enfim, o seu esgotamento²³⁸. A partir da década de 90, os governos civis democraticamente eleitos buscaram a inserção do país na chamada “economia global” com uma acentuada redução do papel do Estado na economia (resultado de uma série de privatizações), diminuição das tarifas de importação e exportação (incrementando significativamente o comércio internacional), além de grande esforço fiscal para conter o déficit público e a dívida externa (desnecessário lembrar aqui que estas políticas de arrocho fiscal diminuíram o já minúsculo Estado social brasileiro).

Uma interessante análise para pensar a constituição da sociedade brasileira, notadamente para os propósitos deste trabalho, nos é dada por Jessé Souza²³⁹. Aplicando conceitos de Pierre Bourdieu e Charles Taylor à realidade do Brasil (com as necessárias adaptações), Jessé chega a surpreendente conclusão de que existe no Brasil uma “ralé estrutural” que não conseguiu atingir nem mesmo o mínimo patamar da cidadania, não sendo percebidos pelos demais membros da sociedade como cidadãos, talvez, no máximo, como mão de obra.

Para Bourdieu, todas as sociedades possuem o que Jessé denomina de “habitus primário”, ou seja, um conjunto de esquemas avaliativos e disposições de comportamento objetivamente internalizados que permitem que cada sociedade construa as suas noções de dignidade entre os seus membros. Jessé, então, amplia a construção de Bourdieu e lança o conceito de “habitus precário” que seria o limite do “habitus primário” para baixo, representando os tipos de personalidade e disposições de comportamento que não permitem que determinados indivíduos e grupos sociais atinjam um nível que poderíamos denominar de “cidadania plena”. O conceito de “habitus precário”, segundo Jessé, aplica-se a uma significativa parcela da população brasileira, sendo responsável, em grande medida, pelo que ele denomina de um efetivo processo de construção da categoria de subcidadão no Brasil contemporâneo²⁴⁰.

²³⁸ ADORNO, Sérgio. *Exclusão socioeconômica e violência urbana...* cit., p. 86-87.

²³⁹ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 153-188.

²⁴⁰ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania...* cit., p. 166-167.

Uma outra ferramenta teórica essencial para a análise de Jessé é o conceito de “ideologia do desempenho”, de Kreckel. A ideologia do desempenho seria um princípio, para além da mera propriedade econômica, que constituiria em uma forma de legitimação (e perpetuação) da desigualdade social. Os três componentes básicos desta ideologia do desempenho seriam o que Jessé denomina de “tríade meritocrática” a saber, a qualificação, a posição e o salário²⁴¹. A combinação destes três aspectos (sendo que cada sociedade, segundo seus valores culturais dominantes, pode dar preponderância sobre um ou outro em relação aos outros dois) seria o conferidor de identidade, auto-estima e reconhecimento social, bem como da percepção social de “valor” dos indivíduos, de modo que quem tem uma combinação melhor destes três aspectos, aos olhos da sociedade, “valeria mais” que outros não tão bem aquinhoados. A combinação da ideologia do desempenho com o “habitus primário” é vital para a construção social do “habitus precário”, resultando, em última análise, na subcidadania, nas palavras de Jessé:

“Da definição e constituição de uma ideologia do desempenho, como mecanismo legitimador dos papéis de produtor e cidadão, que equivalem, na reconstrução que estou propondo, ao conteúdo do “habitus primário” é possível compreender melhor o seu limite “para baixo”, ou seja, o “habitus precário”. Assim, se o “habitus primário” implica um conjunto de predisposições psicossociais refletindo, na esfera da personalidade, a presença da economia emocional e das condições cognitivas para um desempenho adequado ao atendimento das demandas (variáveis no tempo e no espaço) do papel de produtor, com reflexos diretos no papel do cidadão, sob condições capitalistas modernas, a ausência dessas condições, em alguma medida significativa, implica na constituição de um habitus marcado pela precariedade”²⁴².

Assim, se a tese de Jessé está correta (e acreditamos que o está), a sociedade brasileira conta, efetivamente, com duas categorias distintas de pessoas, os cidadãos, como aqueles que conseguiram superar os requisitos mínimos da ideologia do desempenho para considerarem-se, e serem considerados, como portadores de uma cidadania plena; e os subcidadãos, que ficaram aquém do mínimo exigido, constituindo a “ralé estrutural” que tem os seus direitos constantemente (so)negados, tanto pelo poder público quanto pelos poderes privados. É fundamental ressaltar que esta percepção da cidadania e da subcidadania não se dá no nível da intencionalidade, sendo ela, nas palavras de Jessé, “objetiva, subliminar, implícita e intransparente”²⁴³. Esses esquemas de classificação da realidade obtêm sua força máxima

²⁴¹ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania...* cit., p. 168.

²⁴² SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania...* cit., p. 170.

²⁴³ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania...* cit., p. 175.

exatamente porque situados no nível da não intencionalidade, o que faz que sejam, na maioria das vezes, escamoteados, não obstante todos saibamos que eles existem, de modo que em determinadas relações sociais é consenso entre os membros da sociedade quem ocupa a “posição socialmente superior” e quem está subordinado.

Jessé abandona as clássicas explicações de nossa modernidade periférica estar calcada em “resquícios pré-modernos ou feudais”, personalismos, patrimonialismos, entre outros; explicações estas que podem ser encontradas nos fundadores da Sociologia e da Antropologia no Brasil como Gilberto Freyre, Raimundo Faoro e Sérgio Buarque de Holanda. Para Jessé, o que nos diferencia das ditas “sociedades avançadas” é exatamente o fato que a construção histórica de nossa sociedade nos levou a situação que uma parcela da sociedade é percebida como cidadãos e a outra parcela (deveras significativa) não o é, de modo que este fenômeno leva à “naturalização da desigualdade brasileira”, nas palavras do próprio Jessé:

“Esta parece-me constituir-se na principal distinção entre estes dois tipos de sociedade e não a pressuposição, para sociedades periféricas complexas e dinâmicas como a brasileira, de personalismos, patrimonialismos e resíduos pré-modernos compondo realidade “híbridas”. Como o exercício da “ideologia do desempenho” se dá de forma sub-reptícia, sutil e silenciosamente por meio de uma prática reproduzida irrefletidamente nos diversos habitus com escolhas distinções e distanciamentos como que pré-embutidos em um princípio de realidade simbólico ancorado e reproduzido institucionalmente, a opacidade da dominação, também sob condições modernamente periféricas, é autodestrutiva para os grupos afetados com um “habitus precário”, na medida em que a auto-representação e a auto-estima, socialmente construídas leva inexoravelmente àquilo que Taylor havia definido como a consciência da ausência de reconhecimento social: ausência de reconhecimento não significa apenas falta do devido respeito a alguém. Ela inflige feridas profundas, atingindo suas vítimas com um auto-desprezo mutilador. Uma destas formas de feridas profundas parece-me a aceitação da situação de precariedade como legítima e até merecida e justa, fechando o círculo do que gostaria de chamar de “naturalização da desigualdade”, mesmo de uma desigualdade abissal como a da sociedade brasileira”²⁴⁴.

2.4.2) Violência e criminalidade no Brasil contemporâneo:

Um fato deveras significativo foi o importante avanço em questões sociais como a diminuição da mortalidade infantil, crescimento no número de crianças na escola e uma melhora

²⁴⁴ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania...* cit., p. 178-179.

nos índices de saúde pública. Todavia, mesmo esta melhora nos índices sociais, verificada na nossa história mais recente, não foi suficiente para solucionar um dos principais problemas da sociedade brasileira desde a sua independência, a desigualdade social e econômica, que atinge níveis brutais, e a sua desagradável consequência, a violência urbana, como ressalta Adorno:

“Não obstante, os padrões de concentração de riqueza e de desigualdade social permaneceram os mesmos de quatro décadas. A desigualdade de direitos e de acesso à justiça agravou-se na proporção mesma em que a sociedade tornou-se mais densa e complexa. Os conflitos sociais tornaram-se mais acentuados. Neste contexto, a sociedade brasileira vem conhecendo crescimento nas taxas de violência nas suas mais distintas modalidades: crime comum, violência fatal conectada com o crime organizado, graves violações de direitos humanos, explosão de conflitos nas relações pessoais e intersubjetivas. Em especial a emergência do narcotráfico, promovendo a desorganização das formas tradicionais de socialidade entre as classes populares urbanas, estimulando o medo das classes médias e altas e enfraquecendo a capacidade do poder público em aplicar lei e ordem, tem grande parte da sua responsabilidade na construção do cenário da insegurança coletiva.”²⁴⁵

Desta feita, o cenário que se apresenta no Brasil atual é o de uma crescente violência urbana, com índices de homicídios significativamente elevados nas grandes metrópoles (notadamente nas unidades da federação de São Paulo e Rio de Janeiro). O sistema de justiça criminal mostra-se ineficiente para lidar com esta explosão de conflitualidade e tudo isto ocorre em um ambiente marcado por forte desigualdade social e segregação urbana. Ainda atuando como potencializador desta já explosiva situação social temos o alarmante índice de violações de direitos humanos por parte dos agentes oficiais do Estado, pois algumas polícias estaduais do Brasil ocupam os primeiros lugares nos índices de letalidade²⁴⁶. Outro problema deveras grave é o incremento de parcela da população disposta a “fazer justiça com as próprias mãos” ou legitimar e aprovar tais atos quando ocorrem, na forma de linchamentos públicos de delinqüentes²⁴⁷.

²⁴⁵ ADORNO, Sérgio. *Exclusão socioeconômica e violência urbana...* cit., p. 87-88.

²⁴⁶ ADORNO, Sérgio. *Exclusão socioeconômica e violência urbana...* cit., p. 88-102.

²⁴⁷ Enquanto escrevemos estas linhas, mais um triste exemplo ocorreu na realidade para (infelizmente) comprovar o estado da arte no Brasil contemporâneo. No dia 21/05/2007, Túlio Marco Nascimento da Silva de 24 anos foi espancado e morto por passageiros de um ônibus que tentara assaltar sem sucesso na cidade de Cordeirópolis, São Paulo. O assaltante foi morto com socos, pontapés, pauladas e, (pasmem) pedradas segundo todos os meios de comunicação. Mais do que a significação social do fato, que infelizmente já não choca ninguém, dada a frequência com que ocorre, foram as manifestações de apoio popular a tal medida extrema. Inúmeras cartas de leitores foram amplamente favoráveis a tal ato, nos principais meios de comunicação do país, mostrando que o apoio a tais atos de violência povoa o imaginário social brasileiro e não é restrito a nenhuma classe social em particular. Como sói acontecer, soaram os chavões de sempre “bandido bom é bandido morto”, “direitos humanos para humanos direitos”, entre outros.

Conforme verificamos anteriormente, a sociedade brasileira passou por um processo de complexificação social bastante abrangente, e isto em um lapso de tempo bastante diminuto, notadamente em comparação com os países europeus onde ele abrangeu um período de tempo muito mais longo. Metaforicamente poderíamos dizer que o Brasil acordou de manhã um país agrícola, a tarde era um país industrial, e a noite já adentrava na era das sociedades pós-industriais, tudo isso em um período que compreende não mais do que três gerações, se considerarmos o início da industrialização efetiva do país o governo de Getúlio Vargas. Em sociedades que passam por mudanças tão drásticas em um período de tempo tão reduzido é natural considerar que ocorra uma “anomia” em um certo grau, pois os valores que deveriam estruturar a sociedade modificam-se com uma velocidade deveras elevada, de modo que podemos ressaltar, com Porto, não a existência de uma e dominante “socialização” mas, ao invés disso, a ocorrência de várias e simultâneas “sociabilidades”, sendo a violência uma resultante deste processo:

“A fragmentação enquanto forma de estruturação social distancia a análise sociológica do conceito de socialização, consoante contextos sociais relativamente homogêneos, nos quais a maioria dos indivíduos compartilha conteúdos e valores básicos de uma consciência coletiva. Registra, ao invés, a existência de novas sociabilidades, no plural, situação mais condizente com as novas possibilidades de estruturação social. Tal realidade sugere que as sociedades contemporâneas não comportam um processo de socialização, mas produzem e são produzidas por distintas formas de sociabilidades que, no mais das vezes, dizem respeito a grupos, camadas, etnias e raças, não tendo, pois, vigência no conjunto da sociedade. [...] É o caso de sociabilidades estruturadas na e pela violência, quase que como resposta a carências, ausências, falhas, rupturas, aspectos que são, todos eles, frutos da explosão de múltiplas lógicas de ação, recurso disponível no rol de muitos outros possíveis.”²⁴⁸

Partindo desta “espiral da violência” que perpassa a sociedade brasileira nos últimos anos, não poderíamos deixar de considerar como relevante a crescente atuação dos meios de comunicação de massa. A violência ingressa na casa de todos os brasileiros via meios de comunicação de massa (jornais, revistas, rádios e principalmente a televisão) na forma de produto de consumo cultural (produto este cada vez mais procurado e consumido diga-se de passagem).

²⁴⁸ PORTO, Maria Stela Grossi. *Violência e meios de comunicação de massa na sociedade contemporânea*. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 4. n. 8, jul/dez 2002. p. 159.

Deste modo, a violência e a criminalidade passam a fazer parte da vida de pessoas que nunca a vivenciaram na realidade “real”, muito embora a vivenciem diariamente na realidade “virtual”, atuando esta exposição constante à violência como simulacro/espectro da realidade²⁴⁹. Esta disseminação da violência e da criminalidade pela sociedade acaba por aumentar de forma muito significativa a sensação de insegurança por parte da população; e uma população que se sente vitimizada (seja esta vitimização real ou imaginada) tende a ser mais cada vez mais complacente para com meios violentos de reação, sejam estes provenientes do Estado (tanto na forma de leis mais rígidas no Direito Penal ou na forma de uma precarização dos direitos/condições dos presos) ou por parte de pessoas/empresas privadas que se dediquem a este fim²⁵⁰.

No âmbito legislativo a resposta a esta situação não tardou a vir. Após a sua transição para a democracia e a promulgação da constituição de 1988 o Brasil, assim como os demais países latino americanos, apresentou uma série de novas legislações de cunho penal, cobrindo os mais diversos aspectos sociais, desde bens jurídicos de cariz transindividual (como o meio ambiente) até mesmo (ainda que em menor número) relações privadas²⁵¹. É necessário, contudo, que se insira esta profusão de leis incriminadoras, em parte, devido à própria natureza de nossa constituição, que reconheceu como bens jurídicos de natureza penal uma série de novos valores que antes não detinham tal reconhecimento, além da própria dinâmica interna de expansão do Direito Penal que apontamos no primeiro capítulo, e que segue o rumo dos países ocidentais industrializados.

²⁴⁹ PORTO, Maria Stela Grossi. *Violência e meios de comunicação...* cit., p. 163-164.

²⁵⁰ BRICEÑO-LEÓN, Roberto. La nueva violencia urbana de América Latina. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 4. n. 8, jul/dez 2002. p. 45.

²⁵¹ Segundo André Copetti a constituição de 1988 deveria realizar a transição de um modelo de Direito Penal liberal individualista, que privilegia os bens jurídicos de natureza individual, para um modelo onde os bens jurídicos que devem receber a guarida penal são de natureza coletiva/difusa/transindividual, modelo este seguramente mais condizente com um Estado Democrático de Direito. Após exaustiva análise, verificou que das trinta e cinco leis de conteúdo penal publicadas a partir de 1988, vinte e cinco delas protegiam exclusivamente bens jurídicos de natureza não-individual, sete delas tutelavam bens jurídicos de natureza exclusivamente individual e três delas tutelavam conjuntamente bens jurídicos individuais e não-individuais. Desta feita, podemos inferir que as leis penais publicadas após o advento da constituição de 1988 seguem a complexidade ôntica desta nova constituição. (COPETTI, André. *Racionalidade constitucional penal pós-88: uma análise da legislação penal face ao embate das tradições individualista e coletivista*. In: ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. (orgs.) Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.)

Contudo, antes que adentremos mais especificamente na análise das novas legislações de caráter penal pós-88, é necessário que façamos uma importante ressalva. Se o processo expansionista do Direito Penal no Brasil acompanha de perto o que ocorre na Europa e nos Estados Unidos, o mesmo não podemos dizer das garantias reais de sua justiça criminal e da estabilidade de seus valores e instituições democráticas. Ocorre, segundo Azevedo, uma significativa defasagem entre a “justiça ideal”, ou seja, a que encontramos na lei e na nossa constituição, e a “justiça real”, aquela que se processa no dia a dia dos tribunais e dos estabelecimentos penitenciários. O acesso à justiça ainda é feito (quando o é) de forma muito incipiente, impera a desinformação da população no que concerne aos seus direitos e obrigações, a imagem de nosso Poder Judiciário é marcada pela corrupção, morosidade e ineficiência e as decisões judiciais estão bastante (e cada vez mais) comprometidas com a opinião pública (poder-se-ia dizer também com a opinião publicada). Desta feita entre o “ser” da realidade e o “dever ser” da legislação ainda temos um grande caminho a percorrer²⁵².

Outra ressalva deveras relevante é a de que nos países onde o Estado social foi forte e efetivo existiram significativos mecanismos de caráter não punitivo de indução à conformidade social, pois a grande maioria da população destes países foi incorporada ao mercado de consumo, teve os seus anseios de cidadania atendidos, além de uma vasta cobertura da rede social no que tange à assistência de saúde e educação. Indubitavelmente todos estes mecanismos foram vitais para a redução da pressão sobre o sistema penal como principal agente do controle social formal, situação esta que não ocorreu (ou ocorreu de uma forma muito mitigada) em países como o Brasil²⁵³, onde o sistema penal sempre foi muito pressionado em termos de eficácia e o Estado social foi, como já vimos, um mero simulacro.

No Brasil o que denominamos de “era da punitividade” coincidiu, e não por acaso, com a redemocratização do país, em meados da década de 80, pois, conforme já vimos, um dos principais fatores desta expansão do Direito Penal pela qual passam os países ocidentais é

²⁵² AZEVEDO. Rodrigo Ghiringhelli de. *Criminalidade e justiça penal na América Latina*. In: Sociologias. Porto Alegre, ano 4. n. 8, jul/dez 2002. p. 216.

²⁵³ AZEVEDO. Rodrigo Ghiringhelli de. *Criminalidade e justiça penal... cit.*, p. 220.

exatamente a opinião pública²⁵⁴ e a posterior reação dos legisladores a esta opinião visando finalidades políticas, adentrando em um Direito Penal de cunho populista, ou conforme prefere denominar Zaffaroni, Direito Penal popularesco²⁵⁵.

As novas leis penais protegeram bens jurídicos dos mais diversos. Foram promulgadas leis protegendo o sistema financeiro, a ordem tributária, as relações de consumo, a igualdade racial, o meio ambiente, os delitos de trânsito também tiveram a sua proteção pela via penal ampliada e aprofundada²⁵⁶, bem como a violência contra as mulheres recebeu especial atenção, com a promulgação de recente lei. Na verdade, todas estas leis estão plenamente de acordo com a nossa nova constituição, ao priorizarem bens jurídicos de cunho não-individual, não obstante, poder-se-ia considerar que, em alguns destes bens jurídicos, uma proteção por via do Direito Penal possa não ser a mais adequada, notadamente quando não se buscou anteriormente a proteção destes bens por outros ramos do Direito, optando-se pela proteção penal como *prima ratio* em vez de ser a *ultima ratio*, conforme sabiamente nos ensina o legado iluminista.

Paralelamente a esta densificação do controle social por meio do Direito Penal, outra tendência que também pode ser verificada no Brasil contemporâneo é a de uma informalização da justiça criminal, com a criação dos Juizados Especiais Criminais (lei 9.099/95). Esta lei tem como objetivo aproximar as pessoas da justiça, buscando resolver o conflito de um modo mais informal e fazendo um uso maior da oralidade no processo penal. Todavia, a precária estrutura dos juízos disponíveis, aliada a uma demanda além do previsto, tem obstado de certa forma o acesso à justiça, além disso a pressão para que se busque rapidamente uma transação penal em detrimento da conciliação (que seria o objetivo da lei) também atua como um óbice. Outra das críticas aos Juizados Especiais que freqüentemente aparece é a de que sua instituição deu nova vida para

²⁵⁴ Para Cancio Meliá um dos principais fatores que alimentam esta expansão é que tanto a “esquerda punitiva” quanto a “direita punitiva” se aproveitam do Direito Penal para ganhar “capital eleitoral”. (CANCIO MELIÀ, Manuel. *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, n.5. Porto Alegre: CEIP. Janeiro-abril de 2002. p. 203.)

²⁵⁵ Zaffaroni, em sua obra “O inimigo no Direito Penal” utiliza a expressão “Direito Penal popularesco” em detrimento da mais usual na doutrina que seria “Direito Penal populista”, por entender que o termo “populista” pode levar a uma má interpretação por confundir-se com o uso político desta expressão, notadamente em países da América Latina. Muito embora neste trabalho utilizaremos a expressão mais conhecida, julgamos importante esta ressalva, até por concordarmos com o penalista argentino, bastante familiarizado com as questões que enfrentamos na América Latina que certamente diferem em alguns aspectos da realidade européia.

²⁵⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Tendências do controle penal...* cit., p. 192-216.

tipos penais que já haviam caído em desuso pelo anterior desinteresse da população/órgãos oficiais em puni-los. Não obstante estes fatores negativos, sem dúvida a sua concepção representou um significativo avanço em relação aos objetivos para os quais se propunha²⁵⁷.

No que concerne a este movimento de densificação do controle social via Direito Penal a sua eficácia pode ser fortemente contestada, ao menos no que concerne a um de seus principais focos, os “delitos do colarinho branco”²⁵⁸. As leis que sem dúvida surgiram para auxiliar no combate a corrupção e a sonegação de tributos, dois dos óbices à construção de um efetivo Estado Social no país, não são aplicadas de um modo que consigam solucionar a questão, pois se tratam de delitos de difícil investigação, o processo penal se revela complexo e demorado e via de regra os poucos que ainda são investigados, indiciados e processados acabam por não ser punidos²⁵⁹.

Se no combate aos delitos de colarinho branco as novas leis não redundaram em uma proteção mais eficaz ao bem jurídico, no que se refere à criminalidade dita “de rua” os resultados não são mais animadores. Em que pese o rigor das leis em relação aos delitos urbanos violentos tenha aumentado de uma forma muito significativa nos últimos anos e a taxa de encarceramento da população tenha seguido esta tendência de aumento, a adoção pura e simples de leis penais mais severas não foi (e nem poderia ser) eficaz no combate a tal tipo de criminalidade. Sem efetivas políticas de segurança pública que realmente contribuam para uma maior proteção aos bens jurídicos essenciais para a vida de todos, leis como a dos crimes hediondos²⁶⁰ e a lei do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) continuarão a cumprir um papel muito mais simbólico (ao demarcar de maneira inequívoca quem é o “inimigo” na atual sociedade) do que real. A população, sentindo-se insegura, tende a perceber a ineficácia das leis como uma falta de rigor

²⁵⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Tendências do controle penal...* cit., p. 219-223.

²⁵⁸ Para uma análise histórica dos delitos de colarinho branco, bem como um panorama sobre a sua persecução e repercussão no Brasil contemporâneo ver: BECK, Francis Rafael. *O discurso da impunidade nos crimes de colarinho branco: uma necessária (re)leitura com amparo na realidade brasileira contemporânea*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, n.12. Porto Alegre: CEIP. Julho-dezembro de 2005. p. 79-103.

²⁵⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Tendências do controle penal...* cit., p. 191-192.

²⁶⁰ Uma pertinente contribuição sobre o surgimento da Lei dos Crimes Hediondos e a sua (in)adequação com a Constituição Federal, notadamente em relação a questão da liberdade provisória, ver: IRION, Paulo Augusto Oliveira. *A Lei dos Crimes Hediondos e a liberdade provisória – uma visão complexa – (a) versão Constitucional da (i)legalidade em um Estado Democrático de Direito*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.12. Porto Alegre: CEIP. Julho-dezembro de 2005. p. 173-185.

punitivo das mesmas, exigindo doses cada vez mais fortes de um remédio repleto de efeitos colaterais, de modo que a espiral punitivista não faz senão crescer na sociedade brasileira²⁶¹.

Como era de se esperar, passado o efeito anestésico e simbólico da lei dos crimes hediondos (e a sua nova redação, que permite a progressão de regime, dada pela lei 11.464/07, ressaltando que esta nova redação mais “liberal” contou com grande parcela de insatisfação da população, manifestada amplamente na mídia impressa e televisionada) e a constatação por parte dos meios de comunicação de massa de que ela pouco fez (e pouco poderia fazer) para resolver de uma forma mais contundente o problema da criminalidade no Brasil, os setores mais conservadores da sociedade voltaram as suas baterias primeiramente para a questão do crime organizado, gerando a lei 9.034/95 e posteriormente para a “frouxidão” do regime de cumprimento da pena, o que propiciou o aparecimento do Regime Disciplinar Diferenciado, regulado pela lei 10.792/03²⁶².

O advento de uma lei que combata o crime organizado no Brasil torna-se perfeitamente compreensível dentro da realidade social brasileira, uma vez que a expressão “crime organizado” passou a carregar o sentido de principal problema de segurança pública no Brasil. Dentro deste contexto, a adoção de qualquer medida que possa vir a contribuir para minimizar o crime organizado acaba por tornar-se auto-justificável, não importando se viole direitos e garantias fundamentais²⁶³. Logicamente, nunca acaba por ser objeto de ponderação que a porcentagem dos delitos que são cometidos efetivamente pela criminalidade organizada é muito pequena em comparação ao número total de delitos e que os delitos cometidos por uma criminalidade efetivamente organizada, como o são os casos de crimes fiscais e econômicos, raramente são objeto de condenações criminais. Para o senso comum teórico do *establishment* social brasileiro, notadamente os estratos médios e superiores, o combate ao crime organizado se tornou o principal objetivo do poder público em termos de políticas de segurança²⁶⁴.

²⁶¹ CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e Política Criminal...* cit., p. 7.

²⁶² CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e Política Criminal...* cit., p. 9.

²⁶³ Acompanhando uma tendência de cunho mais global expressa em: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...* cit.,

²⁶⁴ Um dos muitos exemplos da forma aberta e vaga como são construídos os novos tipos penais que deve(riam) combater a criminalidade econômica no Brasil nos é dado por: CALLEGARI, André Luis. *Gestão temerária e o risco permitido no Direito Penal*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, n.11. Porto Alegre: CEIP, janeiro-junho de 2005.

Interessante ressaltar também a nítida influência das leis da Itália sobre a lei brasileira de combate ao crime organizado. Esta legislação italiana foi a base para o desmonte da máfia siciliana durante a década de oitenta, no que ficou conhecido como “operação mãos limpas”. Resta assim demonstrada a nítida característica desta lei como uma legislação de *combate* (o próprio termo é utilizado na referida lei)²⁶⁵. Outro ponto importante é que a população, via de regra, tem muito pouco contato com o que se denomina de crime organizado, sendo, o que mais lhe perturba, o crime “desorganizado”, ou a criminalidade de rua. Assim, explora-se o medo de um determinado tipo de crime para atuar mais fortemente contra uma criminalidade muito diversa²⁶⁶. Evidentemente não se propugna que com isso o crime organizado não deva ser objeto de atenção do Estado, principalmente tendo em vista os incomensuráveis malefícios que provoca, notadamente para as finanças públicas, as quais devem ser as principais responsáveis pelas políticas sociais nos Estados Democráticos de Direito²⁶⁷. Todavia, cientificamente, é imprescindível colocar o debate em termos corretos, evitando recair no que Díez Ripollés denomina de “*debates desenfocados*”.

O artigo 1º da LCO, com redação dada pela lei 10.217/01, expressa de forma inequívoca o início de um processo de “contaminação” do Direito Penal ordinário pelo Direito Penal do inimigo ao equiparar os conceitos de *quadrilha ou bando* e o conceito de *organização criminosa de qualquer tipo* para efeito de incidência da referida lei. Este ponto bem demonstra a total e completa falta de critério do legislador, pois uma lei que tem por escopo (ao menos na teoria) combater a criminalidade organizada utiliza-se do conceito de quadrilha que está no artigo 288 do código penal ordinário, ignorando totalmente o conceito de moderna organização criminosa, que deveria ser objeto de tutela desta lei²⁶⁸. Em virtude da ausência de uma técnica legislativa

²⁶⁵ COSTA, Renata Almeida da. *Lei 9.034/95 (lei de combate ao crime organizado) – breve análise político-criminal sob o referencial histórico jurídico*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.3. Porto Alegre: CEIP. Maio-agosto de 2001. p. 95-96.

²⁶⁶ COSTA, Renata Almeida da. *Lei 9.034/95 (lei de combate ao crime organizado)...* cit., p. 92-93.

²⁶⁷ Neste sentido: STRECK, Lenio Luis. *Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: (Neo)Constitucionalismo, ontem os Códigos, hoje as Constituições: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 2. Porto Alegre, 2004. p. 268-270. Ver também: COPETTI, André. *Direito Penal e Democracia: perspectivas para a efetivação democrática através do sistema punitivo*. In: Direito, Estado e Democracia, entre a (in)efetividade e o imaginário social. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 4. Porto Alegre, 2006. p. 39-53.

²⁶⁸ COSTA, Renata Almeida da. *Lei 9.034/95 (lei de combate ao crime organizado)...* cit., p. 96.

adequada, boa parte da doutrina penal do Brasil já manifestou posição no sentido da inconstitucionalidade do artigo 1º da LCO²⁶⁹.

Dentro dos procedimentos previstos pela lei 9.034/95, podemos destacar os seguintes: a) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, mediante autorização judicial (art. 2º, IV); b) a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência no seio da associação criminosa, para realização de tarefa de investigação, com autorização judicial circunstanciada (art. 2º, V); c) a realização de diligências investigativas diretamente pelo juiz da causa, em se tratando de acesso a dados ou documentos de natureza sigilosa (art. 3º); d) instituição de mecanismos de delação premiada, reduzindo-se de 1 (um) a 2/3 (dois terços) a pena do agente cuja colaboração levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria (art. 6º); e) a proibição de concessão de liberdade provisória ao agente com intensa e efetiva participação na organização criminosa (art. 7º); f) a proibição de apelar em liberdade (art. 9º); g) regime inicial obrigatoriamente fechado de cumprimento da pena para os condenados por crimes decorrentes da organização criminosa (art. 10)²⁷⁰.

As violações desta lei a princípios e garantias constitucionais são tão evidentes e em tão grande número que faremos uma crítica resumida das mesmas. Quanto ao item “a” trata-se de uma manifesta violação de sua autodeterminação informativa, além de ser também uma violação do direito ao silêncio. O item “b” compromete as bases estruturais de um Estado Democrático de Direito, uma vez que passamos a nos questionar se é lícito que para combater o crime se autorize agentes públicos a cometê-los e, por suposto, sempre restará duvidoso, para efeitos de prova se não houve por parte do agente público infiltrado uma indução à prática de delitos apenas para que fosse realizado o tão desejado flagrante. O item “c” viola claramente o princípio acusatório do processo penal, uma vez que passaríamos a ter o mesmo juiz produzindo e posteriormente valorando a prova por ele próprio produzida, solapando no seu âmago a imparcialidade do órgão julgador e violando a paridade de armas entre acusação e defesa que deve nortear um processo penal de uma sociedade democrática. No que concerne ao item “e” a crítica é exatamente a mesma que se faz ao artigo 2º, II da lei dos crimes hediondos, o que bem demonstra que os

²⁶⁹ MALAN, Diego Rudge. *Processo penal do inimigo*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2006. p. 235-236.

²⁷⁰ MALAN, Diego Rudge. *Processo penal...cit.*, p.237.

desrespeito às garantias fundamentais são acumulados ao longo do tempo em vez de serem suprimidos. A proibição do direito de apelar em liberdade vai de encontro à presunção de inocência, direito constitucionalmente garantido. Já a instituição de regime inicial obrigatoriamente fechado viola fundamentalmente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLV) constante na Constituição Federal, incorrendo no mesmo equívoco da lei dos crimes hediondos antes de sua alteração.

Desta feita, podemos considerar que a lei do crime organizado está a atuar como um *subsistema autônomo* do processo penal brasileiro, andando ao arrepio das mais básicas garantias constitucionais que deveriam nortear o processo penal em um Estado Democrático de Direito, constituindo-se na consolidação de um verdadeiro direito penal do inimigo e contaminando a legislação ordinária por meio da identificação dos conceitos de *quadrilha ou bando* com o conceito de *organização criminosa de qualquer tipo* que já analisamos anteriormente²⁷¹.

Outro diploma legal entre muitos que parece ir ao encontro de uma legislação penal do inimigo, com violações flagrantes de direitos e garantias constitucionais, é a lei que tipifica os delitos de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98)²⁷². Esta lei permite julgamento à revelia do réu (art 2º, parágrafo 2º) além de proibir a concessão de fiança e liberdade provisória (art. 3º) e de inverter o ônus da prova no que concerne à prova da licitude dos bens, direitos e valores quando estes são apreendidos cautelarmente (art. 4º, parágrafo 2º)²⁷³. Sem meias palavras, o processo brasileiro chegou a um ponto que é o cidadão processado que tem de provar ao Estado acusador que seus bens têm origem lícita e não o Estado que tem de provar que os bens do réu são fruto de origem ilícita, ou seja, catapultamos o princípio de presunção de inocência e o princípio básico de processo de que quem alega deve provar para outro lugar que não a nossa legislação²⁷⁴.

Dentro de uma lógica de um direito penal do inimigo, de nada adiantaria termos legislações que modificam orientações de direito material, por meio do aumento de penas e de

²⁷¹ COSTA, Renata Almeida da. *Lei 9.034/95 (lei de combate ao crime organizado)*... cit., p. 96-98.

²⁷² Para um aprofundamento da temática da lavagem de dinheiro, notadamente no que concerne à possibilidade de participação nestes delitos ver: CALLEGARI, André Luis. *Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.10. Porto Alegre: CEIP. Janeiro -junho de 2004.

²⁷³ MALAN, Diego Rudge. *Processo penal*... cit., p.242.

²⁷⁴ CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e Política Criminal*... cit., p. 21-22.

tipos incriminadores, e de direito processual, com a relativização/supressão de garantias e direitos fundamentais dos “inimigos” se não houver uma legislação que atue na “ponta do iceberg” do sistema penal no sentido de maximizar o controle estatal sobre tais “inimigos”, a saber, a execução das penas. Foi exatamente para suprir esta “lacuna” que a lei que institui e regula o Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/03)²⁷⁵.

Segundo a lei do RDD podem estar sujeitos ao Regime Disciplinar Diferenciado (os inimigos) todos os presos provisórios ou definitivos, nacionais ou estrangeiros, exceção apenas feita para quem cumpre medida de segurança. No que concerne às hipóteses de aplicação desta lei elas são três: a) prática de crime doloso que resulte em subversão da ordem ou disciplina internas b) oferecimento, por parte do preso, de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) suspeição de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bando.

Esta sanção do RDD consiste em o preso ser recolhido em cela individual (isolamento celular) por até 360 dias, tendo direito à visita semanal de dois adultos e um número indeterminado de visitas de crianças por duas horas, além de duas horas diárias de banho de sol. Em incorrendo o preso em nova infração a medida poderá ser renovada pelo mesmo período, desde que não ultrapasse 1/6 (um sexto) da pena²⁷⁶.

Para a sanção ser aplicada ela depende de decisão judicial, com direito de manifestação da defesa e do Ministério Público, mediante provocação da autoridade administrativa (diretor da casa prisional), contudo, é facultado a este a inclusão do preso em RDD por 10 dias por mera decisão administrativa, sem ouvir a defesa do preso.

Ora, se levarmos em conta o que a realidade fática bem nos demonstra; que para que um preso sobreviva ao cárcere no Brasil atualmente, torna-se rigorosamente necessário que pertença a uma das facções criminosas que domina o presídio; que o próprio setor da triagem do presídio leva em conta a facção criminosa a qual o mesmo pertence para colocá-lo nesta ou naquela

²⁷⁵ CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e Política Criminal...* cit., p. 9.

²⁷⁶ FREIRE, Chistiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005. p. 124.

galeria (pois se o preso for para uma galeria de uma facção rival será morto); que presídios inteiros são por vezes dominados por uma das diversas facções criminosas que existem no Brasil, torna-se forçoso concluir que *praticamente todos os presos brasileiros pertencem a alguma organização criminosa*, de modo que o RDD, pelo menos em teoria, *pode aplicar-se a qualquer preso que a administração prisional queira*, tornando o conceito de inimigo aqui extremamente arbitrário e sujeito a interesses outros que não a justiça.

Interessante notar que a lei do Regime Disciplinar Diferenciado nada mais foi que uma síntese nacional do que já vinha sendo aplicado por regulamentações administrativas nos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, notadamente os que mais sofriam com a penetração das organizações criminosas dentro dos presídios. A primeira modalidade do RDD surgiu em São Paulo como resposta a *megarrebelião* que lá ocorreu no início de 2001, envolvendo 25 estabelecimentos prisionais, dois anos, portanto, antes da lei nacional regulamentando a matéria²⁷⁷.

Esta *megarrebelião* teve um significado simbólico muito grande por ser fruto de uma grande organização criminosa que conseguiu se impor às demais, e assumiu de fato o controle da maioria dos estabelecimentos prisionais de São Paulo, o Primeiro Comando da Capital (PCC). A facilidade atual com que os presos têm acesso a aparelhos de telefonia celular, utilizando-os para provocar grandes rebeliões simultâneas em massa, produziu na população a sensação de que o Estado não mais tinha poder de mando sobre os seus estabelecimentos prisionais, e que a partir de então o poder estava efetivamente na mão das (ou no caso específico de São Paulo) *da organização criminosa dominante*²⁷⁸.

Assim, esta *megarrebelião* surgiu como marco da organização dos presos e a demonstração que a partir de agora os mesmos não iriam se submeter às violações contumazes de seus direitos por parte do poder público, que agora os presos tinham instrumentos para reagir (com extrema violência) ao já conhecido por todos, caos que impera no sistema prisional

²⁷⁷ FREIRE, Chistiane Russomano. *A violência...* cit., 126.

²⁷⁸ FREIRE, Chistiane Russomano. *A violência...* cit., 126.

brasileiro, com condições precárias e presídios que não raro excedem em duas ou três vezes a sua capacidade de presos.

Inicialmente o Regime Disciplinar Diferenciado aplicado no Estado de São Paulo era restrito a apenas cinco casas prisionais, mas com o tempo foi gradativamente ampliando-se para mais presídios. Na sua origem ele aplicava-se apenas aos líderes das organizações criminosas e aos presos cujo comportamento exigia tratamento específico, e somente nos presídios originalmente previstos²⁷⁹. Após, foi-se ampliando a restrição às visitas aos presos e, por fim, a possibilidade de aplicação do RDD estendeu-se também aos presos provisórios. Podemos vislumbrar então como da sua origem paulista até a promulgação da lei nacional, o RDD foi estendendo-se, a ponto de poder ser aplicado praticamente a qualquer preso, como já mencionamos. A aplicação do RDD no Estado do Rio de Janeiro segue a mesma lógica do sistema paulista.

Contudo, em que pese a conjuntura social de incentivo ao incremento das práticas punitivas, a adoção do RDD não foi unânime, sendo objeto de louváveis críticas por parte do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. Segundo o referido conselho: “[...] *o regime disciplinar diferenciado agride o primado da ressocialização do sentenciado, vigente na consciência mundial desde o iluminismo e pedra angular do sistema penitenciário nacional, inspirado na escola da nova defesa social*”. Mais adiante aduzem os membros deste conselho que: “[...] *entendem os membros desta Comissão que não se deve confundir sanção disciplinar com regime de cumprimento de pena e, muito menos, buscar no isolamento em “solitária” a solução para o funcionamento, em segurança, das unidades prisionais brasileiras*”²⁸⁰.

²⁷⁹ FREIRE, Chistiane Russomano. *A violência...* cit., 127.

²⁸⁰ FREIRE, Chistiane Russomano. *A violência...* cit., 131.

CAPÍTULO 3

A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS

3.1) Fundamentos normativo-sociológicos da teoria do Direito Penal de Jakobs:

Em que pese o nosso objeto central de estudo neste trabalho ser a teoria do Direito Penal do inimigo, não podemos perder de vista que a contribuição de Günther Jakobs para o Direito Penal vai muito além deste tema, pois Jakobs ofereceu contribuições importantes (e originais) na teoria da culpabilidade, na teoria da pena, na fundamentação normativa da tipicidade, na teoria da imputação objetiva, (apenas para mencionar as mais importantes) e em diversas outras áreas das Ciências Penais, chegando mesmo a construir um sistema integrado de Direito Penal²⁸¹. Desta feita, acreditamos que o melhor modo de compreender os postulados de Jakobs acerca do tratamento do inimigo pelo Estado passa necessariamente por um entendimento de como Jakobs constrói o seu sistema de Direito Penal (do cidadão, está claro) do qual o Direito Penal do inimigo seria apenas a “ponta do iceberg”, de modo que é nestes aspectos fundamentais de sua obra que nos deteremos um pouco.

Jakobs assenta toda a sua teoria em um paradigma sociológico de cariz funcional-sistêmico, em grande medida calcado nas considerações de Niklas Luhmann. Para uma melhor compreensão dos argumentos de Jakobs utilizados para fundamentar o seu sistema, é pertinente nos determos, ainda que de forma muito breve, em alguns dos postulados teóricos luhmanianos, principalmente os que mais aproveitam para a argumentação do penalista alemão.

²⁸¹ RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do Direito Penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. (tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli). Barueri: Manole, 2003. p. XIII da introdução.

Podemos identificar apogeu da penetração da teoria funcional-sistêmica no Direito a partir da obra de Niklas Luhmann, ainda que as formulações de Talcott Parsons tenham tido uma abrangência significativa. Seu pensamento sofreu ao longo do tempo uma pronunciada evolução. No princípio Luhmann foi sensivelmente influenciado pela teoria dos sistemas de Parsons, contudo, em uma fase posterior da sua obra, Luhmann voltou-se para uma perspectiva autopoietica dos sistemas, inspirado na obra de Francisco Varela e Humberto Maturana²⁸².

Partindo do ponto de vista da complexificação crescente das relações sociais ocorrido nas últimas décadas, onde encontramos-nos em um contexto de multiplicação das possibilidades dos eventos possíveis, a função que deve assumir o Direito para se mostrar socialmente valioso nesta conjuntura, a partir da matriz funcional-sistêmica, deve ser a de redução de possibilidades de eventos que possam vir a ocorrer. Atuando exatamente na estabilização das expectativas de cada pessoa em relação ao restante da sociedade, atuando, em última análise, como um redutor da complexidade social. Desta feita, Luhmann define o direito como “*uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (normal), social (institucionalização) e pratico ou objetivo (núcleo significativo)*”²⁸³.

Em uma sociedade complexa (o número de eventos possíveis multiplica-se sem cessar) e contingente (os eventos que efetivamente ocorrem sempre podem ser diferentes do esperado) a unidade da sociedade não pode mais se dar no nível da centralidade do conceito de pessoa, o qual, para Luhmann é substituído pelo de comunicação. Importante ressaltar que, ao contrário de algumas críticas apressadas, para os adeptos desta teoria o fato da unidade individual (conceito tão caro para os humanistas e os iluministas) ter sido substituído pelo de comunicação não implica, sob nenhum aspecto, diminuição da importância da figura humana, tratando-se tão somente de uma necessidade metodológica para o melhor funcionamento da teoria, tendo em vista a complexidade e a contingência já mencionadas. A categoria do humano continua

²⁸² ROCHA, Leonel Severo. *Três Matrizes da Teoria Jurídica*. In: Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2001. p.96.

²⁸³ ROCHA, Leonel Severo. *Três Matrizes...* cit., . p.96.

imprescindível para os sistemas, uma vez que forma a categoria ambiente do mesmo, sem o qual a existência dos sistemas resultaria impossível²⁸⁴.

A existência desta complexidade e contingência em uma sociedade onde a ordem necessita existir, leva à necessidade de que se obtenha uma seleção forçada das possibilidades que podem e das que não podem ocorrer. Para superar esta complexidade na teoria sistêmica, Luhmann substitui a lógica da unidade aristotélica pela lógica da diferença de Spencer Brown. Para esta lógica o ato de designar um objeto já traz consigo a sua distinção entre objeto e meio ambiente (distinção esta que resulta vital para a constituição da teoria sistêmica). Além disso, Luhmann utiliza o princípio da incerteza de Werner Heisenberg para construir a distinção sistema *vs* ambiente. Enquanto há um lado da realidade “seguro” e que pode ser medido e estudado que é o sistema há o lado do “inseguro”, do contingente, das incertezas, que é o ambiente²⁸⁵.

Conforme já alertamos, não realizaremos aqui uma completa exposição da teoria funcional-sistêmica aplicada ao Direito. Importa sim ressaltar que, para os nossos objetivos presentes, é essencial que reste claro o conceito de compreensão da sociedade estruturada enquanto “*sociedade de atos comunicativos entre seus membros*” e não como uma “*sociedade de indivíduos*”. A unidade básica de análise do social é o *ato comunicativo*, e este deve ser entendido como toda e qualquer interação simbolicamente cristalizada que, mesmo involuntariamente, possa gerar e desenvolver um determinado padrão intersubjetivo de conduta²⁸⁶. A sociedade passa então a ser vista como um sistema autopoietico de comunicação, onde ocorre um perpétuo movimento auto-reprodutivo e circular de atos comunicativos gerando por sua vez novos atos comunicativos. Muito embora esta teoria pareça associada com o clássico conceito sociológico de “papel”, e de fato está, ela vai além, pois como já mencionamos, a ênfase está na comunicação efetuada por este indivíduo e não no papel que ele representa socialmente, gerando uma autonomia do social em relação ao individual²⁸⁷.

²⁸⁴ ROCHA, Leonel Severo. DUTRA, Jefferson Luiz Dellavalle. *Notas introdutórias à concepção sistêmica de contrato*. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.288.

²⁸⁵ ROCHA, Leonel Severo. DUTRA, Jefferson Luiz Dellavalle. *Notas introdutórias...* cit., p.290.

²⁸⁶ TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 12.

²⁸⁷ TEUBNER, Günther. *O Direito...* cit., p. 12.

Partindo dos pressupostos explicitados anteriormente de complexidade e contingência, Günther Jakobs formula uma nova e original concepção de Direito Penal voltada exatamente para responder adequadamente aos novos fenômenos com os quais a nossa pós-moderna sociedade do risco vem se deparando²⁸⁸. Uma vez que, como já vimos, nas sociedades complexas a função do Direito é a de atuar como redutor de complexidades, uma categoria central para que avancemos na compreensão do sistema funcionalista é a de *expectativa*²⁸⁹.

“En suma, para reducir la complejidad del mundo (el exceso de posibilidades que como el “derecho de todos a todo” no conduce a nada), se reducen las posibilidades del mundo (en el ejemplo: del tráfico rodado) por medio de expectativas (ante un semáforo en rojo el automovilista se detiene). Esta concepción hunde sus raíces – como se puede inferir de los autores hasta ahora citados – en la tradición de la sociología del derecho alemana, sobre todo en los escritos de su fundador Max Weber.”²⁹⁰

Cada indivíduo no seu atuar social diário atua com base em um padrão de normalidade, esperando algo das demais pessoas e procurando agir de acordo com as expectativas que as demais pessoas têm do seu comportamento. Obviamente quando agimos com base neste “esperar algo de alguém” em virtude da contingência das sociedades pós-modernas este acontecimento pode ocorrer ou não, ou seja, a minha expectativa pode ser defraudada. Quando a minha expectativa é defraudada, cabe ao sistema social encontrar uma maneira de comunicar aos indivíduos que podem continuar confiando na vigência de tais expectativas, esta maneira é a *sanção*. O cidadão pode continuar confiando na vigência de suas expectativas porque com a imposição da sanção a quem descumpriu a norma o Estado reafirma à sociedade que continua a valer a norma enquanto parâmetro de confiança e não a concepção de mundo do indivíduo que por sua vontade violou a norma. A norma então continua como expressão do contrato social e a

²⁸⁸ JAKOBS, Günther. *Observaciones sobre la imputación objetiva*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, n.5 Porto Alegre: CEIP. Janeiro-abril de 2002. p. 24.

²⁸⁹ Para Gómez-Trelles as expectativas, para que possam ter a qualidade de modelos normativos, têm de reunir basicamente três características: a) expectativas que se mostrem resistentes às defraudações; b) têm de ser suficientemente amplas para servirem de modelo de orientação; c) precisam gozar de uma aceitação social bastante ampla. (GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho Penal*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, n.4 Porto Alegre: CEIP. Setembro-dezembro de 2001. p. 203.

²⁹⁰ GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Algunas referencias de historia de las ideas... cit.*, p. 198.

sanção nesta concepção é entendida como instrumento de estabilização das expectativas sociais²⁹¹.

Partindo de uma concepção social marcadamente contratualista, Jakobs vislumbra no delito uma quebra unilateral, por parte daquele que violou a norma, dos benefícios inerentes ao pertencimento de uma sociedade (estabelecidos por meio do contrato social), o que autoriza o Estado a considerá-lo como excluído da relação jurídica contratual (o que deve acontecer quando se trata de um verdadeiro Direito Penal do inimigo)²⁹². Este sistema está ancorado na perspectiva de que para Jakobs, exatamente em virtude do contrato social a segurança pode ser demandada do Estado por parte dos indivíduos, ou seja, estes têm perante o Estado um *direito subjetivo à segurança*²⁹³.

Já no prólogo de seu tratado Jakobs faz uma expressa alusão a este fundamento ao dizer que a missão da atual dogmática penal é desenvolver as proposições que são necessárias para que se reaja ao delito (entendido como um ato comunicativamente relevante) com uma norma que também contenha um ato comunicativamente relevante, objetivando então que com a pena se obtenha a estabilização da vigência da norma²⁹⁴. Mais adiante advoga (e a questão aqui é de fundamental importância) que categorias como a culpabilidade e a ação, que pela dogmática tradicional eram entendidos como possuidores de uma essência e uma estrutura lógico-objetiva pré-jurídica se convertem em conceitos funcionais para atingir a missão do Direito Penal²⁹⁵. Nesta (re)normativização de conceitos para ele não se trata de formular sistemas normativos à margem da estrutura social, senão que a de instrumentalizar o Direito Penal para lidar com problemas de uma sociedade na qual a estrutura já está dada de antemão²⁹⁶.

²⁹¹ LYNETT, Eduardo Montealegre. *Introdução à obra de Günther Jakobs*. (tradução de André Luis Callegari) In: Direito Penal e Funcionalismo. CALLEGARI, André Luis. GIACOMOLLI, Nereu José. (orgs) Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p.13-15.

²⁹² JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. (tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 25.

²⁹³ JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal...* cit., p. 29.

²⁹⁴ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*. (tradução de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo) Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 1.

²⁹⁵ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – Parte General...* cit., p. 1.

²⁹⁶ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – Parte General...* cit., p. 2.

Mesmo que em um contexto de Estado Democrático de Direito a concepção da pena puramente retributiva pareça totalmente obsoleta²⁹⁷, esta concepção trouxe ao Direito, dois princípios básicos que até hoje estão (ou estavam) em pleno vigor. O primeiro, em contraposição ao direito medieval na qual vigorava a máxima do *salus rei publica suprema lex*, ou seja, a conveniência pública de se punir alguém estava acima de qualquer fato delituoso que alguém houvesse cometido, trouxe a vinculação necessária entre punição e crime. Apenas se pode punir alguém em virtude de um delito²⁹⁸. O segundo princípio, mais importante para os nossos objetivos aqui presentes, é o de que a retribuição se opõe terminantemente a que se castigue além da gravidade do delito. A culpabilidade pelo fato delituoso se torna então uma *barreira inultrapassável* para a punição, podendo-se punir menos que a culpabilidade se razões de política criminal assim o justificarem, mas nunca mais que a culpabilidade²⁹⁹.

A prevenção geral positiva³⁰⁰ (missão do Direito Penal para Jakobs) pode ser analisada então por dois prismas, o primeiro limitador da punição (assim o entendem Roxin e Hassemer) e como fundamentador da mesma (Welzel e Jakobs). Para Roxin a prevenção geral positiva traria sempre uma pena inferior à da prevenção geral negativa, uma vez que para dissuadir os indivíduos do cometimento de crimes por meio do medo da sanção é necessária uma pena maior do que quando se deseja simplesmente que o sistema jurídico seja visto como eficaz, de modo que ele denomina a prevenção geral positiva como *prevenção geral compensadora*³⁰¹. Vemos então que a culpabilidade continua a agir como limite inultrapassável da pena.

No sistema de Jakobs, com a prevenção geral positiva atuando como conteúdo fundamentador da pena, contudo, *os limites materiais da culpabilidade enquanto critério*

²⁹⁷ Não podemos nos olvidar aqui que Luigi Ferrajoli aceita uma pena de caráter retributivo (utilitarismo reformado), por julgar que ela evita uma pena na forma de uma “vingança privada”, ou seja, mesmo que “pagando o mal com o mal” o mal da pena ainda é um mal menor em comparação com o que poderia vir a ser uma vingança privada. Todavia, mesmo Ferrajoli aceita o caráter preventivo da pena, se não como fundamento (pois seria uma instrumentalização do ser humano, na forma como proposto por Kant) ao menos como “efeito desejável”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 259-267).

²⁹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 163-164.

²⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...* cit., p.118.

³⁰⁰ Uma completa exposição das finalidades da pena a partir da concepção de Jakobs pode ser encontrada em: SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Retribución y prevención general*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.12. Porto Alegre: CEIP. Julho-dezembro de 2005. p. 13-30.

³⁰¹ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...* cit., p.137.

limitador da pena são subsumidos pela função preventiva da pena, de modo que a culpabilidade torna-se o *quantum* de pena necessário para estabilizar as expectativas contrafáticas do cidadão frente à norma³⁰². Isso pode ser visualizado com mais clareza no que concerne aos inimputáveis. A sua ausência de culpabilidade não é fundamentada como no conceito clássico que ele não podia atuar de outra maneira, mas sim com base que os inimputáveis com suas ações não representam um ato comunicativamente relevante que mereça ser desautorizado pela norma³⁰³.

Uma vez que, como já vimos, a teoria de Jakobs está calcada em bases funcionalistas, o mesmo não interpreta o conteúdo da ação com base no que o sujeito pensa no momento de realizar a sua ação (como faria a teoria clássica da culpabilidade), mas sim a partir da ação entendida como *ato comunicativamente relevante*, ou seja, o que o autor comunica à sociedade com a sua conduta. Podemos entender daí que o conteúdo da ação é transferido do sujeito para a sociedade³⁰⁴. Cumpre ressaltar que para Jakobs o seu sistema de Direito Penal realiza o controle somente do contexto objetivo-social das condutas por ser, na sua visão, o único que se coadunaria com um Estado de Liberdades, além de uma incapacidade existencial do mesmo, caso quisesse imiscuir-se na subjetividade dos indivíduos, mas não que para ele não exista, ou seja, irrelevante este conteúdo subjetivo das condutas³⁰⁵.

Desta feita, vimos como Jakobs des-substancializa o conceito de culpabilidade. Para ele este conceito é meramente formal, não pressupondo mais do que a imputação a um sujeito, mas que não diz nada a respeito da constituição do sujeito ao qual se imputa determinada conduta. Nas próprias palavras de Jakobs:

“O núcleo da culpabilidade determinada pelo fim [da pena], consiste numa divisão dos âmbitos de responsabilidade entre (sub) sistemas, ou seja, que o juízo de culpabilidade constitua, em cada caso, renovada determinação da contribuição que cada uma deles tem de prestar para a manutenção da ordem”³⁰⁶.

³⁰² MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...* cit., p.135.

³⁰³ LYNETT, Eduardo Montealegre. *Introdução...* cit., p.18.

³⁰⁴ LYNETT, Eduardo Montealegre. *Introdução...* cit., p.19.

³⁰⁵ RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema...* cit., p. 50.

³⁰⁶ JAKOBS, Günther. *Apud* RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema...* cit., p.63.

E mais além, de forma inequívoca: “*O limite que estabelece a culpabilidade para a pena não decorre, portanto, em torno do que o delinqüente “mereceu”, segundo a opinião geral, mas em torno do necessário à manutenção da confiança [na norma]*”³⁰⁷.

3.2) Breve Histórico da teoria do Direito Penal do inimigo:

Antes de iniciarmos o estudo efetivo sobre o Direito Penal do inimigo, cabe ressaltar que não é, em absoluto, nossa idéia realizar uma “demonização” da figura de Jakobs. É certo que quando algumas discussões acadêmicas se revestem de uma passionalidade acima do normal podem ocorrer alguns argumentos *ad hominem* e, no que concerne mais especificamente à teoria do Direito Penal do inimigo, estes são deveras freqüentes, conforme verificamos durante o andamento desta pesquisa. Exatamente por isso, nos dois capítulos anteriores, buscamos investigar o contexto social que permite que as teorias “do inimigo” possam ter a relevância que tem na nossa sociedade atual e algumas apropriações que dela são feitas possam chegar aonde chegam³⁰⁸. Contudo, acreditamos firmemente que toda teoria científica tem de necessariamente ser analisada e criticada dentro deste âmbito sob pena de fazermos algo diferente de ciência, extrapolando o seu horizonte de projeção, conforme bem nos alertam Zaffaroni e Pierangeli:

“Insistimos que não se pode cair no infantilismo de conceber a cada pensador como um gênio maléfico, atuando para justificar uma certa estrutura de poder social, mas, ao contrário, que é a estrutura de poder que toma de cada pensador aquilo que convém à sua justificação. Não só utiliza-se dos pensadores como de qualquer sistema de idéias, incluindo as religiões.”³⁰⁹

³⁰⁷ JAKOBS, Günther. *Apud* RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema...* cit., p.63.

³⁰⁸ Para Bernd Müssig o Direito Penal do inimigo é um conceito e um símbolo de sua própria época, apontando para a retirada de posições jurídicas (cidadãs) de cunho universal, ocorrendo exatamente em um tempo em que os (perversos) efeitos da globalização atacaram as cidadelas da riqueza mundial sob a forma de atentados terroristas. As teorias do inimigo representam também, para o penalista de Bonn, a instrumentalização e desformalização do Direito Penal, cada vez mais voltado para a “eficácia”. (MÜSSIG, Bernd. *Derecho Penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 371.)

³⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal...* cit., p. 242.

Ainda antes de adentrarmos mais especificamente no tema do Direito Penal do inimigo, acreditamos ser importante alertar que, muito embora alguns dos postulados mais incisivos desta teoria ainda não estejam plenamente vigentes nos ordenamentos ocidentais, assemelhando-se a “um futuro que devemos evitar” não podemos, de modo algum, minimizar o vertiginoso crescimento de normas calcadas no paradigma do inimigo (de uma forma mais ou menos expressa). Deste modo, nos parece bastante claro que algumas legislações, notadamente algumas leis específicas publicadas recentemente em países de sólida tradição democrática, apontam em maior ou em menor grau para o tratamento de pessoas como inimigos, de modo que a realidade futura de um verdadeiro “Direito Penal do inimigo”³¹⁰ funcionando à capacidade plena não pode, sob nenhuma hipótese, ser considerada fruto de alarmismo ou catastrofismo, principalmente se considerarmos a manutenção das atuais tendências da política criminal nos diversos países do ocidente³¹¹.

Assim, mais importante que as posições científicas de cada autor (incluindo as nossas próprias), se legitimadoras ou críticas, é o estudo mesmo deste tema, pois não temos dúvida em afirmar que das conclusões deste debate em curso, as ciências penais terão em termos muito mais nítidos os rumos pelos quais deverão seguir nas próximas décadas.

A primeira vez que Jakobs tratou do tema do inimigo, introduzindo seu conceito (*Feindstrafrecht*), foi em 1985 nas “jornadas de penalistas alemães” realizadas em Frankfurt am Main; neste congresso, Jakobs apresentou sua conferência denominada “criminalização em um estágio prévio à lesão do bem jurídico”. A primeira posição de Jakobs sobre o adiantamento das barreiras de punibilidade para estágios anteriores à lesão do bem jurídico foi bastante crítica, não obstante esta temática não fosse nenhuma novidade entre os penalistas alemães. Este

³¹⁰ Não podemos deixar de mencionar aqui o posicionamento de Luís Greco. Para o referido autor, a categoria “Direito Penal do inimigo” não seria um conceito analítico válido para explicar a realidade do Direito Penal contemporâneo por padecer de uma fundamental *falta de clareza conceitual*. O termo “Direito Penal do inimigo” seria passível de adquirir três sentidos diferentes, de acordo com a situação; pode ser um *conceito descritivo*, descrevendo a função de determinadas normas penais, pode ser também um *conceito crítico-denunciador*, quando utilizado com o fim de desqualificar determinadas legislações, bem como pode ainda ser um *conceito legitimador-afirmativo* quando utilizado com o intuito de afirmar positivamente a validade de determinadas normas. (GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 56. São Paulo. Set-out de 2005. p. 92-94.)

³¹¹ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *¿Que es y que puede ser el Derecho Penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 3.

adiantamento das barreiras de punibilidade já era um tema recorrente no debate referente aos crimes de perigo abstrato, discussão esta que é bastante anterior a do Direito Penal do inimigo³¹².

Neste trabalho, Jakobs demonstra-se alarmado com a técnica legislativa e com a política criminal que conferia legitimidade para alguns ordenamentos jurídicos (como o alemão) adiantarem estas barreiras de proteção ao bem jurídico baseadas apenas em uma suposta “inimizade” do sujeito em relação ao bem jurídico, bem como em relação às normas constitutivas da sociedade (em uma aproximação, talvez, com o contrato social), o que, em última análise, possibilitaria a criminalização de ações ao menor sinal de perigo para o bem jurídico protegido. Em assim agindo, segundo Jakobs, se otimizaria a proteção ao bem jurídico na mesma medida em que se reduziria o âmbito de liberdade dos sujeitos, com o claro objetivo de neutralizar a ameaça de perigo sem esperar a efetiva lesão³¹³.

Para Jakobs, os ordenamentos jurídicos que assim agem estão tratando o autor como *inimigo do bem jurídico* e, neste sentido, ditas normas fariam parte de um sistema denominado de “Direito Penal do inimigo” que seria o contraponto do “Direito Penal do cidadão”. Em um Direito Penal do cidadão a proteção do bem jurídico deveria ser feita mais próximo do estágio da efetiva lesão, o que, pela lógica, ampliaria o âmbito de atuação do sujeito. Por isso, quanto mais longe da lesão encontra-se a proteção do bem jurídico, em maior medida aquelas pessoas são consideradas “inimigas” e, por outro lado, quanto mais perto da lesão está a proteção do bem jurídico, mas aquelas pessoas são consideradas “cidadãs”³¹⁴. Assim, chegamos a clássica formulação do penalista de Bonn de que “*o Direito Penal do cidadão otimiza as esferas de liberdade enquanto o Direito Penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos*”. Contudo, sempre é importante frisar, que para o “primeiro Jakobs” só seria legítimo, em termos de Estado Democrático de Direito, falarmos de um Direito Penal do cidadão, de modo que este cerrava

³¹² LASCANO, Carlos Julio. *La “demonización” del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal del autor*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 205-206.

³¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo: algunos falsos mitos*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 592.

³¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 593.

fileiras contra tais medidas que já começavam a ser adotadas em alguns ordenamentos jurídicos europeus³¹⁵.

No ano de 1999, contudo, na denominada “conferência do milênio” em Berlin, Jakobs afasta-se de sua postura, originalmente crítica em relação ao Direito Penal do inimigo, e aproxima-se de uma descrição legitimadora do mesmo, referindo-se a tais legislações como “leis de luta”, as quais serviriam para combater determinados tipos de indivíduos que por sua atitude demonstram estarem apartados do ordenamento jurídico como um todo, uma vez que não prestam as garantias cognitivas mínimas de comportamento conforme o Direito. Para Kai Ambos é exatamente neste momento que Jakobs deixa de meramente *descrever* e passa a *legitimar* o Direito Penal do inimigo, adaptando-o a sua teoria da função da pena enquanto manutenção da vigência da norma³¹⁶. Neste congresso em Berlim, Jakobs também inicia o desenvolvimento de sua teoria de “inimigos como não-pessoas” (ou pelo menos não consideradas pelo Direito como tal), um dos pontos mais criticados de sua teoria e que será desenvolvido mais adiante.

Para Gómez Martín o “segundo Jakobs” descreveu a teoria do Direito Penal do inimigo nos seguintes termos: a) pressupondo o adiantamento das barreiras de proteção do Direito Penal para estágios bastante anteriores ao da lesão; b) aceitando o fato de que o Direito Penal não deveria atuar somente voltado para o passado (punindo os fatos já cometidos), mas também para o futuro (considerando os fatos que *poderiam* vir a ser cometidos); c) o Direito Penal estava em uma etapa de transição, passando de uma “legislação penal” (Strafrechtsgesetzgebund) a uma “legislação de combate” ou uma “legislação de luta” (Bekämpfungsgesetzgebung); d) concluindo que a tendência seria a de uma efetiva redução ou um relaxamento das garantias processuais própria de um “processo penal do cidadão”³¹⁷.

Um outro ponto deveras controverso trazido por Jakobs nesta conferência do milênio de 1999, e que em geral não recebe muita atenção da doutrina, mas que para este trabalho é

³¹⁵ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Sobre la distinción entre Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 1007.

³¹⁶ AMBOS, Kai. *Derecho Penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 134.

³¹⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Sobre la distinción entre Derecho Penal del ciudadano...* cit., p. 1008.

fundamental, tendo em vista nossos desenvolvimentos do primeiro e do segundo capítulo é a questão do multiculturalismo e o modo como este deve ser respeitado e acolhido pelas sociedades contemporâneas, com muita propriedade trazido por Aponte. Este é um conceito, particularmente problemático em sociedades de grande diversidade cultural e de imigrantes, como a Europa e os Estados Unidos, não obstante isto, não deixa de ter reflexos nos países latino-americanos (em que pese nossos problemas culturais serem algo diversos dos países centrais); nas próprias palavras de Jakobs:

“ A esto se le agrega la fuerza explosiva del llamado multiculturalismo – un simple absurdo: o las diferentes culturas son simples añadiduras a una igualdad jurídica de base; entonces se trata de multifolclorismos de *una* cultura. O – y esta es una variante peligrosa – las diferencias marcan a las identidades de los pertenecientes; pero entonces la base jurídica común tan sólo se degrada hacia un simple instrumento del vivir *junto* a otros y, como cualquier instrumento, abandonado cuando ya no se necesita (...). Así que la sociedad va a continuar teniendo enemigos que se mueven entre ella – abiertamente o con piel de oveja.”³¹⁸ (grifos no original)

Seria o caso de perguntar aqui, como faz Aponte, quem seriam os inimigos neste caso? Seria o terrorista islâmico que tenta (de fora) destruir a cultura ocidental por meios violentos? Ou poder-se-ia enquadrar também o imigrante que simplesmente não se adapta/adaptou a cultura européia e pensa/age diferente dos demais, não fornecendo, com isso, as garantias cognitivas mínimas de comportamento conforme requer Jakobs, podendo assim ser qualificado de inimigo³¹⁹; ou ainda, trazendo o foco do debate para mais perto de nossa realidade latino americana, será inimigo o jovem favelado e negro que, por estar totalmente marginalizado e não compartilhar dos valores considerados “normais” na nossa moderna sociedade de consumo³²⁰, passa a colaborar com a empresa do tráfico de entorpecentes? Esta questão relativa ao multiculturalismo está diretamente conectada com o tema dos essencialismos biológicos/culturais

³¹⁸ JAKOBS, Günther. *Apud* APONTE, Alejandro. *Derecho Penal del enemigo vs Derecho Penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 185.

³¹⁹ APONTE, Alejandro. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 186.

³²⁰ Não podemos ainda excluir a hipótese de Jock Young e presumir que a problemática da violência de determinados grupos sociais marginalizados não se dê pela sua *falta* de integração aos valores dominantes na sociedade, mas sim pelo *excesso* de integração a estes valores sem ter os meios necessários para obtê-los, como por exemplo, integrando-se totalmente a uma cultura de consumo (portanto, para garantirem sua identidade precisam consumir) sem ter a possibilidade de consumir e, deste modo, realizar uma integração plena e satisfatória. (YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente...* cit., p. 126-134.)

que identificamos no primeiro capítulo como sendo uma das causas/conseqüências do Direito Penal do inimigo.

Por fim, em 2003 com a publicação do trabalho “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo” Jakobs, que antes aceitava como meramente possível a adoção do Direito Penal do inimigo em algumas hipóteses, passa a fazer uma defesa do mesmo, notadamente tomando como base fática os ataques terroristas em Nova York no fatídico 11 de setembro. Assim, resumidamente, podemos dizer que em 1985 Jakobs adota uma postura descritiva, porém crítica; em 1999 adota uma postura cautelosa, todavia de aceitação parcial, e, finalmente em 2003 passa a defender a adoção do Direito Penal do inimigo diante do contexto de “guerra” entre as “nações civilizadas” e os “terroristas”³²¹.

É importante ressaltar que, na visão do catedrático de Bonn, não se tratam de dois sistemas de Direito Penal em oposição; nem ao menos duas esferas opostas do mesmo Direito Penal, mas tão somente dois pólos (ou duas tendências) do mesmo Direito Penal e, exatamente por isso, o risco de que estes sistemas se interpenetrem é deveras elevado³²². Considerando que para Jakobs as normas de Direito Penal do inimigo já são um dado (pois já existem em diversos ordenamentos jurídicos), e que para ele sua exposição da teoria é 98% descritiva e 2% prescritiva³²³, fica nítido que para ele é melhor um Direito Penal do inimigo regrado e com suas fronteiras bem delimitadas do que normas esparsas com conteúdo de “neutralização do inimigo” contaminando o Direito Penal do cidadão. Assim, uma de suas maiores preocupações é a de evitar que cidadãos sejam punidos como inimigos, trazendo o caos para todo o sistema penal normativo, por isso, não obstante as severas críticas que são dirigidas a sua teoria, acreditamos sinceramente que para Jakobs a sistematização do Direito Penal do inimigo como uma *teoria* serviria mais como *contenção* do que como *legitimação* da sua expansão, embora possa ser muito discutido se efetivamente assim o seria, notadamente se analisarmos os atuais processos de expansão do Direito Penal nas sociedades contemporâneas e o modo como esta expansão tende a se retroalimentar, conforme nosso primeiro capítulo.

³²¹ PASTOR, Daniel. *El Derecho Penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2 Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 475 -477.

³²² JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal do inimigo...* cit., p. 21.

³²³ AMBOS, Kai. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 139.

Para Zaffaroni, esta tentativa de contenção do Direito Penal do inimigo por meio de uma teorização científica, na forma como realizada por Jakobs, não seria suficiente para barrar o avanço do poder punitivo estatal, poder este que tende a avançar sempre até o limite permitido pelo Estado de Direito (quando não tenta mesmo ultrapassá-lo, notadamente em países de tradição democrática ainda muito recente)³²⁴. Esta estratégia se mostra insuficiente por estar fortemente ancorada em pressupostos sistêmicos (tanto da sociedade quanto do Estado), os quais sabidamente conseguem explicar bem a permanência, mas não a mudança³²⁵. Não podemos, sob nenhuma hipótese, olvidar a tensão entre o *ser* e o *dever-ser* do Direito Penal, tensão esta que se reflete tanto na delimitação de suas funções quanto de suas finalidades. Para Demetrio Crespo estes modelos político-criminais que suportam esta expansão do Direito Penal estão vinculados a determinadas exigências sociais que não se coadunam com a finalidade básica de um Direito Penal do fato, ou seja, a proteção de bens jurídicos. Conclui o penalista espanhol que a união do *ser* e do *dever-ser* do Direito Penal, em um Estado Democrático de direito, só pode se dar dentro de um contexto de defesa dos Direitos Humanos³²⁶.

A constatação do fato de que muitas pessoas já estão sendo tratadas pelos ordenamentos jurídicos como inimigos não deve ser, em absoluto, um ponto de partida para uma teoria descritivo-legitimadora³²⁷, mas, pelo contrário, deve servir exatamente para iniciarmos, dentro do

³²⁴ Zaffaroni denomina a tentativa de contenção do Direito Penal do inimigo tentada por Jakobs de “*estratégia de contenção estática*” (considerada por Zaffaroni como inviável) para, a seguir propor a sua teoria de resistência ao Direito Penal do inimigo que ele denomina de “*estratégia de contenção dinâmica*”. Esta estratégia de contenção dinâmica passaria, resumidamente, pela aceitação do “estado de polícia” que existe dentro de nosso “Estado de Direito”; assunção de que a função do Direito Penal (notadamente em países acentuadamente autoritários como os latino-americanos) é minimizar este “estado de polícia”; compreensão de que nos encontramos em um momento particularmente difícil desta tarefa, dadas as condições sociais que fortalecem o expansionismo e o punitivismo penal e, por fim, considerando as três situações anteriores, uma negação veemente de qualquer tentativa de avanço do sistema penal, seja ele do inimigo ou do cidadão, para que, quando os ventos históricos soprarem de maneira mais favorável, retomemos a tendência de minimalização do sistema penal que vinha em curso desde o iluminismo. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 169-178).

³²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 174.

³²⁶ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *El Derecho penal del enemigo darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 475-476.

³²⁷ Luís Greco percebe aqui a utilização, por parte de Jakobs, da *falácia naturalista*, ou do que ficou conhecido por *Lei de Hume*. Para o filósofo escocês, de premissas descritivas não podemos extrair conclusões normativas, ou, dito de outro modo, do fato de que *algo é* não podemos concluir que *algo deva ser*. Günther Jakobs parte do fato de que as pessoas já estão sendo tratadas como inimigos (premissa descritiva) para concluir que temos que regulamentar este Direito Penal do inimigo para evitar que tal tratamento “contamine” a legislação do “cidadão” (conclusão

campo jurídico-científico, uma teoria de resistência, dotada de um conteúdo crítico contra tais posturas dos Estados³²⁸. Ao legitimarmos e não combatermos este “admirável mundo novo” do Direito Penal estaremos solenemente abrindo mão do próprio Estado de Direito em favor da expansão desmesurada do poder punitivo estatal, em última análise, precisamos utilizar o “Estado contra o Estado”, maximizando as garantias processuais e o Estado Social e minimizando o poder de polícia quando este for arbitrário e seletivo³²⁹.

Para Cancio Meliá a evolução da teoria do Direito Penal do inimigo deve ser compreendida não apenas “em si mesmo”, mas como um epifenômeno de um contexto sócio-cultural (em geral) e político-criminal (em particular) mais amplo³³⁰, conforme procuramos ressaltar exaustivamente nos dois primeiros capítulos. O Direito Penal do inimigo seria, então, “filho” do contemporâneo casamento entre o punitivismo e as tendências de um avanço cada vez maior do Direito Penal simbólico³³¹. Um dos exemplos por Cancio Meliá apontado e que tem estrita relação com o modo como Jakobs entende a função da pena é o aumento da criminalização de condutas que manifestem meros *atos de comunicação* como a instigação ao ódio racial. Esta situação buscaria não a *confirmação/proteção* de uma determinada identidade social por meio do Direito Penal, mas sim a sua *construção* a partir dele³³². No que concerne ao punitivismo (ou neopunitivismo), uma de suas mais graves conseqüências é a legitimação de posturas que busquem tão somente a *neutralização* do inimigo, abandonando quaisquer possibilidades de reintegração social³³³.

normativa) incorrendo, assim, na referida *falácia naturalista*. (GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo...* cit., p. 95).

³²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 178.

³²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legitimación del control penal de los “extraños”*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 1121.

³³⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: “derecho penal” del enemigo?* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 345.

³³¹ Por suposto que não se olvida que o Direito Penal tem, por natureza, uma forte carga simbólica. Contudo, a novidade deste fenômeno contemporâneo de expansão do Direito Penal simbólico é o incremento da importância da carga simbólica em relação à carga de garantia do bem jurídico, que deve(ria) ser a sua função original. Daí o acerto da expressão, já por nós citada, de Mendoza Buergo quando aduz que “as funções latentes (as simbólicas) predominam sobre as manifestas” (a proteção de bens jurídicos).

³³² CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: “derecho penal” del enemigo...* cit., p. 348.

³³³ CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: “derecho penal” del enemigo...* cit., p. 355.

Uma outra perspectiva interessante para iniciarmos as considerações sobre a inserção do Direito Penal do inimigo como parte de um fenômeno social mais abrangente dentro das próprias ciências penais, nos é dada por Mario Migliardi. Para o penalista chileno esta expansão do Direito Penal nas sociedades contemporâneas (dentro da qual, por suposto, reside o tratamento dado ao inimigo) deve ser analisada sob dois aspectos fundamentais, o *quantitativo* e o *qualitativo*. O aspecto quantitativo guarda estreita relação com o fenômeno (já abordado no primeiro capítulo) do aumento da “área de cobertura” do Direito Penal, resultante do surgimento de novos bens jurídicos de relevância penal na nossa sociedade contemporânea, de modo que podemos concluir que cada vez mais novas “parcelas” da sociedade estão a ser cobertas pela proteção penal. Já o segundo aspecto, o qualitativo, seria relacionado com a assim chamada “modernização” do Direito Penal (podemos aqui aproximar com a “segunda velocidade” de Silva Sanchez), “modernização” esta que recai sobremaneira sobre as técnicas de punibilidade (antecipação da tutela, diminuição das garantias processuais) . Desta feita, julgamos acertado que, quando se trate da análise deste fenômeno do Direito Penal do inimigo, utilizemos sempre estes dois pontos de vista, que são distintos, mas ao mesmo tempo se interpenetram, o qualitativo e o quantitativo³³⁴.

3.3) Fundamentos filosóficos da teoria do Direito Penal do inimigo:

Um dos sustentáculos teóricos da doutrina do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs, bem como um dos principais alvos das críticas da doutrina, é o seu *conceito normativo de pessoa*. Para o penalista alemão, frequentemente na nossa sociedade multicultural contemporânea, algumas pessoas deixam de fornecer à coletividade uma expectativa de comportamento de acordo com a norma jurídica. Apenas seriam dignos de receber um tratamento de “pessoa” perante o direito, aqueles que conseguem dar à sociedade garantias cognitivas de que irão comportar-se de acordo com as prescrições legais, em um assentimento tácito ao contrato

³³⁴ MIGLIARDI, Mario Durán. *El Derecho Penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 725.

social, fazendo assim com que o ordenamento jurídico obtenha a sua finalidade na concepção jakobsiana, ou seja, mantendo a vigência da norma perante o grupo social³³⁵.

Baseado em autores como Hobbes, Rousseau, Fichte e Kant, Jakobs assevera que a atribuição do conceito de pessoa aos indivíduos não decorre da sua simples existência ontológica, mas sim de um sinalagma entre o indivíduo e a sociedade (representada pelo Estado). Desta feita decorre que a condição de pessoa na teoria de Jakobs precisa ser *conquistada* e, mais do que isso, *mantida* pelos indivíduos, caso queiram continuar sendo tratados como pessoa pelo Estado. Estes pressupostos são vitais para a manutenção de sua teoria como ele mesmo admite:

“Por consiguiente, la proposición debe ser completada: todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se lo priva de derechos. Sus deberes siguen incólumes (aunque cognitivamente ya no se cuente con el cumplimiento del deber); de lo contrario no sería delincuente en ausencia de infracción del deber. El la medida que se lo prive de derechos no es tratado – por definición – como persona en Derecho. Éste es el núcleo de mis consideraciones: si se elimina este núcleo, mi tesis se derrumba; si se mantiene, todo lo demás sólo afecta a cuestiones de detalle, no al principio.”³³⁶

Levando em conta o grau de polêmica das proposições levantadas por Jakobs é bastante lógico que as críticas desta concepção dentro do âmbito jurídico não tardariam a aparecer (críticas estas que serão desenvolvidas adiante) e, mais do que isso, mostrar a sua pertinência, tendo em vista que estamos, no ocidente ao menos, baseados no paradigma do Estado Democrático de Direito. Jakobs defende-se dizendo que a sua tese está calcada mais no que ocorre efetivamente na prática, em termos de *realpolitik* do que em concepções teóricas ideais; aduz ainda que a sua teoria nada mais faz do que *descrever* quem está efetivamente sendo tratado como inimigo pelo sistema jurídico e não *prescrever* quem deve por ele ser assim tratado³³⁷.

Em relação á base filosófica de sustentação a sua teoria, Jakobs adota uma estratégia no mínimo interessante do ponto de vista argumentativo. Descreve as teorias de dois filósofos

³³⁵ JAKOBS, Günther. *¿Terroristas como personas en Derecho?* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 83.

³³⁶ JAKOBS, Günther. *¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca los presupuestos de la juridicidad*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 106.

³³⁷ JAKOBS, Günther. *¿Derecho Penal del enemigo? ... cit., p. 96.*

(Fichte e Rousseau) que, segundo sua interpretação, consideravam *todos* os que violavam a lei como inimigos, para ao fim dizer que não concordará com eles, mas sim com outros dois (Hobbes e Kant) que consideravam, ainda segundo a sua apreciação, apenas *alguns* dos violadores da lei como inimigos, concluindo que será com estes últimos que concordará³³⁸. O efeito de argumentação que esta análise visa obter é lógico, pois mostra que não obstante para alguns pensadores *todos* que violam a lei são inimigos, ele tomará como base os “menos duros”, assim, a sua construção teórica será menos punitivista do que poderia ser, caso adotasse a posição mais rígida.

Para Rousseau a lei é a base do contrato social, sendo a máxima expressão da “vontade geral”. Assim, o delinqüente seria aquele que infringe o contrato, rompendo destarte a relação social que o mantinha ligado com os demais, de sorte que, por este motivo, não pode participar de seus benefícios, ou seja, um julgamento de acordo com a lei. Qualquer malfeitor que atacasse o direito social estaria abandonando o contrato e a sua condição de membro do Estado, entrando então, em guerra com este. Desta feita devemos entender a violação da norma jurídica como uma declaração de guerra ao Estado. Para Rousseau, citado por Jakobs, “*ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão*”³³⁹.

Fichte, no mesmo sentido, considera a violação da lei como um abandono consciente e premeditado do contrato social, devendo por isso o delinqüente perder todos os seus direitos como cidadão e como homem, equivalendo esta afronta ao contrato a uma “morte civil”. Todavia, nos parece que Fichte assume uma posição algo mais moderada que Rousseau, pois aventa a possibilidade de uma remição do status de inimigo por meio de um “*contrato de penitência*”, não obstante este “perdão” estivesse vedado para certos tipos de criminosos, como, por exemplo, o “assassino intencional e premeditado”, o que ainda possibilitaria, em última análise, um “retorno” por parte do inimigo, à condição de cidadão. Por fim, para Fichte, a execução da pena contra o inimigo não teria um status jurídico de pena, mas sim uma mera medida de segurança, posição que bem aproveita a Jakobs, conforme veremos mais adiante³⁴⁰.

³³⁸ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo...* cit., p. 26-27.

³³⁹ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo...* cit., p. 26.

³⁴⁰ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo...* cit., p. 26.

Neste ponto, Jakobs declara que não obstante a relevância filosófica dos autores citados, não seguirá as posições de Rousseau e de Fichte por fundamentalmente dois motivos³⁴¹. Em primeiro lugar, o ordenamento jurídico deve manter tratamento ao criminoso dentro do Direito, deixando sempre em aberto a possibilidade de que este, por uma modificação de suas disposições anímicas, volte a integrar a comunidade jurídica, recuperando, assim, seu status de cidadão. E em segundo lugar porque o criminoso tem o dever de proceder a reparação dos danos causados por sua conduta e, logicamente, se fosse sumariamente desvinculado da sociedade, perderia não apenas os seus direitos mas também as suas obrigações para com ela, uma vez que não seria possível conceber uma lógica de um vínculo social sustentado apenas no dever sem a contrapartida de direitos adjacentes. Por estes motivos, Jakobs declara que abandonará tais argumentos e seguirá os de Hobbes e Kant, os quais se sustentam muito melhor a sua teoria³⁴².

Para Hobbes, o contrato social não seria uma “realidade”, ao menos não como entendido pelos contratualistas franceses, sendo muito mais uma metáfora de como os cidadãos devem respeitar a constituição política do Estado, ou, em última análise, o Leviatã. Assim, o Estado deveria manter o status de cidadão ao criminoso, pois este não poderia de *per si* abrir mão de sua posição no contrato. Todavia, em se tratando de um caso de alta traição, entendida esta como a derrubada da ordem do Estado ou a substituição de seu soberano, a situação mudaria totalmente, uma vez que estaria, então, em jogo, a própria manutenção do ente estatal e da figura do soberano, devendo, deste modo, os traidores serem tratados não como criminosos comuns, mas como *inimigos de Estado*³⁴³.

A posição kantiana, segundo Jakobs, é algo mais complexa, uma vez que Kant compreende o modelo contratual como uma idéia reguladora da fundamentação e limitação do poder estatal. Para Kant qualquer pessoa (tendo em vista a proteção de sua segurança) pode obrigar os outros a entrarem em uma “constituição cidadã”. Os que não fazem parte deste pacto garantidor de segurança podem ser obrigados a nele adentrar, ou, em caso de recusa, serem expelidos do convívio com os demais, devendo, portanto, serem tratados como inimigos. Importante ressaltar que a fundamentação do tratamento como inimigo está, não na lesão (do que

³⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 124.

³⁴² JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo...* cit., p. 26-27.

³⁴³ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo...* cit., p. 28.

hoje chamamos de bem jurídico), mas sim na recusa de fazer parte do pacto, deixando, portanto de oferecer uma segurança mínima para se viver em sociedade³⁴⁴.

Desta feita, podemos perceber como estes dois autores (Hobbes e Kant) fornecem para Jakobs duas das principais bases filosóficas para sua teoria³⁴⁵. De Hobbes é extraído o conceito de inimigo enquanto ameaça a constituição política do Estado, enquanto que de Kant é derivado o conceito de que o inimigo violaria não apenas os bens jurídicos (uma vez que estes podem ser violados pelos cidadãos), mas a manutenção da ordem social (fato que em última análise justifica o tratamento como inimigo) ao não oferecer o que Jakobs denomina de “segurança cognitiva” de um comportamento conforme a norma.

Contudo, em que pese os notórios conhecimentos filosóficos de Jakobs, as suas premissas, bem como as suas conclusões, não ficaram livres de críticas, poderíamos mesmo dizer inúmeras críticas, de modo que buscaremos uma síntese das mesmas sem a pretensão de esgotar o tema.

Zaffaroni identifica na apropriação filosófica de Jakobs com os autores supracitados uma tentativa de reabilitar a antiga figura do *hostis*, adaptando-a para ser funcional em Estados Democráticos de Direito, estados estes que deveriam justamente evitar seu aparecimento. O aparecimento do *hostis* em democracias modernas representa para o penalista argentino uma subordinação da lógica jurídica aos fatos políticos recentes, ou, dito de outro modo, uma imposição do *ser* sobre o *dever ser*³⁴⁶.

Para Zaffaroni a contraposição de Rousseau e Fichte a Hobbes e Kant realizada por Jakobs é totalmente contraproducente a partir de um ângulo filosófico, pois o que usualmente se coloca é a oposição de Hobbes a Locke e a de Kant em relação a Feuerbach. As apropriações jakobsianas de Rousseau e Fichte seriam ainda extremadas e fora de contexto, pois do conjunto da obra destes dois pensadores não se pode extrair conclusivamente os postulados que baseiam a teoria de Jakobs, ainda que segundo este a sua teoria não esteja embasada nem em Hobbes nem

³⁴⁴ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo...* cit., p. 28-29.

³⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legitimación del control penal de los “extraños”...* cit., p. 1143.

³⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 115.

em Fichte, conforme já vimos³⁴⁷. A análise de outras passagens da obra de Rousseau seria deveras útil para uma crítica às apropriações de Jakobs, pois em outra parte de sua obra *O Contrato Social*, Rousseau conclui de maneira inequívoca que um Estado apenas poder ter como inimigo outro Estado e não homens isolados, ressaltando ainda que sem uma declaração de guerra não temos inimigos, senão meros bandoleiros³⁴⁸.

A contraposição que seria a “correta” do ponto de vista filosófico para Zaffaroni, e que não foi realizada por Jakobs, seria, como já mencionamos, a de Hobbes com Locke; tendo em vista que as teorias políticas destes dois autores são bastante conhecidas não faremos senão um resumo de ambas, a partir da parte que é relevante para este trabalho.

A soberania do Leviatã seria, para Hobbes o único meio de evitar a guerra de todos contra todos, desta feita, os seres humanos não se reúnem em sociedade por mero prazer, mas sim para evitar a destruição de seu grupo social por guerras internas. O fundamental aqui é perceber que para Hobbes os súditos entram no contrato social *sem direito algum*, não existindo, pois, nenhuma espécie de direito anterior ao pacto que possa ser oposto ao soberano³⁴⁹. Os delinquentes comuns, conforme a análise do próprio Jakobs, não devem ser tratados como inimigos, mas tão somente os que conspirarem contra o poder do soberano, opondo-lhe resistência.

A análise de Locke do contrato social é, segundo Zaffaroni, muito mais realista e coerente com um Estado Democrático. Para Locke a sociedade pré-existe ao contrato social, de modo que mesmo diante da submissão perante o soberano, os cidadãos ainda são possuidores de direitos prévios ao pacto, oriundos da *common law*³⁵⁰. Estes direitos podem sustentar uma resistência legítima ao soberano, em caso de este não cumprir o contrato social, hipótese que pelos próprios fundamentos da sua teoria é expressamente vedada em Hobbes³⁵¹. Assim, fácil fica perceber que pela teoria de Locke, jamais poderíamos ter, como *inimigos de Estado*, pessoas que cometem

³⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 121.

³⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 122.

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política...* cit., p. 36-37.

³⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 127.

³⁵¹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 133.

delitos contra o soberano, uma vez que estas pessoas podem estar amparadas em um direito de resistência à opressão, opressão esta que decorreria de atos ilegítimos do soberano. Poder-se-ia argumentar no sentido de que caso estas pessoas que resistissem ao soberano não apresentassem uma resistência *legítima* poderiam ser tratados como inimigos, mas acreditamos que os direitos pré-contratuais vedariam tal hipótese.

A crítica de Zaffaroni à interpretação de Jakobs no que concerne à teoria kantiana é muito similar à de sua apropriação de Hobbes, excetuando-se o fato de que o penalista argentino utiliza Feuerbach no lugar de Locke. Para Kant seria impossível uma situação de resistência legítima ao soberano (resistência legítima que deve ser possibilitada em um Estado Democrático de Direito), ao passo que Feuerbach, baseado em uma “razão prática jurídica” que contraposta à “razão prática moral” de Kant, admitiria tal hipótese³⁵².

Uma outra crítica bastante recorrente aos fundamentos filosóficos da teoria do Direito Penal do inimigo de Jakobs é a ausência de referências à obra de Carl Schmitt³⁵³, uma vez que a proximidade de pensamento de ambos os autores, notadamente no que se refere ao enfrentamento entre o Estado e os seus inimigos, é percebida mesmo por pessoas sem um grande aprofundamento no pensamento destes escritores³⁵⁴.

Acreditamos, e esta é uma das idéias centrais deste trabalho, que é o contexto social, ou, para utilizarmos uma terminologia diferente, o equilíbrio das forças culturais, sociais e políticas em uma sociedade a um tempo determinado, que faz com que teorias surjam e se legitimem dentro deste mesmo campo social. Desta feita, assim como a importância que as idéias de Jakobs ganharam perante a comunidade científica pode ser explicada pelo nosso peculiar momento social, também a recente “recuperação” das idéias de Carl Schmitt, antes um pensador visto como

³⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 130.

³⁵³ KALECK, Wolfgang. *Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho Penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 128.

³⁵⁴ Para Portilla Contreras, mais até do que o paradigma estrutural-funcionalista de Luhmann, é a teoria da exceção de Schmitt o que sustenta a teoria do Direito Penal do inimigo de Jakobs, uma vez que as conclusões penais deste estão umbilicalmente ligadas aos fundamentos políticos daquele, em que pese a não citação de Schmitt por parte de Jakobs. (PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho Penal y Procesal Penal del “enemigo”*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 668.)

“maldito” devido a sua ligação com as idéias do Nacional-Socialismo, com a publicação de diversos trabalhos em todas as áreas das ciências humanas lhe fazendo menção³⁵⁵, também é filha de seu próprio tempo, ou melhor ainda, filha de *nosso* tempo já que é o tempo histórico que estamos a vivenciar.

Para Carl Schmitt o “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”³⁵⁶. A dicotomia que no âmbito moral pode ser descrita como bom *vs* mau, no campo político pode ser representada pela forma amigo *vs* inimigo, sendo mesmo utilizada como a sua “diferença específica” em relação à outras formas de relacionamento humano, cabendo ao soberano a tarefa de indicar quem são os amigos e quem são os inimigos³⁵⁷.

A partir da análise de Schmitt, Agamben constrói a sua teoria com base no fato de que, para ele, na verdade sob o manto jurídico da legalidade nossas modernas democracias ocidentais ocultam verdadeiros “estados de exceção” em seus subterrâneos, descritos pelo filósofo italiano como um “totalitarismo moderno”. Esta forma de governo, dada a difícil verificação de onde começa o “estado de exceção” e onde termina a democracia, podem, segundo Agamben, degenerar para uma “guerra civil legal” permitindo a eliminação física de adversários políticos do Estado ou mesmo de categorias inteiras de cidadãos que, por um motivo ou por outro, pareçam intragáveis ao sistema político³⁵⁸ (ou poderíamos dizer, trazendo a questão para um âmbito que nos é mais familiar, irrecuperáveis para o sistema penal?).

Esta tendência de degeneração das modernas democracias ocidentais em “estados de exceção” já remonta, ainda segundo Agamben, à formação do III Reich, ainda que suas raízes históricas possam ser firmadas muito antes³⁵⁹, sendo que, de acordo com as necessidades políticas dos governos, manifestava-se mais ou menos, embora nunca deixasse de ser uma sombra

³⁵⁵ Mencionamos, a título de exemplo, a obra de Giorgio Agamben, filósofo italiano que faz uma releitura da obra de Carl Schmitt com grande repercussão na área da Filosofia Política e reflexamente, no Direito.

³⁵⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção...* cit., p. 12.

³⁵⁷ MOUFFE, Chantal. *On the Political...* cit., p. 13.

³⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção...* cit., p. 13.

³⁵⁹ Agamben traz o exemplo da atuação de Lincoln em algumas passagens da Guerra Civil Americana (1861-1865), na qual o presidente teria agido com plenos poderes, bem como alguns exemplos ocorridos na França de Napoleão e na Itália fascista. Contudo, é somente depois da primeira guerra mundial que o estado de exceção firma-se como tendência mais ou menos comum a todas as democracias ocidentais.

acompanhando as sociedades, algo similar a uma proteção não-democrática para a própria democracia³⁶⁰.

Para Kaleck, um dos maiores méritos de Schmitt foi incorporar conceitos como “guerra” e “inimigo” (poderíamos acrescentar guerra *contra* os inimigos) nos sistemas democráticos (ou, se as conclusões de Agamben são corretas, *formalmente* democráticos), de modo que algumas apropriações de seus conceitos podem facilmente instrumentalizar o Estado para uma “guerra interna” contra seus próprios cidadãos sem que as proposições jurídicas sejam afetadas na sua literalidade³⁶¹. E aqui a aproximação da teoria de Schmitt com a de Jakobs se torna deveras pertinente, para não dizer *essencial*, notadamente no que concerne à forma do Estado gerenciar as suas novas “guerras”, pois este busca transformar uma parte do Direito Penal em um verdadeiro *instrumento de guerra* contra os inimigos do Estado, representados em primeiro lugar na figura do *terrorista*, nas suas próprias palavras:

“Resumo lo expuesto hasta el momento respecto de esta evolución, que no es precisamente nueva: el Derecho penal dirigido específicamente contra terroristas tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe inferir del fin de la pena y de los tipos penales correspondientes. El Derecho penal del ciudadano. La garantía de la vigencia del Derecho, muta para convertirse en – ahora viene el término anatematizado – Derecho penal del enemigo, en defensa frente a un riesgo. Con ello, también se contesta a la cuestión planteada al principio: la “lucha” contra el terrorismo no es sólo una palabra, sino un concepto; se trata de una *empresa contra enemigos*.”³⁶² (o grifo é nosso)

Para Portilla Contreras, Jakobs assume deliberadamente os postulados schmittianos que atribuem ao Estado a possibilidade de determinar quem é o inimigo, o modo como deve combatê-lo (preferencialmente sem as “amarras” causadas pelos Direitos Humanos), e, em consequência disto, dispor da vida destas pessoas da forma como lhe for mais conveniente³⁶³. Jakobs, ao

³⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção...* cit., p. 13.

³⁶¹ KALECK, Wolfgang. *Sin llegar al fondo...* cit., p. 128.

³⁶² JAKOBS, Günther. *Terroristas como personas en Derecho...* cit., p. 85-86.

³⁶³ Sabemos que uma expressão como esta de que “o Estado pode dispor da vida das pessoas da forma como lhe for mais conveniente” pode parecer utópica e exagerada, notadamente em nossas modernas sociedades ocidentais, pretensamente protetoras dos Direitos Humanos, todavia, nunca é demais (e)lembra a situação dos detentos estrangeiros sob custódia norte-americana nas prisões de Guantánamo (ainda existente) e Abu Ghraib (desativada após um escândalo de maus tratos à presos que foi amplamente divulgado no mundo todo). Estes presos estão lá sem acusações formais perante a justiça, sem advogado, alguns sem um processo sequer, com uma taxa alarmante de suicídio e, em caso de morte (não raro) o Estado não prestará contas a ninguém. Dadas as precárias condições com que são tratados, são o mais pungente exemplo do *homo sacer* pós-moderno de que nos fala Giorgio Agamben.

defender a luta contra o inimigo às margens do Estado civil, praticamente dentro de um estado de natureza hobbesiano, não está mais do que aceitando e legitimando os postulados políticos do estado de exceção de Carl Schmitt, de uma proteção não democrática para a democracia³⁶⁴.

3.4) Características do Direito Penal do inimigo:

Primeiramente é necessário ressaltar, ainda que pareça demasiado claro, que a categoria com que trabalhamos aqui, “Direito Penal do inimigo”, é um tipo ideal, não existindo na sua forma “pura”, bem como tampouco o Direito Penal do cidadão o existe. O próprio Jakobs bem admite que o verdadeiro estágio do Direito Penal de nossas sociedades ocidentais está em algum ponto entre estes dois extremos, fazendo parte, portando, de uma zona de imprecisão³⁶⁵. Por suposto que a realidade não é nem branca e nem preta, mas composta de diversos tons de cinza e assim também é a situação atual do Direito Penal (mais escura em alguns países e mais clara em outros, nos atrevemos a afirmar).

Nosso objetivo neste trabalho sempre foi o de apresentar a teoria do Direito Penal do inimigo como um *efeito de uma crise*, crise esta que tem sua origem em um âmbito cultural muito maior, ou seja, enquanto câmbio de um modelo de sociedade que está em curso. Desta feita, cada característica do Direito Penal do inimigo vincula-se, de uma forma mais ou menos direta, com um dos aspectos desta crise, seja política, econômica, de falta de segurança, e mesmo enquanto reflexo das dificuldades do Direito Penal em oferecer soluções para os problemas que se lhe apresentam. Assim, a definição das condições sociais necessárias para que surja o Direito Penal do inimigo apresentada por Scheerer, Böhm e Víquez, parece ir ao encontro de todas as nossas hipóteses de trabalho³⁶⁶.

³⁶⁴ PORTILLA CONTERRAS, Guillermo. *La legitimación doctrinal...* cit., p. 671.

³⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca los presupuestos...* cit., p. 105.

³⁶⁶ SCHEERER, Sebastian. BÖHM, Maria Laura. VÍQUEZ, Carolina. *Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 924-926.

Para estes autores, em primeiro lugar, é de fundamental importância *responsabilizar o inimigo pela crise*, ou seja, ele e somente ele é o responsável pela falta de segurança e rompimento da ordem estabelecida, de modo que a responsabilidade do próprio governo (e mesmo da sociedade nos atrevemos a acrescentar) fica em segundo plano. Disto resulta que, quanto maior o êxito em atribuir a culpa dos problemas ao inimigo, mais o governo fica legitimado perante todos. Em segundo lugar, a identificação do inimigo, bem como a sua responsabilização pelos problemas, possuem um inegável efeito tranquilizador perante a população, lhe conferindo um atestado de inocência e provando que a sua única tarefa é a de lutar contra o inimigo e que, deste modo, todos os problemas estarão resolvidos. O inimigo, então, assume o papel de *bode expiatório* da sociedade. Por fim, a polarização da sociedade, tornando facilmente identificável a existência de um “*nós*” e de um “*eles*”, facilita as medidas para o isolamento/neutralização do inimigo, além de auxiliar na formação de um “consenso acerca da punitividade”, conferindo aos governos uma espécie de “carta branca” na hora de escolher as medidas que devem ser tomadas contra os inimigos, uma vez que da sua exclusão depende a felicidade de todos. Pela importância da conclusão dos autores citados para os objetivos deste trabalho, colocaremos o texto na íntegra:

“El derecho penal del enemigo es un instrumento para la superación de crisis políticas (o, como mínimo, politizadas). Las correspondientes crisis pueden ser “verdaderas” o “escenificadas”. En cualquier caso, la población debe creer en la crisis o por lo menos evitar de manera efectiva que puedan articularse dudas. En este sentido desempeña un rol central el mecanismo de la “declaración como enemigo dentro del Estado” (Carl Schmitt). En primer lugar, se hace al enemigo responsable de la crisis de falta de seguridad y orden. Así el gobierno evita que se le recrimine su imposibilidad de cumplir con su cometido primordial de aseguramiento de la seguridad y bienestar dentro del Estado. Cuanto más éxito tenga en atribuir la culpa de la crisis al enemigo, mejor será la legitimación del gobierno. En segundo lugar, la declaración como enemigo dentro del Estado proporciona al “grueso” de la población el sentimiento tranquilizador de ser inocentes en la crisis y que sólo tienen que luchar contra el enemigo para recuperar el Estado deseado. En tercer lugar, la polarización y la presión para el aislamiento del enemigo ejerce incluso un poder sobre la población de someter el “consenso coercitivo” en favor del estatus quo y su análisis de la amenaza. El riesgo del disenso abierto es demasiado alto, se corre peligro sin embargo de que, cuando se rechace la conformidad, se esté siendo justo con el enemigo.”³⁶⁷

³⁶⁷ SCHEERER, Sebastian. BÖHM, Maria Laura. VÍQUEZ, Carolina. *Seis preguntas y cinco respuestas...* cit., p. 927.

Praticamente todos os autores que tem debatido o tema do Direito Penal do inimigo apontam-no três características básicas, a saber: a) o *adiantamento das barreiras de punibilidade* para estágios bastante afastados da efetiva lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados; b) um *significativo aumento de pena* dos tipos penais que integram estas legislações; c) a diminuição ou mesmo *eliminação de algumas das garantias processuais* básicas, gerando um verdadeiro Processo Penal do inimigo³⁶⁸. Alguns autores agregam ainda uma quarta característica, que seria a de um Direito Penal do inimigo enquanto *“legislação de luta”*³⁶⁹, na qual o Direito Penal deixa de ser a “magna carta do delinquente” de Von Liszt e passa a ser um *instrumento de combate ao crime* na mão do Estado³⁷⁰. Nos deteremos mais nestas características básicas (bem como em outras) a partir de agora.

3.4.1) O adiantamento das barreiras de punibilidade:

O adiantamento das barreiras de punibilidade para estágios cada vez mais distantes da lesão ao bem jurídico penalmente tutelado não é uma característica *exclusiva* de um Direito Penal do inimigo. Na verdade, esta técnica de proteção ao bem jurídico está intimamente ligada à expansão do Direito Penal (tanto no nível qualitativo quanto no nível quantitativo) e a necessidade deste de tutelar bens jurídicos que se revestem de um caráter difuso e coletivo, como o meio ambiente por exemplo³⁷¹. Não podemos aqui olvidar também toda a problemática que a

³⁶⁸ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *¿Que es y que puede ser el Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 5.

³⁶⁹ Para Massimo Donini, mesmo o Direito Penal do cidadão, calcado no paradigma da resposta a um fato delituoso independentemente da personalidade do réu contém um componente de luta, visando à defesa da paz social. A diferença deste em relação ao Direito Penal do inimigo é que neste último o componente de luta deixa de ser subsidiário, residual, e passa a ser a função mesma do Direito Penal. (DONINI, Massimo. *El Derecho Penal frente al “enemigo”...* cit., p. 603).

³⁷⁰ NEUMANN, Ulfried. *Derecho Penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 394.

³⁷¹ Silva Sánchez nos traz outras alterações nas técnicas de tutela do Direito Penal em sua tentativa de (re)adequar sua proteção à nova realidade social, notadamente em relação à globalização, como por exemplo; a relativização de um Direito Penal calcado exclusivamente na estrutura lógico-objetiva de imputação; a tendência de aumento nos crimes comissivos por omissão, com a colocação de um número cada vez maior de pessoas na condições de garante do bem jurídico; a perda da necessária vinculação da imputação às leis físicas da necessidade e a sua crescente substituição pelas leis probabilísticas; uma equiparação cada vez maior entre autoria e participação; a ampliação da inversão do ônus da prova em termos jurídico-penais; a criminalização de pessoas jurídicas; e por fim, um significativo incremento dos tipos penais de perigo concreto e em maior medida de perigo abstrato, todos estes

globalização trouxe para a proteção dos bens jurídicos, uma vez que a criminalidade organizada parece globalizar-se em uma velocidade maior do que podem fazer os Estados nacionais, obrigando estes a aprimorarem as suas medidas de proteção, além é claro, das dificuldades que novos paradigmas como a “*sociedade do risco*” trouxeram para o Direito Penal.

Todavia, no que concerne exclusivamente ao Direito Penal do inimigo, a questão do adiantamento das barreiras de punibilidade ganha novos contornos. Não se trata aqui de uma técnica utilizada para a proteção de bens jurídicos abstratamente considerados, sendo utilizada porque parece ao legislador ser a mais adequada para sua tutela³⁷², mas sim porque é a que mantém o inimigo o mais longe possível dos bens jurídicos, passando a criminalizar a *possibilidade de perigo* a partir de um caráter nitidamente pessoal. Para Jakobs, dependendo da personalidade do inimigo, os atos de preparação de determinado delito podem ser puníveis praticamente *como se delitos fossem*, em uma lógica que ignora o desvalor do resultado e preocupa-se apenas com o desvalor da ação, contudo, tal assertiva está mais do que de acordo com seus pressupostos, uma vez que o Direito Penal do inimigo não serve para proteger bens jurídicos (teoria tradicional) tampouco para manter a vigência da norma (teoria de Jakobs para o Direito Penal do cidadão), mas sim para defender-se de perigos e neutralizar o inimigo.

“En lo principal, las dos leyes más recientes entre las acabadas de mencionar se refieren al precepto dirigido contra la creación de asociaciones terroristas (par. 129a StGB), lo intensifican y extienden a las asociaciones ubicadas en el extranjero (par. 129b StGB); se trata, por lo tanto de la configuración de disposiciones especiales en el ámbito de los actos preparatorios punibles. Ciertamente, no hay razones de principio que se opongan a su punición: la preparación de un hecho delictivo grave perturba el orden público y puede ser penada *como tal perturbación*.”³⁷³ (grifo no original)

Para Polaino Navarrete e Polaino-Orts o objetivo de Jakobs com este adiantamento da punibilidade é o de assegurar uma melhor resposta do Estado ao efetivo cumprimento das

fazendo parte do que ele denomina de “segunda velocidade do Direito Penal. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal...* cit., p. 84-96).

³⁷² Importante trazer aqui o exemplo de Ulrich Beck que conclui que em alguns casos, dependendo do nível de proteção necessário para alguns bens jurídicos, mesmo um risco mínimo é demasiado elevado, pensemos na proteção de segurança de uma central nuclear por exemplo, na qual não é razoável esperar o dano (que sem dúvida será catastrófico) para se pensar em trazer o Direito Penal para esta questão, sendo nestes casos legítimo buscarmos uma proteção mesmo em nível de perigo abstrato. Contudo, aqui a adiantamento das barreiras de punibilidade deve se dar em razão da especial necessidade de proteção do bem jurídico (verificada objetivamente) e não de um caráter pessoal do seu suposto agressor, como sugere o Direito Penal do inimigo. (BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo...* cit., p. 69-71).

³⁷³ JAKOBS, Günther. *Terroristas como personas en Derecho...* cit., p. 78.

expectativas sociais, de modo que não devemos levar em conta somente os autores potenciais de delito, mas também os sujeitos potencialmente afetados³⁷⁴, o que vai ao encontro, ressaltamos, da crescente demanda por segurança nas sociedades ocidentais contemporâneas. Somente assim se obteria uma proteção mais adequada do que Jakobs denomina de “*normas de flanqueo*”³⁷⁵. Assim, podemos facilmente perceber que o Direito Penal está a ser utilizado mais uma vez a partir do seu caráter simbólico, pois seu objetivo principal passa a ser a comunicação de que “tudo está bem”, (a partir da situação brasileira atual em que a sociedade perdeu a confiança no Estado e no legislador para resolver o problema da segurança pública, poderíamos mesmo falar em um “calmante para a sociedade”).

Para Nuria Muñoz este adiantamento das barreiras de punibilidade desemboca na criminalização dos “perigos de perigo” ou seja, condutas que podem desencadear situações perigosas para o bem jurídico, o que seria o aspecto objetivo desta técnica de tutela dos bens jurídicos. Paralelamente a este aspecto objetivo, podemos ter também a criminalização de *sintomas* que indiquem que o agente irá agir de uma maneira perigosa para com os bens jurídicos, o que seria uma “criminalização dos riscos de origem pessoal” (a expressão é de Silva Sánchez)³⁷⁶.

Ainda com Muñoz, outra faceta desta técnica de tutela, que pode ampliar-se quando tratamos de um verdadeiro Direito Penal do inimigo, é que, a partir deste caráter instrumental do injusto penal se passe a criminalizar *indícios da execução* de crimes graves, sendo que aqui o foco não estaria na prevenção do risco, mas sim no asseguramento da persecução penal. No caso de não haver provas suficientes para a incriminação do suposto crime (o crime grave), o agente ainda poderia ser punido pelos indícios de seu cometimento³⁷⁷. A tese proposta pela autora é a de que nem todos os casos de adiantamento das barreiras de punibilidade são ilegítimos, alguns mesmo sendo legítimos em um nível de Direito Penal do cidadão, notadamente quando se tratar

³⁷⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 596.

³⁷⁵ As “normas de flanqueo” significam, para Jakobs, as normas que têm por missão garantir as condições de vigência das normas principais da sociedade, dada a não familiaridade do leitor brasileiro com este conceito, preferimos mantê-lo em espanhol. (POLAINO NAVARRETE, Miguel. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 594).

³⁷⁶ MUÑOZ, Nuria Pastor. *El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del “peligro de peligro”*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 528.

³⁷⁷ MUÑOZ, Nuria Pastor. *El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal...* cit., p. 529.

de uma proteção necessária para o bem jurídico penal. Com esta tese concordamos sem ressalvas, dada a complexidade de alguns bens jurídicos penalmente relevantes na contemporaneidade, conforme já verificamos anteriormente. Contudo, a autora legitima também alguns casos deste adiantamento das barreiras de punibilidade, baseada na periculosidade subjetiva do autor (equivalendo-a, para efeitos de imputação, à periculosidade objetiva) e aqui o terreno em que adentramos é deveras pantanoso, pois, como costuma acontecer em termos de Direito Penal do inimigo, a menor concessão pode trazer conseqüências das mais inesperadas possíveis, em que pese seus requisitos para tal aceitação serem bastante restritivos³⁷⁸.

O ponto nevrálgico da teoria de Muñoz, poderíamos mesmo dizer a conseqüência de sua argumentação, admitido por ela mesma na sua conclusão e com o qual não é possível concordar sob nenhuma hipótese, é que quando o Direito Penal flexibiliza as suas categorias de imputação, legitimando punições baseadas em uma periculosidade subjetiva, fundamentada em prognósticos de periculosidade, é inevitável o aparecimento de um “*exceso de punição*” (excesso este medido em relação à real culpabilidade do agente). Para Muñoz, o Direito Penal deve aceitar este excesso, reconhecendo a função *exclusivamente neutralizadora da pena* e qualificá-la de uma “medida de segurança *sui generis*”³⁷⁹. Todavia, em que pese a qualidade de seus argumentos, ainda nos posicionamos a favor de um Direito Penal no qual a culpabilidade do agente ainda seja o limite *inultrapassável* da pena e a função da pena seja exclusivamente de *prevenção*³⁸⁰. Acreditamos que, notadamente em um período como o de expansão do sistema penal e de incremento da punitividade nas sociedades contemporâneas, este “excesso de punição” possa se tornar intolerável, além de desvirtuar todas as garantias de nosso Direito Penal se mal aplicado, desequilibrando a equação entre a prevenção e a defesa social.

Uma outra conseqüência deste adiantamento das barreiras de punibilidade verifica-se no incremento da criminalização de condutas de mera *apologia aos delitos*, demonstrando assim uma manifestação de idéias em defesa dos delitos e/ou um enaltecimento da figura dos

³⁷⁸ A autora pondera que para admitir-se uma periculosidade subjetiva que legitime uma punição é necessário que: a) exista um ato de comunicação *inequívoco* desta periculosidade; b) esta manifestação de periculosidade por parte do autor deve ser *séria*, ou seja, comunicar uma clara disposição de lesar bens jurídicos de importância relevante. (MUÑOZ, Nuria Pastor. *El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal...* cit., p. 534-535).

³⁷⁹ MUÑOZ, Nuria Pastor. *El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal...* cit., p. 543-544.

³⁸⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O Direito Penal...* cit., p. 41.

delinquentes, tendência que ganha força na maioria dos países ocidentais. Para Sánchez-Ostiz esta criminalização dos delitos de apologia se reveste de quatro características básicas, com as quais, adiante-se, concordamos de forma integral: a) adianta as barreiras de punibilidade até um ponto em que resulta duvidosa a legitimidade de uma intervenção penal; b) não demonstra de maneira evidente um incremento da esfera de liberdade dos cidadãos inversamente proporcional à liberdade de expressão restringida; c) se insere em uma lógica de direito penal do autor, uma vez que etiqueta como criminosos, pessoas que estão apenas a exercer sua liberdade de expressão, sem lesão a nenhum bem jurídico; d) cumpre apenas funções instrumentais de prevenção a alguns delitos, fazendo parte, portanto, de uma política criminal de caráter nitidamente intervencionista³⁸¹.

Esta tipificação de delitos de apologia é um dos mais perfeitos exemplos da matriz fundamentalmente simbólica de alguns dos tipos penais “do inimigo”, corroborando as hipóteses de Cancio Meliá acerca deste problema³⁸². Para Sánchez-Ostiz, dada a sua aplicação praticamente nula na Espanha, estas normas são, na sua expressão, “preceitos para serem inaplicáveis” ou seja, não buscam verdadeiramente a criminalização dos agentes, mas sim atuar como um “instrumento contrafático de reafirmação de normas”, voltada muito mais para pacificar a opinião pública e mostrar que o Estado está “atento para o que dever ser feito” do que para efetivamente prevenir delitos. Assim, verifica-se claramente que a intenção sub-reptícia destas normas é realizar uma clara *identificação do inimigo*, pois, através da apologia a delitos, este comunica para a sociedade que “não é um dos nossos”, que está “fora do sistema”, devendo, portanto, ser expurgado do convívio social³⁸³. De modo que estas normas de criminalização da apologia convergem de forma inequívoca para a lógica de demonização/exclusão do outro que perpassa todo o Direito Penal do inimigo³⁸⁴.

³⁸¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *La tipificación de conductas de apología al delito y el Derecho Penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 896-897.

³⁸² Para Cancio Meliá, uma das principais características deste Direito Penal simbólico seria a de que, mais do que criminalizar condutas, estes tipos penais buscam *identificar qualidades do autor que o classifiquem como inimigo* buscando agregar no agente, características de identificação de sua “personalidade contrafática” (para utilizar a terminologia de Jakobs). (JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal do inimigo...* cit., p. 65).

³⁸³ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *La tipificación de conductas de apología al delito...* cit., p. 915.

³⁸⁴ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal do inimigo...* cit., p. 71.

3.4.2) O aumento de pena dos tipos penais “do inimigo”:

Quanto ao incremento significativo das penas no Direito Penal do inimigo, importa ressaltar que, em primeiro lugar, se trata de uma tendência facilmente verificável nos países ocidentais neste momento histórico, tanto no que se refere à pena cominada abstratamente no tipo legal quanto ao aumento do tempo mínimo para a aquisição de benefícios como liberdade condicional, progressão de regime, entre outros, o que não deixa de ser um aumento do *quantum* de pena efetivamente cumprida por outros meios. E, em segundo lugar, que estes aumentos sistemáticos de penas se enquadram totalmente dentro da lógica que subjaz ao Direito Penal do inimigo, ou seja, a conjugação de seu caráter simbólico (uma vez que é lugar comum na moderna criminologia, aliás, lição que remonta a Beccaria, que o simples aumento de penas em nada contribui para a redução da criminalidade), com o aproveitamento dos sentimentos punitivistas nas sociedades ocidentais contemporâneas (visto que a opinião pública na maioria das vezes percebe estes aumentos de pena como positivos), para não mencionar a sua nítida apropriação de princípios de Direito Penal do autor, do qual nos ocuparemos posteriormente e a reafirmação da lógica da pena enquanto medida de neutralização do “inimigo”. A justificativa teórica de Jakobs, que legitima, em última análise, este aumento de penas independente da culpabilidade, é o fato de que, para o penalista alemão, o *quantum* de pena necessário não deve guardar relação com a culpabilidade do indivíduo, mas sim com a quantidade de pena necessária para estabilizar as expectativas normativas da sociedade (Direito Penal do cidadão) e com ao grau de periculosidade fornecido pelo inimigo (Direito Penal do inimigo)³⁸⁵.

Como conseqüência natural deste aumento progressivo das penas, temos o incremento da taxa de encarcerados em praticamente todos os países ocidentais, sendo que em alguns deles podemos mesmo falar de uma explosão da taxa de presos em um período de tempo relativamente curto³⁸⁶, além da precarização dos já precários sistemas prisionais, notadamente nos países menos

³⁸⁵ RESTA, Federica. *Enemigos y criminales. Las lógicas del control*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 749.

³⁸⁶ PAVARINI, Massimo. *Processos de Recarcerização...* cit., p. 137 e ss.

desenvolvidos, que seguiram de perto este aumento nas taxas de encarceramento ocorrido na Europa e nos Estados Unidos sem as menores condições materiais para tanto.

3.4.3) A diminuição das garantias processuais do inimigo:

Em relação à diminuição das garantias processuais para com o inimigo o objetivo é claro: facilitar cada vez mais a condenação dos inimigos e livrar o Estado do “fardo” de ter de fornecer ao inimigo todas as garantias que faculta aos seus cidadãos, além de instituir formalmente um regime de procedimento criminal totalmente paralelo e autônomo, sem correspondência alguma com os direitos garantidos a todos constitucionalmente. Para Jakobs o tratamento dos inimigos de acordo com as regras processuais do cidadão impõe uma série de “ataduras” desnecessárias ao Estado quando este combate seus inimigos:

“Porém, há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada. Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente-cidadão não deva assombrar-se quando se misturam os conceitos “guerra” e “processo penal”. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios, a respeito da personalidade do delinqüente no processo penal, etc. – deveria chamar de outra forma aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.” (grifo no original)³⁸⁷

Por suposto que Jakobs escreve estas linhas em um contexto absolutamente situado, tanto no tempo (referindo-se claramente aos atos terroristas cometidos no 11 de setembro de 2001), quanto no espaço, uma vez que sua teoria é destinada fundamentalmente para países europeus, nos quais o terrorismo há muito deixou de ser uma ameaça para se transformar em fato presente na vida de todos os cidadãos (vide atentados terroristas de Madrid e Londres). Também é correta a assertiva de Jakobs de que o não regramento do processo penal do inimigo resulta em conseqüências ainda piores do ponto de vista prático do que a sua eventual teorização, pelo

³⁸⁷ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo... cit.*, p. 36-37.

menos se assumirmos o que vem ocorrendo em termos de *realpolitik* na atualidade³⁸⁸. Contudo, em que pese estas circunstâncias, sua formulação apresenta sérios problemas. O primeiro, e que nos parece ser o mais evidente, é o fato de que o suposto inimigo já adentra no processo *enquanto inimigo* e, deste modo, privado de antemão de suas garantias. Todavia, ao entrar no processo já na condição de inimigo, somos forçados a concluir que a sua “personalidade de inimizade” já lhe foi conferida anteriormente por meios não jurídicos (ou, ao menos, não por meios jurídicos penais, revestidos de todas as garantias constitucionais). Desta feita, resulta que o suposto inimigo não tem direito de se defender adequadamente nenhuma das vezes, tanto na referente ao julgamento da sua condição de inimigo, quanto no posterior processo penal, o que torna esta “fórmula” para julgar os inimigos de duvidosa legitimidade, para dizer o mínimo.

Segundo Juan Damián Moreno já existe na Espanha (e em algumas leis esparsas no Brasil também, devemos acrescentar) algo muito semelhante a um verdadeiro “processo penal do inimigo” e que assume as seguintes características: a) existência de uma fase preliminar com a interferência de órgãos investigadores especiais; b) possibilidade de recorrer a meios de investigação muito mais incisivos, como agente encoberto, entre outros; c) existência de um regime muito mais flexível no que se refere a facilitar decisões como prisão preventiva, incomunicabilidade do acusado, etc³⁸⁹. O penalista espanhol julga ser possível coincidir as características deste processo com os princípios do *due process of law*, o que pode ser correto a partir da realidade do sistema de justiça espanhol, uma vez que nos falta o conhecimento empírico de tal realidade para dar uma opinião cientificamente válida, contudo, assumindo tais requisitos e trasladando-os para o Brasil, resultaria absolutamente impossível falarmos em um processo penal justo a partir de tais regramentos, notadamente se tomarmos em conta a situação de nossos “inimigos” e o modo como estes já são tratados pela justiça, ainda que formalmente sob o manto de um “processo penal do cidadão”.

³⁸⁸ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo...* cit., p. 21-22.

³⁸⁹ DAMIÁN MORENO, Juan. ¿Un Derecho procesal de enemigos? In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 470-471.

Um outro problema muito grave deste “processo penal do inimigo”, apontado por Cancio Meliá³⁹⁰, e por Luigi Cornacchia³⁹¹, é que o processo penal acaba por se tornar muito mais um instrumento de verificação de uma personalidade (inimiga, claro está) do que de definição e averiguação de um fato punível, aqui percebemos um dos pressupostos desta lógica: é mais importante verificar se a pessoa é um inimigo ou não do que apurar se ele efetivamente lesou algum bem jurídico penalmente relevante, nas palavras de Cornacchia:

“El proceso tiende a convertirse en un instrumento de definición del reo, mas que de prueba del hecho: no se trata tanto de constatar si aquél ha cometido el delito, sino si es un enemigo, un terrorista, un criminal no recuperable; o bien si es un “amigo” (arrepentido, ex miembro, colaborador de la justicia, etc.) Con el uso – a menudo paternalista – de una alternativa entre encarcelación preventiva y colaboración con el Ministerio Fiscal premiada.”³⁹²

3.4.4) A função do Direito Penal do inimigo:

O próximo ponto que devemos nos ocupar é qual a *função* que deve ter um Direito Penal do inimigo, ou, dito de outro modo, qual o papel que este deve ocupar dentro da nossa sociedade. Já verificamos que para Jakobs a função do Direito Penal do cidadão é a manutenção da vigência da norma³⁹³, manutenção esta que decorreria do fato do Estado infligir uma pena a quem viola a norma, reafirmando (por meio de uma comunicação em forma de sanção) perante todos que esta norma (bem como todo o ordenamento) ainda é vigente e que a comunicação decorrente do comportamento desvalioso por parte do agente não é válida³⁹⁴. Assim, Jakobs rompe (ao menos em parte) com a clássica função do Direito Penal que seria a de proteção de bens jurídicos. Para Jakobs a proteção dos bens jurídicos por meio do Direito Penal se daria de uma maneira mediata,

³⁹⁰ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo...* cit., p. 81.

³⁹¹ CORNACCHIA, Luigi. *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 426 e ss.

³⁹² CORNACCHIA, Luigi. *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción...* cit., p. 426.

³⁹³ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – Parte General...* cit., p. 1.

³⁹⁴ Em termos sistêmicos poderíamos dizer que a comunicação do sujeito é uma “comunicação defeituosa” e o seu fato delitivo deve ser considerado como uma “irritação social” da comunidade ordenada. A pena imposta pelo Estado dentro deste contexto seria, então, uma manifestação simbólica de desaprovação, individualizando o significado de seu fato delituoso e manifestando expressamente o equívoco de tal comunicação e, assim, restaurando a vigência do sistema normativo. (POLAINO NAVARRETE, Miguel. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 627).

ou seja, o Direito Penal protegeria os bens jurídicos de modo indireto ao manter a vigência do ordenamento perante os cidadãos³⁹⁵.

Contudo, quando se trata de lidar com os inimigos, a função do Direito Penal modifica-se sobremaneira. Em virtude de sua condição de inimigo, o seu comportamento em desconformidade com o ordenamento jurídico nada pode comunicar, ou melhor, a comunicação de seu comportamento *não é relevante* para a sociedade, uma vez que dele já se espera um comportamento de ataque ao bem jurídico (o inimigo proporciona, nas palavras de Jakobs, uma expectativa “*infinitamente contrafática*”)³⁹⁶. Desta feita, a função original do Direito Penal fica prejudicada, pois não mais se trata de reafirmar a vigência da norma violada com o intuito de que a comunidade de cidadãos continue acreditando na eficácia de seu sistema jurídico, mas tão somente um combate ao perigo que o inimigo proporciona. Assim, segundo Jakobs, enquanto o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, *o Direito Penal do inimigo combate perigos* e esta é a função que deve desempenhar na sociedade. Se a pena no Direito Penal do cidadão quer significar algo (manutenção da vigência da norma), no Direito Penal do inimigo ela nada significa, é pura coação, equiparando-se a uma medida de segurança.

“O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia da segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem porque fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem muitas formas intermediárias”³⁹⁷.

Para Ulfried Neumann, a teoria do Direito Penal do inimigo de Jakobs cumpre uma *função auxiliar* dentro de seu próprio sistema de Direito Penal, de modo que a concepção do “inimigo” é *necessária* para manter sua concepção de “cidadão”³⁹⁸. Isto ocorre, segundo Neumann, porque Jakobs restringe demais a sua função da pena no Direito Penal do cidadão

³⁹⁵ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – Parte General...* cit., p. 3.

³⁹⁶ JAKOBS, Günther. *¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca los presupuestos...* cit., p. 104.

³⁹⁷ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal do inimigo...* cit., p. 30.

³⁹⁸ NEUMANN, Ulfried. *Derecho penal del enemigo...* cit., p. 400.

reduzindo-a a um mero ato comunicativo, visto que, conforme verificamos, a sua única função é a estabilização das expectativas sociais em relação à vigência da norma. Assim, o sistema penal concebido por Jakobs “precisaria” do Direito Penal do inimigo para fechar a lacuna deixada pela sua função da pena restritiva demais, de modo que o seu paradigma do inimigo seria uma consequência lógica de sua teoria levada às últimas consequências. Por isso, seu conceito de Direito Penal do inimigo é necessário para proteger as regras do Direito Penal do cidadão³⁹⁹.

3.5) Críticas à teoria do Direito Penal do inimigo:

Agora que já temos uma visão, tanto dos fundamentos filosóficos e sociológicos da teoria do Direito Penal do inimigo, quanto das suas principais características, é chegado o momento de analisarmos as críticas feitas pela doutrina à teoria do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs. Evidentemente, como se trata de um tema muito polêmico e de ampla repercussão no Direito Penal contemporâneo, a teoria recebeu o mais amplo leque de críticas possíveis, desde as mais bem fundamentadas cientificamente, com preocupações de âmbito filosófico, sociológico, antropológico e jurídico, até as críticas pessoais e rasas em termos acadêmicos, que muito pouco contribuem para o crescimento intelectual do tema.

Logicamente todas as críticas à teoria do Direito Penal do inimigo (como as críticas científicas de uma maneira geral) são situadas, tanto no tempo quanto no espaço, de modo que as objeções realizadas pelos autores alemães diferem das feitas pelos italianos, que por sua vez não guardam identidade com as dos penalistas latino-americanos, exatamente porque a teoria vincula-se de um modo muito diverso a cada realidade social, de modo que muito embora o Direito Penal do inimigo seja um “tipo ideal” vincular-se-á aos sistemas penais de cada país de maneiras distintas.

Assim, quando mencionamos o “combate ao inimigo” temos de ter em mente que este combate se dá de maneiras distintas, pois combater inimigos na Europa ou nos Estados Unidos é

³⁹⁹ NEUMANN, Ulfried. *Derecho penal del enemigo...* cit., p. 401.

muito diferente do que na América Latina, conforme nos lembra Thiago Fabres⁴⁰⁰. Se os países centrais têm de lidar com uma ameaça terrorista cada vez mais presente, os países latino-americanos têm realidades sociais extremamente complexas, onde a fatura convive muito de perto com a escassez e a figura do inimigo no imaginário da sociedade assume contornos muito diversos. Assim, fácil fica perceber que os “inimigos” de um lado e de outro do Atlântico são bastante diferentes⁴⁰¹.

Por isso, fundamental recordar, estamos muito cientes de que quando Jakobs escreveu a sua teoria não pensou jamais em aplicá-la em um contexto sócio-econômico de países de modernidade tardia, como o Brasil, de modo que as críticas de autores da América Latina a teoria do Direito Penal do inimigo sempre devem ser percebidas dentro deste prisma, pois Jakobs não pode ser criticado pela não adequação da sua teoria a determinadas realidades sociais para as quais a teoria não foi sequer pensada. Este argumento vale, por óbvio, para as nossas próprias reflexões desenvolvidas ao longo deste trabalho, localmente situadas como são (e não podem deixar de o ser).

Assim, ao criticarmos a aplicação de tal teoria para o nosso contexto latino-americano, estamos mais criticando as pessoas que, de uma maneira apressada e acrítica, buscam a imediata transposição de conceitos formulados à luz da realidade europeia para o Brasil, do que propriamente Jakobs, que, como já adiantamos, não pensou no Brasil, no Chile, ou na Colômbia para formular as suas conclusões, mas sim para resolver um problema fundamentalmente europeu (e norte-americano poderíamos acrescentar)⁴⁰². Não obstante isto, Alejandro Aponte nos traz um exemplo muito interessante que, de certo modo, corrobora a hipótese de que Jakobs julga ser a aplicação de sua teoria extensível, pelo menos em tese, a todos os países ocidentais e, mais grave, considera que é exatamente nestes países, nos quais convivem compreensões normativas bastante distintas umas das outras, é que obrigatoriamente se tem de chegar a uma situação de Direito Penal do inimigo. Em uma entrevista concedida na Colômbia em março de 2002 (quando visitava o país para receber uma homenagem) Jakobs foi inquirido acerca da aplicação de sua teoria do Direito Penal do inimigo em países como a Colômbia (e o Brasil, pela similitude de contexto) nos

⁴⁰⁰ CARVALHO, Thiago Fabres de. *O “Direito Penal do Inimigo”...* cit., p. 9.

⁴⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 70-81.

⁴⁰² CARVALHO, Thiago Fabres de. *O “Direito Penal do Inimigo”...* cit., p. 4.

quais não é possível falar em *consensos culturais mínimos* que sustentem o Direito (na forma como pensados por Luhmann). Jakobs, ao responder a pergunta formulada, ponderou o seguinte:

“En un país desgarrado, en el que viven grupos con comprensiones normativas diferentes, no puede haber un Derecho penal homogéneo debido a que los conceptos correspondientes de las personas no son homogéneos. *Por eso, obligatoriamente, se tiene que llegar a la situación que yo denomino como la situación del Derecho penal del enemigo.* Con esto mi teoría, según mi concepción, produce algo importante: denomina exactamente la situación en la que un país desgarrado se encuentra, o sea en parte acuñado normativamente y en parte acuñado tan sólo cognitivamente.”⁴⁰³ (o grifo é nosso)

Destarte, podemos concluir que para Jakobs, o fato de alguns países ainda não terem atingido um consenso social mais ou menos estável não é obstáculo para a adoção de uma teoria do Direito Penal do inimigo, mas sim o exato motivo pelo qual a teoria deve ser adotada. E aqui, segundo Aponte, Jakobs chega mesmo a ignorar as próprias concepções de Luhmann, uma vez que para o sociólogo alemão as sociedades necessitariam de uma condição prévia, com ampla vigência do princípio da confiança, para que o Direito pudesse obter a sua plena eficácia, a saber, a estabilização destas expectativas sociais⁴⁰⁴.

Paradoxalmente, um dos motivos pelos quais Jakobs é mais criticado é, ao nosso ver, um dos maiores méritos da sua teoria. Ao utilizar uma terminologia dura, mas correta, chamando de inimigos os que efetivamente assim são tratados, Jakobs expôs de forma brilhante o atual panorama do Direito Penal em nossa época contemporânea, colocando a lume tal questão e trazendo a comunidade científica para debater este assunto em termos muito mais objetivos e seguros dos que os utilizados anteriormente. Desta feita, concordamos parcialmente com Polaino Navarrete e Polaino-Orts quando os mesmos afirmam que a realidade descrita por Jakobs e nomeada por ele como “Direito Penal do inimigo” não é nova, mas precedida por uma tradição histórica da filosofia liberal europeia, o que é verdade⁴⁰⁵. Todavia, não podemos de acrescentar que a sistematização destes conceitos em uma verdadeira teoria do Direito Penal, da forma como realizada por Jakobs, não deixa de cumprir uma certa função legitimadora, ao descrever, desempenha também um papel prescritivo, de importância não desprezível.

⁴⁰³ JAKOBS, Günther. *Apud*: APONTE, Alejandro. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 178.

⁴⁰⁴ APONTE, Alejandro. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 179.

⁴⁰⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 605.

3.5.1) Críticas ao conceito normativo de pessoa:

Uma das críticas mais importantes, e exatamente por isto uma das mais recorrentes, sendo feita por quase todos os doutrinadores que se ocupam do tema do Direito Penal do inimigo, é a censura acerca da *concepção normativa de pessoa* de Jakobs e a sua consequência mais severa, que seria a de que, em uma sociedade que se julga culturalmente avançada e protetora dos direitos humanos, em pleno século XXI, o Direito de países democráticos reconheça que algumas pessoas são “menos pessoas” (alguns doutrinadores chegam mesmo a falar do conceito de “não pessoa”)⁴⁰⁶ do que outras, ainda que isto se dê apenas em um nível jurídico.

Conforme verificamos anteriormente, para Jakobs, o tratamento de “pessoa” conferido pelo ordenamento jurídico perante determinado indivíduo não decorre da sua condição ontológica de humano, mas sim de seu comportamento em relação ao ordenamento normativo⁴⁰⁷. Os indivíduos que fornecem à coletividade uma garantia cognitiva de que se comportarão de acordo com a norma são os “amigos”, e são tratados como pessoa, os que não são hábeis para fornecerem tais garantias são os “inimigos” e não são tratados como pessoa⁴⁰⁸. Assim, todos têm de conquistar e, mais do que isso, manter, sua posição de “amigos”, se quiserem continuar recebendo um tratamento conforme o Direito. Para Jakobs, a própria sociedade, a partir de seus representantes democráticos, tem o direito de escolher quem são os inimigos, decidir em que medida estão eles incluídos ou excluídos, bem como deliberar acerca dos direitos que perderão e dos que ainda terão a possibilidade de manter. Segundo o penalista alemão, uma sociedade não pode prescindir desta exclusão de seus adversários, nas suas próprias palavras:

“El enemigo, por lo tanto, queda excluido, dicho con mayor exactitud, excluido de alguno de sus derechos. Esto podría malinterpretarse en el sentido de que estaría en manos del delincuente abandonar la sociedad, convirtiéndose en enemigo. Esto, sin embargo, no es así; es la propia sociedad la que decide quién está incluido en ella y

⁴⁰⁶ PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo...* cit., p. 42.

⁴⁰⁷ JAKOBS, Günther. *Sobre el concepto del delito contra la persona*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.5 Porto Alegre: CEIP. Janeiro-abril de 2002. p. 168-171.

⁴⁰⁸ JAKOBS, Günther. *Terroristas como personas en Derecho...* cit., p. 82-83.

quién no, y – dicho sea de paso – el enemigo probablemente por regla general preferiría quedar incluido. Además, la sociedad decide *en qué medida* incluye o excluye, y no libera ni al delincuente recalcitrante de su deber de no cometer delitos. En lo que se refiere a la exclusión de derechos, y, en este sentido, el despojo de derechos, sin embargo, la sociedad no puede tomar su decisión de modo desvinculado de lo que se practica cotidianamente, esto es, de su propia realidad, si se pretende que el resultado sea útil para la orientación precisamente en aquella praxis cotidiana. Hablando de modo informal, una sociedad pensada en abstracto puede declarar persona en derecho “a quién, o más exactamente, a lo que quiera”, pero precisamente esta “arbitrariedad” la priva de la fuerza de orientación en la *praxis* diaria. Una sociedad que realmente acontece no puede prescindir de una exclusión más o menos amplia de sus adversarios recalcitrantes.”⁴⁰⁹ (grifos no original)

Zaffaroni não considera admissível que Estados democráticos de Direito possam fornecer a seus cidadãos um tratamento diferente do de pessoa. Para o penalista argentino, este horizonte no qual indivíduos são tratados como “não pessoa” apareceu no mundo contemporâneo devido a uma sistemática priorização da segurança (ou da certeza em relação ao futuro) em detrimento de todos os demais valores para a vida coletiva, em persistindo esta obsessão pela segurança, Zaffaroni pondera que, em um futuro não muito distante, poderá ocorrer a *despersonalização de toda a sociedade*⁴¹⁰.

Ainda com Zaffaroni, a negação da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento jurídico-penal diferenciado que lhe é fornecido, não se tratando, sob nenhuma hipótese, de algo “essencial” a sua condição. Assim, a atribuição do status de inimigo a uma pessoa decorreria fundamentalmente de uma individualização de quem detém o poder para fazê-lo⁴¹¹. Esta ponderação, embora pareça óbvia para quem se debruça sobre tais considerações a partir de um ponto de vista antropológico, não deve jamais deixar de ser mencionada, pois, conforme tratamos no nosso primeiro capítulo, por trás da imputação de um status de inimigo a outrem sempre existe, ainda que de forma velada, a tentativa de *essencialização do outro*, ou mesmo de sua *demonização*⁴¹². Esta tentativa de essencialização do outro sempre visa comprovar que aquela pessoa é um inimigo (e, deste modo, não pode deixar de sê-lo) e não que *foi declarada* como tal.

⁴⁰⁹ JAKOBS, Günther. *¿Derecho Penal del enemigo?...* cit., p. 107.

⁴¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 19-20.

⁴¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 21.

⁴¹² CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: “derecho penal” del enemigo...* cit., p. 363.

Segundo Gracia Martín, Jakobs incorre em erro quando separa a “pessoa normativa” da “pessoa de carne e osso” com o intuito de fundamentar a sua teoria. Quem realiza as ações relevantes para o Direito Penal e quem sofre as conseqüências destas ações é uma “pessoa de carne e osso” e não uma pessoa normativa, de modo que o sujeito de imputação sempre deve ser um indivíduo humano. Assim, prossegue o penalista espanhol, o Direito Penal em uma sociedade democrática só pode se fundamentar baseado em ações de homens responsáveis, não se reportando a um conceito normativo de pessoa, mas sim a um “substrato ontológico de pessoa responsável”, pois é esta responsabilidade que, em última análise, fundamenta o Direito Penal⁴¹³. Esta estrutura ontológica do homem, advoga Gracia Martín argumentando com Pufendorf, está constituída por tudo aquilo que fundamenta o conceito denominado de “dignidade humana”, dignidade esta que não decorre de uma essência racional abstrata do homem, senão de sua existência enquanto sujeito empírico. Esta dignidade humana, por sua vez, fundamenta-se na capacidade que tem o homem de distinguir e escolher, sendo, em última análise, um ser eticamente livre, ressalte-se que esta característica está presente em igual medida em *todos* os seres humanos, o que impediria que alguns fossem considerados “menos pessoa” do que outros⁴¹⁴. Dito de outro modo, se a fundamentação do Direito Penal está baseada na responsabilidade, e esta é igual para todos os homens e decorrente da inescapável condição humana, não há como justificar um tratamento diferente para pessoas de igual valor.

Para Alejandro Aponte, o tratamento dos inimigos como “não pessoa” implicaria um problema adicional (além dos já apresentados), notadamente no que concerne a uma eventual aplicação de um Direito Penal do inimigo na América Latina. É razoável por parte do Estado exigir que todos os indivíduos prestem certeza cognitiva de comportamento de acordo com a norma para serem tratados como pessoas, se o próprio Estado não está em condições de oferecer à grande maioria de seus cidadãos a possibilidade de uma socialização conforme o Direito? A resposta de Aponte para esta pergunta, e com a qual concordamos, é de que Estados que não possibilitam as condições mínimas de socialização não estão legitimados para exigir este respeito incondicional à ordem jurídica, na forma como exigido por Jakobs, tampouco castigar com

⁴¹³ GRACIA MARTÍN, Luis. *Sobre la negación de la condición de la persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 1071-1073.

⁴¹⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. *Sobre la negación de la condición de la persona...* cit., p. 1074-1075.

condições duríssimas os que não o fazem⁴¹⁵. Assim, países com enorme desigualdade social, déficit intenso das condições mínimas de cidadania e carentes de um consenso normativo forte não podem buscar aí o fundamento da utilização de um Direito Penal do inimigo, conforme concluiu Jakobs, mas, muito pelo contrário, aí encontrarão as razões mesmas para a sua não adoção.

Um outro nível de crítica, deveras pertinente, é trazido por Piña Rochefort. Para o penalista chileno, a consolidação do conceito normativo de pessoa de Jakobs implicará não somente a ruptura do nosso sistema penal “clássico”, mas também a própria reconfiguração do mesmo sob novas bases, uma vez que o conceito de pessoa restará irremediavelmente alterado pela adoção do paradigma do inimigo⁴¹⁶. Em que pese concordarmos integralmente com suas conclusões, nos permitimos ir um pouco além e inverter a sua argumentação. Para nós é exatamente porque a nossa estrutura social já trabalha com um novo conceito de pessoa, resultado do câmbio de modelo social da “sociedade da inclusão” para a “sociedade da exclusão”, que uma teoria como o Direito Penal do inimigo pode ser pensada, e, mais do que isso, gozar de um elevado grau de legitimação perante significativa parcela da população (não obstante grande parte da doutrina ainda se posicionar de forma contrária). Desta feita, se nossas conclusões estão corretas, a alteração do conceito de pessoa nas sociedades ocidentais contemporâneas é menos consequência do Direito Penal do inimigo do que causa, este só existe porque aquela o precede.

3.5.2) O Direito Penal do inimigo como Direito Penal do autor:

Outra crítica comumente direcionada à teoria do Direito Penal do inimigo é de que este romperia com as bases tradicionais do Direito Penal clássico, que pune baseado na comprovação de uma conduta típica, ilícita e culpável por parte do agente, ou seja, fundamentando-se em *factos*. Para Cancio Meliá, no que concerne ao Direito Penal do inimigo, não há que questionar se este

⁴¹⁵ APONTE, Alejandro. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 181.

⁴¹⁶ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la “persona” aspectos del proceso de formación de una estructura social*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 1071-1073

cumpra melhor ou pior o princípio do fato, como usualmente se faz em relação a outros tipos de adiantamento das barreiras de punibilidade, mas sim que o paradigma do inimigo rompe de uma forma total e completa com este princípio, sendo absolutamente incompatível com seus postulados⁴¹⁷. Ainda com Cancio Meliá, um Direito Penal do inimigo ainda resultaria incompatível com a teoria da prevenção geral positiva (teoria defendida por Jakobs para o Direito Penal do cidadão) por estar assentado, não na culpabilidade do agente, mas sim sob a definição das categorias de sujeito, procurando verificar se este apresenta uma conduta de fidelidade ao ordenamento jurídico ou não⁴¹⁸.

Um dos principais avanços do Direito Penal liberal, decorrente do iluminismo, foi exatamente o seu gradativo processo de laicização, conforme já verificamos no segundo capítulo deste trabalho, quando este abandonou a punibilidade de determinada moral, religião, ou mesmo a de inimigos considerados “intrinsecamente maus”, e passou a punir estritamente fatos previamente descritos como delitos. Deste modo, a punição em virtude da personalidade pretendida pelo Direito Penal do inimigo não representaria nada mais que um retrocesso de proporções consideráveis, invertendo o fluxo histórico do sistema penal, que era de uma progressiva liberalização. Segundo Cancio Meliá, uma sociedade baseada em um modelo de Estado Democrático de Direito não pode admitir no seio do seu ordenamento jurídico a categoria de inimigo:

“(...) la gracia del Derecho penal moderno, precisamente (y de una teoría que lo describa adecuadamente), está en que *la pena* no reacciona ni frente a maldad (contra pecadores) ni frente a la nuda peligrosidad (contra enfermos), sino frente a manifestaciones de sujetos culpables que ponen en cuestión las características (esenciales) de la configuración de la sociedad (si así se quiere: contra ciudadanos equivocados). No hay enemigos en Derecho penal, por lo que de hecho, todos los seres humanos son ciudadanos (o, si se quiere: se les eleva artificialmente a esa condición). Los “ataques” de sujetos imputables o son actos de guerra e sentido estricto, o son delitos, *tertium non datur*.”⁴¹⁹ (grifos no original)

De acordo com Massimo Donini esta tendência de aceitação de um Direito Penal do autor, ou, para utilizar a sua terminologia, Direito Penal orientado ao autor, não fará mais do que institucionalizar e legitimar o atual funcionamento do sistema punitivo, tendo em vista que

⁴¹⁷ CANCIO MELIÁ, Manual. *De nuevo: “derecho penal” del enemigo...* cit., p. 374.

⁴¹⁸ CANCIO MELIÁ, Manual. *De nuevo: “derecho penal” del enemigo...* cit., p. 375.

⁴¹⁹ CANCIO MELIÁ, Manual. *De nuevo: “derecho penal” del enemigo...* cit., p. 376.

qualquer análise de caráter criminológico da população carcerária verificará que nosso “Direito Penal do cidadão” já é orientado ao autor, ainda que não de um modo formal⁴²⁰. A crítica de Donini é correta no sentido de mostrar as fragilidades do Direito Penal do fato na sua aplicação prática, todavia, é importante que se ressalte, devemos sempre separar, ainda que somente para efeitos de análise, o *ser* do *dever ser* do sistema penal, de modo que a constatação de sua seletividade não pode justificar alterações normativas, de acordo com a Lei de Hume, que conclui que de fatos descritivos não se retiram conclusões prescritivas.

Uma reflexão que também se faz necessária, é aquela que pondera acerca das qualidades ou características, que deve ter este autor para ser qualificado como inimigo. Jakobs constrói toda a sua estratégia de argumentação instrumentalizando o Direito Penal do inimigo para o combate ao terrorismo, ou melhor, aos terroristas, que seriam a própria encarnação (demonizada) do inimigo⁴²¹. Logicamente, aos olhos de um público apavorado com a idéia de sofrer atentados terroristas (podendo este risco ser real ou putativo, aqui não importa), a aceitação de um Direito Penal do inimigo parece ser um mal menor a ser suportado, estamos tentados a dizer mesmo que, na maioria das vezes, é percebido como um benfazejo alívio. Não obstante, uma investigação de cunho científico acerca da nossa conjuntura social, nos leva a crer que, em primeiro lugar, a possibilidade de expansão do conceito de inimigo para outros grupos sociais que não os terroristas é deveras forte, e, em segundo lugar, o Direito Penal do inimigo atuará de um modo muito mais freqüente contra estas outras categorias de inimigo do que propriamente contra os terroristas.

Grosso García percebe pelo menos quatro grupos sociais, facilmente identificáveis, candidatos a também assumir o posto de inimigo. Em primeiro lugar, estariam aqueles grupos que, sem efetivamente apresentar uma particular inimizade à sociedade, ainda assim são percebidos socialmente como fonte de perigo, enquadrar-se-iam nesta categoria os inimputáveis e os delinquentes famélicos, bem como certas condutas de minorias ou imigrantes. Em segundo lugar poderíamos ter os delinquentes habituais, tais como traficantes, falsários, ladrões profissionais, delinquentes sexuais, entre outros. Um terceiro grupo poderia ser o dos membros

⁴²⁰ DONINI, Massimo. *El Derecho Penal frente al “enemigo”...* cit., p. 654.

⁴²¹ JAKOBS, Günther. *Terroristas como personas en Derecho...* cit., p. 89

de organizações criminosas, ou seja, pessoas que, organizando seus esforços coordenadamente, fazem da atividade criminosa uma verdadeira empresa visando o lucro financeiro, como a máfia, os cartéis de distribuição de drogas, etc. Por fim, o quarto grupo de inimigos seria o dos delinquentes políticos, os próprios terroristas, os membros de organizações de caráter separatista, seitas religiosas extremistas e outras associações de caráter marginal, (e aqui no Brasil poderíamos acrescentar os movimentos sociais de cunho contestador e/ou reformista, como o Movimento dos Sem Terra, por exemplo)⁴²².

Deste modo, esta perigosa ampliação do conceito de inimigo pode ter um efeito socialmente muito mais danoso do que se o Direito Penal do inimigo fosse realmente apenas utilizado contra os terroristas (os quais, acrescentamos, são muito mais relevantes pela sua importância simbólica do que efetivamente estatística). Esta preocupação não se revela de modo algum desmesurada quando percebemos que, inúmeros instrumentos de caráter penal, originariamente concebidos para combater determinado problema, acabam por se desvirtuar totalmente de sua função original, atuando em outras lógicas de controle social para a qual sequer foram concebidos, notadamente em períodos de expansão do sistema punitivo, como agora.

Este câmbio de um modelo de Direito Penal do fato para um Direito Penal do autor pode ter grandes consequências, notadamente se refletirmos sobre estas questões pensando no longo prazo. Uma das que nos parece mais relevantes, além das já apontadas aqui, e que é trazida por García Amado, é a de que nesta configuração social que se avizinha, o Direito Penal passa a ser um equivalente funcional dos subsistemas sociais outrora encarregados de fornecer aos cidadãos os valores e crenças do que convencionalmente se chama de “boa vida” ou de uma “vida correta”. Assim, posto que estes subsistemas extra coercitivos (moral, religião, educação, etc.) não mais conseguem cumprir suas funções com a eficácia necessária, devido à complexificação da sociedade e do pluralismo social e cultural dominante, um Direito Penal do autor estaria gradativamente a assumir tais funções, buscando pela via punitiva uma homogeneização do comportamento dos indivíduos que não mais pode ser buscada de outras formas⁴²³.

⁴²² GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *¿Que es y que puede ser el Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 14-15.

⁴²³ GARCIA AMADO, Juan Antonio. *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 922-923.

3.5.3) O Direito Penal do inimigo como estratégia de (re)configuração social:

Uma outra ponderação que se faz à teoria do Direito Penal do inimigo, e que julgamos ser absolutamente pertinente, é a aproximação deste com estratégias de reconfiguração social, ou, dito de outro modo, de sua atuação enquanto mero meio de controle social, desvinculado da proteção de bens jurídicos necessários para um convívio harmonioso em sociedade.

Cancio Meliá percebe, com muita acuidade, que as condutas para as quais se reclama a intervenção do Direito Penal do inimigo são exatamente as condutas que afetariam elementos de especial vulnerabilidade em relação à identidade social, podemos dizer que se estes elementos fossem seriamente questionados, poderiam por em dúvida o “normal” funcionamento da sociedade (pensemos no sentimento de pertencimento a um determinado Estado nação, por exemplo). Para Cancio, a exclusão deste grupo de indivíduos por parte do Estado se trata de uma resposta funcionalmente inadequada, pois praticamente obriga estes a um questionamento “desde fora”, fortalecendo mesmo a idéia de que esses valores precisam ser questionados por serem injustos e opressores⁴²⁴. Na verdade, a melhor resposta que poderia ser dada pelo Estado em relação a estes indivíduos, e que seguramente contribuiria para tornar nossas sociedades locais mais agradáveis de se viver, seria exatamente a de que a negação destes valores deve ser tratada como um delito normal, pelas regras normais da sociedade e não como um ato de guerra:

“Si esto es así, es decir, si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama “Derecho penal del enemigo” está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial *debe estar en la manifestación de normalidad*, en la negación a la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal “normal”. Así se niega al infractor la capacidad de cuestionar, concretamente, esos elementos esenciales amenazados. Dicho desde la perspectiva del “enemigo”, la pretendida autoexclusión de la personalidad por parte de éste – manifestada en la adhesión a la “sociedad” mafiosa en lugar de a la sociedad civil, o en rechazo de la

⁴²⁴ CANCIO MELIÁ, Manual. *De nuevo: “derecho penal” del enemigo...* cit., p. 370.

legitimidad del Estado en su conjunto, tildándolo de “fuerza de ocupación en el País Vasco – no debe estar a su alcance, puesto que la cualidad de persona es una atribución. Es el Estado quien decide, mediante su ordenamiento jurídico, quién sea ciudadano y cual es el estatus que tal condición comporta: no cabe admitir apostasías del estatus del ciudadano. La mayor desautorización que puede corresponder a esa defección intentada por el “enemigo” es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor.”⁴²⁵ (grifos no original)

Não poderíamos concordar mais. Quando o Estado, por meio de uma declaração unilateral, conclui que uma parcela de seus habitantes não são cidadãos, mas inimigos, a tendência natural é a de um acirramento deste conflito, que passa então efetivamente a ser resolvido na esfera da violência, uma vez que todos os canais democráticos de solução de problemas são fechados. Afinal, quando pessoas são declaradas como inimigos, a tendência é que a partir daí elas comecem a agir como se inimigos fossem (ainda que antes assim não se sentissem), de modo que este pretenso endurecimento estatal tende a ser contraproducente, não apenas em um nível teórico, como estamos analisando neste trabalho, mas em um nível prático também, gerando apenas um alargamento das diferenças outrora existentes⁴²⁶. Assim, segundo acreditamos, a solução que mais se aproxima do ideal é uma tentativa de aproximação com relação a estas pessoas, oferecendo-lhes todas as garantias constitucionais que a cidadania proporciona, de modo que elas se sintam “parte” do Estado tanto quanto possível, para, então buscar abrir os canais de diálogo.

Para Cornelius Prittwitz é quando o Estado constrói os seus inimigos, retirando destes as suas garantias constitucionais, excluindo-os do Estado Democrático de Direito, que encontra verdadeiramente inimigos, de modo que estes seriam mais “construídos” do que efetivamente “reais”. Assim, para o penalista alemão, devemos continuar o processo histórico de racionalização de nossa política criminal, seguindo a tradição iluminista de nosso Direito Penal liberal. Este processo deve vir acompanhado de uma “des-dramatização” do cenário atual de crise, no qual as nossas decisões devem ser racionalmente fundamentadas e não baseadas em impulsos imediatistas, bem como de um desmanche da suscetibilidade populista de nossa política criminal atual⁴²⁷.

⁴²⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: “derecho penal” del enemigo...* cit., p. 370-371.

⁴²⁶ PRITTWITZ, Cornelius. *La desigual competencia entre Seguridad y Libertad...* cit., p. 51.

⁴²⁷ PRITTWITZ, Cornelius. *La desigual competencia entre Seguridad y Libertad...* cit., p. 51.

Zaffaroni entende que a adoção de paradigmas próximos ao do “inimigo” representa um esvaziamento da capacidade política de se resolver os problemas por meio de negociações, representando parte da estratégia do poder punitivo que nos últimos tempos vem primando pela preferência da repressão em detrimento do diálogo. De acordo com o penalista argentino, então, estamos assistindo o embate cultural-ideológico de duas formas de resolver as diferenças: a primeira, que prima pelo respeito aos direitos humanos e a segunda, da qual o Direito Penal do inimigo faz parte, que representa o descaso para com a dignidade humana e que fatalmente termina em genocídio. Para Zaffaroni a consciência desta dicotomia tende a ser maior onde as experiências de terrorismo de Estado ainda estão mais vivas na memória dos cidadãos, como na Europa e na América Latina⁴²⁸. Todavia, infelizmente, em ambos os continentes a expansão do poder punitivo (tanto no âmbito quantitativo quanto no qualitativo) parece lograr grande aceitação por parte da população em geral, no velho continente, respaldada pela ameaça terrorista, e, no novo continente, amparada pelo medo das classes médias e altas da violência urbana e do crime organizado.

Grosso García percebe uma gradual transformação do Direito Penal em um “instrumento de pacificação social” e, mais grave, este Direito Penal do inimigo não estaria sendo colocado para estabilizar normas de conduta *já aceitas* na sociedade, senão que o instrumento de pacificação *“traz consigo as próprias normas que devem ser pacificadas”*, de modo que o Direito Penal do inimigo seria, assim, auto-referente protegendo não normas *estabelecidas*, mas normas *a estabelecer a posteriori*⁴²⁹. Se as hipóteses do penalista colombiano estão corretas, e acreditamos que o estão, isto sem dúvida caracterizaria uma reconfiguração das normas de conduta da sociedade a partir do Direito Penal, com este “criando” as próprias situações que deve proteger e não como tradicionalmente ocorre, protegendo uma ordem social que a coletividade considera justa.

“Lo que esto pone en evidencia es que el Derecho penal del enemigo no es una cosa distinta que una estrategia del poder, encaminada a imponer una ideología, utilizando el Derecho penal como instrumento de configuración social, es decir, haciendo del Derecho penal justamente lo que éste no debería ser. De nuevo, si lo que el Derecho

⁴²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 17.

⁴²⁹ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *¿Que es y que puede ser el Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 37-38.

penal del enemigo denota es un *déficit* de pacificación, significa que la norma cuya vigencia contrafática se quiere imponer no es, como el propio Jakobs lo demanda, “una norma *establecida* en la comunicación con anterioridad al hecho”, sino una norma que se pretende establecer mediante la imposición de la sanción penal. Si el enemigo es quien no se ha pacificado y esta pacificación consiste en obligar a determinados individuos a que adopten unos valores que les vienen impuestos desde fuera, o que por lo menos no comparten o aceptan, o no están dispuestos a compartir o aceptar, habría que concluir en que lo advierte Jakobs, al describir el Derecho penal de la sociedad del riesgo global como Derecho penal del enemigo, es que el Derecho penal está dejando de ser un instrumento para mantener el orden social y se está convirtiendo en un instrumento de pacificación de la sociedad.”⁴³⁰

A atual sociedade está passando, e isto é praticamente inquestionável, por um verdadeiro déficit de pacificação social. Entretanto, este déficit, segundo Grosso García, não decorre de uma *pacificação insuficiente*, senão da expressão de uma *nova realidade social*, na qual está ocorrendo uma recolocação dos conceitos que articulavam o discurso da modernidade, discurso este que vinha moldando a nossa sociedade até muito pouco tempo atrás, e, sob certos aspectos, ainda o faz⁴³¹. Acreditamos que muito da insegurança que é característica destes tempos se deve a esta fase de brusca mudança social, onde as pessoas ainda não aprenderam a se colocar nesta nova ordem de uma maneira que lhes confira uma certa dose de tranqüilidade, de modo que o medo ontológico que acompanha os indivíduos pós-modernos e que, em última análise, sustenta teorias como a do Direito Penal do inimigo pode através deste caminho receber uma explicação bastante satisfatória. A determinação da forma que irá assumir esta nova realidade social ainda não está dada de uma forma muito clara, mas é praticamente certo que nesta nova ordem o papel que caberá ao Estado será muito diferente do que teve o Estado nação da modernidade. As relações entre os indivíduos, bem como destes com o Estado devem passar por um redimensionamento, sendo redefinidas de acordo com a posição, ou papel, que cada um assumirá neste sistema⁴³².

3.5.4) O Direito Penal do inimigo como violador dos direitos humanos:

⁴³⁰ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *¿Que es y que puede ser el Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 38.

⁴³¹ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *¿Que es y que puede ser el Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 35.

⁴³² GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *¿Que es y que puede ser el Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 35-36.

Uma das críticas mais recorrentes que se impõe ao Direito Penal do inimigo, e, ao nosso ver uma das mais pertinentes, é a de que o mesmo violaria os direitos humanos, conquistados com séculos de luta e que tem como documento mais representativo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948. André Callegari e Fernanda Dutra questionam acerca da possibilidade de se compatibilizar um sistema penal baseado no paradigma do inimigo com um Estado Democrático de Direito, que assegura a seus cidadãos garantias constitucionais como o devido processo legal, o princípio da legalidade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da presunção de inocência, entre outros⁴³³. A conclusão dos autores, com a qual concordamos na íntegra, é que não há, no Estado de Direito, possibilidade de se admitir a divisão dos indivíduos em categorias como “cidadão” ou “inimigo”, sendo que para os primeiros estão reservadas todas as garantias e para os segundos quase nenhuma⁴³⁴. De modo que, ou escolhemos viver em um Estado de Direito com garantias constitucionais extensíveis a todos, ou optamos por regimes de governo que coloquem em prática tal segregação.

Uma ponderação interessante de Polaino Navarrete e Polaino-Orts, que vem de certa forma em defesa da teoria de Jakobs, e com a qual temos de nos defrontar, é a de que estas normas analisadas por Jakobs (normas de Direito Penal do inimigo) estariam sendo promulgadas dentro de países democráticos, e, mais do que isto, de países portadores de sólida tradição democrática (podemos tomar como exemplo a Inglaterra e os Estados Unidos), de modo que resultaria absurda uma comparação com leis similares promulgadas em países vivendo sob regimes ditatoriais. Estas leis, estariam vigendo para proteger estas democracias, de perigos realmente existentes e situações que o Direito Penal destes países deve ter de enfrentar mais cedo ou mais tarde. Deste modo, segundo os autores, tais normas estariam amparadas em uma presunção *iuris tantum* de legitimidade⁴³⁵.

No que concerne às comparações entre as normas de Direito Penal do inimigo e as normas de regimes ditatoriais, realmente os autores têm razão. No ímpeto inicial de criticar a teoria de Jakobs tanto quanto fosse possível, alguns doutrinadores fizeram comparações não muito

⁴³³ CALLEGARI, André Luis. DUTRA, Fernanda Arruda. *Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 335.

⁴³⁴ CALLEGARI, André Luis. DUTRA, Fernanda Arruda. *Derecho penal del enemigo...* cit., p. 337.

⁴³⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo...* cit., p. 636

adequadas do ponto de vista científico, além de utilizarem-se de argumentos *ad hominem* contra a pessoa de Jakobs, prática que, é desnecessário dizer, em nada contribui para a clareza do debate⁴³⁶. Todavia, o fato das sociedades ocidentais viverem em regimes democráticos, não significa que leis que violem os próprios pilares da democracia (como algumas leis de Direito Penal do inimigo) possam ser promulgadas e aplicadas, sob pena de estarmos a implodir a democracia democraticamente. Um dos objetivos mesmos da democracia é a proteção dos grupos minoritários que nela vivem, de modo que esta não se degenere em um regime de opressão da maioria sobre a minoria. Assim, ilegítimo justificar a “*capitis diminutio*” de alguns para fortalecer a segurança de outros.

Uma outra crítica muito importante, que é feita por Zaffaroni, é a de que, muito embora o foco da crítica sempre esteja voltado para o tratamento dispensado pelo Estado aos inimigos, quando se adota um verdadeiro Direito Penal do inimigo, os direitos e garantias de *todos os cidadãos* são, em maior ou em menor medida, violados. Conforme pondera o penalista argentino, é necessária muita ingenuidade para acreditar que tais medidas se aplicarão apenas e somente aos inimigos. Logo, somos forçados a concluir que, para que se capture e puna os inimigos, o controle social sobre *todos* os indivíduos será incrementado, sem mencionar que todos os “cidadãos” correm o risco de, eventualmente, serem confundidos com algum “inimigo” e sofrerem o tratamento destinado a este⁴³⁷.

“Portanto, admitir um tratamento penal diferenciado para *inimigos* não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, como único modo de identifica-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, condenações e penas a inocentes.

⁴³⁶ Semelhantes ponderações também são realizadas por Guillermo Orce. ORCE, Guillermo. *Derecho penal del enemigo: influencia de una Idea negativamente cargada en la solución de casos límite*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 411-412.

⁴³⁷ Importante recordar um caso de “dano colateral” de alguém que foi confundido com um inimigo e recebeu (sumariamente) o tratamento a estes dispensados. Trata-se do brasileiro Jean Charles de Menezes, um imigrante do Brasil que morava na Inglaterra, foi confundido com um homem bomba pelos policiais no metrô de Londres, e prontamente assassinado com oito tiros à queima-roupa dia 22 de Julho de 2005. Os policiais britânicos pensaram que Jean Charles fosse um terrorista árabe que havia participado do atentado terrorista que atingiu o metrô de Londres quatro dias antes. O caso causou grande repercussão no Brasil, na Inglaterra, bem como nos demais países ocidentais em geral. A família de Jean Charles ainda luta na justiça para receber a devida indenização. Os policiais que o assassinaram foram inocentados pela corregedoria londrina, em que pese denúncias do jornal britânico *Daily Telegraph*, do dia 16 de novembro de 2005, acusarem a polícia de Londres de utilizar munição de ponta oca para matar Jean Charles, armamento proibido pela Declaração de Haia.

Imaginar que é possível incrementar o poder punitivo com relação a *inimigos* não identificáveis *ab initio* é uma ingenuidade, para não dizer uma falta de senso. O que se discutirá, nesse caso, será se é possível reduzir as garantias de toda a população frente ao aparato repressivo e impor-lhe os controles, limitações e eventuais penalidades indevidas como consequência, em homenagem a uma pretensa e mais do que duvidosa eficácia da empresa *humanitária* do poder punitivo que declara perseguir apenas a neutralização do risco da emergência do momento.”⁴³⁸ (grifos no original)

Acreditamos que as ponderações de Zaffaroni devem ser tomadas muito a sério, notadamente em países que ainda carecem de uma tradição democrática mais sólida, como o Brasil. Caso a tendência da política criminal atual se mantenha, e legislações do “inimigo” continuem a ganhar força, certamente em Estados que ainda não se livraram de todo o caráter autoritário de outrora, com suas democracias ainda adolescentes (a Constituição Federal do Brasil ainda não completou vinte anos), o pretexto de combate ao inimigo será uma das justificativas mais utilizadas para uma ampliação do controle social sobre todos os demais, pois do ponto de vista do poder punitivo, qual o melhor meio para descobrir os inimigos se não investigando criteriosamente a vida de todos?

3.6) O Direito Penal do inimigo no Brasil:

A comparação da doutrina estrangeira sobre o Direito Penal do inimigo, relatando o estado da arte em diversos países, como Alemanha, Espanha, Itália, Estados Unidos, Inglaterra, Colômbia, com a situação brasileira atual, nos leva a acreditar que temos de ser bastante cautelosos ao falar em Direito Penal no Brasil, pois claramente ainda não estamos no patamar de alguns destes países. Todavia, a situação social que propicia e legitima tais técnicas legislativas parece não diferir em nada da de outros países ocidentais. Também no Brasil temos uma situação de expansão desmesurada do sistema penal, notadamente da década de noventa em diante⁴³⁹, também aqui a população, notadamente as camadas médias e altas, reafirma nos meios de comunicação de massa a sua insegurança, conclamando o Poder Legislativo para a aprovação de leis cada vez mais rígidas, o sentimento do “brasileiro médio” é o de uma crescente

⁴³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 178.

⁴³⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Tendências do controle penal...* cit., p. 173-186.

impunidade⁴⁴⁰, tanto no que se refere aos crimes de colarinho branco quanto em relação aos criminosos “comuns” e a utilização do caráter simbólico do Direito Penal, de sua instrumentalização para finalidades populistas, via de regra com fins eleitorais, também se faz muito presente no nosso país.

O que parecia faltar à sociedade brasileira para que o Direito Penal do inimigo ganhasse um impulso definitivo no nosso país era, exatamente, um inimigo. Não padecemos das constantes ameaças de terrorismo que se abatem sobre os Estados Unidos e a Europa, tampouco temos em nosso território grupos separatistas de cunho político, como o ETA (*Euskadi Ta Askatasuna* – Pátria Basca e Liberdade) na Espanha ou o IRA (*Irish Republican Army* – Exército Republicano Irlandês) na Inglaterra, também não contamos com grupos guerrilheiros de vertente socialista, como as FARC (*Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia*) colombianas ou o EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) do México. Contudo, acreditamos que, na atualidade, finalmente o Brasil encontrou seu inimigo, seja através das organizações criminosas que comandam o tráfico de drogas nos morros do Rio de Janeiro (Comando Vermelho, Terceiro Comando, Amigos dos Amigos), ou através de seu similar paulista, o PCC (Primeiro Comando da Capital). Deste modo, acreditamos que, infelizmente, a tendência do Direito Penal do inimigo no Brasil é a de receber um notável impulso.

Conforme já mencionamos anteriormente, a adoção de um Direito Penal do inimigo no Brasil ocorre de um modo algo diverso do que acontece nos países mais desenvolvidos, e isto se dá, fundamentalmente, por duas razões. Em primeiro lugar nossa estrutura social é muito diferente dos países europeus dos Estados Unidos, visto que na nossa sociedade convivemos com uma desigualdade social em níveis muito elevados. E, em segundo lugar, porque os inimigos que o Direito se propõe a combater são também bastante distintos⁴⁴¹. Por isso, a tendência do Direito

⁴⁴⁰ ADORNO, Sérgio. *Exclusão socioeconômica e violência urbana...* cit., p. 104.

⁴⁴¹ Um outro fator que sem dúvida amplia a possibilidade de punição aos “inimigos”, notadamente quando estes fizerem parte do crime organizado, é a figura do “agente infiltrado”, em uma clara aproximação com a política criminal norte-americana. A princípio nos parece que, se utilizada estritamente de acordo com a lei e a Constituição Federal esta figura parece legítima, contudo, em contextos que a luta contra a criminalidade parece, por vezes, ser mais importante que o próprio respeito a princípios processuais-penais como o da Legalidade, convém que os tribunais interpretem esta legislação de um modo a compatibilizá-la com os nossos princípios constitucionais. Sobre a figura do “agente infiltrado” no Brasil e o modo como os tribunais norte-americanos vêm se posicionando sobre seu uso ver: KNIJNIK, Danilo. “*A serpente me seduziu e eu comi*”. O “*agente infiltrado*”, “*encoberto*” e “*provocador*”: recepção, no direito brasileiro, das defesas do “*entrapment*” e da “*conduta estatal ultrajante*” como

Penal do inimigo no Brasil é continuar criminalizando os que sempre foram criminalizados, ou seja, a classe mais humilde da população, agora sob a nova roupagem de “inimigos”.

“El Derecho penal no se expandió solamente en el continente europeo, sino que dicho fenómeno ha tenido también notable recepción desde hace algunos años en Iberoamérica, pero con algunas características propias que le imprimen un sello diferente. En tal sentido, se puede observar que en Europa el intervencionismo penal estuvo orientado, principalmente, a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes, comprendiendo, entre otros, a delincuentes ecológicos y económicos. Por el contrario, en nuestra región el crecimiento del Derecho penal opera intensamente sobre la criminalidad de los sectores más humildes, extendiendo un manto de Derecho penal muy tenue sobre la criminalidad de elite. Además la escalada del discurso punitivista iberoamericano tiende a encontrar “*enemigos*” diferentes a aquellos a los cuales el Derecho penal europeo les ha *declarado la guerra*.”⁴⁴² (grifos no original)

Não podemos deixar de concordar com Thiago Fabres quando o mesmo conclui que, no Brasil, esta expansão punitiva, somada à adoção do paradigma do inimigo, irá redundar no “*Direito Penal do homo sacer da baixada*”⁴⁴³. Temos o combate ao crime organizado (elevado, aqui, à categoria de inimigo fundamental) como justificativa para uma ampliação ainda maior do poder punitivo, que ao fim e ao cabo, redundará em mais punição aos punidos de sempre. Conforme mencionamos no segundo capítulo, leis como a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), a Lei do Crime Organizado (9.034/95) e a Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (10.792/03), quando aplicadas em desconformidade com os princípios e garantias individuais dispostos na Constituição Federal, poderiam vir a configurar uma verdadeira “criminologia de guerra”, suprimindo garantias processuais, hipertrofiando e endurecendo o tratamento penal no Brasil⁴⁴⁴. Assim, sob a justificativa do “combate ao crime organizado”, as violações (recorrentes) aos direitos humanos das classes menos favorecidas no Brasil parecem ganhar uma nova sobrevida, restando o “Direito Penal do cidadão” restrito a uma ínfima parcela da sociedade brasileira⁴⁴⁵.

No que concerne a introdução de um Direito Penal do inimigo no Brasil, podemos adotar sem reservas o conceito de Mirentxu Bidasolo do “*Direito penal dos cidadãos de terceira categoria*”, em que pese este ter sido formulado para melhor compreender a última reforma do

meio de “*interpretação conforme*” da Lei nº 9.034/95. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.10 Porto Alegre: CEIP. Janeiro-junho de 2004. p. 13-29.

⁴⁴² LASCANO, Carlos Julio. *La “demonización” del enemigo...* cit., p. 205.

⁴⁴³ CARVALHO, Thiago Fabres de. *O “Direito Penal do Inimigo”...* cit., p. 22-38.

⁴⁴⁴ CARVALHO, Thiago Fabres de. *O “Direito Penal do Inimigo”...* cit., p. 34.

⁴⁴⁵ CARVALHO, Thiago Fabres de. *O “Direito Penal do Inimigo”...* cit., p. 38.

Código Penal espanhol. Para este autor, a lógica da expansão do Direito Penal se dá de duas formas distintas, não se processando de uma maneira uniforme. Para o “Direito Penal dos cidadãos de primeira categoria” as garantias tendem a ser mantidas quase que em sua totalidade, e as penas são usualmente mais brandas, raramente resultando em uma reclusão muito prolongada (isso para o caso de ocorrer alguma condenação), esta “modalidade” de Direito Penal compreenderia os delitos da criminalidade econômica, tributária e financeira, além dos delitos contra o meio ambiente e contrários à administração pública. Já para os “cidadãos de terceira categoria” as garantias processuais tender a ser mais escassas e as penas maiores, podendo resultar em longos períodos de reclusão, estes delitos são em geral delitos associados ao tráfico de drogas e a “baixa criminalidade” como furtos, roubos, etc⁴⁴⁶.

Para sua adaptação à realidade brasileira, o conceito do penalista espanhol pode ser combinado com a análise, exposta por nós no segundo capítulo, do conceito de *subcidadania* de Jessé Souza. Assim, no Brasil teríamos o Direito Penal do cidadão para os cidadãos (de fato e de direito) e o Direito Penal do inimigo para o subcidadão (cidadão de direito, mas não de fato). Assim, percebemos que no Brasil o subcidadão é o candidato a inimigo por excelência, poderíamos dizer mesmo um *quase-inimigo* (pronto para assumir tal papel quando for necessário). Desta feita, se Bidasolo pode falar em “cidadãos de terceira categoria”⁴⁴⁷ (mas ainda um cidadão) na Espanha, no Brasil falamos de um “subcidadão”⁴⁴⁸ (ou aquele que está um degrau abaixo da cidadania), que nem é percebido pelo restante da sociedade como cidadão, nem percebe a si mesmo enquanto tal.

Este tratamento diferenciado do Direito Penal (do inimigo) em relação ao “nível de cidadania” existente, pode ser mais perceptível ainda quando nos damos conta de que, em que pese a expansão do Direito Penal estar (em um nível teórico) justificada no combate ao crime organizado, o controle social mais intenso acaba por ser exercido sobre as camadas mais frágeis

⁴⁴⁶ BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del Código Penal. Tiende el Derecho penal hacia un “Derecho penal de dos velocidades?”* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006. p. 384.

⁴⁴⁷ BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Sistema de penas y líneas políticocriminales...* cit., p. 392.

⁴⁴⁸ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania...* cit., p. 166-167.

(economicamente) da sociedade, seja porque são os mais visados pelo sistema punitivo, seja porque têm menos possibilidade de se defender quando selecionados⁴⁴⁹.

Para André Callegari e Cristina Motta, já estamos em um estágio de “contaminação”⁴⁵⁰ de nossa legislação ordinária por princípios de Direito Penal do Inimigo não desprezível, ainda que esta contaminação se dê de forma sub-reptícia. Esta contaminação teria se iniciado com a adoção da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), lei esta que, sem trazer tipos penais novos, ampliou a punibilidade de tipos já existentes, já antevendo quais seriam os “inimigos” a serem combatidos aqui⁴⁵¹.

“A idéia posta na Lei dos Crimes Hediondos aproxima-se muito ao que foi dito por Jakobs ao tratar do tema. É que as pessoas que infringem um dos delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos já não participariam do modelo ideal de garantias penais e processuais penais, ou seja, já não vivem dentro da mesma relação jurídica”⁴⁵².

Assim como a Lei dos Crimes Hediondos, outra lei que estaria trazendo de forma manifesta nos seus princípios uma aproximação com o Direito Penal do inimigo é a Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), a Lei 10.792/03. Nesta legislação, que altera o regime de cumprimento da pena, o legislador não mostrou uma adequada técnica legislativa, pois, como já mencionamos anteriormente, elaborou tipos penais que podem, se necessário for, serem extensíveis a praticamente *todos* os detentos, além de não exigir maiores cuidados quando se trata de provar que o apenado realmente pertence a determinada organização criminosa ou não⁴⁵³. De modo que podemos, efetivamente, se não falar de uma adoção plena dos princípios do Direito Penal do inimigo, ao menos de uma “contaminação” da legislação ordinária por parte deste, outra não é a opinião de Callegari e Motta:

⁴⁴⁹ Bidasolo reporta que mesmo após a reforma do Código Penal espanhol, a “criminalidade dos poderosos” fundamentalmente recebe penas de multa e/ou penas alternativas, ao passo que a “criminalidade dos pobres” na maioria das vezes é apenada com penas de detenção e reclusão. A situação no Brasil, como pode constatar qualquer estudioso do sistema penal brasileiro, não é nada diferente. (BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Sistema de penas y líneas políticocriminales...* cit., p. 387).

⁴⁵⁰ Esta “contaminação” seria a incorporação, em legislações pretensamente “do cidadão”, de princípios oriundos do Direito Penal do inimigo, ainda que de forma muito velada e de difícil percepção. Estes princípios podem ser tanto na forma de adiantamento das barreiras de punibilidade, quanto por meio de uma inversão do ônus da prova, ou mesmo dificultando a defesa do “inimigo” pela via da supressão de algumas das suas garantias processuais.

⁴⁵¹ CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e Política Criminal...* cit., p. 6.

⁴⁵² CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e Política Criminal...* cit., p. 8.

⁴⁵³ CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e Política Criminal...* cit., p. 9.

“De acordo com o exposto, a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei que criou o Regime Disciplinar Diferenciado demonstram uma contaminação de exclusão, de tratamento desigual, de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, de colocar o cidadão que pratica determinados crimes fora do sistema jurídico normal, criando, de outro lado, um sistema paralelo para pessoas que não se encontram dentro do esperado no contrato social. [...] As características típicas do Direito Penal do Inimigo já se encontram estampadas em nossa legislação, talvez dissimuladas ou rotuladas com outros adjetivos (leis de emergência, de exceção, populistas, etc.). Por isso, embora a obra de Jakobs possa ser criticada sob uma ótica, demonstra, por outro lado, processos legislativos de exceção já existentes, apenas não reconhecidos por este nome. É que no Direito penal do Inimigo se renuncia às garantias materiais e processuais do Direito Penal tradicional, e esse fato já ocorre em diversas leis vigentes no país”⁴⁵⁴.

Concluimos esta parte do trabalho ressaltando que, se a adoção do Direito Penal do inimigo em países dotados de um elevado grau de desenvolvimento material, social e cultural, com sólida tradição democrática e de respeito às garantias dos cidadãos pode se revelar dramática, o que dizer de países como o Brasil, onde (ainda) convivemos com uma desigualdade material abissal, um país onde nossa elite consome como os europeus e os nossos miseráveis morrem de fome como na África, e onde nossa instável democracia não garante um respeito pleno da cidadania de todos (notadamente dos menos favorecidos). Estamos, pois, entregues ao que Zaffaroni, profundo conhecedor da realidade do sistema punitivo da América Latina, denominou de *autoritarismo cool* e sua política criminal de uma pobreza intelectual que nos recorda Hannah Arendt quando bem descreveu a banalidade do mal de Adolf Eichmann, um dos importantes funcionários nazistas responsáveis pelo holocausto. A filósofa alemã nos reporta que sempre pensara que o mal guardava algo de brilhante, intenso, sedutor, insondável, todavia, ao ouvir as declarações de Eichmann ao tribunal de Nuremberg, percebeu que a maldade nada tinha de brilhante; era opaca, bruta, banal, carente de qualquer reflexão crítica acerca de sua própria condição⁴⁵⁵. Terminamos, pois, com Zaffaroni e a recordação da nossa contundente realidade político-criminal da América Latina:

“Como o Estado enfraquecido dos países que levam a pior na globalização não pode resolver os sérios problemas sociais, seus políticos optam por fingir que os resolvem ou que sabem como fazê-lo, tornam-se *maneiristas afetados*, a política passa a ser um espetáculo e o próprio Estado se converte num espetáculo. Os políticos – presos na

⁴⁵⁴ CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e Política Criminal...* cit., p. 10-11.

⁴⁵⁵ ARENDT, Hannah. *Eichman em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 310-311.

essência competitiva de sua atividade – deixam de buscar o *melhor* para preocupar-se apenas com *o que pode ser transmitido de melhor* e aumentar sua clientela eleitoral. Este autoritarismo publicitário *cool* apresenta uma frontalidade grosseira. Porém, como carece de inimigo fixo e também de mito, é desbotado, não tem o colorido do entre-guerras nem a inventividade do biologicismo racista. Seu histrionismo é bem mais patético, sua pobreza criativa é formidável, é órfão de todo e qualquer *brilho perverso*; antes, possui uma horrível e deprimente *opacidade perversa*. Não há monumentos neoclássicos, cientistas racionalizando, paradas ostentatórias; ele é pobre, funciona porque é pouco inteligente, é elementar, não pensa e promove uma *greve do pensamento* ou um *pensamento nulo*, porque explodiria ao menor sopro de pensamento. *O exercício do poder punitivo tornou-se tão irracional que não tolera sequer um discurso acadêmico rasteiro, ou seja, ele não tem discurso, pois se reduz a uma mera publicidade.*⁴⁵⁶ (grifos no original)

⁴⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...* cit., p. 76-77.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Europa ocidental e os Estados Unidos experimentaram (os Estados Unidos na década de 30 e a Europa após a segunda guerra mundial) uma série de políticas públicas que, por meio da intervenção direta do Estado, universalizaram a educação e a saúde, criando uma rede social de proteção que entrou para a história com o nome de Estado Social de Direito (*Welfare State*). Durante este período, a produção industrial e agrícola tiveram um substancial incremento, assim como o desemprego atingiu índices residuais, o que permitiu que uma grande parte da população destes países atingisse uma *cidadania plena*, não apenas no plano formal, mas também no plano material, se entendemos que para o exercício da cidadania é necessário um *mínimo existencial* para a subsistência dos indivíduos. Este modelo de Estado Social de Direito, além de ser o responsável pela superação da crise na qual estavam imersos estes países, está diretamente correlacionado com o maior crescimento econômico do capitalismo ocidental, bem como por uma distribuição de riqueza extremamente significativa tornando, em última análise, a vida das pessoas *melhor*.

Na América Latina em geral e no Brasil em particular, todavia, o Estado Social jamais chegou a existir na sua forma completa, não passando de um *simulacro*. Em que pese tenhamos experimentado um significativo alargamento das competências estatais, com a formação de uma grande burocracia pública, isto não chegou a se refletir em uma efetiva melhora do nível de vida da população em geral, ficando restrito a uma pequena parcela dos habitantes (notadamente a elite e a classe média) que realizaram uma “apropriação” do Estado em benefício próprio, (mandando seus filhos para estudar em universidades públicas, utilizando os recursos do BNH para a aquisição de imóveis a baixo custo, etc...). Não podemos também olvidar que, enquanto nos EUA e na Europa ocidental vicejavam regimes políticos democráticos, a América Latina experimentava um de seus períodos mais duros de sua história com a ascensão de ditaduras militares ao poder.

Conquanto o Estado Social, como já mencionamos, tenha tornado a vida das pessoas melhor, ao expandir a cidadania para quase todos os habitantes destes países, no final da década

de 60 e no início da década de 70 o modelo começou a dar os primeiros sinais de crise. O frágil consenso social que perpassava tanto a direita quanto a esquerda (os primeiros satisfeitos pela segurança das elites e o fim da ameaça comunista, os segundos pela elevação do nível de vida das camadas mais pobres) estava sendo duramente criticado. Os gastos públicos, e o subsequente endividamento dos Estados para suprir uma demanda sempre crescente de direitos foram responsáveis pela *crise financeira*. O modelo de gestão do Estado Social, responsável por criar gigantescas burocracias estatais para seu gerenciamento (burocracias muitas vezes ineficientes é bom que se diga) acabou por fomentar a *crise ideológica*. O crescente individualismo decorrente, em certa medida, da expansão mesma da cidadania, solapou uma das bases do Estado Social que era a solidariedade social dos mais favorecidos com os menos aquinhoados, de modo que a elite e a classe média se viam cada vez menos obrigados a pagar impostos para a continuidade da rede social de proteção e, além disso, os usuários dos auxílios públicos passaram a ser percebidos como ociosos e não como necessitados. Era a *crise filosófica* do Estado Social, como bem concluem Streck e Bolzan de Moraes.

Se o Estado Social já se encontrava fragilizado pelo próprio sucesso do modelo, como já vimos, os ventos neoliberais, potencializados pela globalização econômica e financeira representaram um golpe fatal na sua manutenção. A globalização das economias mundiais representou o fim da instável “aliança” entre o capital e o trabalho, aliança esta que foi diretamente responsável pelo advento do Estado Social. Agora as empresas promovem uma verdadeira competição entre os países para ver quais os que oferecem os menores custos para o capital, o que significa, em última análise, menos Estado Social e mais competição econômica. Assim, os países têm de fazer a difícil escolha entre um modelo com mais empregos e menos direitos (EUA) ou optar por menos empregos e mais direitos (Europa).

Em que pese o Estado Social estar, aparentemente, dando o seu “canto do cisne” nos países desenvolvidos do ocidente, ao menos deixou um legado muito positivo para a sua população. Assim, os cidadãos europeus e norte-americanos (ainda) podem contar com uma saúde e educação (quase) universal o que os coloca, de certo modo, em uma posição muito mais favorável para enfrentar a competição da era globalizatória. É neste momento que percebemos a fragilidade da situação da população brasileira. Quando finalmente promulgamos a nossa

Constituição cidadã de 1988, que assegurava no seu corpo preceitos que deveriam instituir de forma vigorosa o nosso modelo de Estado Social, o sistema já enfrentava todas as crises acima descritas nos países desenvolvidos, o que gerou um hiato entre o modo como a Constituição deveria ser interpretada (e criar, efetivamente nosso Estado Social) e as condições sociais favoráveis para esta interpretação, o que não fez senão confirmar nosso *simulacro* de Estado Social. Desta feita, podemos perceber a fragilidade com que países como o Brasil se inserem nesta assim chamada “economia global”.

A modernidade, representada na sua forma mais significativa pelo Estado nacional na forma como o conhecemos hoje, foi a principal responsável por conferir “identidades sociais” aos indivíduos, em um período no qual a totalidade de sentido da Igreja já de há muito era assunto para historiadores. Logicamente, para construir identidades é necessário efetuar classificações e individualizações, as quais, pela sua própria natureza, têm de necessariamente incluir e excluir ao mesmo tempo. Esta construção de identidade foi baseada na “construção da ordem” acompanhado do objetivo final de “sonho da pureza”. Assim, foi criado um padrão do “nós”, e o objetivo do Estado, por meio de suas instituições, era “transformar em nós” aqueles que “não eram como nós”. Dentro deste projeto, despidendo relatar que o sistema penal teve um papel fundamental, notadamente na sua matriz de cunho disciplinador. O objetivo último deste projeto era criar uma sociedade em que todos fossem “como nós” ou, para utilizar uma terminologia de Jakobs, uma “sociedade de amigos”.

Todavia, em uma fase de globalização, na qual o Estado nacional perde um significativo terreno, as identidades sociais ficam deveras fragilizadas, o que leva a sociedade a procurar cada vez mais “inimigos” (sejam eles internos ou externos), os quais servem para reforçar a identidade do grupo social em torno de um objetivo comum. Assim, a política nas atuais sociedades ocidentais resta enfraquecida na sua capacidade de resolver os problemas sociais, de uma forma definitiva, que se impõem. Quando a política está débil, as distinções de caráter político (amigo vs inimigo para Schmitt, diferente do sentido que Jakobs dá para o “inimigo”) tendem a perder terreno para as distinções de cunho moral (bom vs mau). E é exatamente esta política enfraquecida e perpassada por influências moralizantes, que amplia sobremaneira a sua influência no Direito Penal, por meio do novo equilíbrio entre a Política Criminal e o Direito Penal

normativo. De modo que a tendência é a de uma cada vez maior influência das distinções de caráter moral adentrarem o Direito Penal, o que abre uma perigosa porta para que teorias como a do Direito Penal do inimigo possam surgir e, mais do que isso, se legitimar perante a comunidade científica e a sociedade em geral.

Um dos conceitos fundamentais para compreendermos o modo como esta distinção amigo–inimigo que ocorre na sociedade contemporânea, é o conceito de “*essencialização do outro*” de Jock Young, notadamente quando o aproximamos do conceito de “*pessoa normativa*” de Günther Jakobs. Segundo o conceito de essencialismo, notadamente na sua forma de “essencialismo cultural”, do grupo social, cultural, religioso, nacional, decorrem essências que podem ser válidas para qualificar as pessoas, essencializando-as, aprisionando a sua identidade dentro de um *conceito*, como, por exemplo, imigrante, gay, negro, latino, muçulmano, inimigo, como se estas qualificações fizessem inexoravelmente parte da essência daquela pessoa.

Um dos principais problemas do essencialismo é que ele permite a demonização de determinadas parcelas da sociedade, tanto na forma de grupos sociais quanto na forma de indivíduos. Esta demonização permite que os problemas de determinadas sociedades sejam convenientemente colocados como sendo culpa dos “outros”, sendo que estes em geral são percebidos (e tratados) como marginais dentro do grupo social, uma vez que já possuem um “rótulo” sobre a sua pessoa que o distingue dos demais. Não é necessário ir muito longe para perceber que a essencialização, e a posterior demonização, são peças chave na compreensão da maneira como a lógica do Direito Penal do inimigo se insere nas sociedades contemporâneas.

Esta lógica da demonização é potencializada pelo fato de que as pessoas, por diversas razões, vivem sob um medo intenso na atualidade. Disto decorre que, conforme Prittwitz, a segurança tem sistematicamente levado vantagem sobre a liberdade, na hora em que estes dois valores são ponderados, como quando, por exemplo, temos de aprovar ou não legislações de caráter penal cada vez mais interventivas na vida dos cidadãos, em troca de uma pretensa elevação nos níveis de segurança. Estas novas legislações penais, surgidas dentro deste contexto social, assumem algumas características que a distinguem do que convencionalmente era chamado de “Direito Penal liberal”, como o controle social cada vez mais rígido sobre as parcelas

menos favorecidas da população, uma crescente necessidade de “eficientismo” no Direito Penal, sendo a eficácia no combate ao crime o valor preponderante, e um tensionamento maior entre os “cidadãos” e os “delinquentes”.

Não podemos nos olvidar, também, que esta complexa situação social ocorre em um contexto de acelerada expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais. Esta expansão decorre tanto do aumento do número de bens jurídicos penalmente relevantes, ocorrido devido a modernização da sociedade, como o meio ambiente, o sistema financeiro, as relações de consumo, entre outros; quanto de uma intensificação da proteção penal sobre bens jurídico-penais já existentes. Assim, podemos falar em uma expansão quantitativa e de uma expansão qualitativa do Direito Penal.

O modelo do Estado Social teve significativos reflexos no sistema penal, pois, como é indubitável, as formas punitivas guardam estreita vinculação com a cultura de cada sociedade. Assim, Garland denomina o sistema penal do Estado Social como *penal welfarism* (podemos traduzir como Estado do bem-estar penal). Dentro deste *penal welfarism*, uma vez que a sociedade contava com valores sociais fortes e estáveis, o principal objetivo do sistema penal era resgatar os indivíduos desviantes para uma vida “correta” dentro da sociedade, por isso, em última análise, podemos adotar a terminologia de Young e qualificar tais sociedades como “sociedades de inclusão”, onde o foco da sociedade em geral e do sistema penal em particular era realizar a inclusão dos excluídos; o avanço para a cidadania que não pudesse ser feito pela via do Estado Social era tentado, então, pelo sistema penal.

Duas das principais características deste *penal welfarism* eram o foco na *reabilitação* (sendo esta percebida socialmente como o que legitimava todo o sistema penal) e o *domínio do sistema pelos expertos*, o crime era percebido como um assunto para os especialistas; se o que eles faziam não dava sempre certo, ainda assim era o que de melhor podia ser feito, tanto no que concerne à luta contra a criminalidade quanto no que se refere à reabilitação dos delinquentes. Deste modo, o sistema punitivo era muito pouco permeável à opinião pública, sofrendo poucas influências externas.

A crise do Estado Social teve uma influência direta na derrocada do seu correlato penal, o modelo de *penal welfarism*. O ideal da reabilitação, um dos principais sustentáculos do modelo, começou a ser fortemente questionado, tanto pela esquerda, que via nele uma imoralidade, pois buscava moldar o caráter dos indivíduos de acordo com a conveniência da sociedade, quanto pela direita, que desacreditava da sua eficácia, além de questionar seus altos custos econômicos, a tendência é a de a *ressocialização* ser *gradativamente* substituída pela neutralização como objetivo do Direito Penal. A visão de um sistema penal como “assunto de expertos” também foi duramente afetada pela nova realidade. Devido a vários fatores, como um notável incremento do poder dos meios de comunicação de massa, uma crescente identificação da sociedade com os “direitos da vítima” e não mais com os “direitos do preso”, o próprio incremento do número de crimes, notadamente delitos contra o patrimônio, além do significativo uso político que vem sendo feito do sistema penal, realizaram o que Garland denomina de “abertura” do sistema penal para a população em geral. Assim, temas como a violência, criminalidade, leis penais, pena de morte e maioria penal, estão constantemente na pauta da mídia, sendo, atualmente, um dos principais assuntos de “consumo” da população. O crime, que outrora era percebido como algo distante e que afetava a vida de alguns, passou a ser assunto que diz respeito a todos.

No Brasil a situação se mostra, sem dúvida, muito mais grave que nos países europeus, que experimentaram um verdadeiro Estado Social. Se na Europa este sistema foi diretamente responsável por trazer para o nível da cidadania a maioria da população, no Brasil, uma parcela muito significativa do povo ainda está relegada ao que Jessé Souza denomina de *subcidadania*. Estes subcidadãos, embora formalmente integrados, não o são de uma forma material, que lhe permita exercer a cidadania de uma forma completa; não são percebidos como cidadãos nem pelo poder estatal (vide constantes violações de seus direitos constitucionais por órgãos repressores do Estado), nem mesmo pelas outras pessoas da sociedade (que vêem neles um inferior), e, mais grave, não se percebem como cidadãos plenos, assimilando sua própria condição de inferioridade. Quando estamos a falar sobre um Direito Penal do inimigo no Brasil, fácil perceber quem está em uma situação mais vulnerável para receber a condição de “inimigo”.

O modo como o Brasil realizou seu desenvolvimento, sistematicamente excluindo largas fatias da população do “bolo do crescimento”, gerou uma brutal desigualdade social e

concentração de renda, fato este que levou o Brasil a figurar, até bem pouco tempo atrás, no topo da lista dos países mais desiguais do mundo. As políticas sociais decorrentes da Constituição de 88, conjugadas com os resultados da estabilidade econômica pós plano Real, conseguiram excluir o Brasil do primeiro lugar da lista, mas ainda ocupamos as (vergonhosas) primeiras posições. A desigualdade social cobra seu preço na forma de violência, de modo que a partir da década de 80, fundamentalmente, o país vivenciou uma impressionante explosão da conflituosidade social, notadamente no que se refere as suas metrópoles.

A própria Constituição de 88, ao ampliar a esfera de atuação do Estado, carregou consigo um aumento no número de bens jurídicos penalmente tutelados, de modo que o foco de nosso Direito Penal (ao menos em nível legislativo) passou dos bens jurídicos individuais para os bens jurídicos de caráter supra-individual, difusos e coletivos, seguindo a diretriz básica fornecida pelo novo modelo constitucional. Todavia, conforme já verificamos, este aumento da burocracia estatal em países onde o Estado Social foi falho (para dizer o mínimo) não se verificou em um incremento significativo no nível de vida das pessoas (notadamente se comparado aos países onde o Estado social foi forte). Assim, experimentamos a expansão penal decorrente do aumento da interferência do Estado na sociedade, sem os benefícios do lado social da atuação estatal, de onde decorre que o aumento da intervenção do Estado na vida de seus cidadãos se deu muito mais na esfera penal do que no âmbito social, com conseqüências em nada desprezíveis. Esta mudança de direcionamento do foco do Direito Penal, em que pese ser empiricamente verificável no âmbito legislativo, não alterou de modo significativo a atuação da justiça criminal, em virtude da complexidade dos novos bens jurídicos tutelados e da precariedade do Estado para proteger esta nova modalidade de interesse social. Por isso, os tipos penais mais perseguidos pelo Estado (bem como as condenações penais daí decorrentes) não se alteraram, compondo-se (ainda) na sua grande maioria, de delitos contra o patrimônio (privado) e tráfico de drogas.

A sociedade brasileira, assustada com este incremento da violência urbana, demandou do poder público leis penais cada vez mais severas, na esperança (frustrada) de que leis mais rígidas poderiam acabar com, ou ao menos trazer para níveis aceitáveis, a violência. Assim, surgiu a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), a Lei contra o Crime Organizado (9.034/95) e a Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (10.792/03), entre outras, leis estas que reclassificaram o nível

de lesividade social de determinados delitos, incrementaram de maneira significativa a quantidade de pena para algumas condutas, além de tornarem o regime de execução da pena mais severo.

E é exatamente dentro deste contexto mundial em geral, e brasileiro em particular, que surge a teoria do Direito Penal do inimigo, teoria esta que ganhou projeção mundial por meio do penalista alemão Günther Jakobs. Partindo da teoria funcional-sistêmica de Niklas Luhmann, Jakobs considera o sistema jurídico como *reductor de complexidades*, centrando sua análise não no comportamento fático do homem em si, mas no que ele *comunica* à sociedade com seu comportamento. Partindo de uma concepção social marcadamente contratualista, Jakobs vislumbra no delito uma quebra unilateral, por parte daquele que violou a norma, dos benefícios inerentes ao pertencimento de uma sociedade (estabelecidos por meio do contrato social), o que autoriza o Estado a considerá-lo como excluído da relação jurídica contratual (o que deve acontecer quando se trata de um verdadeiro Direito Penal do inimigo).

Em 1985, primeira vez que foi aventada a possibilidade de um Direito Penal do inimigo, Jakobs adota uma postura descritiva de tal sistema, porém crítica; em 1999, revendo algumas de suas considerações, adota uma postura cautelosa, todavia de aceitação parcial, e, finalmente em 2003 passa a defender a adoção do Direito Penal do inimigo diante do contexto de “guerra” entre as “nações civilizadas” e os “terroristas”. Importante ressaltar que nesta última fase de seu pensamento, uma das maiores preocupações de Jakobs era em relação a uma possível “contaminação” do Direito Penal do cidadão pelas normas de combate ao inimigo, por isso, Jakobs buscava uma sistematização do Direito Penal do inimigo para “isolá-lo” do restante do sistema jurídico.

O Direito Penal do inimigo não pode apenas ser analisado enquanto teoria jurídica, isolado de todo o contexto social e histórico que lhe subjaz, pois tal tipo de análise, em que pese sua importância, de uma forma isolada não consegue chegar à raiz do problema. O Direito Penal do Inimigo deve, pois, ser compreendido como um epifenômeno de nossas atuais sociedades e do estágio de desenvolvimento que elas se encontram. Assim, compreendemos sua aparição (e sua legitimação social) como fruto de uma explosiva combinação do punitivismo, cada vez mais

acentuado na contemporaneidade, com as tendências de expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, sendo que, na forma como compreendemos esta convergência de fatores, o Estado Social (e sua crise) está em um estreito vínculo com ambas.

Em nossa opinião, a teoria do Direito Penal do inimigo é um *efeito de uma crise*, crise esta que tem sua origem em um âmbito cultural muito maior, ou seja, enquanto câmbio de um modelo de sociedade que está em curso. Desta feita, cada característica do Direito Penal do inimigo vincula-se, de uma forma mais ou menos direta, com um dos aspectos desta crise, seja política, econômica, de falta de segurança, e mesmo enquanto reflexo das dificuldades do Direito Penal em oferecer soluções para os problemas que se lhe apresentam. Assim, primeiramente, o inimigo é *responsabilizado pela crise*, a sua responsabilização pela crise produz um efeito tranquilizante na população, pois finalmente encontramos algum culpado, o inimigo assume, então, o papel de *bode expiatório* pela crise, por fim, o ciclo se fecha, ocorrendo a *polarização da sociedade* em dois grupos (o “nós” e o “eles”) de modo que a possibilidade de castigos cada vez mais duros no inimigo resta grandemente aumentada.

O Direito Penal do inimigo possui quatro características básicas, a saber: a) o *adiantamento das barreiras de punibilidade* para estágios bastante afastados da efetiva lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados; b) um *significativo aumento de pena* dos tipos penais que integram estas legislações; c) a diminuição ou mesmo *eliminação de algumas das garantias processuais* básicas, gerando um verdadeiro Processo Penal do inimigo; d) o Direito Penal do inimigo enquanto *‘legislação de luta’*, na qual o Direito Penal deixa de ser a “magna carta do delinqüente” de Von Liszt e passa a ser um *instrumento de combate ao crime* na mão do Estado.

Para sustentar a sua teoria, Jakobs se utiliza do *‘conceito normativo de pessoa’*, o que significa que o tratamento de “pessoa” conferido pelo ordenamento jurídico perante determinado indivíduo não decorre da sua condição ontológica de humano, mas sim de seu comportamento em relação ao ordenamento normativo. Os indivíduos que fornecem à coletividade uma garantia cognitiva de que se comportarão de acordo com a norma são os “amigos”, e são tratados como pessoa, os que não são hábeis para fornecerem tais garantias são os “inimigos” e não são tratados

como pessoa. Assim, todos têm de conquistar e, mais do que isso, manter, sua posição de “amigos”, se quiserem continuar recebendo um tratamento conforme o Direito.

Se este conceito normativo de pessoa já pode ser amplamente criticado em países desenvolvidos (e efetivamente o é), onde o Estado via de regra fornece todas as possibilidades de os indivíduos comportarem-se conforme o Direito, o que dizer de países como o Brasil, país que conta com um grande contingente de subcidadãos? De modo que temos de questionar se é razoável por parte do Estado exigir que todos os indivíduos prestem certeza cognitiva de comportamento de acordo com a norma para serem tratados como pessoas, se o próprio Estado não está em condições de oferecer à grande maioria de seus cidadãos a possibilidade de uma socialização conforme o Direito? A resposta, evidentemente, é a de que não é possível a adoção do paradigma do inimigo em países com as nossas (precárias) condições sociais.

A construção da categoria de “inimigo” em Estados Democráticos de Direito não apenas é contraproducente em um nível teórico, como também no nível prático de atuação do Estado contra a criminalidade. A partir da conceitualização de determinada parcela da sociedade como “inimiga”, é razoável esperar que tais pessoas se comportem como verdadeiros inimigos, ainda que antes assim não se sentissem. Assim, segundo acreditamos, a solução que mais se aproxima do ideal, é uma tentativa de aproximação com relação a estas pessoas, oferecendo-lhes todas as garantias constitucionais que a cidadania proporciona, de modo que elas se sintam “parte” do Estado tanto quanto possível, para, então buscar abrir os canais de diálogo. Parece-nos inquestionável ser essa a solução constitucionalmente adequada a Estados *verdadeiramente* democráticos.

Em que pese a adoção de um Direito Penal do inimigo ser fundamentada, como é evidente, no combate aos inimigos, não é de modo algum razoável esperar que *apenas* os inimigos serão atingidos por seu alcance. Em um contexto social onde *alguns* certamente são inimigos, *todos*, sem exceção, têm de se submeter ao prévio juízo de valoração sobre o seu grau de “inimizade” em relação à ordem social (este juízo prévio de valoração deverá ocorrer no início do processo penal, assim, antes de verificarmos a *conduta* do réu, verificamos se ele é um

inimigo ou não), de modo que a legislação do inimigo, sob a justificativa de combater o inimigo, incrementa o controle social de todos, pois todos, ao menos em tese, podem ser inimigos.

Ainda não podemos falar em um Direito Penal do inimigo no Brasil plenamente em vigor. Podemos apontar, todavia, que as condições sociais para o seu aparecimento já estão presentes, e que já temos algumas legislações esparsas que trazem normas de combate ao inimigo, violando preceitos constitucionalmente garantidos e transformando o processo penal em um instrumento de combate ao crime (ou aos inimigos), de modo que em alguns casos já verificamos a “contaminação” do Direito Penal ordinário pelo Direito Penal do inimigo, contaminação esta que, é essencial que se frise, é abominada até por Jakobs, que tinha por objetivo primeiro evitá-la

Assim, se a adoção do Direito Penal do inimigo em países dotados de um elevado grau de desenvolvimento material, social e cultural, com sólida tradição democrática e de respeito às garantias dos cidadãos pode se revelar dramática, como demonstramos exaustivamente ao longo do trabalho, o que dizer de países como o Brasil, onde (ainda) convivemos com uma desigualdade material abissal, um país onde nossa elite consome como os europeus e os nossos miseráveis morrem de fome como na África, e onde nossa instável democracia não garante um respeito pleno da cidadania de todos (notadamente dos menos favorecidos) e, ressaltando que, antes de nossa população se dividir em amigos e inimigos ela se diferencia entre cidadãos e subcidadãos. Impossível crer, pois, que a diferenciação prévia não determinará a diferenciação secundária.

Por fim, este nosso trabalho apresentou algumas surpresas e mudanças de opinião ao longo de sua elaboração. Talvez a principal delas seja a de que alteramos sobremaneira nossa opinião acerca da teoria do Direito Penal do inimigo. Se antes do início da pesquisa esta nos parecia algo estranho em meio a uma sociedade democrática, protetora dos mais caros direitos à cidadania e dos direitos humanos em geral; hoje temos a convicção de que ela representa a exata medida das alterações pelas quais nossas sociedades pós-industriais do ocidente estão a vivenciar, alterações estas que estão firmemente calcadas em uma maximização do pensamento individualista, consumista, hedonista e instantaneísta, onde os projetos coletivos de um futuro melhor para todos são sobrepujados pela lógica do tudo-para-mim-ao-mesmo-tempo-agora.

Triste mudança de opinião, devemos acrescentar, pois se tal teoria realmente estivesse tão deslocada da realidade social quanto julgávamos nós, muito mais fácil seria a sua contestação. Quanto mais a teoria do Direito Penal do inimigo vincula-se aos anseios da população e à sensação de medo e insegurança por que passam todos (sentimentos estes que são apropriados com maestria por parte dos governantes interessados somente na manutenção do poder), mais complicado fica lançar um contra-argumento com pretensões de convencimento.

Esta mudança dos valores fundantes da sociedade, com a prevalência do individualismo sobre o solidarismo, alterou de um modo muito significativo os mecanismos sociais baseados no binômio inclusão/exclusão. Se em sociedades de valores éticos e morais sólidos e consolidados um dos principais objetivos dos mecanismos sociais era a inclusão dos “ainda não incluídos”, atualmente em nosso grupo social, onde o individualismo e a lógica de mercado, de maximização dos lucros pessoais a qualquer custo são a tônica, a lógica de funcionamento da sociedade é a de uma exclusão cada vez maior dos excluídos. Além disso, os excluídos ainda são percebidos socialmente como os únicos responsáveis pelo próprio fracasso. Todavia, nosso modelo atual de sociedade não produz infelicidade somente para os menos favorecidos, um sentimento de permanente insegurança abate os incluídos, pois eles sempre podem ser vítimas de algum dos excluídos, ou mesmo podem ser vítimas do próprio processo excludente, cruzando a fronteira para o temível lado de lá, onde habitam os candidatos a “inimigos”.

Considerando o exposto durante o trabalho, fácil fica perceber que a teoria do Direito Penal do inimigo é a mais fiel representante de um modelo de sociedade que não mais volta mais os seus esforços para a inclusão, mas para a exclusão. Ao dividir a sociedade em dois grupos, o dos “amigos” e o dos “inimigos”, reservando as garantias para os primeiros e a neutralização para os segundos, esta teoria nada mais faz do que uma assunção honesta da realidade social em que vivemos. Desta feita, em que pese todas as críticas dirigidas a Jakobs ao longo desta dissertação, fundamental louvar a sua honestidade enquanto pesquisador, pois foi o primeiro que abandonou a lógica do “politicamente correto” e deu os nomes certos para as coisas certas (ou as pessoas certas, no caso), chamou de inimigos os que efetivamente assim o são tratados, retirando a névoa de imprecisão que pairava sobre este problema.

Sem dúvida esta lógica da exclusão deve ser combatida por todos, sendo, na nossa opinião, a verdadeira inimiga (se é necessário que exista uma). A apelação dirigida aos direitos humanos ou à dignidade humana é uma possibilidade, sem dúvida. Contudo, esta pesquisa nos permite concluir que o problema tem raízes muito mais fundas. De nada adianta remetermos a crítica à teoria do Direito Penal do inimigo aos direitos humanos, se por detrás se esconde uma lógica perversa que nos informa que determinadas pessoas não são seres humanos “plenos”, são “parecidos conosco” mas não “exatamente que nem nós”, ou, conforme bem nos alerta Agamben são “vidas que não merecer ser vividas”, *“homo sacer”*, “vida nua”.

Concluimos este trabalho de uma forma ambivalente, pessimistas e animados ao mesmo tempo. Pessimistas por percebermos que o problema era muito maior do que o que julgávamos inicialmente; animados porque a compreensão de que existe um problema, e percepção das dimensões do mesmo, nos preparam melhor para o seu enfrentamento. Felizes por ainda sermos capazes de ver e de termos esperança, pois, como bem nos alerta José Saramago, *"Cegueira também é isto, viver num mundo onde se tenha acabado a esperança."*

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. *Exclusão socioeconômica e violência urbana*. In: Sociologias. Porto Alegre, ano 4. n. 8, jul/dez 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *El Derecho Penal en la intervención de la política populista*. In: La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Editorial Comares, 2000.

AMBOS, Kai. *Derecho Penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

APONTE, Alejandro. *Derecho Penal del enemigo vs Derecho Penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

ARENDT, Hannah. *Eichman em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Tendências do controle penal na modernidade periférica: as reformas penais no Brasil e na Argentina na última década*. (tese de doutorado do Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFRGS defendida em Março de 2003).

_____. *Criminalidade e justiça penal na América Latina*. In: Sociologias. Porto Alegre, ano 4. n. 8, jul/dez 2002.

BATARRITA, Adela Asua. *El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas*. In: CANCIO MELIÁ,

Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: BdeF, 2004.

_____. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 5. São Paulo. janeiro-março. 1994.

_____. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. (tradução de Mauro Gama e Cláudia Gama). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. (tradução de Marcus Penchel). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. *Modernidade Líquida*. (tradução de Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. *Identidade*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2005.

_____. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

_____. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2005.

_____. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. (tradução de Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. 2. ed. (Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa) São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BECK, Francis Rafael. *O discurso da impunidade nos crimes de colarinho branco: uma necessária (re)leitura com amparo na realidade brasileira contemporânea*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.12. Porto Alegre: CEIP. Julho-dezembro de 2005.

BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. (tradução de Bernardo Carrillo) Barcelona: Paidós, 2000.

_____. *La Sociedad del Riesgo*. (tradução de Jorge Navarro). Barcelona: Paidós, 1998.

BERCOVICI, Gilberto, *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. *Dilemas da concretização da Constituição de 1988*. In: (Neo)Constitucionalismo: ontem os códigos, hoje, as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n.2. Porto Alegre, 2004.

_____. *Democracia, inclusão social e igualdade*. In: Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 4. Porto Alegre, 2006.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del Código Penal. Tiende el Derecho penal hacia un “Derecho penal de dos velocidades?* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (et. al.) *Estado, criminalidade e tecnologia. Estudo comparativo sobre a utilização de novas tecnologias nas políticas públicas de combate à criminalidade no Rio Grande do Sul e na Puglia (Itália)*. In: ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. (orgs.) Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Estado, Função Social e (os Obstáculos da) Violência. Ou: do “mal-estar” na civilização à síndrome do medo na barbárie!* In: CALLEGARI, André Luis. (org.) Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BORGES, Anselmo. *O crime económico na perspectiva filosófico-teológica*. In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais. n.1, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a Televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

_____. *A opinião pública não existe*. In: THIOLENT, Michel. Crítica metodológica, investigação social & enquête operária. São Paulo: Polis, 1987.

BRICEÑO-LEÓN, Roberto. La nueva violencia urbana de América Latina. In: Sociologias. Porto Alegre, ano 4. n. 8, jul/dez 2002.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

CALLEGARI, André Luis. *Gestão temerária e o risco permitido no Direito Penal*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.11. Porto Alegre: CEIP. janeiro-junho de 2005.

_____. *Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.10. Porto Alegre: CEIP. Janeiro-junho de 2004.

CALLEGARI, André Luis. DUTRA, Fernanda Arruda. *Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

CALLEGARI, André Luis. MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e Política Criminal: a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social*. In: CALLEGARI, André Luis. (org.) Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *De nuevo: "derecho penal" del enemigo?* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

_____. *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.5. Porto Alegre: CEIP. Janeiro-abril de 2002.

_____. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.4 Porto Alegre: CEIP. Setembro-dezembro de 2001.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”*: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Disponível em: http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Thiago_Fabres.pdf. Acesso em 21 de abril de 2007.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. (tradução de Gresielia Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Petrópolis: Vozes, 1998.

COPETTI, André. *Racionalidade constitucional penal pós-88: uma análise da legislação penal face ao embate das tradições individualista e coletivista*. In: ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. (orgs.) Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

_____. *Direito Penal e Democracia: perspectivas para a efetivação democrática através do sistema punitivo*. In: Direito, Estado e Democracia, entre a (in)efetividade e o imaginário social. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 4. Porto Alegre, 2006.

CORNACCHIA, Luigi. *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

COSTA, Renata Almeida da. *Lei 9.034/95 (lei de combate ao crime organizado) – breve análise político-criminal sob o referencial histórico jurídico*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.3. Porto Alegre: CEIP. Maio-agosto de 2001.

CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. (tradução de Viviane Ribeiro). Bauru: EDUSC, 1999.

DAMIÁN MORENO, Juan. ¿Un Derecho procesal de enemigos? In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

D'AVILA, Fabio Roberto. *O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal ambiental.* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 67. São Paulo. jul-ago de 2007.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *El Derecho penal del enemigo darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad.* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana.* In: Derecho Penal y política transnacional. BACIGALUPO, Silvina. CANCIO MELIÁ, Manuel. (coords.). Barcelona: Atelier, 2005.

DONINI, Massimo. *El Derecho Penal frente al "enemigo".* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

DOWBOR, Ladislau. *Globalização e tendências institucionais.* In: DOWBOR, Ladislau. IANNI, Octavio. RESENDE, Paulo-Edgar. Desafios da Globalização. Petrópolis: Vozes, 1998.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna.* Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil.* (tradução de Perfecto Ibáñez). Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Paulo Silva. *O Direito Penal no amanhecer do século XXI: Breves questões à luz do paradigma da “sociedade do risco”*. In: Sub iudice: Justiça e Sociedade. Coimbra: Número Especial. Julho/Dezembro de 2000.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 33. São Paulo. jan-mar. 2001.

_____. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Algumas reflexões sobre o Direito Penal e a Sociedade de Risco*. In: Seminário Internacional de Direito Penal da Universidade Lusíada. Lisboa, março de 2000.

_____. *Sobre os Fundamentos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Sobre o estado actual da doutrina do crime: sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ílicito*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. número especial de lançamento. São Paulo, 1993.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. (tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 29.ed. (tradução de Raquel Ramalhete). Petrópolis: Vozes, 2004.

FREIRE, Chistiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

GARCIA, Olga Lucía Gaitán. *Derecho penal contemporáneo de la tutela penal a una lesión a la protección de riesgos*. In: Nuevo Foro Penal – Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia. Bogotá. n. 60. janeiro-abril 1999.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Chicago: The university of Chicago press, 1993.

_____. *The Culture of Control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The university of Chicago press, 2001.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Sobre la distinción entre Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho Penal*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.4 Porto Alegre: CEIP. Setembro-dezembro de 2001.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Sobre la negación de la condición de la persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo"*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 56. São Paulo. Set-out de 2005.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *¿Que es y que puede ser el Derecho Penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. *A Era das Revoluções (1789-1848)*. 21. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

IRION, Paulo Augusto Oliveira. *A Lei dos Crimes Hediondos e a liberdade provisória – uma visão complexa – (a) versão Constitucional da (i)legalidade em um Estado Democrático de Direito*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.12. Porto Alegre: CEIP. Julho-dezembro de 2005.

JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*. (tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo) Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *¿Terroristas como personas en Derecho?* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

_____. *¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca los presupuestos de la juridicidad*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

_____. *Sobre el concepto del delito contra la persona*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.5 Porto Alegre: CEIP. Janeiro-abril de 2002.

_____. *Observaciones sobre la imputación objetiva*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.5 Porto Alegre: CEIP. Janeiro-abril de 2002.

JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. (tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KALECK, Wolfgang. *Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho Penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

KARGL, Walter. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho: Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena.* (tradução de Ramón Ragués i Vallès) In: La Insostenible Situación del Derecho Penal. n. 15. Granada: Editorial Comares, 2000.

KNIJNIK, Danilo. “A serpente me seduziu e eu comi”. O “agente infiltrado”, “encoberto” e “provocador”: recepção, no direito brasileiro, das defesas do “entrapment” e da “conduta estatal ultrajante” como meio de “interpretação conforme” da Lei nº 9.034/95. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.10 Porto Alegre: CEIP. Janeiro-junho de 2004.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madrid: Siglo Veinteuno, 1991.
_____. *Nuevas tendencias en las penas alternativas*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 53, 2005.

LASCANO, Carlos Julio. *La “demonización” del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal del autor*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

LEA, Jonh. YOUNG, Jock. ¿Qué hacer con la ley y el orden? Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2001.

LIPOVETSKY, Gilles. *La era del vacío: ensayos sobre el individualismo contemporáneo*. Barcelona: Anagrama, 1983.

LYNETT, Eduardo Montealegre. *Introdução à obra de Günther Jakobs*. (tradução de André Luis Callegari) In: Direito Penal e Funcionalismo. CALLEGARI, André Luis. GIACOMOLLI, Nereu José. (orgs) Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

MAFESSOLI, Michel. *O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

MALAN, Diego Rudge. *Processo penal do inimigo*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2006.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. (tradução de Sérgio Lamarão). Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

MIGLIARDI, Mario Durán. *El Derecho Penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *A (in)Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do Meio Ambiente na Sociedade do Risco (Lei n° 9.605/98)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MOUFFE, Chantal. *On the Political*. London: Routledge, 2005.

MUÑOZ, Nuria Pastor. *El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del "peligro de peligro"*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

MÜSSIG, Bernd. *Derecho Penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

_____. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.* In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.4 Porto Alegre: CEIP. Setembro-dezembro de 2001.

NEUMANN, Ulfried. *Derecho Penal del enemigo.* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

ORCE, Guillermo. *Derecho penal del enemigo: influencia de una Idea negativamente cargada en la solución de casos límite.* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

PASTOR, Daniel. *El Derecho Penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional.* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2 Buenos Aires: Bdef. 2006.

PAVARINI, Massimo. *Processos de Recarcerização e “novas” teorias justificativas da pena.* In: ZOMER, Ana Paula. (org.) Ensaio Criminológicos. São Paulo: IBCCrim, 2002.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la “persona” aspectos del proceso de formación de una estructura social.* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo: algunos falsos mitos.* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

PORTILLA CONTERRAS, Guillermo. *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho Penal y Procesal Penal del “enemigo”.* In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-

JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

PORTO, Maria Stela Grossi. *Violência e meios de comunicação de massa na sociedade contemporânea*. In: Sociologias. Porto Alegre, ano 4. n. 8, jul/dez 2002.

PRADO, Geraldo. *Processo Penal e Globalização*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.6 Porto Alegre: CEIP. Maio-agosto de 2002.

PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo*. (tradução de Helga Sabotta de Araújo). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 47. São Paulo. julho-setembro. 2004.

_____. *La desigual competencia entre Seguridad y Libertad*. In: CALLEGARI, André Luis. (org.) Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima Ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal*. In: La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Editorial Comares, 2000.

RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do Direito Penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. (tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli). Barueri: Manole, 2003. p. XIII da introdução.

RENAUT, Alain. *O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Difel, 2004.

RESENDE, Paulo-Edgar. *A federação como alternativa democrática nas relações entre as nações*. In: DOWBOR, Ladislau. IANNI, Octavio. RESENDE, Paulo-Edgar. Desafios da Globalização. Petrópolis: Vozes, 1998.

RESTA, Federica. *Enemigos y criminales. Las lógicas del control*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

ROCHA, Leonel Severo. *Três Matrizes da Teoria Jurídica*. In: Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2001.

ROCHA, Leonel Severo. DUTRA, Jefferson Luiz Dellavalle. *Notas introdutórias à concepção sistematista de contrato*. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. (orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SALAZAR, Aléxis Romero. *Informalización y privatización del control social: respuestas al miedo a la violencia delictiva*. In: Sociologias. Porto Alegre, ano 4. n. 8, jul/dez 2002.

SALLA, Fernando. GAUTO, Maitê. ALVAREZ, Marcos César. *A contribuição de David Garland: a sociologia da punição*. In: Tempo Social, revista de Sociologia da USP, v. 18, n.1. 2006.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Retribución y prevención general*. In: Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. n.12. Porto Alegre: CEIP. Julho-dezembro de 2005.

SÁNCHEZ-OSTIZ. Pablo. *La tipificación de conductas de apología al delito y el Derecho Penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira*. In: Em busca dos direitos perdidos. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n. 1. Porto Alegre, 2003.

_____. *Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise*. In: (Neo)Constitucionalismo: ontem os códigos, hoje, as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n.2. Porto Alegre, 2004.

SCHEERER, Sebastian. BÖHM, Maria Laura. VÍQUEZ, Carolina. *Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais*. (tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *Globalização e Neoliberalismo: O direito de concorrência entre empresas nacionais e transnacionais*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 10. n. 40. 2002.

SOARES, Luis Eduardo. *Legalidade Libertária*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. 2.ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *As teorias raciais, uma construção histórica de finais do século XIX, o contexto brasileiro*. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz. QUEIROZ, Renato Silva. (orgs.) Raça e Diversidade. São Paulo: EDUSP. 1996.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

STAECHELIN, Gregor. *Es Compatible la “Prohibición de Infraprotección” con una Concepción Liberal del Derecho Penal?* (tradução de David Felip i Saborit) In: La Insostenible Situación del Derecho Penal, n. 15. Granada: Editorial Comares, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: (Neo)Constitucionalismo, ontem os Códigos, hoje as Constituições: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 2. Porto Alegre, 2004.

_____. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In: ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. (orgs.) Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. (tradução de André Telles) Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente. exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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

_____. *La legitimación del control penal de los “extraños”*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión v.2. Buenos Aires: Bdef. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.