

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO

KELLY CARDOSO DA SILVA

**UM DISCURSO SOBRE DIREITO PENAL DE EXCLUSÃO:  
DIREITO PENAL DO INIMIGO – ASPECTOS JUS-FILOSÓFICOS E  
NORMATIVOS**

São Leopoldo

2011.

KELLY CARDOSO DA SILVA

**UM DISCURSO SOBRE DIREITO PENAL DE EXCLUSÃO:  
DIREITO PENAL DO INIMIGO – ASPECTOS JUS-FILOSÓFICOS E  
NORMATIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos da Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Professor Orientador: Doutor André Luís Callegari

São Leopoldo

2011

S586d Silva, Kelly Cardoso Da.  
Um Discurso sobre Direito Penal de Exclusão: Direito Penal do  
Inimigo – Aspectos Jus-Filosóficos e Normativos / Kelly Cardoso  
da Silva – São Leopoldo:UNISINOS, 2011.

Orientador: André Luís Callegari  
Dissertação de Mestrado  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

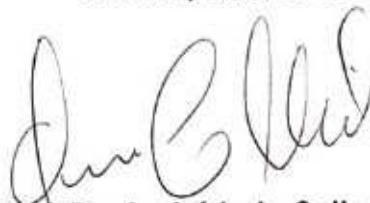
1. Risco. 2. Direito Penal. 3. Inimigo. 4. Punitivismo. 5. Contrato Social.

CDD:341.5

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
TURMA MESTRADO INTERINSTITUCIONAL UNISINOS/UDC

A dissertação intitulada: “Um Discurso sobre Direito Penal de Exclusão: Direito Penal do Inimigo – Aspectos Jus-Filosóficos e Normativos”, elaborada pela mestranda **Kelly Cardoso da Silva**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 21 de novembro de 2011.

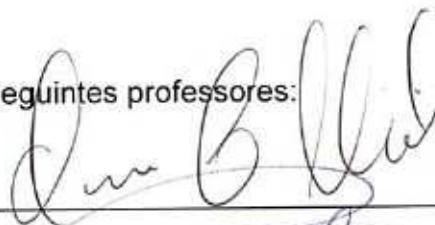


**Prof. Dr. André Luis Callegari**

Coordenador do Programa de  
Pós-Graduação em Direito - UNISINOS.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

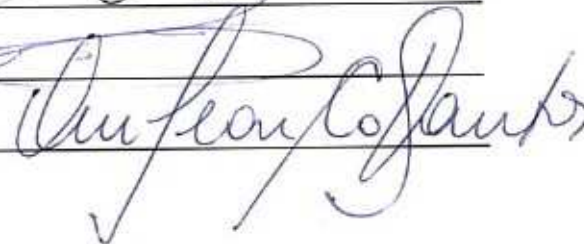
Presidente: Dr. André Luis Callegari



Membro Externo: Dr. Pierpaolo Cruz Bottini



Membro: Dr. André Leonardo Copetti Santos



Aos meus pais, modelos de amor, exemplos de dedicação - os verdadeiros mestres da minha existência.

Ao Fabrizio, inspiração dos meus dias, quem faz da felicidade uma constante na minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por todos os motivos;

Aos meus pais, pelo apoio incondicional;

Ao meu noivo, pelas palavras de incentivo e pela compreensão diante das ausências;

Ao meu orientador, Professor Doutor André Luís Callegari, pelos ensinamentos, pela disposição no acompanhamento da pesquisa e, acima de tudo, por enriquecer seus alunos com sua sabedoria;

Aos meus amigos, que tornaram mais agradável essa árdua jornada;

A todos aqueles que auxiliaram na elaboração desse trabalho e fizeram com que essa conquista fosse possível.

“A solução do problema da criminalidade não vai ser encontrada nunca, pelo menos, nunca a tempo. Mas no momento presente, em uma sociedade avançada, pós-industrial e pós-moderna, devemos buscar um ponto de equilíbrio, provisoriamente satisfatório, entre o eterno conflito entre prevenção especial, entre sociedade e indivíduo, entre os legítimos desejos de funcionalidade e eficácia dos instrumentos jurídicos sancionatórios e da salvaguarda da liberdade e dignidade das pessoas”.

(Francisco Muñoz Conde)

## RESUMO

A inevitável globalização acarretou mudanças de ordem ideológica, científica, tecnológica e, sobretudo, social. Como reflexo destas transformações, o Direito Penal vem sofrendo um processo de expansão em suas bases e estruturas. Processo este, necessário, mas que origina um forte conflito com o modelo penal clássico. Assim, a sociedade hodierna, que clama pela solução dessas novas demandas, exige do Estado uma ação enérgica e célere para conter a moderna problemática. E para atender a essa sociedade, o Estado lança mão da proteção de novos bens jurídicos, configurando um caráter expansivo de antecipação da tutela penal. Desta feita, o Direito Penal, que deveria ser um instrumento de garantia do cidadão frente ao poder punitivo, encontra-se em um caminho inverso, ampliando seu âmbito de atuação, antecipando a intervenção punitiva, reduzindo ou até mesmo suprimindo as formalidades e garantias penais e processuais penais, como no denominado modelo proposto por Günther Jakobs – Direito Penal do Inimigo. De tal modo, no presente trabalho será abordada a base jus-filosófica do denominado Direito Penal do Inimigo, principalmente no que tange à influência das mais importantes teorias contratualistas como a de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Ainda, far-se-á uma análise normativa da aludida teoria, em seus principais aspectos, tecendo considerações críticas a respeito de sua aplicabilidade no Direito Penal contemporâneo.

**Palavras-chave:** risco. direito penal. inimigo. punitivismo. contrato social.



## ABSTRACT

The inevitable globalization has brought about ideological, scientific, technological and, above all, social changes. Reflecting all these changes, the Penal Law has been going through an expanding process of its bases and structures. A necessary process, but that leads to a hard conflict with the classic penal model. Thus, today's society, claims for these new demands solution, requiring from the State an energetic and prompt action to refrain the modern problematic. And, in order to meet to the society's claim, the State does not look into the legal protection of new goods, setting up an expansive character of Penal supervision anticipation. From this, the Penal Law, which should be one of the means of guarantee the citizens have against the punitive power, is now on the reverse way, expanding its action scope, anticipating the punitive intervention, reducing or even eliminating the formalities and penal and penal procedure guarantees, known from the model proposed by Günther Jakobs – Penal Law of the Enemy. In this way, the present paper will look into the legal philosophical basis of the called Penal Law of the Enemy, mainly regarding the influence of the most important Contractual theories, as Rousseaus's, Fichte's, Hobbes's and Kant's. Still, a normative analysis will be made on the aforementioned theory, in its main aspects, making critical considerations about its applicability in contemporary Penal Law.

**Key-words:** risk. penal law. enemy. punitivism. social contract.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Organograma 1 – Características do Direito Penal do Inimigo.....	67
Organograma 2 – A Terceira Velocidade do Direito Penal.....	78
Figura 1 – Guantánamo e a Regulamentação da Exclusão.....	80

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2. O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE MODERNA: OS DILEMAS DE UMA ERA GLOBALIZADA</b> .....	15
2.1 A GLOBALIZAÇÃO E SEU REFLEXO NO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	18
2.2 A SOCIEDADE DE RISCOS, INCERTEZAS, INSEGURANÇAS E MEDO .....	20
2.3 O DIREITO PENAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO .....	33
2.4 POLÍTICAS CRIMINAIS DE ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE COMUM E ORGANIZADA .....	46
2.5 A UTILIZAÇÃO DE RISCO DO DIREITO PENAL EM UMA SOCIEDADE DE RISCO .....	54
<b>3. A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS</b> .....	57
3.1 CONCEITOS PRELIMINARES SOBRE A TEORIA .....	57
<b>3.1.1 Direito Penal do Inimigo: Origem, Conceito e Significado</b> .....	57
<b>3.1.2 Os Conflitos entre Personalidade Real e Periculosidade Fática</b> .....	60
<b>3.1.3 Pessoa <i>versus</i> Inimigo</b> .....	62
<b>3.1.4 Principais Características Normativas da Teoria de Jakobs</b> .....	65
3.1.4.1 A Antecipação da Tutela Penal e a Punição de Atos Preparatórios e os Tipos de Mera Conduta .....	68
3.1.4.2 A Demasiada Aplicação dos Tipos de Perigo Abstrato .....	69
3.1.4.3 Redução e/ou Supressão de Garantias Penais e Processuais Penais .....	72
3.1.4.4 A Pena como Contradição ou como Segurança .....	73
<b>3.1.5 O Tratamento Dispensado aos Terroristas</b> .....	75
<b>3.1.6 A Retomada de um Direito Penal do Autor em Face de Direito Penal do Fato</b> .....	76
3.2 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL .....	77
3.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO E GLOBALIZAÇÃO .....	78
3.4 A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....	80
<b>4 DISCURSO HISTÓRICO GLOBAL DO INIMIGO: A INFLUÊNCIA JUS-FILOSÓFICA NO DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	83

4.1 O CONTRATO SOCIAL E O DELINQUENTE NA VISÃO DE JEAN-JACQUES ROUSSEAU .....	84
4.2 O CONTRATO SOCIAL E A MORTE CIVIL POR FICHTE .....	89
4.3 O LEVIATÃ DO DIREITO PENAL DE THOMAS HOBBS .....	93
4.4 À PAZ PERPÉTUA DE EMMANUEL KANT: À PAZ COM A EXCLUSÃO DO INIMIGO .....	100
<b>5 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO DIREITO PENAL DE EXCLUSÃO .....</b>	<b>103</b>
5.1 CRÍTICAS A UM DISCURSO DO DIREITO PENAL DESIGUAL .....	103
<b>5.1.1 A Diferença entre Cidadãos e Inimigos – o Princípio da Igualdade analisado a partir do Princípio da Razoabilidade .....</b>	<b>103</b>
<b>5.1.2 Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão .....</b>	<b>108</b>
<b>5.1.3 Política Criminal sem Criminologia: Direito Penal de Autor .....</b>	<b>110</b>
<b>5.1.4 Da Custódia de Segurança .....</b>	<b>111</b>
<b>5.1.5 A Antecipação da Tutela Penal versus Princípio da Lesividade Penal .....</b>	<b>112</b>
<b>5.1.6 A Ineficácia de um Direito Penal Simbólico .....</b>	<b>114</b>
<b>5.1.7 Restrição de Direitos e Garantias Fundamentais .....</b>	<b>116</b>
5.2 É LEGÍTIMO UM DIREITO PENAL DO INIMIGO? .....	119
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>123</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>135</b>

## 1 INTRODUÇÃO

“O direito penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e as paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a história do direito penal dos povos é um pedaço da humanidade”.

(Tobias Barreto)

No presente trabalho abordar-se-á a base jus-filosófica do denominado Direito Penal do Inimigo, principalmente no que tange à influência das mais importantes teorias contratualistas. De igual modo, será feita uma análise normativa da teoria de Günther Jakobs, em seus principais aspectos, tecendo considerações críticas a respeito desta, inclusive de sua aplicação no Direito Penal contemporâneo.

O Direito Penal atual é fruto de uma evolução histórica da sociedade. Com o advento constante da tecnologia e com as intensas novidades trazidas pelas ciências, a sociedade, que é dinâmica, modificou-se, revolucionou-se, evoluiu.

O mundo registrou transformações imediatas e incontrolláveis, ocasionando o surgimento de novas questões prejudiciais, o que acarretou o aparecimento de novos riscos, fazendo com que a sociedade se caracterizasse por sua insegurança e medo, principalmente no que tange ao avanço da criminalidade (e de suas novas formas).

Esses novos riscos, que foram criados e/ou acentuados por essa evolução social, pela globalização da economia, pelo desenvolvimento dos meios de comunicação e tecnologia, etc., fazem com que os indivíduos atingidos reajam de forma irracional em virtude de uma incomensurável incerteza, fazendo com que a sociedade se submeta a uma política de segurança pública que prejudique garantias individuais.

Assim, a sociedade hodierna, que clama pela solução das novas demandas, exige do Estado uma ação enérgica e célere para conter a moderna problemática. E para atender essa sociedade, o Estado lança mão da proteção de novos bens jurídicos, configurando um caráter expansivo de antecipação da tutela penal. Esse ramo do direito, denominado do risco, possui uma política criminal que ao mesmo tempo preocupa-se com a prevenção e com a repressão exacerbada, formando a base de um Direito Penal de terceira velocidade, denominado Direito Penal do Inimigo.

Tal teoria possui como base, segundo Jakobs, principalmente, filósofos contratualistas, como Rousseau, Fichte, Kant e Hobbes. Conforme essa concepção, as pessoas renunciariam alguns de seus direitos para um governo ou autoridade com a finalidade de conseguir as vantagens da ordem social. Consistiria o contrato social, desta forma, em um acordo entre os

membros da sociedade que por meio daquele reconhecem a autoridade, e se submetem a um conjunto de regras, seja de um regime político ou de um governante.

Com o pacto, nasce para o Estado o direito de punir mais rigorosamente aqueles que rompessem o contrato ou que dele nunca participaram. O mesmo ocorreria no Direito Penal do Inimigo, no qual aqueles considerados inimigos, por não oferecerem uma garantia cognitiva do comportamento pessoal, teriam uma punição mais rígida do que os considerados cidadãos.

Para estes criminosos perigosos ou reincidentes, a lei deveria restaurar a ordem aumentando os níveis punitivos e os penalizando com severidade. Nenhuma clemência seria aceita.

Vários exemplos da influência dessa modalidade de Direito Penal máximo podem ser citados no Brasil, inclusive com a aceitação e até mesmo clamor da população e dos meios de comunicação, como a Lei nº 8.072, de 25.07.1990 (que dispõe sobre os crimes hediondos); a Lei nº 9.455, de 07.04.1997 (que tipifica o delito de tortura); Lei nº 9.677, de 02.07.1998 (que elevou desproporcionalmente o preceito secundário do delito tipificado no artigo 273 do Código Penal) e Lei nº 9.695, de 20.08.1998 (que considerou hediondo o delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais); a Lei nº 10.792, de 01.12.2003 (que institui o Regime Disciplinar Diferenciado), etc..

A situação, longe de ser algo excepcional, somente demonstra que o sistema jurídico está sendo construído não com instrumentos de direito, mas sob influência da pressão trazida pela sociedade, perdendo parte de sua consistência, principalmente quando permite que direitos e garantias conquistados a duras penas sejam exterminados de forma ilimitada.

Trata-se de um verdadeiro retrocesso reduzir o ser humano a um mero objeto de coação, colocando em xeque todas as conquistas penais e processuais penais adquiridas ao longo da história pelo Direito.

Desta feita, tem-se como objetivo geral do presente trabalho tecer considerações acerca da teoria do Direito Penal do Inimigo, explanando os conceitos trazidos na obra de Günther Jakobs e fazer uma análise crítica a respeito desse Direito Penal de Exclusão.

Secundariamente demonstrar por uma explanação histórica-doutrinária a expansão do Direito Penal, que fez com que o aludido ramo ignorasse seus aspectos de fragmentariedade e subsidiariedade; abordar a base jus-filosófica do denominado Direito Penal do Inimigo, com a influência das mais importantes teorias contratualistas; e verificar a aplicação da referida tese alemã no Direito Penal ordinário, principalmente na legislação penal e processual penal pátria.

Para atingir tais finalidades o embasamento teórico deu-se em obras de filosofia para a compreensão da base jus-filosófica do Direito Penal do Inimigo, bem como em obras de sociologia criminal e criminologia para demonstrar a expansão da sociedade e da criminalidade e suas consequências jurídicas. Em um segundo momento, utilizou-se os estudos de penalistas brasileiros e estrangeiros para analisar a teoria do catedrático alemão, sua influência no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, desenvolvendo uma análise crítica.

Buscou-se, pelos procedimentos metodológicos de pesquisa, abordar o tema proposto, com o escopo de demonstrar as diversas interpretações dadas ao assunto em questão, utilizando-se pesquisas doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, em livros, revistas jurídicas, artigos científicos, *sites* jurídicos especializados.

A pesquisa utilizada foi a exploratória, que é aquela que possui como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos.

A metodologia utilizada consiste na fenomenologia hermenêutica, pois concebe a determinação do direito em um ato criativo que implica o próprio sujeito. Ademais, trata-se de um método que possibilita a revisão crítica dos principais temas que partem da tradição filosófica permitindo sua relação com a prática social.

Pelo exposto, por meio do método e pesquisa utilizados e no afã de se atingir os objetivos propostos, estruturou-se o trabalho em quatro capítulos.

O primeiro trata da evolução da esfera social para sociedade de risco e seu reflexo no direito penal, acarretando o surgimento de novos bens jurídicos de titularidade transindividual e coletiva, o aparecimento de meios de prevenção e repressão distintos dos clássicos e a manifestação contínua de determinados movimentos sociais que tem provocado uma espécie de entusiasmo punitivo em importantes setores da opinião pública, no poder legislativo e também nos operadores do Direito, que passam a defender um princípio da intervenção máxima em detrimento do benemérito princípio da intervenção mínima.

O segundo capítulo traz conceitos preliminares sobre a teoria de Günther Jakobs e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro e no mundo globalizado.

Na sequência, faz-se uma abordagem principalmente de autores que abalizam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, como Rousseau, Fichte, Kant e Hobbes, que compreendem que o delinquente que desobedece ao pacto, não participa mais dos benefícios estatais, os quais serviram de inspiração para o teórico alemão.

Por fim, tem-se o quarto item da pesquisa, o qual enumera os desencontros e contradições trazidas no Direito Penal do Inimigo com o Estado Democrático de Direito, seguido das considerações finais e referências consultadas.



## 2 O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE MODERNA: OS DILEMAS DE UMA ERA GLOBALIZADA

“Filhos da Globalização: Somos os lixos da Terra. Seremos sacudidos como um cachorro sacode suas pulgas. Somos os Mártires da Globalização”.

(Carlos Frederico Branco)

A análise da sociedade moderna e de suas características é imperiosa para o aferimento da possibilidade da existência de um ‘Direito Penal Máximo’ dentro de um Estado Democrático de Direito.

Transformando-se a sociedade, modifica-se o Direito, o qual não pode permanecer estagnado em políticas criminais e conceitos que não mais demonstram o eficientismo perante o novo modelo social.

Ignorar os novos paradigmas encontrados na sociedade moderna, opinar sem respaldo científico, criticar sem o conhecimento devido das teses clássicas, sem elaborar e/ou sem encontrar uma solução adequada e razoável para os problemas apresentados contemporaneamente podem constituir um erro.

Aliás, é também da ausência de informação e conhecimento científico que decorre, de maneira equivocada, a aplicação de um ‘Direito Penal do Inimigo’, sem clara delimitação com o ‘Direito Penal da Normalidade’, inculcando no ordenamento jurídico uma insegurança maior do que aquela trazida pela contemporânea criminalidade desenfreada.

Afirma Alexandre Rocha Almeida de Moraes<sup>1</sup> que

A complexidade e contingência da atualidade e a forma inadequada com que se vem legislando, máxime diante das novas demandas da sociedade pós-industrial (interesses difusos, criminalidade organizada lavagem de dinheiro etc.), têm permitido que uma legislação com sinais de ‘Direito Penal do Inimigo’ se infiltre, de forma contumaz, no direito pátrio e estrangeiro, sem clara delimitação com o Direito Penal clássico, pautado por garantias e prerrogativas típicas de um ‘Direito Penal do Cidadão’.

Contudo, para compreender a evolução do Direito e suas finalidades, é necessário conhecer a complexidade da sociedade moderna, que faz com que aquele busque metas que vão além de seus limites.

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 35.

Essa visão corrompida ocorre em virtude de alguns fatores atuais, destacando-se: o aumento dos índices de criminalidade como decorrência da ineficácia do Estado em executar políticas públicas básicas, o abrandamento do Direito Penal clássico, a ineficiência do Estado na fiscalização e execução das penas, o que contribui, ainda que parcialmente, para o aumento da reincidência, a ampliação da sensação de insegurança da população, em razão da rápida transmissão de informações pelos meios de comunicação, a elaboração de novos tipos penais de perigo abstrato e de mera conduta como forma de combater os riscos criados pelos avanços da tecnologia, o aumento das desigualdades sociais intensificado pela globalização capitalista, a utilização do Direito Penal como *prima ratio*, como forma de solucionar a curto período o problema da insegurança, ocasionando um excesso legislativo que resulta em leis desproporcionais e incoerentes, o fortalecimento de organizações criminosas pelo descrédito da população nas instituições e na crença da célere “justiça” realizada pelos delinquentes em face da demora proveniente do Estado, etc..

É importante ressaltar que a sociedade, assim como o Direito (inclua-se o Direito Penal), não configura algo certo e determinado - estanque -, mas sim, algo dinâmico, alçando novos bens jurídicos e configurações conforme sua evolução histórica.

Os novos tempos e a modificação do Direito Penal direcionam para a proteção das demandas surgidas e para alteração de sua dogmática, que até o momento era fundamentada em um modelo clássico.

As referidas alterações da sociedade geraram e ainda geram o interesse do Direito em proteger determinados bens, que se transformariam em jurídicos.

De tal modo, para efetivar a defesa e conservação da sociedade, o Direito evoluiu de forma de tutela de interesses particulares para forma de tutela de interesses difusos e transindividuais.

E não somente, falam-se ultimamente nos direitos fundamentais de quarta geração, que resultam da preocupação política imposta pelos avanços tecnológicos ao meio social, afetando suas estruturas culturais, econômicas e jurídicas. Esses abrangem o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, englobando os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações (dimensões).

Proteger bens transindividuais e/ou coletivos resulta fazer escolhas complexas, tanto para selecioná-los, quanto para positivá-los, adotando-se em alguns casos características próprias do Direito Penal do Inimigo, como a antecipação da tutela.

Some-se a isto, que a moderna sociedade de bem-estar social se configura cada vez mais como uma sociedade de classes passivas – pensionistas, desempregados, destinatários de

serviços públicos, consumidores etc., que como ‘cidadãos’ exigem do Poder Político a proteção dos seus novos interesses, até então, estranhos ao sistema jurídico.

O surgimento de novos bens jurídicos de titularidade transindividual e coletiva, o aparecimento de meios de prevenção e repressão distintos dos clássicos e a manifestação contínua de determinados movimentos sociais têm provocado uma espécie de entusiasmo punitivo em importantes setores da opinião pública, no Poder Legislativo e também nos operadores do Direito, que passam a defender um Princípio da Intervenção Máxima em detrimento do benemérito Princípio da Intervenção Mínima.

Resta saber, entretanto, se a referida proteção de novos bens jurídicos demonstra-se realmente imperiosa.

Essa necessidade poderá ser aferida após o estudo do contexto da sociedade ‘pós-industrial’, definindo-se os novos interesses sociais que gerariam as novas demandas penais e se analisando a maneira como vem se transformando a dogmática penal.

Com isso, dever-se-ia buscar a adoção de uma política criminal mais eficaz, evitando-se ao máximo a redução ou supressão de garantias penais e processuais e a institucionalização de um novo Direito Penal eminentemente preventivo.

Na prática, todavia, ocorre exatamente o oposto. Tem-se uma mídia sensacionalista influenciando o Poder Legislativo, que realiza suas produções com o escopo de simplesmente conter, de forma ilusória, o clamor da população, tão-somente para atingir objetivos políticos-eleitorais.

Assim, nessa forma de Direito Penal, a única certeza que se tem, é sua inegável crise, pois se encontra tal ramo desprovido do sentido ético e disposto a tudo para trazer soluções aparentes para conter a sensação de insegurança social. Uma crise que envolve, segundo Jesús-María Silva Sánchez<sup>2</sup>, o homem socializado numa sociedade que já não é mais uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses.

---

<sup>2</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11. p. 35.

## 2.1 A GLOBALIZAÇÃO E SEU REFLEXO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A globalização, mesmo sendo um fenômeno econômico, auxilia na produção tanto da macro como da microcriminalidade, pois atinge as mais diversas classes sociais. Para entender esse contexto far-se-á um breve histórico, com base na obra de Silva Sánchez<sup>3</sup>.

Em decorrência do resultado da industrialização, na Europa, no final do século XIX, ocorreu um grande movimento de emigração do campo para as cidades. Estas últimas, entretanto, não estavam preparadas, acarretando a proletarização dos camponeses que perderam a referência no campo religioso, cultural e também no profissional, já que não havia tantos empregos a serem ofertados para a massa rural. Com isso, muitos migrantes caíram na marginalidade e passaram a praticar algum tipo de delito, principalmente crimes contra o patrimônio.

Coincidentemente, alterou-se neste instante a finalidade da pena que era destinada somente para a retribuição e reprovação pelo ato praticado. A pena passava a ter um caráter preventivo: para intimidar o delinquente ocasional, para ressocializar o habitual corrigível e para neutralizar o incorrigível. Também teve origem neste período a base para as medidas de segurança vinculadas à periculosidade do indivíduo.

Nas décadas posteriores, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu na Europa novamente um fenômeno migratório tão ou até mais importante do que aquele ocorrido no final do século XIX, em virtude da questão econômica e pelo choque cultural. Questionou-se novamente a finalidade da sanção penal: se preventiva, retributiva ou mista.

Descrito fenômeno, que deu origem à chamada globalização, que é o crescimento da interdependência de todos os povos e países da superfície terrestre, não foi exclusivo do continente europeu e ocorreu em todo lugar, afetando todos os aspectos - político, econômico, jurídico, etc..<sup>4</sup>

Como consequência, as fronteiras nacionais, de certa forma, dissolveram-se. Assim, a economia internacionalizou-se; os países coligaram-se e formam hoje grandes grupos econômicos, comerciais e políticos como o MERCOSUL, ALCA, NAFTA, UNIÃO EUROPEIA, G8, etc., além da existência de outras organizações internacionais - ONU, FMI, OIT, AIEA, etc.,

A globalização trouxe diversas consequências para a humanidade como a redução dos espaços geográficos, evolução dos meios de comunicação, reclamação por direitos humanos,

---

<sup>3</sup> Op. cit. p. 98-102.

<sup>4</sup> Id. Ibid. p. 98-102.

pobreza mundial, destruição ambiental e seus efeitos globais, conflitos transculturais localizados, etc. e influenciou, e muito, nesse processo de elevação das demandas penais e dos sujeitos passivos.

Menciona Günther Jakobs<sup>5</sup> que a globalização produz no sistema jurídico alguns problemas como a constante desespecificação de ordenamentos normativos, o conflito na relação entre os distintos ordenamentos específicos e, sobretudo, a ingerência jurídico-penal em ordenamentos alheios.

Assim sendo, é inegável a influência da ordem jurídica pela ordem econômica.

As principais características da economia nesse contexto de globalização, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>6</sup> são: Revolução Tecnológica e Comunicacional; redução do poder regulador econômico, sob o argumento de favorecimento de um mercado mundial; aceleração da concentração de capital; redução dos custos por corte de pessoal; competição entre os poderes políticos para atrair investimentos o que, paradoxalmente, reduz seus poderes, sobretudo em países periféricos; crescente desemprego e deterioração salarial; perda da capacidade dos Estados na mediação entre capital e trabalho; especulação financeira que adota formas que dificultam os limites entre lícito e ilícito; institucionalização de refúgios fiscais para capitais de origem ilícita, sem que exista efetivo e concreto interesse de combate, haja vista os interesses das instituições financeiras e bancárias em jogo; redução de precauções fiscais no afã de atrair capitais, etc..

A busca pelo lucro faz com que o mercado se arrisque e ultrapasse a fronteira do permitido. Tais ações são impossíveis de serem coibidas, especialmente porque não existe um sistema jurídico universal que aplique um mínimo ético necessário.

O enfraquecimento do sistema político traz consequências para a democracia, sobretudo no que tange suas funções de garantir a segurança pública, regular o trabalho e suas relações e promover o bem-estar social.

Denota-se que o sistema jurídico não estava preparado para essa globalização econômica. E as consequências dessa falta de preparo são agravadas ainda mais pelo avanço tecnológico da modernidade, em virtude dos riscos advindos da tecnologia geraram demandas que até então não existiam.

---

<sup>5</sup> JAKOBS, Günther. **La Ciencia Del Derecho Penal ante las Exigências del Presente**. Tradução de Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000. p. 36

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal**. In. PIERANGELI, José Enrique (coord.). Coleção *Jus aeternum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 1. V. p. 14-15.

Com toda essa novidade, ressalte-se que essas novas demandas para o Direito Penal não se diferenciam em sua base da criminalidade tradicional, mas se encontram em uma maior extensão, pois foram incrementadas por aqueles indivíduos que, dentro das sociedades pós-industriais, viviam e/ou vivem à margem das relações laborativas estáveis ou são produtos de choques sociais e culturais produzidos pela marginalidade.

Acerca dos efeitos da globalização, preleciona Celso Fernandes Campilongo<sup>7</sup> que

Não faltará quem diga que as decepções geradas pela democracia e pela globalização, ao invés de serem atribuíveis à baixa complexidade das perspectivas valorativas, sejam produzidas pelas desigualdades, injustiças e perversidades de relações sociais concretas. Há quem insista na linearidade, causalidade e determinismo das relações sociais. Como se mais participação sempre provocasse, necessária e inequivocamente, mais legitimidade, e esta mais igualdade, e daí mais justiça, num incessante círculo virtuoso. A globalização seria a negação disso tudo e, conseqüentemente, um círculo vicioso. Tudo simplório demais para ser levado a sério. Não há soberania mundial, mas sim consenso forçado. Não há oposição, mas capitulação ou resistência. Não há cronologia nem variabilidade de opções, mas cartilhas unilaterais. E, onde há incerteza ou indeterminação, não pode haver democracia.

Essas mudanças, contudo, enfraquecem não apenas o Poder Público, mas todo seu aparato de garantias em que se inclui o Direito.

A globalização econômica está corrompendo o sistema jurídico, seja defendendo a descriminalização de condutas que obstaculizem a eficiência econômica, seja amparando a criação desarrazoada de novos tipos capazes a proteger interesses que possibilitem a maximização de riquezas.

## 2.2 A SOCIEDADE DE RISCOS, INCERTEZAS, INSEGURANÇAS E MEDO

Tem-se discutido nos últimos anos na Alemanha, os problemas relativos ao estágio atual do Direito Penal. Surge na doutrina mundial um debate que questiona globalmente a mais recente evolução desse ramo do direito, com grande influência de um modelo sociológico que está tendo grande eco nos últimos tempos: a chamada “sociedade de risco”.

Verifica-se que o sociólogo alemão Ulrich Beck<sup>8</sup> desenvolveu um modelo teórico em torno da concepção da sociedade de risco, rapidamente incorporada depois das reflexões sobre a evolução atual do Direito não só no âmbito penal, mas também em outras esferas do ordenamento jurídico.

<sup>7</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**: apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 123-124.

<sup>8</sup> BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

Como características primordiais desse modelo sociológico, pode-se citar a ampliação das fronteiras da punibilidade, o aumento da orientação e prevenção e a transformação no papel que se atribui ao controle penal de conflitos. O debate sobre a influência do referido modelo no Direito é consideravelmente vasto, já que se estende a muitas questões que, globalmente, podem caracterizar-se como um aumento da intervenção penal para a prevenção de riscos, ao custo de transformações estruturais e de garantias no âmbito estritamente penal.

A análise que tem interesse para esta investigação é a discussão que se desenvolve no terreno estritamente jurídico. Por ele, a questão prévia da própria configuração da sociedade atual como sociedade de risco se aborda com uma intenção puramente instrumental e fundamentalmente na perspectiva jurídica.

Observa-se que o bem-estar social sofreu grande influência da globalização e do avanço tecnológico que deu origem a novas demandas.

Um grande número de indivíduos foi considerado como fonte de riscos pessoais e patrimoniais, surgindo, dessa forma, o conceito de ‘sociedade de risco’, conforme preconiza Ulrich Beck, em sua obra “Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne”.

Essa sociedade de risco foi estimulada pelo avanço econômico somado ao progresso científico e tecnológico, que apesar de representarem uma conquista na “era do capitalismo”, também se demonstram responsáveis pelos perigos e ameaças que a caracterizam<sup>9</sup>.

O conceito de sociedade de risco de acordo com Ulrich Beck<sup>10</sup>,

designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, impondo-se a necessidade de considerar a questão da autolimitação do desenvolvimento que desencadeou essa sociedade. A potencialização dos riscos da modernização caracteriza, assim, a atual sociedade de risco, que está marcada por ameaças e debilidade que projetam um futuro incerto.

O termo “sociedade de risco” propõe, nas sociedades pós-industriais desenvolvidas, as implicações negativas da evolução tecnológica e do sistema de produção e consumo que

---

<sup>9</sup> Preconiza José Angel Brandariz García que “*um conjunto fundamental de factores de riesgos se deriva de las mutaciones del sistema económico, que incidem sobre las formas de inserción de los individuos en las relaciones productivas, así como en las posibilidades de derivar de ellas recursos para subvenir a la satisfacción de sus necesidades básicas. Probablemente este conjunto de factores de riesgo de carácter socioeconómico pueden inscribirse, fundamentalmente, en dos evoluciones capitales*” (GARCIA, José Angel Brandariz. **Política Criminal de la Exclusión**. Granada: Comares, 2007. p. 55).

<sup>10</sup> CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 14.

adquirem entidade própria e ameaçam de forma massiva os cidadãos, já que propicia a aparição de novos riscos de grande magnitude<sup>11</sup>.

De acordo com Blanca Mendoza Buergo<sup>12</sup>, dentre os aspectos que caracterizam a sociedade de risco é imperioso colacionar os seguintes:

Primeiramente, pode-se citar a transformação dos perigos atuais em relação com os de outras épocas. A sociedade atual se caracteriza pela existência de riscos, porém diversos daqueles existentes em decorrência dos desastres naturais ou pragas de outras épocas, pois são artificiais por serem produzidos pela atividade do homem e atrelados a uma determinação deste. Tais perigos, apesar de se diferenciarem dos perigos naturais, não deixam de ser de grande dimensão, vez que atingem um número indeterminado de pessoas, podendo-se afirmar que ameaçam inclusive a existência da humanidade como tal, já que ao se tratar de grandes riscos tecnológicos, ligados a exploração e manejo de energia nuclear, de produtos químicos, de recursos alimentícios, do meio ambiente, ou dos que possam levar consigo a tecnologia genética, supõem-se possibilidades de autodestruição coletiva, conforme alertado pela autora acima referida<sup>13</sup>.

Com isso, é importante frisar que as decisões humanas que desencadeiam os perigos têm consequências que, eventualmente, podem afetar a todos, levando em conta que a ausência de fronteiras na ameaça possibilita falar em perigos globais na sociedade global, o que justificaria entre outras, definir sociedade de risco mundial.

Por outra parte, estes riscos da modernização são consequências secundárias do progresso tecnológico, constituem sempre efeitos indesejados, frequentemente não previstos e as vezes imprevisíveis de um atuar humano, inicialmente dirigido a fins positivamente valorados<sup>14</sup>.

Tais riscos emergem diversos efeitos imediatos para a vida humana e animal, e também consequências acessórias como as de ordem social, econômica e política.

---

<sup>11</sup> A nomenclatura “sociedade de risco”, segundo André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade, “é utilizada em virtude do fato de que vivemos em um momento de economia rapidamente variante e constantes avanços tecnológicos, o que nos proporciona um aumento do conforto e bem-estar, mas também nos traz um relevante aspecto negativo: o incremento dos riscos a que estamos submetidos” (CALLEGARI, André Luís. *et al. Direito Penal e Globalização: Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12).

<sup>12</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 25-34.

<sup>13</sup> Id. *Ibid.* p. 27.

<sup>14</sup> Alerta André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade que “claro está, portanto, que o fato de vivermos em uma sociedade denominada do Risco significa que os descontrolados avanços econômicos e tecnológicos e da ciência no geral, apesar de proporcionarem maior facilidade para a vida humana, ameaçam a sua própria existência” (CALLEGARI, André Luís. *et al. Direito Penal e Globalização: Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa*. p. 16).



A questão básica a ser elucidada a este respeito é se tais perigos artificiais e de grande dimensão podem ser calculados e, portanto prevenidos e controlados ou se, ao contrário, se estão todos expostos a estes riscos, porém de uma maneira diversa da que seria a exposição a um evento natural.

Diferente, pois as catástrofes naturais dependem somente do destino, da natureza, dos deuses. Mas, os riscos artificiais fazem com que surja a questão de imputação e a atribuição de responsabilidade pelas consequências indesejadas, tanto pelas pessoas físicas quanto pelas pessoas jurídicas ou pelas autoridades administrativas responsáveis.

Ademais, os grandes perigos surgidos já na segunda metade deste século (atômicos, químicos, biotecnológicos e ecológicos) suprimem os pilares básicos do cálculo de segurança, fazendo que seja maior a calculabilidade e a previsão das inseguranças e dos riscos gerados<sup>15</sup>.

Salienta Blanca Mendoza Buergo<sup>16</sup>

*Um aspecto que se destaca ya desde la perspectiva jurídica es el hecho de que Beck, en una caracterización ulterior de estos nuevos riesgos, considera que éstos, al contrario de lo que ocurría con los riesgos “tradicionales” de la sociedad industrial primaria, no serían imputables según las reglas vigentes de la causalidad, la culpabilidad y la responsabilidad, ni serían susceptibles de ser objeto de seguro.*

O segundo elemento caracterizador da sociedade de risco, conforme a mencionada autora, pode ser constatado a partir da complexidade organizativa das relações de responsabilidade. O considerável incremento das interconexões causais e seu desconhecimento ou as dificuldades em seu esclarecimento, junto com a crescente substituição de contextos de ações individuais por outros de caráter coletivo, determina que a responsabilidade se ramifique cada vez mais por meio de processos, nos quais contribuem muitas pessoas, algumas integradas em um sistema de divisão de trabalho, outras sem relação entre eles – como ocorre em algumas condutas individuais que por acumulação ou sinergia podem tornar-se nocivas.

Fala-se atualmente em uma irresponsabilidade organizada, no sentido de que quanto mais complexa é uma organização, mais intercambiável resulta o indivíduo e sua menor sensação de responsabilidade, ao considerar que sua contribuição pessoal no conjunto é muito reduzida.

Assim, partindo do paradoxo de que o risco afeta de modo involuntário as pessoas, mas tem sempre sua origem em uma decisão humana, tem-se que esta situação de

---

<sup>15</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. p. 28.

<sup>16</sup> Id. Ibid. p. 28.

irresponsabilidade se produz como consequência de múltiplas ações individuais – por exemplo, o buraco da camada de ozônio ou a contaminação atmosférica – e, por outro lado, pela sistemática divergência entre produção do risco e afetação por ele mesmo em sociedades funcionalmente diferenciadas<sup>17</sup>. Em outras palavras, os seres humanos produzem os riscos e são destes as maiores vítimas.

O desconhecimento acerca dos riscos ou dos mecanismos que podem produzir danos é, sem dúvida, central no conceito da sociedade de risco, pois se supõe que na sociedade moderna as pessoas estão produzindo para si mesmas seu próprio perigo. O atual nível de desenvolvimento tecnológico da sociedade não é compreendido de maneira completa, fazendo que o futuro seja imprevisível.

Os aspectos anteriormente assinalados condicionam a terceira característica definidora da sociedade de risco<sup>18</sup>, consistente em uma sensação de insegurança subjetiva que pode existir independentemente da presença de perigos reais.

De acordo com a caracterização da sociedade de risco, parte-se de uma sociedade cujos membros vivem mais seguros, mas que, paradoxalmente, possuem uma crescente sensação subjetiva de insegurança. Com isso, a demanda especificamente normativa de segurança busca não somente a proteção objetiva frente a riscos e perigos, mas a possibilidade de assegurar a proteção, a confiança ou segurança, convencendo os membros da sociedade que estão livres de temores.

As características anteriores transformam em demanda a busca constante pela segurança.

O binômio risco-insegurança, ou seja, a aversão ao risco com a conseguinte aspiração pela segurança, faz com que os indivíduos reclamem de maneira crescente do Estado a prevenção frente aos perigos, convertendo essa busca em um motivo dominante da ordenação da vida social<sup>19</sup>.

Tal demanda transforma-se em algo problemático quando o destinatário de todas as exigências de segurança por parte da opinião pública, da mídia e das próprias autoridades é, sobretudo, o Direito Penal (incluindo-se aqui também o Direito Processual Penal), que se vê assim forçado, em um contínuo processo de expansão destinado ao controle de novos perigos.

---

<sup>17</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. p. 28.

<sup>18</sup> Isto também segundo orientação de Blanca Mendoza Buergo (Id. Ibid. p. 28).

<sup>19</sup> Interessante colacionar o pensamento de Silva-Sanchez que afirma que “o que interessa aqui ressaltar é a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. Isso, pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente das decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc.” (Op. cit. p. 29).

Assinala Blanca Mendoza Buergo<sup>20</sup>, que assumir esse papel que não lhes pertence de modo prioritário nem exclusivo, supõe uma intervenção penal excessiva que conduziria ao desenvolvimento de um Estado preventivo. Este, frente ao modelo clássico liberal, mostra uma inclinação que, partindo da segurança jurídica, tende mais para a segurança dos bens jurídicos, convertendo-se assim em um Estado da segurança. Com ele, abriria uma frente pela qual podem surgir fissuras em aspectos garantistas do Direito Penal.

Gera-se uma mudança de perspectiva no Direito Penal, de um modelo fundamentalmente reativo-repressivo e limitador a um preventivo, que, ao menos em alguns âmbitos, como no sistema político-administrativo, conduz a um Estado intervencionista e em certo sentido também a um Estado de Segurança.

Embora fique claramente estabelecida a busca pela segurança, esta não elimina a existência de problemas comuns a toda política estatal de intervenção para a sua consecução. A este respeito, pode-se cair em um irreflexivo aumento da incriminação, tanto no aspecto qualitativo como quantitativo. Ao igual que não se considera necessariamente adequado responder ao aumento da criminalidade com penas cada vez mais graves, destaca-se que a crescente transformação do Direito Penal, entendido como direito protetor do cidadão, em um instrumento flexível de intervenção do Estado, resulta uma resposta equivocada a questão de como podem ser prevenidas de maneira acertada as situações de perigo. Desde a perspectiva da Constituição e da situação social do problema, ele somente pode ser abordado de forma razoável com a consolidação do Direito Penal do Estado de Direito<sup>21</sup>.

A questão que parece necessário elucidar agora é porque o conceito de sociedade de risco, considerado moda entre os sociólogos, filósofos sociais ou políticos, mas ao que se dirigem várias críticas, transpassou essas fronteiras do estudo social atual. Também, explanar as reflexões sobre a evolução do ordenamento jurídico e, especificamente, acerca do modo em que o Direito aborda as transformações ou novidades que tal modelo social traria consigo.

No que se refere à importação do conceito sociedade de risco na análise propriamente jurídica, a reflexão que lhe serve de base é a seguinte: parte-se de que os novos riscos têm sua origem nas decisões e atuações humanas individuais ou coletivas. Aqueles se fazem, em princípio, controláveis ou suscetíveis de certa condução. Daí surge a ideia de que o Direito Penal pode ser um meio adequado e necessário para preservar a sociedade dos novos riscos.

Se a sociedade de risco tem uma verdadeira necessidade de minimizar a insegurança e esta necessidade se traduz na tendência a conter, com ajuda do Direito Penal, a formação de

---

<sup>20</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. p. 28.

<sup>21</sup> Id. Ibid. p. 28.

perigos não consentidos em uma etapa muito inicial de seu desenvolvimento, excluindo já em fases antecipadas determinadas classes de comportamento que poderiam ser iniciadoras de perigos, o conceito de sociedade de risco poderia servir como chave para o entendimento de um Direito Penal que se encarregou do tratamento dos perigos e inseguranças subjetivas.

O Direito Penal do risco é uma criação conceitual crítica com a que se designaria uma forma de desenvolvimento e um conjunto de modificações estruturais pelas quais o Direito Penal se adaptou. Deste ponto de vista mais crítico, com as consequências que a nova penetração da ideia de risco no Direito Penal traz consigo, a questão crucial não seria tanto o surgimento do Direito Penal de risco<sup>22</sup>, mas quais são as consequências para esse ramo do direito e até que ponto estas podem supor uma autêntica crise jurídica<sup>23</sup>.

Some-se a isto que se atribui ao Direito Penal um imenso potencial para o controle dos novos riscos, sendo que tal imputação deve-se em relação a enorme sensação de insegurança, que faz surgir uma autêntica demanda social de controle claramente penal.

Os novos riscos e as situações que isto provoca geram, por sua vez, uma considerável sensação de insegurança entre os cidadãos, sendo que a reação claramente constatável é a de recorrer à resposta penal como forma de controle que se considera adequada por sua máxima severidade, assim como necessária por sua hipotética efetividade<sup>24</sup>.

Neste sentido, quando mais grave for o dano temido, mais justificado se considera a atuação do Direito Penal em sua qualidade de resposta mais dura do controle social. Recorre-se ao legislador cada vez mais frequentemente e cada vez com maior urgência buscando proteção penal frente aos problemas levantados na nova sociedade de risco. Surgem, todavia,

---

<sup>22</sup> O Direito Penal decorrente de uma Sociedade de Risco, nos moldes em que foi acima explanado denomina-se Direito Penal do Risco.

<sup>23</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. p. 28.

<sup>24</sup> José Luis Díez Ripollés afirma que a consolidação da delinquência clássica encontra um apoio inestimável na generalização do sentimento coletivo de insegurança aos cidadãos, como consequência de uma diversidade de fatores, ocasionando uma preocupação geral sobre a delinquência como o medo de ser vítima de um delito. E continua: *“Tales actitudes se producen, además, en un contexto peculiar, con dos rasgos especialmente significativos: Por una parte, la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema. Por otra, há desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitud muy difundida en los años setenta y ochenta, que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás. Se han puesto de moda calificadores como las de “predador sexual”, “criminal incorregible”, asesino en serie”, “jóvenes desalmados, deshumanizado, del delincuente”.* Por lo demás, esa preocupación o miedo por el delito ya no se concentran en los ámbitos sociales más conscientes o temerosos de la delincuencia, sino que se han extendido a sectores sociales antes relativamente distanciados de tales sentimientos”. (RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La Política Criminal en la Encrucijada**. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2007. p. 73-75).

os seguintes questionamentos: o Direito Penal é o meio necessário e adequado para apaziguar a aclamação popular e se tal ramo consiste no instrumento mais drástico de controle? Ainda, pergunta-se o que ou quem poderia, então, garantir segurança frente aos comportamentos indesejados?

Não obstante se fale muito em sociedade de risco, o sociólogo Zygmunt Baumann<sup>25</sup> sugere a substituição da já tão mencionada expressão “sociedade de risco” pela expressão “sociedade da incerteza”.

Segundo o autor, as incertezas não poderiam ser calculadas nem espacial nem temporalmente dos atores sociais, já que se expandem e complexificam. A incerteza é o habitat natural da vida humana, e o principal motor da atividade dos indivíduos é a esperança de escapar desta incerteza.

Essas incertezas ocasionam um enorme medo e insegurança na sociedade e como implicação desses sentimentos, tem-se a ampliação da preocupação com as novas formas de criminalidade.

E por receio dessa criminalidade, o Direito Penal é eleito como instrumento para contrapor eficazmente à pretensão por segurança, o que emana, do entendimento de que a utilização de medidas criminais é mais eficaz do que medidas de política social ou econômica, ou, ainda, de medidas decorrentes da intervenção do Direito Civil ou Administrativo. Inverte-se a finalidade do Direito Penal, que deixa de ter caráter subsidiário, deixando de *ser ultima ratio*<sup>26</sup>.

Já Silva-Sanchez<sup>27</sup> afirma que a atual sociedade pode ser definida como a “sociedade da insegurança ou sociedade do medo”, afirmando que a existência subjetiva dos riscos é evidentemente maior do que a própria existência objetiva destes.

Tanto a sociedade do risco, como a sociedade da incerteza, sociedade da insegurança ou do medo, possuem a mesma consequência: influenciar a aplicação do Direito Penal, ampliando seu âmbito de atuação, antecipando a intervenção punitiva, reduzindo ou até mesmo suprimindo as formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal Liberal.

---

<sup>25</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 129-130.

<sup>26</sup> Nas palavras de André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade, “... torna-se possível a afirmação de que a vida na Sociedade do Risco nos torna suscetíveis a riscos até então desconhecidos e que fogem da capacidade humana de controle. Nesse contexto, todos os aspectos elencados acima acabarão por influenciar o Direito Penal, pressionando-o a uma situação expansionista a fim de que se alcance segurança.” (CALLEGARI, André Luís. *et al.* **Direito Penal e Globalização**: Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa. p. 16).

<sup>27</sup> Op. cit. p. 75.

Nesta mudança, resta analisar a importância desta caracterização sociológica da atual sociedade, segundo a qual resulta determinante a existência de novos e maiores riscos, mas que insiste que sua resolução está presente no direito penal. Essa constatação, entretanto, não constitui uma especial novidade nem uma característica privativa ou particular nem de uma ou de outra localidade.

Todo esse processo de transformação social, que vem atingindo toda população por anos, pode ocorrer dentro ou fora do território nacional, surgindo, assim, a necessidade de adaptação político-social, em razão do aparecimento de novos riscos de ordem global.

E para conter essa sociedade de risco marginalizada, conforme já afirmado, o Estado lança mão de um Direito Penal do risco, que por possuir um caráter expansivo, acolhe os novos interesses e demandas penais e antecipa a tutela penal. O Direito Penal do risco, seja no Brasil ou em outros países, adota uma política criminal caracterizada pela preocupação de prevenção e repressão exacerbada em face ao crime organizado, ao tráfico de drogas, ao terrorismo, à criminalidade econômica e aos crimes contra a humanidade, dando os primeiros passos a um duradouro Direito Penal de ‘terceira velocidade’ – o ‘Direito Penal do Inimigo’.

Segundo Maria Isabel Sánchez García de Paz<sup>28</sup>

*Com la expresión Derecho Penal del riesgo (Risikostrafrecht) se aludiria, en definitiva, a um específico “Derecho Penal de una sociedad Del riesgo”, en el que la orientación a la prevención y control de las fuentes de peligro, a la minimización del riesgo, va determinar cambios en la construcción de las categorías jurídico-penales – hasta el punto de que se habla también de una Risikodogmatik.*

Esses riscos criados e/ou acentuados pela evolução da sociedade, pela globalização da economia, pela evolução dos meios de comunicação e tecnologia, etc., ocasionam uma reação irracional por parte dos atingidos, gerando uma imensa insegurança, que faz com que a sociedade aceite (e em alguns casos até clame) uma política de segurança pública em detrimento de interesses individuais.

Evidencia Pablo Rodrigo Alften da Silva<sup>29</sup> que tais fatores ensejam uma transformação de perspectivas da dogmática penal e do fundamento do direito de punir

... se se analisar os fins aos quais o Direito Penal do risco pretende servir sociologicamente segundo a ideia de risco, a saber, por um lado, a minimização do

<sup>28</sup> PAZ, Maria Isabel Sánchez García de. **El Moderno Derecho Penal y La Antecipación de La Tutela Penal**. Valladolid: Universidad de Valladolid. 1999. p. 83.

<sup>29</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alften da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 95-97.

risco e, por outro, a produção ideia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de estabilização da norma.

Baseia-se Günther Jakobs nesses paradigmas em sua teoria de prevenção geral positiva e também na concepção de Direito Penal do Inimigo. Paradigmas esses que, para Niklas Luhmann, inspirador de Jakobs, constituem a essência da finalidade do Direito.

A sociedade de risco e a globalização propiciam o surgimento de um sentimento generalizado de insegurança. Quanto maior o avanço da ciência e da tecnologia, maior é o medo pelos riscos e inseguranças que surgem a cada dia.

Esse sentimento de insegurança proveniente do modelo de ‘sociedade de risco’ é acentuado, consoante já assinalado, pelos meios de comunicação<sup>30</sup>.

A influência da mídia é, em grande parte, negativa, pois acaba divulgando informações incompletas, tendenciosas, obscuras e sensacionalistas, que trazem um grande malefício aos julgamentos e a prática legislativa.

Os meios de comunicação conseguem impor à sociedade uma forma única de analisar os seus problemas, potencializando o perigo social e atingindo um efeito de mobilização das camadas populares<sup>31</sup>.

Nas palavras de Bourdieu<sup>32</sup>, a mídia pode

(...) fazer existir ideias ou representações, mas também grupos. As variedades, os incidentes ou os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, éticas etc. capazes de desencadear sentimentos fortes, frequentemente negativos, como o racismo, a xenofobia, o medo-ódio do estrangeiro, e a simples

<sup>30</sup> Segundo Ripollés, “*La preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación, donde ya no es extraño que ocupe los primeros titulares, tiene que ver sin Duda, aunque no exclusivamente, con el eco que tales informaciones suscitan en capas amplias de la población. Ello ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo. En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados no tanto para reducir efectivamente el delito, cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia*”. (Op. cit. p. 75-76). Nesse sentido Alessandro Baratta (BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal**. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 165-166).

<sup>31</sup> Acerca dos meios de comunicação Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth preleciona que a sociedade globalizada é influenciada cada vez mais pela mídia, formadora de opinião. “A busca do sensacional e do espetacular, do furo jornalístico, é o princípio de seleção daquilo que pode e daquilo que não pode ser mostrado, o que é definido pelos índices de audiência – ou seja, pela pressão do campo econômico, do mercado, sobre os jornalistas. E as imagens, aliadas às legendas que dizem o que é preciso ler e compreender, produzem o efeito de real, ou seja, fazem ver e fazem crer no que fazer ver. (...) O perigo decorrente disso é justamente o fato de que mídia de massa impõe ao conjunto da sociedade uma forma bastante peculiar de enxergar os “problemas sociais”, fruto de uma lógica mercadológica que busca, a todo custo, a audiência, ou seja, o sucesso comercial. A potencialização desse perigo ocorre em virtude do fato de que o poder de “evocação” exercido pela mídia tem efeitos de “mobilização”. (WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 29.

<sup>32</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 67.

narrativa, o fato de relatar, to Record, como reportes, implica sempre uma construção social da realidade capaz de exercer efeitos sociais de mobilização (ou de desmobilização).

O prejuízo sofrido na elaboração das leis é evidente. Criminalizam-se condutas sem qualquer estudo prévio, somente por pressão social instantânea. Tipos penais nascem conforme a notícia do momento, conforme o fato “em moda”.

Tudo isso ocorreu (e ainda ocorre), pois a premissa era de que o tratamento dado à criminalidade seria extremamente brando, graças a perspectivas dogmáticas e a considerações de ordem sociológica. Consideravam-se que as construções dogmáticas só serviam, em verdade, para aumentar a criminalidade. Por isso, tornava-se forçoso repropor a ordem – e não a justiça – como valor supremo.

A lei deveria restaurar a ordem aumentando os níveis punitivos e penalizando, com severidade, os criminosos perigosos ou reincidentes. Nenhuma clemência seria aceita. A proposta é dar uma resposta concentradamente retributiva.

Vários exemplos podem ser citados no Brasil de tipos penais que foram criados instantaneamente a partir de ampla divulgação pelos meios de comunicação de um determinado fato:

- Lei nº 2.033, de 20.09.1871, que criminalizou o homicídio culposo depois de um acidente ferroviário na cidade de Jundiaí-SP;
- Lei nº 3.311, de 15.10.1886, que criminalizou o delito de incêndio após a ocorrência de dois episódios na cidade do Rio de Janeiro-RJ;
- Lei nº 8.072, de 25.07.1990, que dispõe sobre os crimes hediondos e as restrições legais a eles aplicadas, posteriormente às extorsões mediante sequestro de Abílio Diniz e Ricardo Roberto Medina;
- Lei nº 8.930, de 06.09.1994, que considerou hediondo o homicídio qualificado e o praticado em atividade típica de grupo de extermínio, em razão da morte da atriz Daniela Perez e das chacinas da Candelária e Vigário Geral, amplamente divulgadas pela imprensa;
- Lei nº 9.455, de 07.04.1997, que criminalizou a tortura após a filmagem de torturas praticadas por policiais em Diadema (caso Favela Naval), transmitidas por redes de televisão por todo o país;
- Lei nº 9.677, de 02.07.1998 e Lei nº 9.695, de 20.08.1998, tendo a primeira aumentado de forma absurda a sanção penal e a segunda considerado crime hediondo o delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, em virtude da falsificação de anticoncepcionais ocorrida a nível nacional.



Tal situação, longe de ser algo excepcional, somente demonstra que o sistema jurídico está sendo construído não com instrumentos de direito, mas sob influência da pressão trazida pela sociedade, perdendo parte de sua consistência<sup>33</sup>.

Afirma Nilo Batista<sup>34</sup>, enfatizando o papel que os meios de comunicação está exercendo no Brasil, que

Antes de mais nada, a mídia não apenas se adequou, mas colaborou definitivamente na expansão de uma mentalidade penal que imobiliza toda riqueza e complexidade dos conflitos sociais na episteme binária e simplória do infracional: é assim que a questão da reforma agrária pode ser reduzida a delito contra a propriedade de integrantes do MST, por um lado, e aos ‘excessos’ policiais contra eles (chacinas) de outro. Ao processo de desmerecimento do setor público, funcional para implementação das privatizações, correspondeu a criminalização midiática da vida política. No núcleo ideológico deste movimento está não apenas um discurso criminológico único – que assume preponderância e influência muito superior ao acadêmico, e cujas toscas contradições e inconsistências não encontram canal de questionamento – mas principalmente uma novidade perigosa: o exercício direto de funções características das agências policiais do sistema penal.

Essa perigosa novidade, entretanto, ressaltada por Nilo Batista não se encontra isolada, pois a mídia além de exercer as características das agências do sistema penal, transgredindo direitos e garantias penais e processuais e aumentando a sensação de insegurança da população, assim o faz com base na liberdade de expressão e pelo direito de informação, que acabam se tornando prioritários em face de direitos individuais e coletivos de maior importância.

Note-se que a mídia faz com que sociedades que não possuem problemas específicos de criminalidade (terrorismo, por exemplo) comecem a se preocupar em razão da constante e ilimitada divulgação, a qual propaga o medo e o terror por todas as partes do mundo. Um exemplo que pode ser citado é o atentado americano do dia 11 de setembro de 2001.

De acordo com Alexandre Rocha Almeida de Moraes<sup>35</sup>

A imprensa, de forma geral, transmite uma imagem da realidade que mistura o que está distante com o que está próximo, confundindo a percepção o telespectador.

<sup>33</sup> Neste sentido Ripollés preleciona que a experiência cotidiana do povo, sua percepção imediata da realidade e os conflitos sociais, passou a ser um fator de primeira importância na hora de elaborar as leis penais, e pugna por ser também na aplicação legal. A novidade, contudo, não é que tais experiências e percepções condicionem a criação e aplicação do Direito, algo legítimo em toda a sociedade democrática, mas “*el que demanden ser atendidas sin intermediários, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los médios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y, en último término, el pueblo llano*”. (Op. cit. p. 80).

<sup>34</sup> BATISTA, Nilo. Novas **Tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 83-85.

<sup>35</sup> Op. cit. p. 52.

Essa percepção errônea aproxima o cidadão da cena do crime, aumentando sua sensação de impotência.

No entanto, verdade seja dita, a sensação de medo e insegurança da sociedade não é causada exclusivamente pela mídia, mas também pelo acréscimo da criminalidade.

O aumento da criminalidade vem ocorrendo tanto na organizada quanto na de ruas. Esta última atinge a todos de forma direta e a primeira possui destino específico, atingindo somente de forma mediata.

Dessa maneira, a sensação de insegurança coletiva se converteu em pretensão social legítima, exigindo a sociedade uma solução por parte do Poder Público. E em virtude da omissão do Estado, o Direito Penal é chamado a dar a resposta (nem sempre mais adequada).

Resumindo, o que, na realidade, gerava esse contexto fático era o medo difundido – existencial ou meramente comunicacional de que a sociedade não poderia dominar ou impedir as ações criminosas. Some-se a isto o fato de haver uma desconfiança de que os órgãos institucionalizados de controle social não possuíam capacidade de reação, presos às dificuldades de suas engrenagens, atados à sua própria burocracia, impossibilitados, portanto, de solucionar, de forma eficaz, às ações delinquentes.

Com isso, chegou-se ao quadro de que toda a sociedade deve ser mobilizada para a exterminação do tríplice mal: crime, criminalidade e criminoso. E a partir dessa finalidade, era indispensável, com urgência, o recrudescimento da lei penal, a única capaz de resolver a questão envolvendo os homens desviados.

Ressalta Antonio García-Pablos de Molina<sup>36</sup>, o medo do cidadão de tornar-se vítima de crime acarreta

desconfiança para com risco de notórios excessos defensivos, modifica os estilos de vida de amplos setores da população gerando contínuos comportamentos não solidários para com outras vítimas e desencadeia, logicamente, uma política criminal passional, baseada num rigor desmedido no apelo à pena, que põe em perigo as conquistas racionais e humanitárias de nosso tempo. Em momentos de crise, o medo ao delito costuma ser manipulado por opções políticas concretas, capazes de instrumentalizar, a seu serviço, conhecidos mecanismos psicossociais.

Além disso, a invocação ao perigo e a sentimentos intensos de temor, somados à incriminação de certos grupos ou minorias desviados constituem um poderoso clamor. Atraíse a atenção geral e desvia os olhares de outros problemas sociais mais relevantes. Ainda,

---

<sup>36</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Hacia una “redefinición” del rol de la víctima en la criminología y en el sistema legal.** Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernades Albor. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989. p. 328.

projeta-se a agressividade e emoções coletivas sobre minorias e marginais coletivos e, especialmente, propicia reações passionais, que impulsionarão maior rigorismo da política criminal.

Imperioso destacar que não se questiona em momento algum a legitimidade da sociedade em exigir essa segurança, até porque é um direito trazido em diversos momentos do corpo da Constituição Federal (artigos 5º, 6º, etc.). O que é questionável, todavia, é se o Direito Penal consiste no instrumento correto para atender a esses anseios da população.

### 2.3 O DIREITO PENAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

A discussão desde a perspectiva do Direito Penal não deve centrar-se tanto na determinação do modelo sociológico característico da sociedade atual. Relevante reconhecer, ao menos, certas transformações ou novidades, mudanças nas relações de intercâmbio e interrelação social e consequências não previsíveis até agora, que desde este ponto de vista são novas, e estariam enfrentando o Direito Penal a certas dificuldades para operar da mesma maneira ou com os mesmos instrumentos que até pouco tempo eram habituais.

Tais dificuldades ou limitações na resposta ou nas soluções que o Direito Penal pode oferecer nas novas demandas<sup>37</sup> – sem analisar agora seu caráter novo ou já em parte conhecido, faz com que se fale abertamente de uma crise na capacidade de rendimento do ordenamento jurídico, ou de crise de prestação deste ante os novos riscos, o que levaria a considerar a necessidade de uma mudança de perspectiva ou o desenvolvimento de novas estruturas e vias de imputação<sup>38</sup>.

Nos termos em que, no entanto, está sugerida a discussão sobre as mudanças que a sociedade do risco traria para o Direito Penal, o primeiro tema polêmico que surge é o de determinar até que ponto os supostos riscos são realmente novos. A disputa sobre este ponto

---

<sup>37</sup> Dispõem André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade “Nessa senda, verifica-se a ocorrência de uma ampliação do conceito de bem jurídico, que passa a abarcar não somente os delimitados bens jurídicos individuais, mas também os imprecisos bens jurídicos supraindividuais também os imprecisos bens jurídicos supraindividuais de caráter difuso. (...) Dessa forma, percebe-se uma alteração na clássica função de limitação e justificação da punição penal pela proteção de bens jurídicos, fazendo-se com que essa proteção passe a ser vista, pelo contrário, como um critério de ampliação da intervenção do poder punitivo estatal”. (CALLEGARI, André Luís. *et al.* **Direito Penal e Globalização: Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa**. p. 16 e 25).

<sup>38</sup> Em relação a criação de novas demandas, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth explica que “como consequência inafastável dos cada vez mais fortes sentimentos de insegurança e medo na sociedade contemporânea, tem-se o aumento da preocupação com as novas formas de criminalidade que se apresentam nesta realidade, notadamente as relacionadas ao crime organizado e ao terrorismo, sendo ao atentados terroristas ocorridos em Nova Iorque em setembro de 2001 considerados o estopim dessa nova doxa do medo, uma vez que expuseram ao mundo a sua própria fragilidade”. (WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. p. 29).

parece algo de ampla magnitude, já que se reconhece que muitas das atividades ou dos sistemas geram riscos que não são estritamente novos, mas que simplesmente possuem atualmente um potencial danoso mais elevado.

Isto está evidente, por exemplo, na indústria química, que aumentou nas últimas décadas enormemente seu potencial, gerando a contaminação ambiental como consequência da crescente industrialização e nível de desenvolvimento tecnológico, tanto nos países industrializados, como dos países em via de desenvolvimento que submetem as novas tecnologias sem as medidas de precaução e segurança presentes em parte do primeiro mundo.

Complementa Blanca Mendoza Buergo<sup>39</sup>

*Pero además de esta disparidad cuantitativa, tampoco puede negarse que, a diferencia de la sociedad industrial del siglo XIX o de principios del siglo XX, en la sociedad actual se han desarrollado nuevos campos de actividad y avances tecnológicos que encierran un elevado peligro y un enorme potencial y capacidad lesiva – energía y armas nucleares, nuevas tecnologías en el terreno de la química, de la genética e de la biotecnología, aplicables a los más variados ámbitos, etc. – y cuyos eventuales efectos dañinos o incluso catastróficos pueden tener una amplísima difusión que alcanzaría a futuras generaciones, lo que – junto a las dificultades para su limitación espacial o temporal – constituyen auténticas notas peculiares de estos nuevos riesgos actuales.*

Tudo isto deve ser analisado com o surgimento de novos âmbitos que se incorporam ao ordenamento penal, assim como setores que é visível um incremento dos preceitos penais, já que não obstante alguns insistam em que nem todos aqueles são na realidade novos, reconhece-se que estes riscos produzem uma extensão e endurecimento de seu tratamento penal e, portanto, uma diminuição dos campos de atividade não controlada ou permitida.

Entre estes setores que experimentaram um aumento significativo em sua regulação penal, pode-se destacar, consoante dispõe Blanca Mendoza Buergo<sup>40</sup>, os três que serão a seguir referidos. Um primeiro grupo se refere a supostos derivados do progresso técnico e científico, como a técnica atômica, a informática, ou a tecnologia genética, aos que se poderiam agregar os relacionados com a fabricação, distribuição e utilização de produtos potencialmente perigosos, ou com a biotecnologia aplicada direta ou indiretamente a elementos que podem chegar a incidir na saúde ou manutenção das condições de existência atual do gênero humano.

O segundo setor tem por objeto formas de comportamento que já estavam, ao menos parcialmente, castigadas no Direito Administrativo sancionador ou no Direito Penal acessório,

---

<sup>39</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. p. 40.

<sup>40</sup> Id. Ibid. p. 41-44.

mas que por uma mudança em sua valoração incorporou ao Direito Penal, experimentando assim, não somente um endurecimento em sua regulamentação, mas também, antecipando as barreiras da punibilidade. Incluem-se neste grupo, o direito penal ambiental e o direito penal econômico. Finalmente, em um terceiro grupo poderiam incluir-se os setores não estritamente novos nem ligados aos novos riscos tecnológicos, mas que incidem outros atributos da atual sociedade, como a globalização e o caráter transnacional de certas formas de delinquência. Em tais setores, apesar de certos comportamentos já estarem incriminados há algum tempo, aumentou-se fortemente a cominação de delitos. Este dado, junto a certas mudanças nas formas de aparição de tal tipo de criminalidade, possibilitou um adiantamento e endurecimento da punição, os quais ocorreram significativamente na criminalidade vinculada as drogas e narcóticos, e em geral na criminalidade organizada.

Torna-se imperioso destacar, diante desse novo quadro, o surgimento de modernos âmbitos de atuação em face do nascimento de novos riscos aos bens jurídicos já protegidos ou eventualmente protegíveis, criando certas características que dificultam enormemente a possível reação do ordenamento, bem como sua efetividade e que, de maneira residual, podem chegar a afetar também a legitimidade de tal resposta.

As dificuldades a que se enfrenta a utilização dos instrumentos jurídicos tradicionais têm relação com fatores inerentes aos novos riscos, podendo sintetizar-se fundamentalmente nas seguintes: em primeiro lugar – e com uma significação inquestionável, a impossibilidade de dominar por completo, em toda sua dimensão espaço-temporal, as consequências da técnica, cuja autêntica potencialidade é dificilmente abordada e concretamente prevista pelas normas jurídicas. É de se destacar também, a este respeito, com o trepidante avanço científico e tecnológico chegou a autorizar que se fale em uma autêntica explosão de ignorância unida a este, no sentido de que se desconhecem dados fundamentais destes novos riscos e que cada avanço técnico-científico descobre novas áreas de ignorância. Constitui também fatos geradores de dificuldades, o fato de que dito progresso técnico tem lugar frequentemente pelas atividades de estruturas com organizações complexas e hierarquizadas, como são as empresas e inclusive o próprio Estado, e que este também adota um papel determinado que pode ser de reprimir ou de fomentar os fenômenos sociais perigosos.

As características dos fenômenos supra descritos provocam, por sua vez, dificuldades para que as estruturas de imputação e tratamento jurídico possam oferecer uma resposta eficaz sem operar transformações ou proceder a interpretações flexíveis ou adaptadas às novas necessidades.

Junto às dificuldades assinaladas, há que acentuar um fator destacado por vários autores que pode qualificar-se como decisivo na explicação do fenômeno em estudo; trata-se da tendência crescente, observada na sociedade atual, de redefinir os acontecimentos lesivos como injustos, já que cada vez a sociedade parece menos disposta a considerar tais acontecimentos lesivos como meros acidentes. Favorece-se a tendência a imputar a realização do risco a autores individuais, atribuindo a estes indivíduos a autoria de acontecimentos lesivos que talvez antes se definisse como acidentes, vez que a psicologia social confirmou que quando algo sai mal se inicia a busca de um culpado e se acaba em muitas ocasiões encontrando algum, embora nem sempre de maneira justa<sup>41</sup>.

Assim, aos percalços que fazem os distintos ramos do ordenamento jurídico fazerem frente aos novos fenômenos e suas eventuais consequências, unem-se a pressão de encontrar formas de imputação que permitam sempre fazer alguém responsável dos sucessos ou eventuais consequências indesejáveis.

Desta feita, uma vez apontada a caracterização da sociedade de risco e os problemas que esta pode trazer, é imperioso abordar um assunto não menos polêmico, como é o de determinar o que constituiria as linhas fundamentais da política criminal em tal sociedade. A análise da questão há de partir do fato de que, desde que o direito penal assumiu o topo da sociedade de risco, considera-se que isto traz consigo determinadas consequências que fazem surgir caracteres de uma específica política criminal e, posteriormente, também um específico Direito Penal de risco.

Tal política criminal, a primeira vista, caracterizaria por uma tendência ao Direito Penal preventivo com um acentuado adiantamento da proteção penal, o que implica, por uma parte, uma grande recorrência a formulação de delitos de perigo (em grande parte de perigo abstrato), assim como a configuração de novos bens jurídicos universais de vago conteúdo.

A mais importante diferença entre o velho e o novo direito preventivo é que o novo Direito Penal do controle global protege mais e distintos bens. Mais do que isso, os protege antes, em um estágio prévio a lesão do bem jurídico. Por outra parte, tal tendência preventiva implicaria uma flexibilização dos pressupostos clássicos de imputação objetivos e subjetivos, assim como de princípios garantistas próprios do Direito Penal de um Estado de Direito.

Aqueles que colocaram expressamente na estreita relação as manifestações da sociedade de risco com o desenvolvimento atual do Direito penal, destacam o interesse que

---

<sup>41</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. p. 44.

teria a sociedade do risco em minimizar a insegurança e conseguir um controle global, embora isto provoque certas transformações já tratadas acima<sup>42</sup>.

Se a moderna sociedade de risco se caracteriza pela afloração de novos perigos para a vida, a saúde ou integridade, ou para as condições do meio ambiente, encontrar-se-ia com uma sociedade que não mais busca o bom para o bem-estar humano, mas que quer impedir o pior, resultando em uma natural ampliação na proteção penal de cada novo perigo. Assim, se afirma a este respeito que a política criminal seria influenciada de modo absolutamente decisivo pelo traço característico da sociedade de risco, já mencionado, a sensação de falta de segurança subjetiva, que suscitaria a reação de atuar pelo Direito Penal como meio calmante de percepção de insegurança. E isto com independência de que se trate de uma defesa frente a perigos sempre reais e não meramente fictícios ou de que seja o meio idôneo para combatê-los ou contra-atacá-los.

A demanda de proteção, em ocasiões massivas, canaliza-se, portanto, pela amplificação do Direito Penal, sem nem sempre constatar, em primeiro lugar, se a resposta obedece ao princípio de necessidade; em segundo lugar, se é a resposta adequada para conseguir as soluções mais idôneas e eficazes aos problemas abordados e, em terceiro lugar, mas não de menor relevância, se é uma resposta que se mantém dentro dos limites de uma intervenção legítima do Direito Penal.

Por isto, pode-se extrair a conclusão de que neste contexto parece problemático, tanto desde um ponto de vista moral como dos pressupostos do Estado de Direito, utilizar uma reação jurídica errônea ou equivocada, especialmente nos casos de ausência de perigos reais ou de dificuldades na capacidade de condução pelo ordenamento penal dos comportamentos que os provocam. Por outra parte, não se pode negar que uma reação destas características pode constituir mera legislação simbólica que traz perigo a seriedade do direito penal, pois o efeito simbólico, uma vez descoberto, conduz a ineficácia.

Assim, esse traço peculiar da política criminal dos últimos anos conforma-se, sem dúvida, na tendência a um Direito Penal preventivo com um acentuado adiantamento da

---

<sup>42</sup> Resumindo as características atuais do Direito Penal, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth destaca as seguintes: “a) o incremento da criminalização a partir da proliferação de bens jurídicos de natureza coletiva, intangíveis ou abstrato; b) criminalização de atos de mera conduta, que prescindem da efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados; c) antecipação da intervenção penal ao estágio prévio à efetiva lesão do bem jurídico, generalizando-se a punição de atos preparatórios, como, por exemplo, a associação criminosa; d) ampliação da discricionariedade das autoridades policiais; e) aumento indiscriminado do limite de tempo da pena de prisão; f) alterações nas regras de imputação e no sistema de garantias penais e processuais, a partir da proliferação de tipos penais pouco precisos e de leis penais em branco, bem como da introdução da ideia de eficiência como princípio norteador do processo penal”. (WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira.** p. 92).

proteção penal, possuindo um sentido mais criminalizador que despenalizador. A tensão ou antinomia entre o princípio de intervenção mínima e o recurso penal criminal como *ultima ratio* por uma parte, e as tendências expansivas que pretendem atender as crescentes necessidades de tutela por outra, é resolvido claramente em favor das segundas<sup>43</sup>.

A expansão ou a acentuação da tutela penal a novos, ou relativamente novos âmbitos, como a regulação em matéria de recursos naturais, território e meio ambiente, ordenação da economia, saúde pública e segurança coletiva, proteção dos consumidores, biotecnologia, etc. e a intensificação da intervenção penal em outros terrenos mais tradicionais – como terrorismo, paz pública – supõe uma crescente criminalização de condutas que, agregadas aos tipos do Direito Penal clássico, não conseguem ser contrapesadas pela discriminação.

A constatação desta tendência ampliadora do Direito Penal assinala que tal expansão traz consigo importantes mudanças nas questões e problemas que se submetem a solução penal, e, portanto, uma transformação substancial das demandas que fazem frente aos problemas que surgem para resolvê-las. Expressando sucintamente, destaca-se que os novos setores que por contraposição ao chamado Direito Penal clássico pertencem ao que se denomina moderno Direito Penal, trazem problemas também novos ou tão complexos que não podem resolver-se satisfatoriamente com as soluções do velho modelo. A conclusão, a este respeito, seria que as crescentes e difusas demandas preventivas de uma política criminal interessada em controlar o risco não podem ser satisfeitas pelo Direito Penal liberal, que estaria mais bem dirigido ao passado, que está dotado de um arsenal de meios limitados e que, como instrumento preventivo, há de ser prudente.

Por tudo isto, nos últimos anos, estes problemas se converteram em crescente objeto de estudo e análise, com especial preocupação sobre as consequências do tratamento jurídico, pelas dificuldades para conciliar este com os princípios até agora aquilatados de imputação de responsabilidade penal, com os princípios básicos de um Estado de Direito.

Assinala-se, com razão, com o questionamento da própria legitimidade das formas de tutela ao uso no desenvolvimento atual do Direito Penal, surgem certas disfunções com as estruturas e regras de atribuição da responsabilidade penal habituais, especialmente as atinentes a relação de causalidade, o dolo e a culpa, a autoria e a participação, bem como a delimitação entre as formas consumadas e tentadas.

---

<sup>43</sup> Na mesma esteira Ripollés afirma a existência de uma séria de modificações substanciais no sistema de penas e sua execução que, em boa parte, inspira-se simplesmente no desejo de tornar mais gravosas para o delinquente as consequências derivadas do cometimento de um delito (Op. cit. p. 85).



Em relação a tudo isso, a crítica global que se dirige a política criminal típica da sociedade de risco é que em sua disposição ou tendência que fazia a diminuição da insegurança ou tentava alcançar um controle crescente desta, poderia provocar transformações que ameaçariam, em primeiro lugar, estruturas consideradas básicas em Direito Penal e, em última instância, os princípios e garantias próprios do Estado de Direito. Segundo tal visão, os efeitos na consecução desta meta haviam alcançado não somente a política criminal, mas estendido também a outros terrenos, como a teoria da pena e do bem jurídico, produzindo uma indubitável funcionalização do Direito Penal, ou seja, sua instrumentalização pelos fins político-criminais.

Desta forma, para os sustentadores desta crítica, as ideias da insegurança, complexidade social, necessidade de orientação, estabilização de expectativas e proteção dos bens jurídicos frente a grandes perturbações, reconciliam-se com o desenvolvimento político criminal mais recente e pressupõe uma ameaça para o Direito Penal, ao implicar o abandono da tarefa até agora encomendada a este de assegurar um mínimo ético, para converter-se em um instrumento de controle dos grandes problemas sociais, passando assim de reprimir pontuais lesões concretas de bens jurídicos a prevenção a grande escala de situações problemáticas<sup>44</sup>.

O aludido processo de modernização acentua-se pela flexibilização de instrumentos jurídico-penais em interesse de uma adaptação para as crescentes situações de ameaça e as necessidades de proteção, flexibilização a capacidade de adequação que põem em dúvida uma estrita sujeição aos princípios já consolidados. Aprofundando nesta mudança de tendência, salienta-se que o Direito Penal constitui a barreira enfraquecida da política criminal, a situação atual apresenta, pelo contrário, como o braço alargado desta, ou seja, como instrumento da política criminal. Em outras palavras, pode-se dizer que o Direito Penal perde sua função de garantia da liberdade e se transforma em um elemento de intervenção flexível do Estado.

Como visto, a globalização econômica, a evolução histórica e todos os prenúncios da modernidade alcançaram a esfera penal. A sociedade globalizada possui em seu atual contexto

---

<sup>44</sup> A sociedade de risco descrita nos itens anteriores torna-se incompatível com o Estado de Bem-Estar, que se encontra em plena decadência, ocasionando uma desigualdade social cada vez maior. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth analisa que “Na medida em que o Estado busca eximir-se de suas tarefas enquanto agente social de bem-estar, surge a necessidade de novas iniciativas do seu aparato repressivo em relação às condutas transgressoras da “ordem” levadas a cabo pelos grupos que passam a ser considerados “ameaçadores”. Paralelamente a isso, tornam-se necessárias medidas que satisfaçam às demandas por segurança das classes ou grupos sociais que se encontram efetivamente inseridos na nova lógica social”. (WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira.** p. 40-41).

as seguintes características: a deliberada política de criminalização; as frequentes alterações pelo legislador dos tipos penais; tipificação vaga dos novos bens jurídicos; a ampla utilização dos delitos de perigo abstrato, desconsiderando o princípio da lesividade; o uso do Direito Penal como *prima ratio*; a responsabilidade penal da pessoa jurídica; o aumento e endurecimento das restrições impostas na fase executiva da pena, etc..

Some-se a isto o fato de que o próprio processo penal está sofrendo profundas modificações para tornar-se célere, nem que para isso desrespeite direitos e garantias fundamentais.

O direito penal da modernidade, que se encontra em constante mutação, continua se adequando a novas estruturas da era da globalização. O paradigma liberal, que começou a ser rompido após a Segunda Grande Guerra, alterou a noção de tutela de bens jurídicos que foi reavaliada para atender as aspirações da sociedade com a tutela de problemas sociais habituais, como: meio ambiente, economia, genética, etc..

Analisando-se tais características, é inquestionável que nessa conjuntura da sociedade pós-industrial, a busca pela prevenção tem conferido uma política criminal que vem criminalizando infrações meramente administrativas, tipificando meros atos preparatórios e abusando do uso dos tipos omissivos impróprios e de normas penais em branco.

É cabível, todavia, alertar que a utilização exclusiva da técnica legislativa do Direito Penal clássico não se coaduna com as novas figuras inerentes aos avanços tecnológicos da modernidade, mas também não autoriza mudanças desarrazoadas.

Observa-se que a lei deveria tratar da intervenção preventiva com minúcia e prudência. Nesse sentido, Raúl Cervini<sup>45</sup> adverte do perigo da irrestrita adoção de tipos amplos e abertos:

*Cuando el objeto no está suficientemente definido, los medios serán necesariamente ambiguos. Por el contrario, la nitidez Del objeto lleva a la nitidez de los medios y com ello por lo general a la eficiencia normativa y a la seguridad jurídica... Cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en si misma generadora de peligro. Últimamente, existe la tendencia no ya anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar este, mediante una óptica de amplificación conceptual que al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la delincuencia.*

---

<sup>45</sup> CERVINI, Raúl. Criminalidad Organizada y Lavado de Dinero. In: PIERANGELLI, José Henrique (Coord.). **Direito Criminal – Coleção Jus Aeternum**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 1.V. p. 81-82.

No mesmo sentido María Isabel Sánchez García de Paz<sup>46</sup> preleciona

*En particular, el Derecho Penal del riesgo se traduce en una pérdida de los criterios de imputación propios del Derecho Penal liberal, la quiebra del principio de taxatividad de los tipos penales, y la extensión inflacionista del Derecho Penal, en gran medida a través de la creación de bienes jurídicos universales. Un Derecho así orientado tiene en los delitos de peligro, singularmente en los delitos de peligro abstracto – que dispensan de la prueba de una relación de causalidad a menudo inciertas – su principal instrumento de actuación.*

Apesar de todas as advertências, as leis penais abertas, as quais dependem do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos atos administrativos, têm caracterizado a moderna dogmática penal.

A antecipação da tutela penal também pode ser citada como uma das características desta nova política criminal, principalmente no que tange a adoção de crimes de perigo abstrato, protegendo-se os antigos e novos bens jurídicos em um estágio prévio de lesão. Ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, acaba-se por afrontar o princípio da ofensividade ou lesividade por meramente criminalizar a simples atividade.

De outro lado, na esteira do pensamento de Jakobs, em uma sociedade de contratos anônimos, os meios de asseguramento cognitivo das vítimas potenciais são simplesmente impraticáveis, o que sem dúvida explica a incontrolável tendência à tipificação de delitos de perigo.

Com isso, utiliza-se como forma de prevenção e tutela de uma sociedade de risco, o Princípio da Precaução.

Ainda nesse sentido Jesús-María Silva Sánchez<sup>47</sup>, afirma que

...nos vemos diante de um modelo de sociedade orientado a uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada. A crescente interdependência dos indivíduos na vida social dá lugar, por outro lado, a que, cada vez em maior medida, a indenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas (de controle de riscos) por parte de terceiros. (...) Em Direito penal, isso implica na tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão que incide diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica.

Mesmo que não seja propriamente uma novidade é necessário reconhecer que esse aspecto da modernidade traz um novo ângulo à discussão.

Não obstante, as características assinaladas desta nova política criminal corresponderem a um inegável retrocesso, estas estão sendo amplamente utilizadas no

---

<sup>46</sup> Op. cit. p. 84.

<sup>47</sup> Op. cit. p. 84.

ordenamento jurídico brasileiro, que na tentativa de acobertar a ineficiência do Estado no enfrentamento de determinados problemas sociais, tem adotado uma legislação de exceção, com traços de um Direito Penal de Inimigo. E o Estado age legitimado pela sociedade, que pelo medo e pela insegurança, exige do Poder Público respostas rápidas e aparentemente eficazes.

Retoma-se o antigo discurso da “lei e ordem”, ocasionando uma hipertrofia no ordenamento pátrio, suprimindo-se direitos e garantias dos indivíduos, e concedendo ao Estado um *ius puniendi* quase absoluto, fazendo com que o Direito Penal marche em desencontro com a ordem constitucional.

O sistema jurídico, em virtude da rapidez do surgimento de novos interesses e da complexidade desses, está sendo substituído por múltiplos sistemas normativos, rompendo-se com as noções de unidade formal do ordenamento, transformando a legislação em descodificada.

Ressalta Celso Fernandes Campilongo<sup>48</sup> que

o legislador atual, premido pela complexidade das matérias objeto de regulação e pela velocidade das demandas, é menos o porta-voz dos ‘interesses gerais’ que tinham acesso ao Parlamento do século XIX, ou seja, exclusivamente a burguesia, e mais um representante de interesses corporativos e contraditórios.

Cumprе salientar, que apesar de ser considerada uma condição necessária, a pura admissão do bem jurídico não representa, por si só, uma condição suficiente para a obtenção de um sistema penal adequado.

Ademais, vale frisar que o Direito Penal, principalmente na “era da globalização”, passou a controlar tudo e todos a sua volta, embora na prática, em geral somente os mais desfavorecidos da população é que sofrem suas consequências.

No sistema brasileiro, essa irracionalidade legislativa é exemplificada, de acordo com Alexandre Rocha Almeida de Moraes<sup>49</sup> com: os institutos da Lei nº 9.099/95, que utilizam somente a pena em abstrato como critério objetivo de aferição do ‘menor potencial ofensivo’; a Lei nº 9.268/96, que criou discussões das mais variadas quanto à legitimação ativa para a execução da sanção pecuniária; a Lei nº 9.271/96 que tratou, concomitantemente, de matéria penal e processual, trazendo questionamentos sobre sua irretroatividade; a Lei nº 9.455/97 (Tortura), que permitiu a progressão de regime nos crimes que elenca, mesmo sendo

---

<sup>48</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 39.

<sup>49</sup> Op. cit. p. 62-63.

tipificados como hediondos na Lei nº 8.072/90; a Lei nº 9.677/98 (Lei dos Remédios) que pune a adulteração e falsificação de cosméticos, com a mesma intensidade aplicada aos remédios propriamente ditos; a Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) que, em relação à data de vigência, permitiu a formação de quatro correntes jurisprudenciais e que, no tocante a algumas figuras típicas, veda a concessão de liberdade provisória, sem impor, por coerência lógica, um possível regime fechado; a Lei nº 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas), cujo rol de impropriedades e ausência de rigor técnico é maior do que a própria lei; impropriedades do Código de Trânsito Brasileiro, como a hipótese de lesão corporal culposa na condução de veículos automotores com penas em abstrato completamente incongruentes e desproporcionais à lesão corporal culposa prevista no Código Penal; a injúria manifestada com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem punida com pena de reclusão e equivalente à pena de detenção do crime de homicídio culposo previsto no Código Penal; etc.

Neste contexto de hipertrofia legislativa, é importante considerar que não mais é possível diferenciar, com absoluta autonomia e independência, ‘esquerda e direita’, existindo confusão de linguagens no discurso político, pois tanto a ‘direita’, assim como a ‘esquerda’ postulam a edição de novas leis diante das demandas da modernidade.

Afirmam André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth<sup>50</sup> que

... o problema que se visualiza a partir da análise da tendência atual da política criminal é a centralização da resposta à crise vivenciada pelas instituições da sociedade contemporânea por meio da utilização da pena, como se não existissem outros mecanismos de controle social válidos, ou ao menos igualmente eficazes.

Utiliza-se assim, uma política de criminalizar condutas, recrudescer as penas e restringir as garantias conquistadas a longos anos, ocasionando um aumento da população carcerária.

Torna-se imperioso ressaltar que o impacto da globalização sobre o Direito Penal é diferente em cada país, em razão de questões territoriais, econômicas, sociais, etc..

As soluções apresentadas deverão, portanto, ser diferenciadas conforme o nível de desenvolvimento dos países atingidos por novos interesses e novas demandas.

Partindo de tal premissa, verifica-se que pelo menos por enquanto no Brasil, ainda parece utópico, o anseio de criação de uma nova espécie de Direito: um Direito sancionador,

---

<sup>50</sup> CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. p. 10.

no modelo administrativo ou a descriminalização de condutas de forma que estas sejam exclusivamente tuteladas pelo Direito Administrativo, e não pelo Direito Penal.

A busca por um Direito Penal de mínima intervenção e/ou expectativa encontra empecilhos no crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção da Administração Pública, tornando essa expectativa longe de ser atendida.

Essas afirmações geram um problema sem aparente solução.

Tem-se, de um lado, um Direito Penal como instrumento único de controle social, suportando uma carga que além de não poder tolerar, não lhe compete. De outro lado, entretanto, tem-se o Poder Público e o Direito Administrativo carecedores de legitimidade para assumir parte da demanda penal.

Perante esses problemas e dilemas encontrados na sociedade moderna, complexa e globalizada, a irracionalidade e a hipertrofia legislativa tornam-se uma realidade, externadas com a criação de infrações meramente administrativas, utilização indiscriminada de conceitos amplos e vagos, antecipação da tutela penal, abuso das leis penais em branco e várias outras situações já descritas neste trabalho. Esta irracionalidade rompe os postulados político-criminais clássicos (subsidiariedade, fragmentariedade) e os princípios fundamentais de um Direito Penal de um Estado Constitucional de Direito.

Mas isso não é tudo.

No Brasil, essa problemática se agrava ainda mais, porque o Estado não consegue aplicar o mínimo de políticas públicas essenciais, como saúde, educação, segurança, emprego, meio ambiente, finanças públicas, justiça, etc..

E juntamente a esse quadro, tem-se que no plano externo, as organizações multilaterais e o sistema financeiro internacional cobram políticas econômicas que estimulam o fluxo de capital, indústria e serviço entre países, aumentando o desemprego e recessão, e comprometendo ainda mais a esfera social.

Vendo por este lado, é difícil acreditar constituir o Brasil um verdadeiro Estado Democrático de Direito, pois uma democracia permeada por injustiças sociais de uma sociedade competitiva, com um nível assustador de desemprego e marginalidade, faz aumentar a reivindicação de uma política legislativa e criminal que atenda a um mínimo de racionalidade.

Na prática, a ordem constitucional brasileira não consegue reverter o contexto de precariedade social nem incluir grande parte da população no conceito de cidadania formalmente regulada.

Após a globalização, a democracia e o direito acabam se transformando em meras extensões do sistema econômico e em simples representação do processo de acumulação.

Desta feita, conclui-se que a própria democracia encontra-se em crise, seja por estar desacreditada, seja por não estar mais evidente o conceito de povo.

Enfim, é preciso frisar que não incumbe ao legislador as tarefas do Poder Judiciário e do Poder Executivo, não possuindo responsabilidade na aplicação das normas e na instrumentalização do sistema carcerário e assistencial. A recíproca também é verdadeira, não incumbindo aos outros Poderes atribuições que não lhe são inerentes.

O Estado Brasileiro acabou não sabendo contabilizar todas as contradições sociais e os direitos e garantias de réus e vítimas, buscando equações com sua tutela para a proteção da sociedade. Nesse sentido, acabou criando um imenso conflito, entre os valores da pessoa humana e a conveniência social, tantas vezes, confundindo-se tais valores como se houvesse o próprio direito à criminalidade, tamanho a complacência.

Ainda, a relação da economia com a política e as influências que ela sofre, acabam por proteger os delinquentes de colarinho branco, justificando a insignificante presença desses nas estatísticas da criminalidade.

O conflito ainda permanece no que tange a democracia, representada pela tutela de direitos e garantias fundamentais, e as novas demandas e interesses da modernidade, ocasionando um evidente paradoxo.

Estas demandas da modernidade por possuírem alto custo de implantação, foram conduzidas à seara do Direito Penal, por ser este instrumento menos oneroso e, em tese, mais ágil para acalmar, provisoriamente os ânimos e insegurança da população.

Verifica-se que mesmo sendo notório que essas novas demandas, principalmente as referentes aos novos bens difusos e coletivos, devam ser tuteladas, não existe uma concordância sobre quais seriam esses bens e nem como deveriam ser tutelados.

E frise-se que essa expansão ainda não terminou. Só começou.

Inegavelmente, se tem havido uma hipertrofia da legislação penal, essa ilusória democracia tem contribuído para acentuar a questão.

Destaca Celso Fernandes Campilongo<sup>51</sup>:

Nossas instituições representativas caracterizam-se pela completa irresponsabilidade política. Fogem de todas formas de controle e prestação de contas. Sustentam um sistema de dominação privatizado, de troca de favores com o

---

<sup>51</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**: apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi. p. 57-59.

Executivo e de partidos oportunistas. Em última análise, a negação de todos os princípios republicanos. O correlato social dessa irresponsabilidade institucional é a ruptura de identidades. Nas palavras de O'DONNELL, temos uma 'cidadania de baixa intensidade', onde os direitos políticos são respeitados às custas do não reconhecimento dos direitos liberais à maioria da população.

A fragmentação do Estado e da sociedade é constantemente sustentada por um sistema representativo totalmente irresponsável.

E esse processo poderá ser ainda mais agravado em razão dos conflitos sociais desta era de globalização, e também porque essa classe política brasileira diante de situações urgentes e inéditas, e pela busca de soluções rápidas e simbolicamente tranquilizadoras para a população, acaba transferindo para a esfera penal todas as respostas, a fim de alcançar benefícios eleitorais.

Todas estas perspectivas aumentam o descrédito no Poder Público, e por isso criam os denominados 'Estados paralelos', que, com regras próprias, abrandam e deslegitimam em pouco tempo o ordenamento jurídico.

Esse descrédito no Poder Público e a possibilidade de alcançar soluções rapidamente geram um contexto propício para a propagação da justiça pelas próprias mãos, para a desmobilização dos movimentos sociais e para a desarticulação dos mecanismos de resistência à miséria.

Evidencia assim, que o chamado 'Estado Democrático de Direito' necessita de intensa regulamentação para deixar de ser considerado uma norma meramente programática.

#### 2.4 POLÍTICAS CRIMINAIS DE ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE COMUM E ORGANIZADA

A expansão do Direito Penal, estudada até o momento, deu origem a algumas políticas criminais pautadas na eficiência preventiva, como forma de combate tanto de pequenas infrações penais como da criminalidade dos poderosos. Essas teorias tiveram seus mais recentes e marcantes exemplos nos Estados Unidos, podendo-se citar as teorias das janelas quebradas, tolerância zero e a lei e ordem.

A *Broken Windows Theory* (Teoria das Janelas Quebradas) foi publicada pela primeira vez em 1982 pelo cientista político James Q. Wilson e pelo psicólogo criminologista George Kelling na revista *Atlantic Monthly*, retratando um estudo que estabelecia uma relação de causalidade entre desordem social e a criminalidade.



Neste estudo (*The Police and Neighbourhood Safety*<sup>52</sup>), James Q. Wilson e George Kelling explicaram como a desordem e a criminalidade poderiam adentrar em uma comunidade, afetar a sua qualidade de vida, e conseqüentemente levar os seus membros a decadência. Para isso utilizaram a imagem de janelas quebradas para conferir tal explicação.

Sustentavam os referidos autores que, se a janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada deveria ser imediatamente consertada, pois se isto não ocorresse, as pessoas que por ali passassem teriam a impressão que não existia naquela localidade autoridade responsável pela manutenção da ordem. Com esse pensamento, pouco tempo depois, algumas pessoas começariam a atirar pedras com a finalidade de quebrar as outras janelas do local e logo, todas as janelas, anteriormente intactas, estariam quebradas.

Assim, poderiam as pessoas que por ali transitassem concluir que ninguém seria responsável por aquela edificação, nem pela própria rua onde esta se encontrava. Começava-se a decadência da própria rua e posteriormente da própria comunidade.

Desta feita, somente os ociosos, inconstantes, ou pessoas com disposições criminosas morariam naquela rua afetada. Ocasionalmente, então, um abandono das pessoas de bem daquele lugar, ficando a comunidade à mercê dos desviados.

Diante da ausência de ordem, pequenas desordens desvirtuavam para grandes desordens e, mais tarde, ao crime.

Os mencionados autores ainda afirmavam que uma comunidade estável, em que inicialmente reinava a ordem, os indivíduos cuidavam de suas próprias residências, de seus membros e possuía uma preocupação com o semelhante, poderia converter-se em pouco tempo em uma assustadora selva, onde a desordem estabelecer-se-ia, preparando o campo para a ascensão da criminalidade.

Na década seguinte, Wesley Skogan, Professor da Universidade Northwestern de Ciências Políticas, publicou um estudo intitulado *Disorder and Decline: Crime and the Spiral of Decay in America Neighborhoods*<sup>53</sup>, abalizado em uma pesquisa em que se entrevistou 13.000 (treze mil) pessoas que residiam em Atlanta, Chicago, Houston, Filadelfia, Newark e São Francisco.

Este estudo corroborava os preceitos trazidos pela Teoria das Janelas Quebradas. E mais, afirmava que a relação de causalidade entre desordem e criminalidade estudada na teoria acima referida sobrepunha-se a outros fatores como a pobreza ou questões raciais.

---

<sup>52</sup> A Polícia e a Segurança da Comunidade.

<sup>53</sup> Desordem e Declínio: O Crime e a Espiral de Decadência nas Comunidades Americanas.

Já em 1996, George Kelling e Catherine Coles publicaram a obra definitiva sobre a *Broken Windows Theory* denominada *Fixing Broken Windows – Restoring Order and Reducing Crimes in Our Communities*<sup>54</sup>, na qual o primeiro ampliou o foco de discussão antes estudado em conjunto com James Q. Wilson, defendendo em sua nova tese a relação de causalidade entre a criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções. Parte-se do raciocínio de que da mesma forma que a desordem leva à criminalidade, a impunidade de pequenos delitos e contravenções acarretaria uma criminalidade violenta.

Mas essa ideia não representava uma novidade. Em 1967, foi elaborado um relatório para uma comissão criada pelo presidente da época Lyndon Johnson para o estudo de estratégias de combate à criminalidade. Este relatório, com base em pesquisas e entrevistas com membros da comunidade, apontou que estes possuíam receio da criminalidade em virtude da existência de desordem nestas localidades.

Não obstante esta pesquisa tenha sido realizada na década de 60, esse pensamento coletivo foi ignorado até o início dos anos 80, quando as teorias aqui estudadas tiveram uma forte ascensão.

Outro fato importante que merece destaque é que George Kelling e Catherine Coles demonstram como a mudança de estratégia da política influenciou no aumento da criminalidade, pois o que antes tinha a função de manter a ordem pública (prevenção), passou-se hoje para somente o combate ao crime (repressão). Para os citados teorizadores a polícia deve conhecer a comunidade na qual atua, formando um vínculo que permitirá que autoridade policial e sociedade juntem forças para impedir o aparecimento da desordem, de pequenos delitos e conseqüentemente da criminalidade violenta.

Essa teoria das janelas quebradas trouxe inspiração para o aparecimento da técnica policial implantada em Nova Iorque (e posteriormente em diversos lugares no mundo) denominada de “Tolerância Zero”. Este conceito significa que as forças policiais ostensivas vão deixar de tolerar qualquer violação ao ordenamento jurídico.

Denota-se que a teoria teve como um dos principais idealizadores o ex-promotor e na época (1994-2002) prefeito de Nova Iorque Rudolph Giuliani. Ele foi eleito em 1994 justamente por possuir um discurso voltado ao combate à criminalidade, inclusive com

---

<sup>54</sup> Consertando as Janelas Quebradas – Restaurando a Ordem e Reduzindo o Crime em Nossas Comunidades.

declaração de guerra à delinquência de rua, à violência dos jovens, às drogas, às gangues, etc..<sup>55</sup>

Giuliani promoveu uma luta contínua contra os lavadores de carros que ameaçam os motoristas, os sem-tetos que ocupavam os espaços públicos, como metrô, parques e praças, e lá faziam suas necessidades, as prostitutas, a epidemia das “entradas livres” no metrô em virtude da existência de passageiros que pulavam a catraca e não pagavam a passagem, pichações, bêbados no espaço público etc.. Essa promoção ocorreu no início da década de 90 pela Operação conhecida como “Tolerância Zero”. De acordo com essa teoria de segurança pública, toda e qualquer afronta à lei, por mínima que seja, deve ser rigorosamente contida e reprimida, pois poderia futuramente dar origem a um crime mais grave<sup>56</sup>.

Portanto, crimes mais leves seriam punidos com pena privativa de liberdade, ainda que fossem pequenos atos de vandalismo, discussões entre vizinhos, mendicância, pequenas violações de leis de trânsito etc.. Além disso, algumas medidas autoritárias passam a ser executadas como a decretação pelas prefeituras municipais de “toques de recolher”<sup>57</sup>.

Apesar da rigidez de tratamento, a técnica policial da “Tolerância Zero”, além de ter sido amplamente divulgado, foi defendido por inúmeros criminólogos de direita, policiais, políticos, industriais do ramo de segurança e presídios, pela mídia em geral e pelos agentes penitenciários<sup>58</sup>.

Não há de se negar que aparentemente a operação “Tolerância Zero” surtiu algum efeito. Verificou-se que no mesmo ano que Rudolph Giuliani assumiu a prefeitura de Nova Iorque, a delinquência diminuiu. Todavia, as reclamações por abusos de policiais dobraram, as pessoas mortas por tiros das autoridades policiais aumentaram em cerca de 35% e o número de vítimas que estavam sob a custódia da polícia aumentou em cerca de 53%<sup>59</sup>.

Com essas duas teorias imprimiu-se nos Estados Unidos, uma política criminal que buscava evidenciar a relação de causalidade entre a criminalidade violenta e a não contenção de pequenos delitos e contravenções.

Estas políticas são consideradas uma das vertentes do Movimento ‘Lei e Ordem’ (*Law and Order*), que também se originou nos Estados Unidos, provocando, nas duas últimas décadas, relevantes transformações na legislação daquele país. Cumpre ressaltar, entretanto,

<sup>55</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**, Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Rio de Janeiro: REVAN, 2008. p.785.

<sup>56</sup> Percebe-se assim, a influência da teoria das janelas quebradas na operação tolerância zero.

<sup>57</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Intolerância Dez, ou a Propaganda é a Alma do Negócio**. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, 1997. n. 4. p. 219. 2. V.

<sup>58</sup> WACQUANT, Loic. **O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza**. Tradução de Paula Miraglia e Hélio de Mello Filho. Novos Estudos CEBRAP 80. Março/2008. p.10.

<sup>59</sup> Id. Ibid. p. 10.

que esse movimento influenciou não somente o ordenamento norte-americano, mas também o brasileiro, principalmente na década de 90, com o advento de leis de extremo rigor.

Mais do que isso, as valorações político-criminais da *Law and Order* estiveram presentes no posicionamento adotado pelo legislador constituinte brasileiro, quando em 1988, introduziu no artigo 5º, inciso XLIII a expressão “crimes hediondos”.

Essa corrente político-criminal, surgida na década de setenta e com reflexos nas décadas imediatas do Século XX, levava em consideração a premissa de que deveria ser modificado o tratamento dispensado à criminalidade que era extremamente branda. Os defensores desta corrente defendiam que era indispensável a separação entre o “bem e o mal” tratando-se com mais rigor este último. Tornava-se necessário recompor a ordem, sem preocupar-se com a justiça.

Considerava-se que o aumento das taxas de criminalidade dava-se em razão da diminuição das possibilidades da prisão, das penas alternativas, e da não imposição de penas mais graves. Desta forma, a lei deveria restaurar a ordem agravando os níveis punitivos e penalizando, com rigor (até mesmo com a pena de morte), os criminosos perigosos ou reincidentes. Possuía o movimento uma proposta totalmente retributiva.

Essa corrente político-criminal encontrou base em alguns fatos ocorridos nas décadas de setenta e de oitenta do século passado, conforme pode-se observar pelas considerações de Alberto Silva Franco<sup>60</sup>:

- a) no aumento da criminalidade violenta voltada para seguimentos sociais mais privilegiados (extorsões mediante sequestro, roubos a estabelecimentos bancários etc.);
- b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado, de facções vinculadas tanto à esquerda, como à extrema direita, do espectro ideológico;
- c) no alarmante crescimento do tráfico ilícito de drogas;
- d) no progresso do crime organizado;
- e) no crescente aumento da criminalidade de massa;
- f) na criação pela mídia de um sentimento de insegurança e o aproveitamento desse sentimento para uso político.

O que, na verdade, gerava esse contexto fático era a disseminação do medo de que a população não teria mais possibilidade de controlar as ações criminosas e/ou reprimi-las. E

---

<sup>60</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82-83.

não somente isso, a dúvida generalizada que os órgãos institucionalizados de controle social não possuíam mais aptidão de reação por falta de estrutura e por excesso de burocracia.

Nesse sentido, Antonio García-Pablos de Molina<sup>61</sup> enfatiza que o temor do cidadão de tornar-se vítima de delito acarreta:

desconfiança para com risco de notórios excessos defensivos, modifica os estilos de vida de amplos setores da população gerando contínuos comportamentos não solidários para com outras vítimas e desencadeia, logicamente, uma política criminal passional, baseada num rigor desmedido no apelo à pena, que põe em perigo as conquistas racionais e humanitárias de nosso tempo. Em momentos de crise, o medo ao delito costuma ser manipulado por opções políticas concretas, capazes de instrumentalizar, a seu serviço, conhecidos mecanismos psicossociais. Além disso, uma oportuna invocação ao perigo e a sentimentos irracionais de alarme ou temor – e a inculpação de certos grupos ou minorias desviados como agentes do mesmo – é um reclamo poderoso. Concita-se a atenção geral e a orienta deliberadamente até alguns objetivos atraentes; distrai e desvia aquela de outros problemas sociais, sem dúvida, prioritários, que passam a um segundo plano, projeta a agressividade e emoções coletivas sobre minorias e marginais coletivos (bodes expiatórios) com o conseqüente reforço da coesão e solidariedade social (função integradora do delito) e, sobretudo, propicia reações hostis e passionais, que darão impulso a uma política criminal rigorosa. A experiência demonstra, que a espiral do temor infundado prejudica sempre os mesmos: as classes sociais deprimidas.

Esse temor incrustado nas classes sociais era potencializado pela mídia e por alguns políticos, que apresentavam a criminalidade como um fenômeno aterrador que gera insegurança e como consequência do tratamento benigno que a lei dispensa aos criminosos que não a respeitam.

Essa transmissão massiva de fatos atemorizantes gerava na população um estado de pânico, que era aproveitado justamente por aqueles que o transmitiam: os meios de comunicação e os movimentos políticos. Os meios de comunicação tinham com isso uma imensa audiência com o sensacionalismo desfreado e os movimentos políticos porque apresentavam fórmulas infalíveis para o combate e exterminação do crime em si.

É importante ressaltar que a mídia tem um grande fascínio pelos crimes violentos e exerce uma especial pressão sobre o Poder Legislativo, podendo-se mencionar a própria elaboração da Lei de Crimes Hediondos, conforme já citado, elaborada após as extorsões mediante sequestro de Abílio Diniz, Ricardo Roberto Medina entre outros grandes empresários; a inclusão do delito de homicídio (praticado mediante atividade típica de grupo de extermínio, ainda que por um só agente e do homicídio qualificado) pela Lei nº 8.940/94 após o assassinato da atriz de novelas da rede Globo Daniela Perez e posteriormente das

---

<sup>61</sup> Op. cit. p. 328.

chacinas da Candelária e Vigário Geral, no Rio de Janeiro; do aumento do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, que passou de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão para 10 (dez) a 15 (quinze) anos (Lei nº 9.677/98) e sua inclusão no rol dos crimes hediondos pela Lei nº 9695/98) após uma onda de falsificação de medicamentos, que trouxe reflexos na indústria farmacêutica nacional e multinacionais; etc..

O convencimento é feito por intermédio do sensacionalismo, da transmissão de imagens chocantes, que revoltam e causam repulsa na sociedade que acuada, acredita sinceramente que o Direito Penal será a solução de todos os seus problemas.

O poder de pressão dos meios de comunicação é tão forte, que impõe aos indivíduos medos e inseguranças que dificilmente afetariam as suas classes sociais, incutindo na cabeça dos cidadãos que a única solução possível para a ordem social seria um recrudescimento na legislação penal e processual penal.

Nessa perspectiva, o Movimento da Lei e Ordem pretende eliminar o trinômio crime, criminalidade e criminoso, sendo este último considerado um ser daninho<sup>62</sup>. Separa-se a sociedade, então, entre as pessoas que seriam incapazes de se desviar do ordenamento jurídico e aquelas prontas para transgressão, não podendo essas “classes” conviverem conjuntamente, sob pena da primeira classe ser infectada.

Para que essa separação pudesse ocorrer, o Estado deveria declarar guerra contra os agentes nocivos, para restabelecer a ordem. E para esse restabelecimento era necessária a mobilização pelo Poder Legislativo para reforçar a máquina repressiva do Estado.

O Estado Social é substituído por um Estado Penal. Investimentos em ensino fundamental, médio e superior, lazer, cultura, saúde, habitação são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor repressivo. A todo momento o Congresso Nacional anuncia novas medidas de combate ao crime.

Desta forma, tipos penais novos surgem, exacerbam-se as cominações dos já existentes, amplia-se a esfera de atuação policial, aumentam-se as medidas de cautela, reduzem-se ou até mesmo suprimem-se garantias processuais, etc..

Não existe nessas medidas uma preocupação se as alterações legislativas são eficazes para a proteção de bens jurídicos. A única finalidade do movimento é dar tranquilidade, ainda que ilusória, ao cidadão, exercendo uma função puramente simbólica.

---

<sup>62</sup> FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. p. 85.

Aqueles que defendem o Movimento da Lei e Ordem alegam, segundo João Marcelo Araújo Jr.<sup>63</sup>

Que os espetaculares atentados terroristas ou o gangsterismo e a violência urbana somente podem ser controlados com leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade. Esses seriam os únicos remédios eficazes para intimidar e neutralizar os delinquentes e, ademais, os únicos válidos para fazer justiça às vítimas e aos homens de bem, ou seja, aos que não delinquem.

Assim, instaura-se um clima de guerra em toda a sociedade, diferenciando os “homens maus” dos “homens bons”. Os primeiros como sendo aqueles que desrespeitam a lei e que ocasionam o temor nos cidadãos, e os segundos como os fiéis do ordenamento jurídico, mantenedores da ordem social, mas que se encontram reféns dos primeiros.

Como visto, o instrumento utilizado nesta guerra é a sanção penal (Direito Penal como *prima ratio*) que é utilizada com uma finalidade essencialmente retributiva, ao invés de sua preocupação preventiva/ressocializadora. Volta-se a chamada Lei de Talião, devendo o mal ser retribuído com o próprio mal, na ilusão de que com isso a criminalidade seja reduzida.

Sustenta-se o Movimento da Lei e Ordem em equivocadas premissas. Não é mais possível concordar que a sociedade teria que exterminar o crime para sobreviver. Nem cabe mais raciocinar que o delinquente é uma pessoa distinta das demais, um produto alheio e externo à própria sociedade. Denota-se que a sociedade democrática é muito mais dinâmica e complexa do que se imagina e se baseia numa enorme heterogeneidade de valores que devem necessariamente coexistir.

Como defende Alberto Silva Franco<sup>64</sup>, não é possível compreender a problemática criminal como uma simples equação conflitual sociedade-delinquente, bem contra mal, filhos de Caim contra filhos de Abel. A realidade evidencia que, cada vez mais os cidadãos de bem, integrados socialmente também afrontam a legalidade. Podem-se citar como exemplo os cidadãos que sonegam tributos, que deixam de emitir nota fiscal, que preferem subornar os guardas de trânsito para não lhe ser aplicada algum tipo de multa, subtraem de hotéis pequenos objetos, a utilização de atestados falsos, etc..

Bem por isso, não se pode cogitar de metas audaciosas como as de eliminar o delito da face da terra. O crime representa outra face da convivência social. E acompanhará indefectivelmente o ser humano em qualquer estrutura social.

---

<sup>63</sup> ARAUJO JR., João Marcelo. **Os Grandes Movimentos Atuais de Política Criminal**. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, 1998, n. 9. p. 147-157.

<sup>64</sup> Op. cit. p. 87.

Afirma Alberto Zacharias Toron<sup>65</sup>

*Derecho y orden* ou lei e ordem são expressões que, fora de um ideário democrático, apontam não apenas para uma inflação de leis penais e a criação de mecanismos de respostas mais incisivas em diferentes níveis, isto é, no da cominação abstrata da sanção penal, passando por disposições processuais e chegando até a execução penal, mas designam algo que alguns autores denominam de funcionalização do Direito Penal ou uma atuação meramente simbólica.

Realmente, trata-se de uma autêntica linhagem de Direito Penal simbólico, onde uma onda propagandística dirigida às massas populares tentam justificar as atrozes modificações legislativas que tentam encobrir os fenômenos desgastantes do tecido social.

É certo que, quando se usa o conceito de ‘Direito Penal simbólico’ em sentido crítico, significa que determinados agentes políticos preocupam-se somente dar uma impressão tranquilizadora a população, mediante atos de um legislador que a vista da sociedade seria atento e decidido. Nesse aspecto, o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal, surgindo desta união, o Direito Penal do Inimigo.

Desta forma, as características da sociedade pós-moderna, as novas demandas, o aumento do risco e da sensação de insegurança que, acentuados pelos meios de comunicação e da opinião pública, buscam no Direito Penal as soluções absolutas para todos os problemas sociais, traçando o panorama da política criminal da modernidade, que sem dúvida encontra-se caracterizada pela hipertrofia legislativa, pelo incremento de tipos penais e pela restrição de garantias penais e processuais penais, que se afastam do modelo clássico e revela uma política criminal.

Com isso, ainda na família do Direito Penal Máximo, com um de seus membros mais agressivos, pode-se destacar o chamado Direito Penal do Inimigo, teorizado por Gunther Jakobs, que será estudado no próximo capítulo.

## 2.5 A UTILIZAÇÃO DE RISCO DO DIREITO PENAL EM UMA SOCIEDADE DE RISCO

O sentimento de insegurança que permeia a sociedade moderna faz com que o Direito Penal seja tratado como o único instrumento apto a solucionar todos os problemas atuais, ocasionando uma expansão desmedida de seu âmbito de incidência, como forma de aplacar, ainda que simbolicamente, o clamor social.

---

<sup>65</sup> TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos** – O mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 92.



Apesar das constantes defesas ao Direito Penal Clássico, cercado de direitos e garantias aos cidadãos, denota-se impossível o seu retorno ao novo mundo globalizado.

É importante salientar que esse Direito Penal nunca existiu como preconizam alguns autores, de forma tão perfeita e efetiva. O Estado nunca deixou de aplicar um extremo rigorismo, e a existência de direitos e garantias não impedia a aplicação de sanções elevadas aos indivíduos. Frise-se, entretanto, que o que se vê atualmente é o excesso, o abuso<sup>66</sup>.

Pode-se inferir seguramente que a crise da ressocialização também configurou fator orientador e legitimador da evolução do Direito Penal máximo. Trata-se de uma questão que é objeto de grandes debates por parte da doutrina penal, na medida em que parece assumir-se em linhas gerais um acervo de críticas que de forma mais que fundamentada minaram a fundação deste pensamento, predominante durante boa parte da história do Direito Penal do século XX.

Mas essa impossibilidade de aplicação de um Direito Penal liberal não pode oportunizar a aplicação de um Direito Penal moderno, caracterizado pela expansão e pela flexibilização dos princípios político-criminais.

Como visto nas últimas décadas produziu-se uma clara variação da denominada política criminal, pois se passou do debate e aplicação de políticas abolicionistas e reducionistas para a discussão e aplicação de um rigoroso poder punitivo, em constante mutação, constituindo um debilitamento do direito penal de garantias.

Como se pode observar do discurso de Günther Jakobs e Miguel Polaino Navarrete<sup>67</sup>

*Pero no todos los planteamientos del movimiento del Derecho penal mínimo en absoluto son plenamente plausibles. En ellos hay también flagrantes contradicciones y frecuentes ambigüedades, impropias de un sistema maduro y depurado. En todo caso, las propuestas de esta corriente aparecen formuladas, hoy o hoy, en unos extremos que prácticamente harían inviable El propio Derecho penal, a más de la carència de claridad en la exposición de las doctrinas minimalistas.*

A resposta à demanda punitiva, conforme essa nova doutrina, deve ser definida por meio de uma ampliação do Direito Penal no sentido de abranger a tutela de interesses que não pertenciam a seu âmbito clássico de aplicação, e essa expansão poderá flexibilizar regras de

<sup>66</sup> Complementa Charlise Paula Colet que “o fundamento do Estado Democrático de Direito também não se sustenta diante de mecanismos de criminalização, pois reproduzem degradação, repressão, além de fomentar um processo de desculturação em face da sociedade, reduzindo-se a vontade, perda do senso de responsabilidade, formação de uma realidade ilusória e distanciamento dos valores sociais”. (CALLEGARI, André Luís. *et al. Direito Penal e Globalização: Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa*. p. 92).

<sup>67</sup> JAKOBS, Günther. NAVARRETE, Miguel Polaino. *El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas*. México: Flores Editor, 2006. p.73-74.

imputação, desde que se tenha consciência da necessidade da manutenção do máximo nível de garantias possíveis em cada caso.

Deste modo, incumbem aos estudiosos do Direito Penal e ao legislador a árdua tarefa de adequar as políticas criminais com a dogmática penal, uma vez que não podem ser afastadas, porque o direito tem que se fundamentar na realidade empírica.

Destarte, não se vislumbra a possibilidade do Direito Penal se adaptar ao modelo liberal, mas sim, ao moderno processo de globalização de forma delimitada e proporcional.

### 3 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS

“A elaboração de novas ideias depende da libertação das formas habituais de pensamento e expressão. A dificuldade não está nas novas ideias, mas em escapar das velhas, que se ramificam por todos os cantos da nossa mente”

(John Maynard Keynes)

#### 3.1 CONCEITOS PRELIMINARES SOBRE A TEORIA

##### 3.1.1 Direito Penal do Inimigo: Origem, Conceito e Significado

Conforme já foi analisado, o panorama da atual dogmática criminal é traçado pelas características da sociedade pós-moderna, pelas novas demandas, pelo incremento do risco e pela crescente sensação de insegurança acentuada pelos meios de comunicação pela opinião pública.

O Direito Penal afasta-se cada vez mais do modelo clássico, pautando-se na hipertrofia legislativa e na elaboração de tipos penais e instrumentos processuais antes não utilizados, configurando um chamado Direito Penal Máximo.

Dentro da família desse Direito Penal, como um de seus membros mais agressivos, pode-se destacar o chamado Direito Penal do Inimigo, teorizado por Günther Jakobs.

Günther Jakobs nasceu em Mönchengladbach, na Alemanha, no dia 27 de julho de 1937, graduou-se em direito pela Universidade de Bonn, em 1967. Jakobs, discípulo de Welzel, é considerado um dos mais respeitados e polêmicos juristas da modernidade, e idealizou o funcionalismo sistêmico baseado na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

De acordo com a concepção firmada no funcionalismo sistêmico, Jakobs sustenta que o Direito Penal tem função primordial de reafirmar a vigência da norma (e só indiretamente tutelar os bens jurídicos fundamentais). A pena seria a autopreservação do sistema jurídico-penal, uma estabilização contrafática defraudada com a prática delituosa.

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi pela primeira vez publicada em 1985, em uma palestra proferida em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt, adotando o referido autor uma postura descritiva sobre a teoria.

Em 1985, a posição mantida por Jakobs em relação ao Direito Penal do Inimigo causou na doutrina alemã uma impressão majoritariamente positiva. Esta visão Victor Gómez Martín<sup>68</sup> prefere chamar de “Primeiro Jakobs”.

---

<sup>68</sup> MARTÍN, Victor Gómez. *El Derecho Penal de Autor*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2007. p. 291.

Parte da doutrina alemã expressou também algumas dúvidas sobre se o Direito Penal do Inimigo era uma simples descrição de uma parte da legislação penal alemã, ou um conceito com alguma capacidade de submissão na concepção daquele autor. A este respeito, poderia assinalar-se que na posição de Jakobs, predominam os argumentos que abonam seu entendimento como uma simples descrição da realidade. Esta citada posição padece de um certo grau de ambiguidade que não permite descartar completamente a alternativa oposta.

Pode-se mencionar, que nas jornadas de penalistas celebradas de 16 a 19 de maio de 1985 em Frankfurt, Jakobs afirmou, por exemplo, que em um Estado Liberal, o autor de um delito seria considerado somente um cidadão, e não um inimigo. Também consta que o referido teórico considerava que o Direito Penal do Inimigo não seria já um direito, mas luta ou guerra, sendo sua denominação meramente eufemística. Ainda, salientou que o Direito Penal do Inimigo seria totalmente incompatível com um ideal de um Estado de Direito<sup>69</sup>.

E segundo Victor Gómez Martín<sup>70</sup>,

*un Estado de derecho ideal requerirá también de condiciones ideales, y lo cierto es que la cruda realidad terrenal demostraría que tales condiciones no siempre se dan. Por esta razón, en Estado debería poder renunciar en este contexto a una realización inmediata de todas las libertades individuales.*

Questionou-se se aquele primeiro Jakobs não estaria correndo o risco de ser contraditório com sua própria concepção de Direito Penal e os fins da pena.

Catorze anos após, em 1999, Jakobs apresentou ao mundo o conceito definitivo de Direito Penal do Inimigo, passando a empunhar de forma mais contundente a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento. E com muito mais publicidade nessa época, levantou diversos questionamentos tanto na Alemanha, quanto nas regiões de língua portuguesa e espanhola.

Antes de adentrar nas peculiaridades trazidas pela teoria, é imperioso recordar que a teoria de Jakobs é pautada pela Teoria dos Sistemas Sociais que tem por base a comunicação: a pessoa existe em função de sua relação social.

Considera Jakobs que os inimigos não são pessoas. O conceito de pessoa, entretanto, para o citado autor não pode ser confundido com o conceito de ser humano. Como adota a base sistêmica de Luhmann, o jurista alemão refere-se à “pessoa” como a forma pela qual o sistema social é construído. Somente pode ser considerada pessoa aquele indivíduo que

---

<sup>69</sup> MARTÍN, Victor Gómez. Op. cit. p. 291.

<sup>70</sup> Id. Ibid. p. 291.

oferece uma garantia cognitiva satisfatória de um comportamento pessoal, e isso advém da premissa de que toda a normatividade para ser real precisa uma base cognitiva.

Se essa garantia cognitiva não existir ou simplesmente for negada, o Direito Penal transforma-se de uma reação da sociedade perante o crime de um de seus membros, a uma reação contra um inimigo.

Essa garantia representa que o indivíduo está inserido em um estado de cidadania. Todavia, quando este indivíduo não aceita entrar neste estado de cidadania, não poderá participar dos benefícios que este proporciona, permanecendo no estado de natureza, representado pela ausência de normas, de liberdade e lutas excessivas.

Compreender o conceito de pessoa, segundo Luhmann e Jakobs, implica considerar que o sujeito livre, sempre será um sujeito que ostenta responsabilidades. Ser pessoa significa representar um papel (é a representação de uma competência socialmente compreensível).

A noção de pessoa utilizada por Jakobs importa na separação jurídica entre o indivíduo, que opera com base na consciência, e a sociedade, que opera com base na comunicação.

Luhmann identificara o sistema social pela comunicação, o que diferenciaria dos demais sistemas. Portanto, a comunicação (e aí incluem-se cognição e expectativas cognitivas e normativas) é, como dito, o ponto de partida para se entender 'pessoa' segundo a concepção jurídica de Jakobs.

Nestes termos, pessoa não é algo dado pela natureza, senão uma construção social e, por conseguinte, nem todo ser humano é pessoa jurídico-penal.

Portanto, o inimigo não pode ser considerado como pessoa.

Mas, quem são os inimigos?

Em um primeiro momento, pode-se afirmar que criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como inimigos, aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fiéis à norma. Desta forma, por não aceitarem ingressar no estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito de pessoa. Uma vez que não se amoldam em sujeitos processuais não fazem jus a um procedimento penal legal, mas sim, a um procedimento de guerra.

A característica do inimigo é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva<sup>71</sup> em sua conduta, sendo plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza de penas, como será visto nos itens a seguir.

Ademais, cumpre observar que o debate sobre a separação e a aplicação de um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo somente poderá ocorrer nas sociedades democráticas que reconhecem direitos e liberdades fundamentais e que se constituem em verdadeiros Estados de Direito, pois em Estados totalitários não existe essa dicotomia, configurando o todo uma legislação de guerra<sup>72</sup>.

### 3.1.2 O Conflito entre Personalidade Real e Periculosidade Fática

Segundo Jakobs, não existem os delitos em circunstâncias caóticas, mas só como violação das normas de uma ordem praticada.

Os delitos só acontecem em uma comunidade ordenada, no Estado, pois somente se fala em transgressões quando existem normas que deveriam ser respeitadas. O delito, entretanto, conforme o aludido autor alemão<sup>73</sup>, não aparece como o começo do término da comunidade ordenada, mas só como infração desta, como um deslize que pode ser reparado.

---

<sup>71</sup> Acerca do assunto discorre Miguel Polaino-Orts: “*Si el sujeto no cumple con su mínimo deber de colaboración (mit-machen), entonces se despersonaliza parcialmente, siendo tratado por el ordenamiento jurídico como un enemigo (matratador familiar) y no como un ciudadano (autor de delito de lesiones). Y ello porque la falta de cumplimiento de su mínima obligación como ciudadano (“se é persona y respeta a los demás como personas”) es desvalorada, según el criterio axiológico-normativo oficial (estatal, de acuerdo a su estructura normativa), por el ordenamiento jurídico, estableciendo para esos casos medidas más agravadas, mediante las cuales se pretende forzar lo que debió prestarse, pero no se prestó, a saber: la seguridad cognitiva y la garantía mínima de respeto de la estructura social y la personalidad de los ciudadanos fieles a la norma*” (JAKOBS, Günther. NAVARRETE, Miguel Polaino. PONAINO-ORTS Miguel. **El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del Funcionalismo**. México: Flores Editor y Distribuidor, 2008. p. 94).

<sup>72</sup> Nesse diapasão, Luis Gracia Martín afirma “A meu ver, um debate e uma indagação acerca desse denominado Direito Penal do inimigo não poderiam ser feitos, nem teriam sentido, em relação à legislação de um regime totalitário. Nos regimes desse tipo, pode-se dizer que na realidade toda a legislação está inspirada pela ideologia de guerra contra inimigos. Essas legislações, do meu ponto de vista, não podem comungar da ideia do Direito e, do ponto de vista material, não podem ser reconhecidas senão como meros dispositivos de coação; por outro lado, nos Estados totalitários não pode ser reconhecido nenhum Estado de Direito, dado que, (...), não são a mesma coisa Estado com Direito e Estado de Direito”. (MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 79).

<sup>73</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

Desta forma, o Estado moderno diferencia o autor de um fato normal, considerando-o um cidadão (e não um inimigo), o qual é chamado de modo coativo a equilibrar o dano causado, em virtude de comprometer a vigência da norma.

Esse equilíbrio é restaurado com a aplicação de uma pena, com todas as garantias pertinentes ao direito material e processual penal.

No entanto, consoante Jakobs<sup>74</sup>, a circunstância somente acontece dessa forma simples quando o cidadão oferece garantia de que se conduzirá, em linhas gerais, como cidadão, atuando com fidelidade ao ordenamento jurídico: “Do mesmo modo que a vigência da norma, não pode manter-se de maneira completamente contrafática tampouco a personalidade”.

Segundo o referido autor, para que uma norma origine a conformação de uma sociedade, a conduta em conformidade com o regramento jurídico deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. As pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma.

Esta confirmação cognitiva é essencial pelo menos quando se trata das normas mais importantes do ordenamento. Porém, nem sempre o plano normativo é confirmado pelo plano fático, quando existe uma alta probabilidade de ocorrer algo proibido pela lei (o que não deve ser, não deve ser, embora provavelmente vá ser).

Descreve Jakobs<sup>75</sup> que

(...) a confiança no que não deve ser somente supõe uma orientação com a qual é possível sobreviver quando não é contraditória com tanta intensidade pelo conhecimento do que será. É precisamente por isto que Kant argumenta que qualquer um pode obrigar a qualquer outro a entrar numa constituição cidadã.  
(...)

Neste mesmo sentido, continua afirmando que a personalidade do autor de um fato delitivo não pode manter-se de modo puramente contrafático, sem nenhuma confirmação cognitiva.

Ademais, a expectativa normativa deve encontrar-se sedimentada, nos aspectos fundamentais, de maneira cognitiva.

Aliás, o Direito Penal autoriza a apreciação daqueles casos em que a expectativa de um comportamento pessoal é corrompida de forma permanente, reduzindo a disposição do Estado tratar o delinquente como pessoa.

---

<sup>74</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 32.

<sup>75</sup> Id. Ibid. p. 33.

Nestes casos, não versará mais o referido ramo do direito no tratamento daquele indivíduo como cidadão, não havendo somente a compensação de uma lesão à vigência da norma, mas se trata do banimento de um perigo. Para que essa eliminação ocorra, a punibilidade avança fortemente para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, e não à sanção de fatos cometidos.

Conforme afirmado por Kant, um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. É que o estado de natureza é um estado de ausência de normas, de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva. “Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação”<sup>76</sup>.

A título exemplificativo, citem-se os atentados de 11 de setembro de 2001 – caso em que se tem o chamado autor por tendência, misturando-se o conceito de guerra e processo penal.

Tem-se dois pólos, o tratamento como cidadão, esperando-se que este exteriorize sua conduta para que o Estado possa reagir, com o fim de corroborar a vigência da norma e toda a estrutura normativa da sociedade; e por outro, o tratamento como inimigo, o qual é abatido em um estado precedente, para que se possa combater sua periculosidade (pode-se pensar em uma custódia de segurança antecipada).

### 3.1.3 Pessoa *versus* Inimigo

Como analisado anteriormente, o Estado pode agir de duas formas distintas com os delinquentes: pode tratá-los como indivíduos que infringiram uma norma imposta mas que não se afastaram de modo duradouro do ordenamento; e os indivíduos que, por sua periculosidade, devem ser impedidos mediante coação, de aniquilar o ordenamento jurídico.

Para Jakobs<sup>77</sup>, essas perspectivas têm seu lugar legítimo, podendo ambas conviverem dentro do ordenamento. O que não significa, entretanto, que também possam ser usadas em um lugar equivocado.

Para melhor tratar do tema, recorda-se, como visto até o momento, que a personalidade somente será real quando as expectativas normativas que se apontam a um indivíduo também se realizem no plano fático. Assim, quem não proporciona uma segurança

---

<sup>76</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 35.

<sup>77</sup> Id. Ibid. p. 40.



cognitiva satisfatória de um comportamento pessoal, não deverá ser tratado pelo Estado como pessoa, pois prejudicaria o direito à segurança dos demais.

É importante ressaltar, que nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico. Por isso, a necessidade da separação entre um Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, configurando o cúmulo um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito.

Para entender o conceito de inimigo é necessário partir do pressuposto já estudado, de que a teoria do Direito Penal do Inimigo é pautada na Teoria dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann, na qual a pessoa existe em função de sua relação social.

Portanto, para Jakobs, inimigos não são pessoas, visto que o conceito de pessoa diz respeito à forma pela qual se constrói o sistema social e tendo em vista que neste caso o indivíduo não oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal.

Inexistindo essa garantia ou se esta for expressamente negada, o Direito Penal transforma-se de uma reação da sociedade em face de um cidadão que praticou um delito, a um reação contra um inimigo.

Explana o autor<sup>78</sup>:

além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.

Assim, como o conceito de pessoa não é algo determinado pela natureza, mas sim é uma construção social, nem todos os serem humanos podem ser englobados nesse conceito, ficando fora desta denominação jurídico-penal os inimigos.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>79</sup>

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadão (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas (...).

Mas quem se amoldaria neste conceito?

<sup>78</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003. p. 55. 1. V.

<sup>79</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro, Revan, 2007. p. 18.

### Na concepção de Jakobs<sup>80</sup>

O não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (criminosa e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminosa), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta<sup>81</sup>.

Segundo orientação de Miguel Polaino-Orts<sup>82</sup>, pode-se dizer que são três consequências principais da lesão da garantia cognitiva no Direito:

- a) em um primeiro momento, esse desrespeito supõe um atentado contra a razoável confiabilidade na norma como modelo de orientação social, precisamente porque o sujeito perigoso que não presta a mínima garantia de respeito do dever de civilidade lesiona não somente o aspecto objetivo (bens jurídicos), mas também o subjetivo (confiança na vigência e na atualidade da norma);
- b) em segundo lugar, com a insegurança produzida pelo indivíduo considerado perigoso, a norma deixa de ser um parâmetro de orientação de condutas;
- c) por fim, mediante a despersonalização do sujeito perigoso impossibilita-se a realidade da juridicidade completa.

Define Jesús-María Silva Sanchez<sup>83</sup> o inimigo de Jakobs da seguinte forma

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.  
(...) Se a característica do 'inimigo' é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza de penas.

<sup>80</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. p. 57.

<sup>81</sup> Jakobs continua sua conceituação: “para a definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição do autor como cidadão. O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os bens da vítima, como deve ser definido também, de antemão, por seu direito a uma esfera isenta de controle; e será mostrado que do status de cidadão podem se derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações de punibilidade” (JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 111.

<sup>82</sup> JAKOBS, Günther. NAVARRETE, Miguel Polaino. PONAINO-ORTS Miguel. **El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del Funcionalismo**. p. 94-96.

<sup>83</sup> Op. cit. p. 149.

Assim, criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como inimigos. Em outras palavras e de forma sintética, são aqueles que se afastam de modo duradouro do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que continuarão fiéis à norma.

Uma vez inimigos, não participarão dos benefícios concedidos pelo Estado aos cidadãos, fazendo jus a um procedimento de guerra.

### 3.1.4 Principais Características Normativas da Teoria de Jakobs

Para combater os chamados “inimigos”, a sociedade recorreu a regulamentações jurídicas as quais caracterizam a forma de tratamento de guerra disposto em um verdadeiro Direito Penal de Terceira Velocidade.

De acordo com Alexandre Rocha Almeida de Moraes<sup>84</sup>, pode-se citar as seguintes:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações de luta ou de combate, tendo em vista tratar-se de uma guerra;
- d) restrição de garantias penais e processuais penais, ou aplicação de institutos penais e/ou processuais contrários à ordem constitucional.

O próprio Günther Jakobs<sup>85</sup> enumera as principais características de sua teoria de exclusão:

- a) ampla antecipação da punibilidade;
- b) falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento;
- c) alteração da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica.

De forma sucinta Cancio Meliá<sup>86</sup> afirma ter esse modelo de política criminal três elementos básicos:

- a) ordenamento jurídico-penal prospectivo;
- b) penas desproporcionalmente altas;

---

<sup>84</sup> Op. cit. p.196-197.

<sup>85</sup> JAKOBS, Günther. **La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente**. Tradução de Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000. p. 55-57.

<sup>86</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 81.

c) relativização ou supressão de determinadas garantias processuais.

Refletindo acerca de tal teoria tem-se o seguinte panorama:

- a) trata-se de teoria política-criminal que diferencia cidadãos de inimigos, conferindo um tratamento mais rigoroso a estes;
- b) pune o inimigo com medida de segurança (custódia de segurança) e não com pena, a qual é destinada somente ao cidadão;
- c) o inimigo não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, mas sim de acordo com sua periculosidade<sup>87</sup>;
- d) as medidas aplicadas contra o inimigo não levam em consideração os atos externados (condutas praticadas no passado), mas sim o perigo que este indivíduo representa para o futuro;
- e) desta forma, trata-se de um Direito Penal prospectivo, e não retrospectivo<sup>88</sup>;
- f) trata-se de uma modalidade de Direito Penal de autor, e não de fato;
- g) o inimigo não é considerado pessoa (sujeito de direito), mas sim, objeto de coação;
- h) assim, o cidadão, mesmo após delinquir, continua com o status de pessoa, já o inimigo perde esse status;
- i) a finalidade do Direito penal do cidadão é manter a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos<sup>89</sup>;
- j) o Direito Penal do inimigo antecipa a tutela penal, adiantando o âmbito de proteção da norma, e alcança os atos preparatórios.

---

<sup>87</sup> Aníbal Bruno adverte: “De um lado, o impulso vigoroso do movimento renovador que reflete as novas conquistas da cultura e talvez um avanço da opinião e aparentes ou veladas tendências coletivas. Do outro, é toda a velha tradição jurídica, é a opinião pública, são ideias religiosas, morais, filosóficas, que se foram lentamente formando e lentamente infiltrando no espírito e consolidando por séculos de costumes e de legislações nelas uniformemente baseadas. Força conservadora, cheia de reservas e de prudência, que se faz sentir no gesto precavido com que os juristas, em geral, consideram os avanços da doutrina. Daí esse dualismo em que reponta a influência das duas correntes diversas e de que se ressentem, no pensamento de muitos, a teoria da periculosidade (BRUNO, Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança**. Rio de Janeiro: Rio, 1997. p. 47-48).

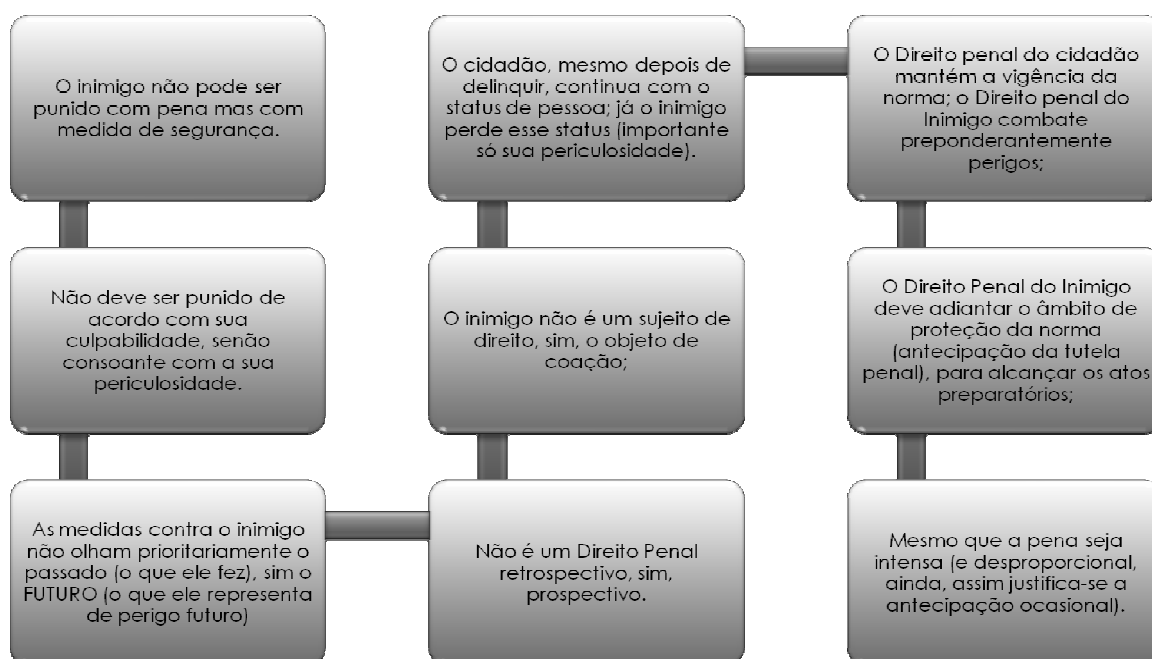
<sup>88</sup> Miguel Polaino-Orts adverte: “*Ello produce que la pena se dirija más a proteger a la sociedad mediante la prevención de futuros actos lesivos (perspectiva prospectiva) que a reprimir conductas ya realizadas en el pasado (punto de vista retrospectivo). Com esse proceder, se produce um cambio de paradigma en la actuación del Derecho penal: la variación del punto de vista: de prestar atención preferente al hecho cometido se pasa a atender predominantemente al hecho que, en función de la peligrosidad actual del sujeto, este puede llegar a cometer*” (JAKOBS, Günther. NAVARRETE, Miguel Polaino. PONAINO-ORTS Miguel. **El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del Funcionalismo**. p. 62).

<sup>89</sup> Consoante os ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos “O duplo sistema de imputação de JAKOBS suprime seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, como expressamente propõe: o processo contra o *inimigo* não precisa ter forma de Justiça (*justizförmig*), porque não é regido pelo *processo legal devido*; ao contrário, o processo contra o *inimigo* deve ter forma de guerra (*kriegsförmig*): é preciso *destruir o terrorismo*, ou, pelo menos, *matar o terrorista*, ainda que implique a morte de terceiros inocentes” (SANTOS, Juarez Cirino. **O Direito Penal do Inimigo** - ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 20.06.2011).

Além destas acima citadas, decorrem as seguintes como consequência lógica deste modelo criminal, quais sejam:

- flexibilização do princípio da legalidade, em virtude da descrição abrangente e vaga dos crimes e de suas sanções;
- inobservância do princípio da ofensividade, do princípio da exteriorização do fato, da imputação objetiva, etc.;
- aumento desproporcional de penas;
- criação artificial de novos delitos;
- recrudescimento da execução;
- exacerbada antecipação da tutela penal;
- supressão de direitos e garantias processuais fundamentais, etc..

#### Organograma 1 - Características do Direito Penal do Inimigo



Fonte: A autora.

As características acima referidas, apesar das críticas doutrinárias iluministas, foram e continuam sendo adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>90</sup>.

Todas, entretanto, ferem direitos fundamentais que são garantidos pela Constituição Federal de 1988, e não poderiam ser abrangidas pela norma penal, sendo necessária uma análise mais pormenorizada das principais.

### 3.1.4.1 A Antecipação da Tutela Penal e a Punição de Atos Preparatórios e os Tipos de Mera Conduta

A ampliação da intervenção punitiva caracteriza-se, sobretudo, pelo procedimento de antecipar a ingerência penal do Estado, contrariando, o Direito Penal Clássico.

Ao abordar o adiantamento da punibilidade, é imprescindível estudar a punibilidade de atos preparatórios e a tipificação de crimes de mera conduta, sendo sua punição inegavelmente de ordem preventiva.

Conforme os ensinamentos de Manoel Pedro Pimentel<sup>91</sup> “A idoneidade dessa conduta basta para torná-la objeto de reprovação, por parte do legislador, em face da presunção de dano ou de perigo, sendo indiferente que chegue, ou não, a produzir qualquer resultado”.

Na tentativa de legitimar determinadas antecipações de punibilidade, Jakobs<sup>92</sup> traz algumas justificativas:

- a) tendência à subjetivação que se nutre, por sua vez, de diversas fontes: o princípio da culpabilidade, a orientação ao autor, a personalização do injusto;
- b) argumentos preventivo-policiais a favor dessas antecipações.

Nesse particular, pondera Alice Quintela Lopes Oliveira<sup>93</sup>:

---

<sup>90</sup> Miguel Polaino-Orts descreve as características do Direito Penal do Inimigo da seguinte forma: “*Se trataba de casos de especial peligrosidad en los que se atacaban lo que el autor denominada “normas de flanqueo”, esto es, aquellas normas que apuntalan la constitución, la estructura social. – en ellos se producía una anticipación de la actuación del Derecho penal, de manera que ya los primeros indicios de lesión o peligro de un bien jurídico se consideraban punibles en casos excepcionales, siempre lógicamente que hubieran sido manifestados al exterior, salvaguardando de esse modo el llamado “principio del hecho”. – Por ello, daba la sensación de que al legislador más le interesaba el hecho futuro (por realizar) que el hecho pasado (ya realizado). – Además, según describía el autor, frente a los ataques a las normas de flanqueo el ordenamiento reaccionaba com un combate especialmente asegurativo, que ya se percibía en la propia denominación de muchas de esas leyes: ya no se llamaban “leues de proteccion” sino “leyes de combate” o de “lucha” contra la criminalidad organizada, el terrorismo, la delincuencia sexual, etc. – Por lo demás, el ataque especialmente asegurativo incluía la característica de que, pese a producirse esse adelantamiento, no se percibía una reducción de las penas o medidas asegurativas de manera acorde a dicha anticipación, sino antes bien una restricción de algunos derechos o garantías del sujeto a quien se combate”* (JAKOBS, Günther. NAVARRETE, Miguel Polaino. PONAINO-ORTS Miguel. **El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del Funcionalismo**. p. 53-54).

<sup>91</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de Mera Conduta**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2009. p. 91-92.

<sup>92</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. p. 110.

Na tentativa de se amoldar à novel sociedade de risco, a dogmática penal e a política criminal passam a admitir novos candidatos no círculo de bens jurídicos; a antecipar a fronteira entre o comportamento punível e não-punível; a reduzir as exigências de censurabilidade; a flexibilizar os critérios de imputação etc.

Rejeita-se, deste modo, o modelo de direito penal de resultado, que atua repressivamente, após a conformação do dano, sendo mais conveniente a este modelo criminal, a antecipação da proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo concreto, em certos casos.

(...) por vezes, surgem determinadas circunstâncias de extrema gravidade a bem jurídico de primeira grandeza que demandam proteção especial mais abrangente, exigindo a antecipação da tutela do bem jurídico, de modo a evitar qualquer possibilidade de desdobramento progressivo capaz de converter um perigo em um dano efetivo e irreversível ao bem jurídico.

A antecipação da tutela penal pode se corporificar tanto na incriminação dos chamados crimes de perigo como na criminalização da tentativa e de atos preparatórios.

E é nesse pensamento que Jakobs visualiza a necessidade de uma punição antecipada, elevando à categoria de infração autônoma um ato que, por sua natureza, seria considerado preparatório ao cometimento de uma outra infração penal, e alguns casos a mera cogitação.

#### 3.1.4.2 A Demasiada Aplicação dos Tipos de Perigo Abstrato

Para entender tal característica que deriva dessa antecipação da tutela penal, é necessário que se diferencie crimes de dano dos delitos de perigo. E dentro destes os de perigo abstrato e os de perigo concreto.

Leciona Blanca Mendoza Buergo<sup>94</sup> sobre a distinção entre delitos de perigo e delitos de dano que:

*Habitualmente, la caracterización de una infracción penal como delito de lesión se realiza atendiendo a la formulación del tipo, siendo fundamental a estos efectos no solo la descripción de la conducta típica, esto es, la forma o modalidad del ataque sino, más bien, las características que reviste la consecuencia del mismo; es decir, si el tipo reclama la incidencia de tal conducta, en su caso, sobre un objeto típico y, con ello, la producción de un efecto en el mismo que supone la destrucción o afectación del bien jurídico y, em definitiva, la lesión de este o si, por el contrario, la realización de la conducta implica simplemente la amenaza de producción de tal efecto lesivo. El elemento distintivo básico es, por tanto, el grado de afección del bien jurídico tutelado.*

<sup>93</sup> OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A Expansão Penal e o Direito de Intervenção**. Disponível em: <[http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alice\\_quintela\\_lopes\\_oliveira.pdf](http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf)>. Acesso em 15.06.2011.

<sup>94</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. **Limites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto**. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 10.

O tipo penal pode, então, determinar que a infração se perfaz com a efetiva lesão ao bem jurídico ou um risco a este. Crime de perigo é, pois, aquele que, representa uma ameaça ao bem jurídico tutelado, existindo uma significativa probabilidade de dano a este interesse, sem, contudo, destruí-lo.

Desta forma, se o tipo penal descrever uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, será denominado crime de dano; e se narrar um perigo para integridade do objeto tutelado configurar-se-á em crime de perigo. Este último pode ser classificado, por sua vez, de perigo abstrato e de perigo concreto.

Os delitos de perigo concreto são aqueles que, para sua constatação, requerem a comprovação de um resultado ocorrido no plano fático, acarretando um real perigo de dano ao bem jurídico.

Estatui José Francisco de Faria Costa<sup>95</sup> que a regulamentação dos delitos de perigo concreto encontra-se na circunstância de "o legislador querer, sem dúvida, proteger um determinado bem jurídico e poder fazê-lo porque considera que o por em perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal".

Discorre Jakobs<sup>96</sup> que nos crimes de perigo concreto existe a verificação de que a ação ocasiona objetivamente uma determinada situação de perigo para um objeto também determinado e visado pela ação.

Complementa o referido autor que o indivíduo tem ciência do perigo que está ocasionando, possuindo, conseqüentemente, dolo de perigo e as vezes até dolo eventual de lesão.

Neste contexto, configura-se uma infração de perigo concreto, com a efetiva produção de perigo para o objeto da ação, de modo que a inocorrência de dano para o objeto da tutela penal seja uma casualidade<sup>97</sup>.

No que tange aos delitos de perigo abstrato, verifica-se que sua utilização está sendo cada vez mais constante nas legislações penais, principalmente em virtude da ampla necessidade de políticas de segurança mais intensas.

De acordo com Claus Roxin<sup>98</sup>, delitos de perigo abstrato são "aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha ocorrer um resultado de exposição a perigo".

---

<sup>95</sup> COSTA, Jose Francisco de Faria. **O Perigo em Direito Penal**. Coimbra Editora. 1992. p. 623.

<sup>96</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S/A, 1997. p. 206-207.

<sup>97</sup> Neste sentido, acentua Claus Roxin que nos delitos de perigo concreto "*la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual*". (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I, 2. ed. Alemana. Madrid, Civitas. 1997. p. 336).



Esta tendência justifica-se no caráter preventivo do Direito Penal contemporâneo, que ao invés de ser um instrumento de retribuição, de vingança institucionalizada, prefere diminuir riscos<sup>99</sup>.

No lugar do delito de dano, encontra-se um crime de exposição do bem jurídico tutelado. Entretanto, quando não há uma necessidade real de exposição do bem jurídico a qualquer perigo e o tipo penal descreve uma conduta perigosa em si mesma, estar-se-á diante de um tipo de perigo abstrato. Essa espécie de infração penal tem como finalidade proporcionar uma maior segurança ao corpo social.

Explana Blanca Mendoza Buergo<sup>100</sup> que:

*Los delitos de peligro abstracto castigan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son típicamente o generalmente para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. Así, al considerar que la peligrosidad de la acción típica no es elemento del tipo sino simplemente razón o motivo de la existencia del precepto, se concluye que no solo no es necesario probar si se ha producido o no en el caso concreto una puesta en peligro, sino ni siquiera confirmar tal peligrosidad general de la conducta en el caso individual, ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador.*

Para a consumação de tal modalidade delitiva basta a simples realização de um ato proibido pelo legislador, sem necessariamente ocasionar um dano ou do perigo ser efetivamente demonstrado. Pune-se, puramente a violação a ordem jurídica.

Com base nestes conceitos acima estudados, Jakobs<sup>101</sup> prescreve que as condutas punidas pelos delitos de perigo abstrato são aquelas que além de perturbarem a ordem pública, lesionam um direito à segurança.

Continua o referido autor

o legislador costuma concretizar centralmente os postulados normativos, e o faz de tal modo que ele mesmo descreve – também sem mencionar de modo algum o resultado desejado da ação – a configuração dos comportamentos contrários à norma e com isso, o que se vai produzir descentralizadamente fica reduzido à

<sup>98</sup> Id. Ibid. p. 407.

<sup>99</sup> Menciona Blanca Mendoza Buergo: “El problema de la cada vez mayor ampliación del Derecho penal al campo de la punición de meras acciones definidas como peligrosas con carácter general es especialmente intenso cuando, además, ello se instrumenta para la protección de intereses cada vez menos delimitados, de carácter supraindividual, difícilmente reconducibles a intereses identificables con claridad” (BUERGO, Blanca Mendoza. **Limites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto**. p. 04).

<sup>100</sup> Id. Ibid. p. 19-20.

<sup>101</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 27.

simples de em que caso se dá tal configuração de comportamento. Assim, a lei proíbe coisas muito diferentes, desde o falso testemunho até a condução de veículo sob a influência de bebidas alcoólicas, e o faz também quando o indivíduo não vê resultado perigoso de seu comportamento, e quiçá, tampouco poderia vê-lo: nesses crimes de perigo abstrato, o tipo de comportamento se define como não permitido por si mesmo é dizer, centralizadamente, sem atender a especialidades não centrais.

Assim, o Poder Legislativo confere ao Poder Judiciário um maior campo de atuação e punição, em razão da inexigência da prova de uma lesão ou de um risco e conseqüentemente do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Para Jakobs<sup>102</sup>, a tipificação de tais delitos é imprescindível, destacando que

Parece manifesto que, nesta medida, inclusive a olhos de muitos críticos algumas proibições parecerão perfeitamente legítimas, inclusive, como completamente imprescindíveis; pois sem segurança cognitiva nos âmbitos esboçados, dificilmente cabe imaginar uma sociedade ordenada.

Com efeito, os tipos de perigo abstrato são fontes de inexauríveis debates e discussões no mundo jurídico, ocasionando graves problemas na interpretação e aplicação da lei, uma vez que invertem os conceitos liberais trazidos Direito Penal Clássico, criminalizando condutas por si próprias, presumindo a existência de um fato perigoso.

### 3.1.4.3 Redução e/ou Supressão de Garantias Penais e Processuais Penais

Dentre tantos pontos pertinentes abordados neste trabalho, nenhum causa tanto inconformismo quanto a relativização ou flexibilização de garantias penais e processuais. Característica presente na teoria desenvolvida por Jakobs, que em virtude da periculosidade das organizações criminosas e em decorrência dos incidentes terroristas ocorridos por todo o mundo, vem sendo adotada por diversos Estados, com a finalidade de tornar efetiva a norma penal vigente, demonstrar segurança para a sociedade reprimida pela violência e ressaltar a forma de atuação política. Com uma única característica resolve-se três problemas, ainda que aparentemente: jurídico, social e político.

Há atualmente uma forte tendência, aceita inclusive pela sociedade, em aceitar que garantias conquistadas a duras penas sejam reduzidas ou suprimidas.

Observa Jakobs<sup>103</sup> que

<sup>102</sup> JAKOBS, Günther. **Sobre la Normatización de la Dogmática Jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Fijó Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2004. p. 29.

<sup>103</sup> JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 49-50.

Como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não tem lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito; o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. (...) Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa (...).

Desta forma, não se tem um devido processo legal, devidamente determinado pelo Poder Legislativo, mas se tem, um procedimento sem limites estreitos que pode ser inclusive definido pelo Poder Executivo, já que se trata de uma guerra.

#### 3.1.4.4 A Custódia de Segurança Substitutiva da Pena

Para que se tenha a aplicação do Direito Penal há a necessidade de que existam indivíduos que ajam conforme a regra para existir aquele que a infringe.

Uma vez transgredida a norma, o Estado possui o poder-dever de aplicar as sanções penais pertinentes. Essas sanções, como regra, são representadas pelas penas.

De acordo com Jakobs, a pena é coação, consiste em uma resposta ao fato praticado por uma pessoa racional. Significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente<sup>104</sup>.

Desta forma, o autor do fato é considerado como pessoa, pois se fosse incapaz, não seria necessário negar o seu ato.

Existem casos, todavia, que em virtude de sua gravidade, a coação para ser efetiva contra o indivíduo perigoso torna-se uma custódia de segurança.

Nesse ponto, vislumbra Jakobs<sup>105</sup>:

A perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma tendência a cometer fatos delitivos de considerável gravidade poderia ter efeitos perigosos para a generalidade.

Neste instante, no lugar do cidadão contra quem se utiliza a comunicação, contradizendo-o com a pena, aparece a figura do inimigo, devendo o Poder Público lutar contra um perigo.

<sup>104</sup> Aqui se percebe uma forte influência de Hegel.

<sup>105</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 23.

A custódia de segurança significa somente uma coação física àquele indivíduo que não mais é considerado pessoa.

Essa mudança de perspectiva deveu-se ao aumento da criminalidade e a ineficácia da política criminal clássica.

Nesse contexto, Welzel<sup>106</sup> descreve

Frente ao criminoso de estado, o direito penal propriamente dito não resulta suficiente, posto que não está em condições de exibir uma força que satisfaça e dê apoio à moral. A pena retributiva, delimitada pelo grau da culpa, não faz a periculosidade permanente que reside na personalidade do autor. Ela deve ser combatida mediante uma classe distinta de medidas de segurança, que, conjuntamente com a pena, conseguirão o pleno amparo dos bens jurídicos. O direito vigente coloca à disposição as casas de trabalho para os anti-sociais que revelem uma criminalidade leve, e, para os criminosos perigosos, os estabelecimentos de segurança como medida de segurança (a aplicar a continuação da pena imposta como retribuição da culpa).

Estatui Miguel Polaino-Orts<sup>107</sup>

*La erosión de la seguridad cognitiva em la vigência de la norma determina que el legislador considere necesario, para mantener a salvo la seguridad colectiva, reprimir com especiales medidas asegurativas el déficit de reconocimiento de la estructura social que representa el enemigo. Esas medidas tienen como fundamento la especial peligrosidad del sujeto, de manera que la función de las mismas no es solo la estabilización de expectativas normativas sino primordialmente la eliminación de un peligro.*

Orientado por este panorama social e político, e na tese de segregação do inimigo, Jakobs optou por aplicar-lhes medidas de segurança não tão delimitadas como a descrita nos artigos 96 a 99 do Código Penal Brasileiro, muito menos benéficas.

Desta feita, para Jakobs, a distinção entre cidadãos e inimigos determinará na sanção penal uma dupla função: com respeito aos cidadãos, a sanção cumprirá uma função de prevenção geral positiva, e em relação aos inimigos, uma prevenção especial negativa inocuidadora, como uma legítima custódia de segurança.

<sup>106</sup> WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 38-39.

<sup>107</sup> JAKOBS, Günther. NAVARRETE, Miguel Polaino. PONAINO-ORTS Miguel. **El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del Funcionalismo**. p. 62. No mesmo sentido: DÍEZ, Carlos Gomes-Jara. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal Fundamentos y Posibilidades de Aplicación**. (Estudios Dirigidos por Carlos Romeo Casabona). Granada: Editorial Comares, 2005.

### 3.1.5 O Tratamento Dispensado aos Terroristas

Como afirmado até o momento, Jakobs defende que na presença do inimigo o Estado deverá agir em um verdadeiro procedimento de guerra. O inimigo precisa ser combatido.

Todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como cidadão, entretanto, segundo o autor alemão, quem não aplicar esta disposição, será heteroadministrado, o que significa sua exclusão no status de pessoa.

O Direito Penal dirigido contra terroristas possui como finalidade garantir a segurança ao invés de manter a vigência do ordenamento jurídico. Isso porque no caso dos terroristas, a punição destes é somente uma meta intermediária, e não o objetivo principal do legislador, que é combater o terrorismo.

Verifica-se que a luta contra o terrorismo não é somente uma palavra, mas sim um conceito, configurando uma verdadeira empresa contra inimigos.

Nesse sentido

O Direito Penal dirigido especificamente contra terroristas tem, no entanto, mais o comprometimento de garantir a segurança do que o de manter a vigência do ordenamento jurídico, como cabe inferir do fim da pena e dos tipos penais correspondentes. O Direito Penal do cidadão e a garantia da vigência do Direito mudam para converter-se em – agora vem o termo anatemizado – Direito Penal do inimigo, em defesa frente a um risco<sup>108</sup>.

Complementa explanando que a exclusão do terrorista é uma auto-exclusão, pois ele converteu-se a si próprio em terrorista, ou deixou de cumprir seus deveres de outro modo, devendo por isso ser administrado de forma diversa pelo Estado.

Desta maneira, ele é considerado uma fonte de perigo.

O modelo de aplicação de pena, de compensação, de contradição do fato praticado não é satisfatório no caso de adversário cuja atitude é hostil. Relevante será o asseguramento frente ao autor, por meio de uma custódia de segurança que garanta uma segurança social.

Para o catedrático alemão, não se pode conduzir uma guerra contra o terror com os meios de um Direito Penal próprio de um Estado de Direito, pois um Estado que garanta todos os direitos dos indivíduos e os trate de forma igualitária, não poderia conduzir essa guerra, pois não trataria seus inimigos como fontes de perigo.

---

<sup>108</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 61-62.

### 3.1.6 A Retomada de um Direito Penal do Autor em Face de Direito Penal do Fato

Antes de adentrar na discussão sobre a legitimidade de um Direito Penal do Inimigo é mister analisar a (im)possibilidade de se substituir o Direito Penal do fato por um Direito Penal do autor.

O Direito Penal do autor preocupa-se com a figura do agente, independentemente da exteriorização de suas condutas. De forma antagônica, tem-se o Direito Penal do fato que penaliza somente aqueles indivíduos que praticam os atos descritos previamente em lei.

Na visão de Alexandre Rocha Almeida de Moares<sup>109</sup>, quando o fato é tomado de forma exclusiva e pura, dá-se o que a doutrina chama de Direito Penal do fato; no extremo oposto, tomando-se exclusivamente o autor, revela-se o Direito Penal do autor.

No mesmo diapasão, Eugenio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar<sup>110</sup> aduzem que

Além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, encontra-se o novo direito penal de autor que, sob a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento.

Na conjuntura apresentada por Jakobs, o Direito Penal do Inimigo apresenta similitude com o Direito Penal do autor, principalmente quando se analisa o conceito de inimigo para a referida teoria.

Ao tratar da incompatibilidade do modelo criminal de exclusão e o Direito Penal do fato Manuel Cancio Meliá<sup>111</sup> afirma que

na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito penal orientado na 'atitude interna' do autor.

Apesar das críticas à teoria terem tópico específico, ressalte-se que a adoção dessa concepção, além de ocasionar uma imensa insegurança jurídica, também viola o princípio da lesividade, constituindo uma verdadeira atrocidade por parte daqueles que assim legislam<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> Op. cit. p. 215.

<sup>110</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1. V. p. 133.

<sup>111</sup> JAKOBS, Günther. MELIA, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 80.

### 3.2 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

Com base na construção de Jakobs e diante das variações que já vinham sendo incluídas no modelo clássico de inspiração iluminista, Jesus Maria Silva Sánchez<sup>113</sup> apresenta formalmente uma classificação que passou a ser objeto de grandes debates por parte da doutrina nacional e internacional: as velocidades do Direito Penal.

1ª) Primeira Velocidade: possui sua base no modelo liberal-clássico, pautada a ideia de um Direito Penal da prisão, com conservação rigorosa dos princípios político-criminais iluministas;

2ª) Segunda Velocidade: flexibiliza garantias penais e processuais, e em contrapartida adota penas não privativas de liberdade, como as pecuniárias ou restritivas de direitos;

3ª) Terceira Velocidade: é uma mescla das duas primeiras, representando um Direito Penal da prisão com uma ampla flexibilização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, constituindo o que Jakobs denomina em ‘Direito Penal do Inimigo’.

Nas palavras de Alexandre Rocha Almeida de Moraes<sup>114</sup> tem-se a seguinte definição das velocidades do Direito Penal:

A primeira, pautada no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios políticos-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais penais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade – pecuniárias ou restritivas de direitos; já a terceira velocidade, representaria um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem o modelo de ‘Direito Penal do Inimigo’.

Constata-se deste estudo, que as peculiaridades existentes no Direito Penal moderno e as trocas de perspectivas ocorridas nas sociedades pós-industriais, que se caracterizam, principalmente, pela globalização econômica e pela integração supranacional, pela criminalidade organizada, pelo terrorismo e por outros crimes graves, há muito tempo

---

<sup>112</sup> Nilo Batista acerca da referida função do princípio da lesividade: “O que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais de autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida, etc). Levada às últimas consequências, essa função do princípio da lesividade implica excluir do campo do direito penal as medidas de segurança, uma vez que como acentua Zaffaroni, um direito penal fundamentado na perigosidade é um direito penal de autor” (BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 93-94).

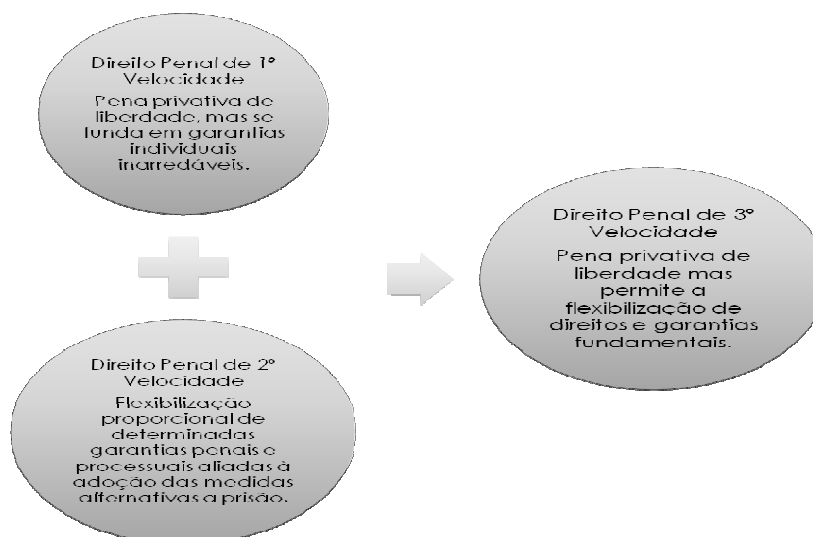
<sup>113</sup> Op. cit. p. 148-151.

<sup>114</sup> Op. cit. p. 230.

fomentam a criação de novos mecanismos na dogmática penal e novos artifícios processuais típicos de uma legislação de guerra.

Todos esses elementos permitiram a construção de um novo modelo de política criminal: o Direito Penal de terceira velocidade.

### Organograma 2 – A Terceira Velocidade do Direito Penal



Fonte: A autora.

Assim tem-se pela aglutinação do Direito Penal de primeira e segunda velocidades o nascimento de um Direito Penal de exceção.

### 3.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO E GLOBALIZAÇÃO

A aplicação do Direito Penal excepcional existe desde o século XIX. A grande novidade, porém, encontra-se em utilização nos Estados Democráticos de Direito.

Tal constatação também vem sendo feita pelo Centro de Estudos Legais e Sociais, afiliado à Comissão Internacional de Juristas de Genebra.

- Na Espanha, Francisco Muñoz Conde<sup>115</sup> acentua as reformas realizadas em 2003, com penas desproporcionadas nos casos de tráfico de drogas e terrorismo, delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros, novo regime de prolongação de penas para até 40 anos que entrou em vigor no mesmo dia, para os delitos de terrorismo, antecipação da intervenção do Direito

<sup>115</sup> CONDE, Francisco Munoz. **As Reformas da Parte Especial do Direito Penal Espanhol**. Disponível em <[http://www.revista.ampem.org.br/2005/02.01\\_ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf](http://www.revista.ampem.org.br/2005/02.01_ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf)> Acesso em 15.06.2011.



Penal, como, por exemplo, apologia do genocídio e a indireta do terrorismo (enaltecimento ou justificação)...

- Na França, em 31 de outubro de 2001, publicou-se uma lei sobre segurança cotidiana, ampliando o poder policial de intervenção na esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, assim como estendeu a competência do Estado para intervir e controlar a comunicação de possíveis terroristas<sup>116</sup>.

- Da mesma forma vem operando o governo britânico, principalmente após os atentados terroristas de 07 de julho de 2005, conferindo poderes à polícia britânica de atirar para matar com intuito de proteger (o que resultou em 23 de julho de 2005, na morte do brasileiro Jean Charles de Menezes, de 27 anos).

- Nos Estados Unidos<sup>117</sup>, redobraram as medidas de segurança, ressurgiram os valores patrióticos, até então rebaixados pelo consumismo e pelo multiculturalismo. A militarização da vida americana tornou-se um fato. Intensificou-se o poderio do complexo industrial-militar. Os EUA, que já haviam rasgado tratados sobre mísseis assinados com a Rússia e negligenciado o Protocolo de Kyoto sobre o meio ambiente, recusaram o Tribunal Penal Internacional, ficando então livres para recriar o Projeto Guerra nas Estrelas, na forma de escudo antimísseis, reativando a corrida armamentista de alta sofisticação tecnológica.

Sobre a política norte-americana, Alexandre Rocha Almeida Moraes<sup>118</sup> preleciona que:

Símbolos desta política criminal americana são evidentemente o Combatente Inimigo e o Patriot Act. O Estatuto do combatente inimigo permitiu às autoridades norte-americanas manter um indivíduo indefinidamente e privá-lo de todos os direitos que poderia ostentar perante a Justiça Civil, sobretudo os de ter um advogado e receber visitas. Enquanto o Patriot Act corresponde a um abrangente pacote legislativo antiterror que viola, segundo entidades de defesa dos direitos civis, uma série de liberdades individuais, valendo destacar, a título ilustrativo, a permissão de monitoramento de registros de bibliotecas para saber quem empresta determinados tipos de livros.

Frise-se ainda, o exemplo mais concreto da aplicação da presente teoria é a prisão de Guantanamo, mantida pelos Estados Unidos, no sudeste de Cuba, por meio de pagamento de aluguel a este país.

Denota-se que os Estados Unidos assinaram com o governo de Cuba, em 1903, um arrendamento perpétuo de 116km<sup>2</sup> do território de Guantánamo para mineração e operações navais, tendo adquirido finalidade militar em 1942. Estes fins foram acrescidos em

---

<sup>116</sup> Op. cit. p. 235-236.

<sup>117</sup> Id. ibid. p. 235-236.

<sup>118</sup> Id. Ibid. p. 235-236.

2001/2002, após o ataque terrorista do dia 11 de setembro de 2001. Tem-se, desde então, diversas notícias de abusos praticados na aludida prisão. Um exemplo desses excessos, foi a postura do governo Bush ao afirmar que Artigo Comum nº 3 da Convenção de Genebra não se aplicaria a integrantes da organização Al-Qaeda.

Figura 1 – Guantánamo e a regulamentação de exclusão



Fonte: <[http://www.indiewire.com/article/winterbottoms\\_provocative\\_guantanamo\\_film\\_acquired\\_by\\_roadside\\_set\\_for\\_summ/](http://www.indiewire.com/article/winterbottoms_provocative_guantanamo_film_acquired_by_roadside_set_for_summ/)>

Apesar de em 2009, o presidente Barack Obama ter assinado uma promessa de desativar Guantánamo em um ano, verifica-se que esta ainda não se concretizou, sofrendo prorrogações em virtude da falta de apoio político dos republicanos e de parte considerável da opinião pública, que entende ser imprescindível a manutenção da prisão na política antiterror norte-americana.

### 3.4 A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Pode-se constatar também no Brasil essa hipertrofia legislativa, símbolo da sociedade pós-industrial, criada para atender às novas demandas penais e para combate da nova criminalidade organizada.

Podem-se citar as seguintes leis:

- Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 – que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de drogas e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências;
- Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 – que define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências;
- Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989 – que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor;
- Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 – que dispõe sobre os crimes hediondos, e determina restrições de natureza penal e processual penal a estes delitos;
- Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995 - dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (modificada pelas Leis nº 9.303/96 e 10.217/2001);
- Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997 – define os crimes de tortura e dá outras providências;
- Lei nº 10.792, de 01º de dezembro de 2003 - altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado. O Regime Disciplinar Diferenciado é aquele em que o indivíduo é colocado em isolamento por longo período por perturbar de forma significativa a disciplina carcerária. De acordo com o artigo 52 da Lei de Execução Penal, podem ser inseridos no regime disciplinar diferenciado: o preso provisório ou definitivo que praticar falta grave consistente em fato definido como crime doloso, desde que tal fato ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; e o preso provisório ou condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando<sup>119</sup>;
- Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 – dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crime e dá outras providências.

---

<sup>119</sup> Importante salientar que Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutiño Raya ao comparar os dispositivos referentes ao Regime Disciplinar Diferenciado e o Princípio da Presunção de Inocência, invoca o artigo 10, inciso II, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que estabelece: “que os processados (preventivos) (...) serão submetidos a um tratamento distinto, adequado a sua condição de pessoas não condenadas”. Continua o autor, afirmando que estas mesmas orientações se extraem da leitura das Regras 84 a 92 das regras mínimas para o tratamento dos reclusos da ONU; do Princípio 8 do conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1988; ou da Regra 90 das regras penitenciárias européias (FERREIRA, Fábio Félix. **Da Inconstitucionalidade do Isolamento em Cela e do Regime Disciplinar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 251-290, Jul./Ago. 2004. p. 258).

Vale, finalmente, registrar a denominada “Lei do Abate” (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986), que em seu artigo 303 disciplina:

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);

V - para averiguação de ilícito.

§ 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

**§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (sem grifo no original)**

O referido artigo somente entrou em vigor em 2004, por meio da regulamentação feita pelo Decreto Presidencial nº 5.144/2004, em seu artigo 5º.

No entanto, é manifesta a contrariedade dessa autorização legislativa para abate de aeronaves em face da Lei Maior. Podem-se destacar os princípios da inviolabilidade do direito à vida, a proibição da pena de morte em tempo de paz e o devido processo legal. Tais garantias consistem cláusula pétrea, logo, impossível deliberação em sentido oposto.

Com isso, denota-se que a adoção de políticas criminais de combate e excepcionais demonstram as mudanças que a sociedade moderna vem sofrendo, refletindo de forma acentuada a maneira do Estado tratar seus membros.

#### 4 DISCURSO HISTÓRICO GLOBAL DO INIMIGO: A INFLUÊNCIA JUS-FILOSÓFICA NO DIREITO PENAL DO INIMIGO

“Não podemos desistir do homem, sob o falso argumento de ser ele incorrigível, de possuir um defeito de caráter, que o impede de agir conforme os demais cidadãos”.

(Rogério Greco)

Na linhagem do Direito Penal Máximo, representando um de seus membros mais agressivos, pode-se destacar o chamado Direito Penal do Inimigo, desenvolvido pelo alemão Günther Jakobs.

Por meio dessa teoria, Jakobs traça uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. Segundo ele, o primeiro trata-se de um Direito Penal tradicional, garantista, com respeito e observância a todos os princípios fundamentais; já o segundo, configura um Direito Penal totalmente desvinculado de preocupações com garantias, pois não estaria a sociedade diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.

O tratamento de alguns criminosos como “inimigos”, e sua conseqüente exclusão da sociedade e das garantias trazidas pelo Direito não é algo novo. Observando a história da humanidade, podem-se verificar várias passagens onde este tratamento esteve presente. Cite-se que na própria história da sanção penal, o delinquente por diversas vezes foi tratado como um simples inimigo do Estado, não possuindo a pena qualquer caráter ressocializador, constituindo mera vingança.

Dentro dessa análise histórica, podem-se citar ainda autores que abalizam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, como Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant, que compreendem que o delinquente que desobedece ao pacto, não participa mais dos benefícios deste.

De antemão é importante ressaltar que contratualismo indica uma classe de teorias que explica (ou pelo menos tenta explicar) os motivos que fazem as pessoas a formar Estados e/ou manter a ordem social.

Conforme essa concepção de contrato, as pessoas renunciam alguns de seus direitos para um governo ou autoridade com a finalidade de conseguir as vantagens da ordem social. O contrato social consistiria, desta feita, um acordo entre os membros da sociedade, que por meio daquele reconhecem a autoridade, e se submetem a conjunto de regras, seja de um regime político ou de um governante.

Há uma transição do estado de natureza, onde não há qualquer ordem social estruturada, e os indivíduos estariam limitados somente por seu poder e consciência para um

estado civil, político. Partindo desse ponto, contratualistas tentam explicar, cada um com suas peculiaridades, o interesse racional do indivíduo em renunciar a liberdade que possuiria no estado de natureza, para obter as benesses trazidas pela nova ordem política.

Durante os séculos XVI e XVIII, as teorias sobre o contrato social se expandiram com o intuito de explicar a origem legítima dos governos e, conseqüentemente das obrigações políticas dos governados.

A principais ideias e influência de algumas das mais importantes teorias do contratualismo no Direito Penal do Inimigo serão demonstradas nos itens a seguir.

Ressalte-se que a ordem de abordagem dos autores será feita conforme disposto por Jakobs, na sua obra explicativa da teoria do Direito Penal do Inimigo.

#### 4.1 O CONTRATO SOCIAL E O DELINQUENTE NA VISÃO DE JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Jean-Jacques Rousseau, nascido em 28 de junho de 1712, em Genebra (Suíça), radicado em Paris (França), escreveu dentre outras obras o “Discurso sobre a Origem da Desigualdade”<sup>120</sup> (em 1755), obra que exerceu uma enorme influência sobre o pensamento político da época, e “O Contrato Social” (1762), produto da inquietante vontade de aclarar seu ideal político-educacional.

E é com base nesta última obra, que Rousseau propõe que os homens façam um contrato social, predominando o consenso e dessa forma garantindo os direitos de todos os cidadãos.

Na obra O Contrato Social, Rousseau defende que os homens são livres, porém esses homens perdem sua liberdade, sendo em todas as partes “colocados à ferro”, e submetidos a um poder proveniente de convenções e não somente da própria força.

Aliás, não existe força que seja suficiente para fazer com que as outras pessoas se submetam sempre a ela. A força para ser mantida deve ser transformada em direito e a obediência deve ser transformada em dever. A força, entretanto, não consiste em direito por não ser um poder legítimo, e como submeter à força não é um ato de vontade, senão de necessidade, a obediência também não pode ser considerada um dever.

---

<sup>120</sup> Segundo o referido autor na aludida obra o homem nasce bom, é um ser naturalmente bom, sendo a sociedade o elemento corruptor dessa natural bondade humana. Consoante Rousseau era necessário voltar à virtude originária, primitiva.

Com isso, e tendo em vista que nenhum homem possui uma autoridade natural sobre o seu semelhante, mister são as convenções para justificar a base de todo poder legítimo entre os indivíduos.

Menciona o referido autor que supondo que se conservar no estado de natureza torne-se insustentável aos homens pelos obstáculos até então apresentados, os quais não podem ser dirimidos pelas forças empregadas pelos indivíduos para manter-se nesse estado originário, estes homens devem procurar uma nova maneira de ser se quiserem sobreviver, devendo este estado primitivo não mais subsistir.

E essa nova forma consiste em formar uma acumulação de forças que juntas possa prevalecer sobre a resistência, tendo somente uma única motivação e agindo de comum acordo. Surge a necessidade de haver um controle, uma autoridade para determinar e regulamentar a vida social.

Deve-se, segundo Rousseau<sup>121</sup>

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, ao unir-se a todos, obedeça somente a si mesmo e continue tão livre quanto antes.

Tal problema será resolvido, segundo o autor, pelo denominado contrato social.

No contrato social existem cláusulas que se modificadas, ainda que minimamente teriam efeitos nulos e não obstante não tenham sido formalmente enunciadas, são em todos os lugares iguais e sempre reconhecidas, mesmo que tacitamente.

Caso o pacto social resultante desse contrato social não seja respeitado, cada indivíduo volta ao estado primitivo, com seus direitos e liberdades naturais.

Nas palavras de Rousseau<sup>122</sup> há uma “alienação total de cada associado, com todos os seus bens, à comunidade inteira”. Aliena-se em favor da coletividade e não em favor de um único rei. Estarão, desta forma, submetidos a uma vontade geral<sup>123</sup>, que pode ser denominada de Estado, Soberano ou Potência. Já os indivíduos, que põe em comum sua pessoa e todo o

<sup>121</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. L&PM Pocket: Porto Alegre, 2010. p. 33.

<sup>122</sup> Id. Ibid. p. 33.

<sup>123</sup> Apesar de citar em diversos momentos que o soberano é a representação da vontade geral, não fica delimitado na citada obra em que consiste essa misteriosa vontade geral ou como é reconhecida, pois esta consiste na síntese de vontades, e não em mera soma. Não se trata de vontade de maioria, trata-se de uma democracia radical com características autoritárias. Não se trata de vontade representativa. Rousseau menciona que “há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta considera apenas o bem comum, enquanto a outra prende-se ao interesse privado, não sendo senão uma soma de vontade particulares. (...) Se, quando o povo suficientemente informado delibera, os cidadãos não tivessem nenhuma comunicação entre si, do grande número de pequenas diferenças resultaria sempre a vontade geral e a deliberação seria sempre boa” (Id. Ibid. p. 45).

seu poder sob a suprema direção dessa vontade geral, podem ser denominados coletivamente de povo, e particularmente de cidadãos (quando participantes da autoridade soberana) e súditos (quando submetidos às leis do Estado)<sup>124</sup>.

Denota-se que

o ato de associação encerra um compromisso recíproco do público com os indivíduos e que cada um deles, ao contratar, por assim dizer consigo mesmo, vê-se comprometido sob um duplo aspecto: como membro do Soberano em relação aos demais indivíduos e como membro do Estado em relação ao Soberano<sup>125</sup>

O Soberano sendo uma vontade geral, e formado pelos indivíduos que o compõem, não poderá ter interesses contrários a seus membros. Todavia, não terá que oferecer garantias em relação a seus súditos, pois como afirmado acima não poderá prejudicar seus membros de forma coletiva nem de forma particular.

Tudo isso foi dito, pois esta afirmativa supracitada não vale em relação aos súditos, tendo em vista que além dessa vontade comum (geral) que possui como cidadão, o indivíduo pode ter uma vontade particular que poderá contrapor com aquela.

Nesse sentido Rousseau<sup>126</sup>

Seu interesse particular pode lhe falar de um modo bem diferente que o interesse comum; sua existência absoluta e naturalmente independente pode fazê-lo considerar o que deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda será menos prejudicial aos outros do que o pagamento é oneroso para ele; e, considerando a pessoa moral que é o estado como um ser de razão, por não ser um homem, ele gozaria do direito do cidadão sem querer cumprir os deveres de súdito – injustiça cujo progressão causaria a ruína do corpo político.

Verifica-se, portanto, que para esse pacto social ser efetivado, ele deve possuir um compromisso entre os súditos e o Soberano, onde aqueles estão obrigados a obedecer à vontade geral. Caso não haja essa obediência, todo o corpo o forçará a cumprir o pactuado, sob pena de retornar ao estado de natureza.

Essa passagem do estado primitivo ao estado civil acarreta sérias transformações aos homens, principalmente com o incremento da moralidade às suas ações, substituindo o instinto pela justiça.

<sup>124</sup> É importante frisar que para Rousseau tem uma postura negativa de estado civil. Para ele o estado de natureza é melhor que o estado civil, pois aquele é um estado de compartilhamento, de sociabilidade... Porém, que deverá ser substituído pela presença de conflitos não dirimíveis o que ocasiona a necessidade de uma autoridade suprema.

<sup>125</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. Op. cit. p. 35.

<sup>126</sup> Id. Ibid. p. 36-37.



O homem compromissado pelo contrato social perde sua liberdade natural (limitada somente pelas forças do indivíduo) e os direitos dela decorrentes, porém, ganha a liberdade civil (limitada pela vontade geral) e a propriedade de tudo que possui. Ainda, acrescenta-se que no estado civil o indivíduo ganha a chamada liberdade moral, e há uma substituição da igualdade natural pela igualdade moral e legítima, pois os homens tornam-se todos iguais por meio de uma convenção e do direito dela proveniente.

Em virtude do pacto social, cada cidadão aliena parte de seu poder, de seus bens, de sua liberdade, desde que interesse à comunidade, sendo uma decisão do soberano o *quantum* de cada um será útil à coletividade.

Frise-se que a vontade geral possui como finalidade a promoção do bem comum, e que é somente a partir dessa destinação que a sociedade pode ser governada.

Por ser a soberania o exercício desse interesse comum, reflexo dessa vontade geral, não poderá ser alienada. Transmite-se o poder, nunca a vontade. Da mesma forma que é inalienável, essa soberania também é indivisível, pois ou se tem uma vontade que é geral, ou esta é inexistente.

E é a lei a expressão da vontade geral, com sua generalidade e impessoalidade, a qual Rousseau considerada como o único remédio às arbitrariedades dos homens particulares, detentores do poder. É pela lei que os súditos servem, mas não possuem um senhor.

Cumpra ressaltar que em virtude dessa vontade geral, desse interesse comum, o Estado possui poderes de vida e morte sobre seus súditos. Isso decorre da premissa de que o tratado social possui por escopo a preservação dos contratantes, e quando um deles põe em risco os demais, autoriza automaticamente a ação estatal.

Nesse sentido Rousseau<sup>127</sup> assevera

Quem quer preservar a vida às custas dos outros deve dá-la também por eles quando necessário. Ora, o cidadão não é mais juiz do perigo ao qual a lei quer que se exponha e, quando o Príncipe lhe diz 'É útil ao estado que morras', ele deve morrer, pois foi nessa condição que viveu em segurança até então, e sua vida não é mais apenas um favor da natureza, mas uma doação condicional do estado. A pena de morte infligida aos criminosos pode ser considerada mais ou menos sob o mesmo ponto de vista: é para não sermos a vítima de um assassino que consentimos em morrer se nos tornarmos um.

Com isso, denota-se que primeiro se preocupa em garantir a própria vida e conseqüentemente aceitam-se os resultados advindos dessa proteção.

---

<sup>127</sup> Op. cit. p. 51.

Aliás, segundo Rousseau todo o malfeitor que contradiz o direito social, praticando crimes, passa a ser considerado um traidor da pátria, entrando em conflito (guerra) contra esta, tornando-se um inimigo. Assim, não possui mais direito de ser considerado um membro do Estado, em virtude da violação de suas leis.

E para que o Estado não pereça em razão desta violação, é melhor que pereça o próprio malfeitor, pois este não é uma pessoa moral, tendo o Estado o direito de matá-lo.

Para o já citado contratualista<sup>128</sup>

(...) todo malfeitor que ataca o direito social torna-se por seus crimes rebelde e traidor da pátria, cessa de ser seu membro ao violar suas leis e pratica inclusive a guerra contra ela. Assim, a conservação do estado é incompatível com a dele, porque é preciso que um do dois pereça, e é menos como cidadão do que como inimigo que se faz morrer o culpado. Os processos, o julgamento, são as provas e a declaração de que ele rompeu o tratado social e, portanto, não é mais membro do estado. Ora, como o culpado se reconheceu como tal, ao menos por sua residência, ele deve ser punido pelo exílio como infrator do pacto ou pela morte como inimigo público, pois tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito da guerra é matar o vencido.

Tem-se que aquele que quebra o pacto social poderá sofrer todos os atos necessários à manutenção da ordem social. Para proteger os indivíduos que se submetem ao contrato social, o Estado deverá punir com rigor aqueles que não o respeitam e que expressam sua preferência pelo estado de natureza ao invés do estado civil.

E é justamente nesse ponto que Günther Jakobs se aproxima das ideias do referido contratualista.

Todavia, Jakobs faz uma ressalva, de que esta concepção de Rousseau separando o inimigo e seu injusto do cidadão e seu Direito é demasiadamente abstrata, principalmente por considerar todo delinquente como inimigo. Completa afirmando, que o criminoso também deve ser mantido dentro do direito, por duas razões

Por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato<sup>129</sup>.

Não obstante, filosoficamente, o Direito Penal do Inimigo encontrar sua base nas lições de Rousseau, que conforme visto acima defende que o indivíduo que não obedece ao

---

<sup>128</sup> Op. cit. p. 51.

<sup>129</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 25-26.

pacto social estabelecido entre o Estado e seu povo, não pode ser considerado um membro do Estado e conseqüentemente da sociedade, não podendo ser tratado como "súdito", mas sim, como inimigo, Jakobs ressalva que o simples fato deste inimigo ter cometido crimes, não lhe retira a responsabilidade em relação ao cometimento de crimes futuros.

Para Jakobs nem todo criminoso é o inimigo e nem todo delinqüente deve ser excluído do pacto social.

#### 4.2 O CONTRATO SOCIAL E A MORTE CIVIL POR FICHTE

O filósofo alemão Johann Gottlieb Fichte nasceu na Saxônia, em 19 de maio de 1762, e é discípulo de Immanuel Kant.

Na mesma esteira de ideias de Rousseau, Fichte afirmou que quem abandonasse o contrato cidadão passava a um estado de ausência completa de direitos.

Segundo Fichte, a constituição de um Estado deriva de um contrato alcançado sobre uma esfera de direitos alienáveis, que são aqueles que podem ser concedidos (diferentemente dos direitos inalienáveis).

Tal teoria encontra guarida na obra Fundamentos do Direito Natural de 1796/1797, onde o Estado é um simples conjunto de indivíduos, não possuindo aquelas prerrogativas perante estes. Apenas os cidadãos, como tais, são pessoas reais.

E esse direito à cidadania não é adjudicado pelo Estado. É pré-existente ao contrato, e nesse aspecto, é considerado inalienável.

Para Fichte, aquele que nada recebeu, a nada renunciou, quer dizer que não contribuiu com a ordem social, não integra a relação jurídica do Estado.

Este indivíduo encontra-se em estado de natureza e de liberdade absoluta perante o Estado, devendo sofrer todas as conseqüências inerentes a essa situação.

O estado de natureza anula o contrato que a ele se opõe, pois se trata de um direito natural. E para poder identificar esse estado de natureza tem que se entender a natureza do homem, partindo do conceito geral da espécie.

A natureza do homem deve ser vista como a sua liberdade incondicionada, que cabe ao homem exercê-la ou não.

O contrato requer tanto um comportamento quanto uma contribuição. Cada um deve fornecer uma contribuição na proporção da sua necessidade de proteção, o poder protetor deve adaptar-se a esta necessidade.

A diferença entre o entendimento do homem e do animal é pensar livremente. O primeiro tem a capacidade de opor ativamente ao mecanismo obscuro da associação de idéias, conferindo por meio de seu livre arbítrio uma direção à sequência de seus ideários. Com isso, fica caracterizada a sua superioridade.

Essa liberdade, permitida pela lei moral, faz os indivíduos se inclinarem e silenciarem diante de uma lei em geral, refreando o egoísmo.

Questiona o autor se o Estado possui o direito de restringir a liberdade de seus súditos.

Responde afirmando que considerando que direito à livre comunicação não se constitui em nenhuma ordem, mas somente em uma autorização da lei moral, não pode ser considerado inalienável e, portanto, poderá ser atingido pelo Estado.

Mas do que isso, para que se tenha a expressão da liberdade, há a necessidade de se ter a aquiescência do outro, tendo a sociedade abolido esse consentimento para aqueles que dela quisesse fazer parte.

Assim, encerra-se uma renúncia.

A exigência desses itens pelo Estado se justifica pelo fato de se encontrar com seus súditos uma dupla relação: por um lado, tem deveres que derivam da proteção conforme o contrato; por outro lado, direitos, os de obrigar a cumprir os deveres de cidadãos e obedecer às leis.

Verifica-se que nos casos em que se trata de direitos e deveres haverá atuação da polícia, que desempenha o papel de mediadora das relações, da mesma que se tem o juiz.

Nesse sentido Fichte<sup>130</sup> afirma

*Los casos en los que derechos o deberes entran en juego los suministra la policía: Ella es mediadora en las dos relaciones. Al igual que la sentencia pronunciada por el juez hace referencia a la ley positiva en relación com el ciudadano, igualmente la policía se refiere a esta ley en relación con la autoridad. Ella suministra el caso de la aplicación de la ley.*

No que tange à proteção conferida pelo ente público, cada cidadão por si só recordará ao Estado e exigirá proteção conforme ao contrato. Por outro lado, quando um dano ocorre, torna-se irreparável, transformando o fim do Estado que passa a ser de impedir por mais tempo os prejuízos causados por seus cidadãos e castigá-los.

---

<sup>130</sup> FICHTE, Johann Gottlieb Fichte. **Fundamento Del Derecho Natural** – según los principios de la doctrina de la ciencia. Traducción de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera y Faustino Oncina Coves. Estúdio Introdutorio de José L. Villacañas Berlanga. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 342.

Esse dever de proteção concede ao Estado um direito de tratar com mais rigorismo aqueles que descumprissem a lei e rompessem com o contrato.

Consoante o autor neste item mencionado, a condição para se ter a eficácia da legislação e de toda organização do Estado é que cada indivíduo que está tentado a cometer um delito contra a lei preveja com uma perfeita certeza que será descoberto e que será castigado de uma maneira que “conhece bem”<sup>131</sup>.

A impunidade e a clandestinidade golpeiam as instituições, e por isso exigir a submissão a legislação e que a polícia descubra todo culpado sem exceção é absolutamente indispensável.

Não se deve ignorar os preceitos trazidos por um poder maior, não se pode simplesmente negar a vigência do contrato. No entanto, todo desvio da justiça é desculpado pela emergência, a qual não poderá se perpetuar, pois “quem quer perpetuar essa emergência, quer a injustiça por si mesma. É inimigo do gênero humano: isto deve ser dito e ele deve ser tratado como tal”<sup>132</sup>. É necessário abrir passagem para a justiça e se algum indivíduo de alguma forma não quiser sair do caminho, este deve prosseguir ainda que por cima deste indivíduo.

Se o pensamento não fosse esse, afirma Fichte, vários prejuízos seriam causados, inclusive a desordem, a qual deveria ser exterminada.

Como visto, a sociedade civil, que para Fichte<sup>133</sup>, se funda em um contrato de todos os seus membros com um ou de um com todos. O Estado por meio deste pacto elabora sua legislação civil, que é válida para os indivíduos enquanto voluntariamente a aceitam.

Todavia, os indivíduos somente serão coagidos pela lei, se renunciarem à humanidade, à personalidade e à liberdade. Neste contrato social, cada membro renuncia a alguns dos seus direitos alienáveis, com a condição de que os outros membros renunciem também a alguns dos seus.

Desta forma, o cidadão possuirá direitos positivos somente se os direitos de todos os demais cidadãos estejam seguros ante ele. Se isto não ocorrer, ou porque sua vontade se manifesta contrariamente ao direito, ou por sua imprudência, o contrato é anulado, não subsistindo nenhuma relação jurídica entre ambas as partes.

---

<sup>131</sup> FICHTE, Johann Gottlieb Fichte. **Fundamento Del Derecho Natural** – según los principios de la doctrina de la ciencia. p. 349.

<sup>132</sup> FICHTE, Johann Gottlieb. SCHELLING, Friedrich Von. **Escritos Filosóficos**. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 174.

<sup>133</sup> FICHTE, Johann G. **Reivindicação da Liberdade de Pensamento**. Tradução de Artur Morão. Disponível em: < [www.lusosofia.net](http://www.lusosofia.net) > Acesso em: 15.12.2010.

Se um membro descumpre aquilo que foi pactuado e readquire os direitos que cedera, então a sociedade possui o direito de forçá-lo ao cumprimento, mediante a restrição dos direitos que por ela lhe estavam garantidos.

Para Fichte, aquele que abandona o contrato cidadão em um ponto em que se contava com sua prudência, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direito.

Assim, corroborando os ideais de Rousseau, para o aludido autor, todo delinquente é considerado um inimigo e todo delito o exclui do Estado, ficando o delinquente fora da lei.

Essa morte civil (ausência completa de direitos) é atenuada mediante a construção de um contrato de penitência, onde essa grave punição de exclusão poderia ser substituída por outras penas. A substituição seria possibilitada mediante um pacto celebrado entre todos, que se transformaria em uma norma para o Poder Executivo, e em razão do qual todos os indivíduos se compromissariam a não afastar o delinquente do Estado, permitindo-lhe a expiação da pena de outra forma.

A substituição benéfica estaria sempre condicionada ao fato de que esta deve ser compatível com manutenção da segurança pública, pois aplicá-lo em situações diversas seria injusto e oposto à razão.

Esse contrato de penitência, porém, não será celebrado em caso de “assassinato intencional e premeditado”, situação na qual a privação de direitos é mantida.

Nesse caso, o contrato cidadão é anulado, e o delinquente (assassino) fica totalmente privado de qualquer direito, não possuindo o Estado qualquer dever para com o assassino. Autoriza-se, desta feita, a aplicação de um tratamento completamente arbitrário ao condenado que nesse exato instante é comparado a uma coisa (“cabeça de gado”).

Ressalta-se que a execução do criminoso não consiste em uma pena, mas sim em um instrumento de segurança em relação àquele indivíduo que perdeu o status de cidadão

Pelos mesmos motivos expostos no item dedicado a obra de Rousseau, Jakobs<sup>134</sup> também faz ressalvas em relação a esta tese. Apesar do fundamento do Direito Penal do Inimigo também repousar nas lições de Fichte, dele se afasta em virtude da brusca separação entre aqueles que praticam delitos considerados inimigos e os cidadãos. Afastamento, que nas palavras de Jakobs é por demasiadamente abstrato.

---

<sup>134</sup> JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Op. cit. p. 25.

### 4.3 O LEVIATÃ DO DIREITO PENAL DE THOMAS HOBBS

Thomas Hobbes nasceu em Westport, em 5 de abril de 1588 e além de ter sido um matemático, teórico político, foi um grande filósofo, autor de *Leviatã* (1651) e *Do Cidadão* (1651).

Destacou em sua obra *Leviatã*, a natureza humana e a necessidade de governos e sociedades. Explanou que cada indivíduo tem direito a tudo, e em virtude de todas as coisas serem escassas, existe uma constante guerra de todos contra todos. Entretanto, os homens têm um interesse de acabar com esta guerra, e por essa razão formam sociedades entrando num contrato social.

Inicia Hobbes, que cada homem considera que seu semelhante deve valorizá-lo tanto quanto ele se valoriza e, quando os demais apresentam sinais de desprezo, busca extrair maior estima, seja de seus adversários, inflingindo-lhes algum dano, seja dos outros, mediante o exemplo.

Desta feita, existem na natureza humana três causas principais de disputa: competição, desconfiança e glória.

A competição estimula os homens a lutarem para alcançarem algum benefício, a desconfiança garante-lhes a segurança e glória, a reputação.

A primeira causa leva os homens a utilizarem a violência para se apossar do pessoal, da esposa, dos filhos e do gado de outros homens; a segunda os leva a usar a violência para defender esses bens; a terceira os faz recorrer à força por motivos insignificantes, como uma palavra, um sorriso de escárnio, uma opinião diferente da sua ou qualquer outro sinal de subestima direta de sua pessoa, ou que se reflita sobre seus amigos, sua nação, sua profissão ou o nome de sua família<sup>135</sup>.

Por essa razão, deverá existir um poder comum capaz de sustentar os homens em um comportamento de respeito. Caso isso não exista, tem-se uma guerra.

Desta forma, a guerra não é somente o ato da batalha, do contato físico, da luta real, mas também inclui o chamado “clima de guerra”, ou seja, na disposição para ela durante todo o tempo em que não há segurança de paz.

Neste ponto constata Hobbes que tudo aquilo que for aceito para os indivíduos em tempo de guerra, quando uns são inimigos dos outros, também o é, quando apesar de não estarem em guerra, estejam vivendo pela própria força e da criatividade, sem outra segurança.

---

<sup>135</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 95.

É importante ressaltar que consoante o aludido autor as condutas somente poderão ser consideradas como pecados quando for editada uma lei que as proíba, pois na ausência desta qualquer proibição será ineficaz. No entanto, nenhuma lei poderá ser reeditada enquanto os homens não entraram em um acordo e designarem uma pessoa para promulgá-la.

Ainda, frise-se que enquanto não existir uma lei não há injustiça. A injustiça não existe como consequência dessa guerra formada pela insegurança social. A guerra utiliza-se de força e de fraude, e os conceitos de justiça e injustiça não se encontram no corpo e no espírito da guerra. Esses últimos conceitos somente pertencem aos homens que vivem em sociedade.

Todavia, os homens, por medo de morte e por desejo a bens materiais, buscam incessantemente a paz. As normas de paz adequadas são sugeridas pela razão e podem ser alcançadas pelos homens mediante um mútuo acordo. Essas normas são conhecidas como leis da natureza.

Acrescenta Hobbes que leis da natureza não são sinônimos de direito natural.

Direito natural seria a liberdade que cada indivíduo possui de utilizar seu poder como achar melhor, para preservar sua própria vida. Já a lei natural seria a norma ou regra geral estabelecida pela razão que impede o ser humano de agir de forma a aniquilar sua vida ou privar-se dos meios indispensáveis a sua preservação. Tem-se, portanto, que o direito consistiria na liberdade de ação ou omissão enquanto a lei vincularia o homem a esse agir ou omitir.

O empenho para conseguir a paz faz com que os homens façam uso de todas as ajudas e vantagens da guerra, seguindo a norma ou regra geral da razão, que encerra a lei fundamental da natureza, isto é, procurar a paz e segui-la.

Desta lei fundamental da natureza, que comanda que os indivíduos procurem a paz, deriva uma segunda lei, a de que o homem deve renunciar os direitos sobre todas as coisas, devendo-se contentar com a mesma liberdade que consente aos demais. Essa renúncia faz-se necessária para a manutenção da paz.

Analisa-se que segundo Hobbes renunciar ao direito

é o mesmo que privar-se da liberdade de negar a outro homem o benefício de seu direito à mesma coisa. Aquele que abandona ou renuncia a seu direito não dá a outrem um direito que já não tivesse, pois, por natureza, não existe nada a que o homem não tenha direito; ele apenas se afasta do caminho alheio, não impondo obstáculos a que o outro goze de seu direito. Então, a consequência resultante da



desistência de um direito é simplesmente a redução dos impedimentos ao uso do direito natural.<sup>136</sup>

Essa transferência mútua de direitos pelos homens é designada de contrato<sup>137</sup>, no qual quem cumpre primeiro sua parte merece o cumprimento da outra parte considerada devida.

Nasce em decorrência desse contrato uma terceira lei natural – a de que devem os homens cumprir os pactos que celebrarem, pois se não fosse desta forma, os pactos não passariam de palavras vazias, prevalecendo a condição de guerra.

Assim, a origem e a fonte da justiça se encontram nessa lei natural. Se inexistisse um pacto, não haveria permuta de direito e, conforme já foi dito, nenhuma ação seria injusta. Contudo, com a criação e aderência de um pacto, torna-se uma injustiça seu rompimento.

Nesse sentido Thomas Hobbes<sup>138</sup> afirma que

Para que as palavras justo e injusto possam ter algum significado, é preciso haver alguma espécie de poder coercitivo que obrigue igualmente todos os homens a cumprirem seus pactos, e esse poder deve infundir o temor de alguma pena superior ao benefício esperado com o rompimento do pacto e capaz de dar força à propriedade adquirida pelos homens por meio do contrato mútuo, como recompensa do direito universal a que renunciaram. Esse poder não pode existir antes da constituição do Estado.

A quarta lei natural está ligada ao fato de que da mesma forma que a justiça depende de um pacto anterior, a gratidão depende de uma graça anterior. Isto significa que aquele que recebeu uma benesse de outro indivíduo, deve esforçar-se para dar a este motivos para arrependimento futuro de sua boa vontade. Evita-se assim, que os homens percam o sentimento de benevolência e confiança em relação aos outros, ingressando novamente em uma condição de guerra.

A quinta lei natural é a complacência que significa que os homens devem se esforçar para conviver com os outros. Os indivíduos não podem se achar aptos a obter o que for necessário para sua preservação sem respeitar os demais indivíduos, principalmente em razão de coisas supérfluas, pois estariam contribuindo para a condição de guerra, contrariando a lei fundamental da natureza que determina que todos busquem a paz.

A sexta lei natural considera o perdão àqueles que ofenderam outrem no passado, uma garantia de paz, especialmente se o ofensor oferece garantia de tempo futuro.

<sup>136</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. p. 98-99.

<sup>137</sup> É imperioso ressaltar que o termo contrato utilizado por Hobbes, que constitui uma transferência mútua de direitos não possui o mesmo sentido que a transferência mútua de direitos sobre uma coisa, pois no primeiro caso há uma obrigação futura, fazendo com que as partes esperem que as outras cumpram o pactuado, mas, acima disso representa uma forma de garantia para o próprio Estado, para a manutenção da paz.

<sup>138</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. p. 106-107.

Como consequência da lei natural anterior, a sétima refere-se à vingança, que de acordo com o autor deverá levar em consideração a grandeza do bem futuro, e não do passado. Devem-se aplicar castigos com a intenção de corrigir o ofensor ou como exemplo para os outros homens.

A vingança não pode expressar meramente a glória daquele que foi ofendido, perdendo sua finalidade precípua acima disposta, caracterizando-se uma crueldade porque causaria um dano sem razão, que significa provocar a guerra.

A proibição de demonstrar o ódio e desprezo pelos outros indivíduos constitui nova lei natural (oitava) que é complementada pela nona lei que preleciona que cada homem deve reconhecer os demais como seus iguais por natureza.

Dessa deriva outra: a de que ao serem iniciadas as condições de paz, ninguém deve almejar para si um direito que não aceitaria se fosse uma vantagem de outra pessoa.

Todas essas leis e outras apontadas por Hobbes são ditames da razão, sendo apenas conclusões ou teoremas relativos que conduzem à conservação e defesa dos seres humanos, evitando a guerra e buscando a denominada condição de paz.

E nessa busca pela paz, e por meio dela a procura pela própria conservação humana, criou-se um homem artificial chamado Estado, criando também cárceres artificiais, chamados leis civis. Esses laços, embora frágeis por natureza, são mantidos, seja pelo perigo, seja pela dificuldade de rompê-los.

Verifica-se que o Estado elabora as mencionadas leis civis, nas quais os indivíduos são compulsados a respeitar por serem membros daquele. A lei civil possui caráter geral e compete a todos os homens, sem distinção, configurando-se em uma ordem.

Segundo Hobbes <sup>139</sup>

Lei civil é constituída, para todo súdito, pelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por qualquer outro sinal suficiente de sua vontade, empregando tais regras para diferenciar o que é certo do que é errado, isto é, para identificar o que é contrário ou não é contrário à regra.

Mesmo com essas leis, os súditos desse Estado, criado consensualmente, mantém uma certa liberdade de fazer todos os tipos de ações não previstas pelas leis, de acordo com seus interesses e razão.

Essa liberdade, porém, não elimina nem restringe o poder de vida e morte, estando o soberano, limitado somente às leis naturais por ser ele também um súdito de Deus.

---

<sup>139</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. p. 188.

Denota-se que quando um indivíduo transgride uma lei, além de estar cometendo um pecado, representa um desprezo pelo legislador, violando ao mesmo tempo todas as leis.

Para ocorrer essa violação, o indivíduo necessita exteriorizar seus atos, e não somente pensar em praticá-lo. A cogitação, portanto, não será punida<sup>140</sup>.

Um crime ou delito consiste em um pecado que materializa tudo aquilo que for proibido por lei, seja por uma ação ou por uma omissão.

De acordo com o autor, falha de entendimento, erro de raciocínio ou violência repentina das paixões dão origem ao crime. A primeira é a ignorância que pode ser da lei, do soberano e da pena; e o segundo consiste em uma opinião errônea. É importante salientar, entretanto, que na obra *Leviatã*, Hobbes destaca algumas garantias conferidas aos súditos, das quais se pode citar: que a lei que deverá ser cumprida pelos indivíduos deverá ser amplamente divulgada; que se a pena pelo crime descrito estiver associada ao delito ou já tiver sido infligida em casos semelhantes, fica o delinquente isento de uma pena maior do que aquela prevista; além disso, a lei deverá ser anterior ao ato praticado e a pena proporcional a conduta realizada.

Contudo, ressalte-se que somente o medo é a única paixão que impede o homem de transgredir as leis. O temor é a única coisa que leva os homens a respeitar as leis, excetuando algumas naturezas generosas.

Divide Hobbes os crimes em de menor gravidade e mais graves. O de menor gravidade são aqueles que não obstante sejam condenados pela lei, são aprovados tacitamente pelo legislador por meio de outros sinais manifestos de sua vontade. E os crimes mais graves são assim classificados pelo malefício de seus efeitos.

Aos crimes são aplicadas as penas, que podem ser consideradas um dano infligido pela autoridade pública àquele que praticou uma ação ou omissão proibida por lei, e possui como finalidade que a vontade dos homens volte-se à obediência.

Apesar de algumas garantias serem citadas por Hobbes, o autor deixa claro que estas não deverão ser aplicadas quando se trata de alta traição por um súdito (rebelião).

Como para Hobbes o pacto social era a fonte do poder absoluto do monarca, ele se manifesta contrário à rebelião dos cidadãos e das autoridades constituídas, considerando-a

---

<sup>140</sup> De acordo com Hobbes (Id. Ibid. p. 205) “Deliciar-se apenas imaginariamente com a posse de bens, de servos ou da mulher de um outro não constitui infração de consegui-los pela força ou pela fraude. Não é, também pecado o prazer de imaginar ou sonhar com a morte de alguém que nos cause prejuízo e desgostos; só o é a decisão de executar qualquer ato que leve a isso. Comprazer-se fantasiosamente com aquilo que agradaria se fosse real é uma paixão inerente à natureza, humana e de todas as criaturas vivas, de forma que fazer disso um pecado seria o mesmo que transformar em pecado o fato de ser homem. Essas considerações levam-me a pensar que são excessivamente severos, tanto consigo mesmos como com os outros, aqueles que sustentam que os primeiros movimentos do espírito (apesar de restringidos pelo temos a Deus) são pecados”.

como alta traição, devendo seus participantes serem tratados como inimigos, pois significa uma não submissão às regras impostas pelo soberano, recaindo os indivíduos ao estado de natureza, não devendo ser considerados mais como súditos, retirando-lhes as garantias acima descritas.

Nas suas três obras políticas, Hobbes aponta os perigos da rebelião, e tenta refutar prováveis justificativas teóricas para ela. O assunto é tratado em capítulos correspondentes nos livros *Elementos da Lei Natural e Política*, *do Cidadão e Leviatã*.

Na obra *Elementos da Lei Natural e Política*, Hobbes cita o exemplo de um grupo de condenados que se rebelam para resistir à morte, não possuindo um direito legítimo para a rebelião. Posiciona-se em várias passagens do texto contrariamente à revolta<sup>141</sup>.

Segundo o autor<sup>142</sup>, um dos motivos que leva à rebelião é a pretensão de direito. E isso ocorre em virtude de falsas doutrinas que defendem a legitimidade da rebelião em muitos casos. Mas, segundo ele, a rebelião não pode ser legitimada, e por isso refuta tais doutrinas.

Nesta obra são analisadas seis doutrinas que configuram a pretensão de direito que leva a rebelião, como sendo: a) que os homens não possuem obrigação de fazer nada contra sua consciência; b) que os soberanos estão sujeitos às suas próprias leis; c) que a soberania é divisível; d) que os súditos possuem propriedade diferente daquela pertencente ao soberano; e) que o povo constitui uma pessoa distinta do soberano; f) que o tiranicídio é legítimo. Juntamente com essas doutrinas ainda existe a expectativa de êxito que pode levar a rebelião.

O autor denominando-as de ilegítimas e inconsistentes, alerta para o perigo que essas doutrinas importam.

Na obra *Leviatã* o problema da rebelião é tratado no capítulo denominado “Das coisas que enfraquecem ou levam à dissolução de um Estado”<sup>143</sup>, afirmando Hobbes que dentre as causas que contribuem para a dissolução do Estado, estão as doutrinas sediciosas, que contribuem para o surgimento da rebelião. Atacando essas doutrinas, já analisadas anteriormente, constata-se que a rebelião não pode ser justificada juridicamente, tendo em vista que a lógica contratual não traz argumentos que possa justificá-la, representando, desta feita, um perigo à paz, pois somente o soberano possui o direito de decidir sobre o bem e o mal (e não o súdito), através da elaboração de leis positivas.

---

<sup>141</sup> Frise-se que Hobbes faz uma diferença entre rebelião e resistência, considerando esta última como sendo legítima, estando os condenados apenas lutando para defender as suas vidas, possuindo todos esse direito.

<sup>142</sup> HOBBS, Thomas. **Elementos da Lei Natural e Política**. Tradução de F. D. Andrade. São Paulo: Editora Ícone, 2002. p. 198.

<sup>143</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. p. 225.

Evidente, portanto, o posicionamento de Hobbes a respeito da rebelião. A rebelião seria irracional, sendo contrária a construção hobbesiana, consistente na necessidade racional da constituição de um Estado para a regulamentação e manutenção da vida dos indivíduos. Rebelar-se incide em alta traição ao Estado, situação que é repudiada por Hobbes, que considera aqueles que integram a rebelião, inimigos do Estado.

A teoria de Hobbes explicitada até o momento serviu de base para Günther Jakobs, na elaboração do Direito Penal do Inimigo, pois além de ter uma base contratualista, de que todos dos indivíduos estão submetidos ao poder do Estado, não podendo romper o pactuado em este, Hobbes possuía a consciência de não elaborar uma separação radical entre o cidadão e seu Direito e o injusto do inimigo<sup>144</sup>.

Essa aproximação de Hobbes com Jakobs deve-se a circunstância de que o primeiro entende que somente são crimes os fatos definidos pela lei civil e que os castigos previstos por esta para o caso de sua violação somente são aplicáveis aos cidadãos, que poderão conservar essa qualidade. Já para os inimigos, na mesma esteira de pensamento de Jakobs, afirma Hobbes que o direito de punir do Estado não seria nem procedente, nem adequado, pois estes inimigos nunca estiveram sujeitos à lei, ou se estiveram passaram depois a não estar.

Destaca-se que nas palavras de Luis Gracia Martín<sup>145</sup>

Não obstante, nessa incursão histórico-ideológica, talvez seja em Hobbes que possamos identificar um Direito Penal do inimigo com traços tão definidos que permitiriam inclusive antever uma antecipação do discurso do presente. Se na sofística grega, em Rousseau, em Fichte e até mesmo em Kant, não está resolvido nem expresso de modo claro quem são os delinquentes aos quais deveria ser negada a condição de pessoa ou de cidadão e que deveriam ser tratados como inimigos – isto é, se todos ou apenas alguns -, essa questão, sim, parece ser resolvida expressamente por Hobbes.

Pode-se resumir que em seu contrato de submissão, Hobbes mantém o delinquente, em sua função de cidadão, tratando somente de forma diferente, mais rigorosa, o indivíduo participante de uma rebelião, isto é, de alta traição.

Nas palavras de Jakobs<sup>146</sup>

*Ahora bien, cerca de ciento cincuenta años antes hubo un ilustrador que ya presentó una concepción más diferenciada, y no es extraño que fuera menos un*

<sup>144</sup> JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** p. 26.

<sup>145</sup> Op. cit. p. 101-102.

<sup>146</sup> JAKOBS, Günther. NAVARRETE, Miguel Polaino. PONAINO-ORTS Miguel. **El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del Funcionalismo.** p. 22-23.

*teórico del contrato que um teórico de las instituciones: el contrato en Hobbes, al que aquí me refiero, es más bien una metáfora de que los futuros ciudadanos no perturbarán la autoorganización del poder central: contrato o sumisión u otra cosa, lo principal es que se genere un poder central. Hobbes distingue entre el delincuente ciudadano y el autor de alta traición; aquél es condenado conforme a las leyes promulgadas, este, en cambio, es combatido en cuanto enemigo, y la razón de esa diferencia es palmaria, puesto que aquél busca una ventaja particular, lo que desde luego no debe tolerarse, pero no cuestiona el todo, mientras que éste, el traidor, combate el principio, y el principio en Hobbes queda corporizado en el dominio concreto.*

Finalmente, cite-se que a punição a estes inimigos não é considerada pena, pois estes nunca estiveram sujeitos à lei e, portanto, não poderiam tê-la transgredido, ou tendo permanecido sujeito a ela e declarado não mais querer estar, nega a si mesmo, por conseguinte, a possibilidade de transgredi-la, “e todos os danos que vier a sofrer devem ser vistos como atos de hostilidade”<sup>147</sup>. E finaliza que em uma situação de hostilidade declarada, qualquer espécie de dano é legítimo.

#### 4.4 À PAZ PERPÉTUA DE EMMANUEL KANT: À PAZ COM A EXCLUSÃO DO INIMIGO

Emanuel Kant (ou Immanuel Kant) nasceu em Königsberg, capital da Prússia Oriental (atual Kaliningrado, na Rússia) em 22 de abril de 1724 e é considerado um dos grandes filósofos da era moderna, sendo sem dúvida um dos pensadores mais influentes da Europa moderna e do último período do Iluminismo.

No primeiro período de sua vida intelectual, Kant publicou diversas obras nas áreas das ciências naturais e da física, como História Universal da Natureza e Teoria do Céu. No início dos anos 1760, sob a influência da filosofia de Hume, Kant começa a dar molde à sua tese de filosofia, de que o conhecimento humano pressupõe a participação ativa da mente humana, originando as seguintes obras: Crítica da Razão Pura, Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Crítica da Razão Prática e Crítica da Faculdade do Juízo, tendo estes em comum um profundo estudo do conhecimento humano, das formas e dos limites das faculdades cognitivas do homem, partindo da premissa de que o conhecimento inicia com a experiência, mas não deriva dela. Sua filosofia situa a razão no centro do mundo.

Já em 1792, Kant publicou A Religião nos Limites da Simples Razão. Depois, em 1795 publicou À Paz Perpétua, na qual discute as possibilidades da paz e defende o regime republicano, obra a qual será objeto de um maior estudo no presente trabalho.

<sup>147</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. p. 220.

A contribuição de Kant é singular e consiste na sua fé em uma paz perpétua que se constrói em virtude de ter a razão mais força do que o poder que, tornando a primeira a paz como um dever imediato, que deverá ser instituída e/ou assegurado com um contrato dos povos entre si.

Acredita Kant na existência de um estado de natureza, que necessita ser ultrapassado por um contrato social, para que seja criado o Estado, passando os homens a coexistir em um estado civil (estado de direito).

De acordo com Kant a principal característica do ser humano é a sua "sociabilidade anti-social". Essa sociabilidade denota que o indivíduo possui uma inclinação a socializar-se com os outros, porém, acompanhado de um antagonismo, que é fruto da natureza do homem de seguir somente sua vontade, e agir conforme esta, mesmo que conflite com a opinião dos outros. Desta maneira, podem acontecer conflitos de interesses que ocasionem a violação de direitos por parte de determinados indivíduos.

No estado de natureza, esta sociabilidade anti-social pode acarretar uma condição constante de guerras, ou pelo menos um risco imenso de que elas possam ocorrer. No momento em que os conflitos aparecem, o estado de natureza clama por uma jurisdição que seja competente.

Pela razão, essa jurisdição competente para que traga uma estabilidade e segurança para os seres humanos, deverá ser um sistema de direito público, deixando os homens o estado de natureza, em que cada um age conforme seu próprio julgamento, e unindo-se sob um poder externo de caráter coercitivo que garanta direitos e promova a justiça.

Essa transferência do estado de natureza para estado civil dá-se por meio da adesão obrigatória a um contrato social imposta pelo imperativo categórico. Esse contrato social é denominado por Kant de contrato originário, que funda um sistema de direito público com capacidade de uso da coerção.

Por este contrato, o ser humano abdica de sua liberdade irrestrita (e selvagem) e se torna um membro do Estado. No Estado, esse mesmo ser humano pode então aproveitar de sua liberdade, que foi condicionada a leis criadas pela sua própria vontade<sup>148</sup>.

E é justamente nesse estado civil controlado por um sistema de coerção legal, que os indivíduos podem desenvolver suas potencialidades.

---

<sup>148</sup> Kant defende essa passagem do estado de natureza para o estado civil por olhar com profundo desprezo o apego dos selvagens à sua liberdade sem lei de preferir brigar incessantemente a submeter-se a uma coerção legal a ser constituída por eles mesmos, preferindo esses selvagens a liberdade insensata à racional. Assim, segundo o autor, deveriam os povos civilizados apressar-se a sair o quanto antes de um estado tão abjeto. KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010. p. 31-32.

No contratualismo kantiano, a liberdade do estado de natureza é deixada totalmente em favor da aquisição de uma liberdade como autonomia. Autonomia dos seres humanos criarem as leis para si próprios.

É imperioso ressaltar que segundo o aludido autor, os indivíduos que aderem o contrato originário, tornando-se membros do estado civil podem forçar aqueles que ainda não são integrantes a também tornarem-se membros ou fazê-los retirar-se da vizinhança.

Admite-se comumente que não se pode proceder hostilmente contra ninguém a não ser quando ele de fato já me lesou, e isto também é inteiramente correto quando ambos estão no estado civil-legal. Pois, pelo fato de que entrou nesse estado, ele dá àquele (mediante a autoridade que possui poder acima de ambos) a segurança requerida. Mas o homem (ou o povo) no puro estado de natureza tira de mim esta segurança e me lesa já por esse mesmo estado, na medida em que está ao meu lado, ainda que não de fato (facto), pela ausência de leis de seu Estado, pelo que eu sou continuamente ameaçado por ele, e posso forçá-lo ou a entrar comigo em um Estado comum legal ou a retirar-se de minha vizinhança. – O postulado, portanto, que serve de fundamento a todos os artigos seguintes é: todos os homens que podem influenciar-se reciprocamente têm de pertencer a alguma constituição civil.<sup>149</sup>

Todavia, ninguém pode obrigar outrem a algo sem que se obrigue reciprocamente do mesmo modo.

Ademais, para Kant, aqueles que vivem no estado da natureza e não em um estado de paz, vivendo em guerra, poderão ser tratados como inimigos.

O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (status naturalis), que é antes um estado de guerra, isto é, ainda que nem sempre haja uma eclosão de hostilidades, é contudo uma permanente ameaça disso. Ele tem de ser, portanto, instituído, pois a cessação das hostilidades ainda não é garantia de paz e, a menos que ela seja obtida de um vizinho a outro (o que, porém, pode ocorrer somente em um estado legal), pode um tratar o outro, a quem exortara para tal, como um inimigo.<sup>150</sup>

Assim, aquele que rejeita categoricamente a participar da vida comunitária, aderindo as regras por esta imposta, não pode ser tratado como pessoa, já que configura constante ameaça à paz social.

De maneira similar a Hobbes, Kant restringe o inimigo, como sendo não todo aquele indivíduo que pratica crime, mas aqueles que além dessas condutas ameaçam a ordem social. E é nesse diapasão que Jakobs se identifica com tal tese, principalmente quando diferencia um Direito Penal de Cidadão de um Direito Penal de Inimigo.

<sup>149</sup> KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. p. 23.

<sup>150</sup> Id. Ibid. p. 23.



## 5 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO DIREITO PENAL DE EXCLUSÃO

“A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena è sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um”.

(Ferrajoli)

Para enumerar os desencontros e contradições trazidas no Direito Penal do Inimigo deve-se analisá-lo de forma desapassionada, de forma a compará-lo com os ditames do ordenamento jurídico, da principiologia jurídica e de um Estado Democrático de Direito.

### 5.1 CRÍTICAS A UM DISCURSO DO DIREITO PENAL DESIGUAL

#### 5.1.1. A Diferença entre Cidadãos e Inimigos – O Princípio da Igualdade analisado a partir do Princípio da Razoabilidade

A diferenciação entre delinquentes dentro de um Estado de Direito é possível?

A resposta por certo, é positiva. E para melhor entendê-la, explicar-se-ão dois importantes princípios: igualdade e razoabilidade.

Diversas constituições trazem em seu texto a máxima da igualdade. E a Constituição Brasileira de 1988 reza em seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei.

Tal princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Deve o legislador e o aplicador da lei respeitar essa máxima.

Dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>151</sup> que

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

---

<sup>151</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 10.

Em apertada síntese, tem-se que é defeso a legislação estabelecer distintas disciplinas para situações semelhantes.

É justamente aí que se invoca a notória afirmação de Aristóteles, segundo o qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

A afirmação acima narrada, de repetida utilização no mundo jurídico, traz uma indagação: como identificar os iguais e os desiguais? Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>152</sup> “qual é o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento diverso?”

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>153</sup> o reconhecimento das diferenciações divide-se em três questões:

- a) a necessidade de investigar, de um lado, o critério discriminatório;
- b) verificar a existência de uma justificativa racional para atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade;
- c) analisar a correlação ou fundamento racional abstratamente existente com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição<sup>154</sup>.

O princípio da igualdade ao mesmo tempo em que proíbe o trato desigual, também o clama. Isto porque, a tarefa da lei reside em dispensar tratamentos diferenciados, desde que justificados.

O ponto fundamental para constatação se uma regra encontra-se correta em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fato erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.

Esta justificativa encontra-se amparo no Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

O Estado pode tratar seu cidadão de forma diversa se for estritamente necessário e utilizando os meios adequados e razoáveis para sanar ou reduzir as diferenças.

---

<sup>152</sup> Op. cit. p. 11.

<sup>153</sup> Id. Ibid. p. 21.

<sup>154</sup> Id. Ibid. p. 22.

Deve-se ocorrer imediata rejeição de validade à regra que, ao separar situações, com o escopo de regulá-las diversamente, apóia-se em fatores que não possuem pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado.

Em outras palavras, tem-se que investigar aquilo que é assentado em critério discriminatório e, se existe justificativa racional para, com base no traço desigualador adotado, atribuir o tratamento jurídico pertinente.

Assim, agride-se a igualdade a escolha de fator diferencial que não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>155</sup>

Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fato diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.

E frise-se, não somente a escolha do elemento discriminador deve respeitar a razoabilidade, mas também a solução encontrada para diminuir ou eliminar essa distinção.

As medidas para igualar os desiguais devem ser necessariamente adequadas a cada caso. Não podem ser inferiores a essa precisão, sob pena de ineficazes. Nem superiores, sob pena de abusivas.

No âmbito penal, verifica-se que a distinção entre os criminosos de alta e baixa periculosidade é admitida, e em alguns casos extremamente necessária.

De acordo com Narciso Alvarenga Monteiro de Castro<sup>156</sup>

Um indivíduo que pratica crimes de escassa gravidade e sem violência ou grave ameaça à pessoa, por exemplo, furta, não pode ser tratado pelo Direito no mesmo nível que um terrorista, membro do crime organizado, criminoso “de colarinho branco”, miliciano, traficante ou estupraador. O senso comum fica abalado se tal ponderação não é adotada, pois todos concordam que a pena deve ser aplicada na medida da gravidade do injusto e da culpabilidade do agente, mas concordam também que existem criminosos e organizações criminosas extremamente perigosas, que fogem à regra geral, e que a reiteração na prática do crime precisa

---

<sup>155</sup> Op. cit. p. 38.

<sup>156</sup> CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política Criminal Contemporânea e a Questão do Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 137.

ser combatida com maior rigor, pois atentatória à ordem pública, e concordam ainda que alguma coisa precisa ser feita para diminuir o crescimento da criminalidade e da sensação de impunidade reinante em muitos países.

Como foi dito até o presente momento, não é possível frear a expansão do Direito Penal, dadas a configuração e aspirações da sociedade atual, e o Direito Penal Clássico não se demonstra eficaz ao combate dessas novas formas de demandas, surgindo um dualismo penal regulamentador.

A dificuldade está em justamente traçar limites a esses Direitos Penais distintos, demarcar os pontos de *discrímen* e com parcimônia estabelecer medidas que amenizem essas desigualdades<sup>157</sup>.

Não se vê, entretanto, essa razoabilidade na teoria proposta por Jakobs, já que os mecanismos sugeridos andam na contramão da isonomia.

De acordo com Juarez Cirino dos Santos<sup>158</sup>

A tese da desigualdade formal perante a lei entre cidadãos e inimigos contradiz o princípio democrático que inspirou as revoluções burguesas, fundadas na desigualdade real da relação capital/trabalho assalariado, mas instituídas sob a igualdade formal de uma legalidade geral aplicável a todas as pessoas, durante todo o tempo – precisamente o que JAKOBS rejeita. Entre outros problemas da proposta, teríamos o seguinte: quando o Estado Democrático de Direito precisa ser instituído ou desenvolvido na América Latina e no Terceiro Mundo – ou consolidado nos países centrais do sistema político-econômico globalizado –, a proposta do direito penal do inimigo promove um modelo autoritário de controle social, que acaba por inviabilizar mínimas promessas constitucionais de democracia real para o povo.

Com essa classificação dicotômica dos delinquentes em cidadãos e inimigos<sup>159</sup>, o teórico alemão atribui meramente natureza descritiva ao conceito de inimigo, designando uma realidade ontológica do ser social, identificável por análise de personalidade e objeto de “profecias” de futura criminalidade.

<sup>157</sup> Esta diferenciação motivada trazida pelo princípio da isonomia também pode ser verificado pelo próprio princípio da individualização das penas, previstos no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

<sup>158</sup> Op. cit.

<sup>159</sup> Critica Juarez Cirino dos Santos que “Para legitimar a tese do *inimigo* no Direito Penal, JAKOBS recorre a comparações bizarras: a reciprocidade no cumprimento de deveres definiria o cidadão, como *pessoa de direitos*; ao contrário, um tirano como Hitler – tomado como modelo da personalidade do *inimigo*, aquele autor de criminalidade econômica, sexual, organizada etc. –, não seria *pessoa de direitos*, mas um *inimigo* cuja eliminação por assassinato teria sido legítima (...). Descontada a extravagância da hipótese, existe pouca semelhança entre Hitler e autores de crimes de sonegação fiscal, ou de crimes sexuais, por exemplo. Mas a referência ao ditador não deixa de ser sintomática: o nazismo dividiu a sociedade alemã e europeia entre *cidadãos* (arianos) e *inimigos* (judeus e comunistas) com mais eficiência do que qualquer Estado autoritário, antes ou depois. Talvez a Psicanálise pudesse descobrir nostalgias políticas reprimidas na proposta desse *direito penal do inimigo*” (Id. Ibid.).

Ter-se-ia diante da imputação penal o seguinte quadro:

- a) o cidadão é autor de delitos normais, que se conserva fiel ao ordenamento jurídico, mantendo as expectativas normativas da sociedade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, em virtude de não desafiar o sistema social;
- b) o inimigo é aquele indivíduo que pratica crimes de alta traição, que não se subordina a ordem jurídica, não sendo capaz de gerar uma expectativa normativa no meio social e por isso produz um estado de guerra contra a sociedade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque constantemente desafia o sistema social.

Acerca dessa divisão, tem-se que

Essa dicotomia bíblica entre anjos e demônios, ou entre bons e maus, ou entre nós e eles, funda-se no obscuro conceito de *personalidade* – que a moderna Psicologia não sabe se está limitada ao *ego* responsável pela relação com a realidade, se abrange o *superego* como instância de controle do *ego* ou, enfim, se inclui os instintos do *id* como fonte da energia psíquica –, que permite a JAKOBS considerar o *cidadão* um ser calculável pelo *princípio do prazer*, cuja subsistente capacidade de *orientação normativa* indica uma imanente *fidelidade jurídica*, justificando as *expectativas normativas* da comunidade quanto a um *modus vivendi* comum (relação cidadão/sociedade); também permite a JAKOBS considerar o *inimigo* um animal não-calculável pelo *princípio do prazer*, cuja intrínseca incapacidade de *orientação normativa* exclui atitudes de *fidelidade jurídica* e, assim, desautoriza a *expectativa normativa* da comunidade: o *inimigo* seria uma *personalidade criminógena* definível como adversário *de princípio* da organização de poder social, incapaz de um *modus vivendi* comum (contradição inimigo/sociedade)<sup>160</sup>.

Surge, nas palavras de Carlos Julio Lascano<sup>161</sup> uma “demonização” do inimigo. Segundo este autor, a demonização é a técnica retórica e ideológica de apresentar a entidades políticas, étnicas, culturais ou religiosas como radicalmente más e nocivas, como forma de justificar um tratamento político, militar ou social diferenciado, normalmente, adverso. Na demonização, a influência pública de um indivíduo ou setor com um grau elevado de visibilidade – como o governo ou os meios de comunicação de massa põem-se em jogo para estimular uma reação de descrédito que elimine as restrições morais ou legais para atuar em detrimento do grupo demonizado.

<sup>160</sup> SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit.

<sup>161</sup> LASCANO, Carlos Julio. **Derecho Penal del Enemigo**. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. 2. V. p. 228.

Segundo o aludido autor “*la demonización del outro transforma al demonizador en alguien tan indiscutible como Dios*”<sup>162</sup>.

Tratar o inimigo como uma verdadeira erva daninha, que deve ser eliminada, não corresponde ao ideal iluminista, nem as normas constitucionais, ferindo, desta feita, tanto a isonomia quanto a razoabilidade jurídica.

### 5.1.2 Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão

Inicia Meliá<sup>163</sup> sua crítica afirmando que Direito Penal do Inimigo não constituiria um direito. Segundo ele, desde a perspectiva do sistema jurídico-penal atualmente praticado, o conceito de Direito Penal do Inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não Direito Penal, pois difere na imputação clássica por não se orientar em um Direito Penal do fato.

Conforme já analisado, podem-se citar três características do direito penal de exclusão definido por Jakobs: a) amplo adiantamento da punibilidade; b) desproporcionalidade das sanções penais aplicadas; c) redução e/ou supressão de garantias processuais.

Desta forma, a essência desse direito penal de terceira velocidade é constituir uma reação de combate contra indivíduos perigosos.

Assim, “o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos”<sup>164</sup>.

Essa perspectiva, faz chegar a conclusão que o Direito Penal do Inimigo não deve ser aceito como um segmento instrumental de um Direito Penal moderno.

Primeiro, porque se trata de um tema inconstitucional, de acordo com tudo que foi estudado até o momento. Segundo, pois esse direito não contribui à prevenção policial-fática de delitos.

De acordo com Luis Gracia Martin<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> Argumenta Carlos Julio Lascano que “La demonización es una de las formas en que se expresan y propagan las convicciones racistas de una sociedad; las circunstancias producidas por la globalización de finales del siglo veinte, urso com tasas relativamente elevadas de migración internacional, unidas a una situación de relativo estancamiento económico, han influido en una intensificación de las formas de demonización. Sectores críticos han destacado que, trás los argumentos nominalmente éticos o culturales que conforman la argumentación estereotipada de la demonización, se esconden probablemente intereses económicos, como los de la explotación colonial de los recursos naturales de um país, tal es el caso de la guerra “preventiva” de Irak, donde la “satanización e Hussein há sido el pretexto ideal para el control de los importantes recursos petroleros en la zona del Golfo Pérsico”. (Op. cit. p. 231).

<sup>163</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 89.

<sup>164</sup> Id. Ibid. p. 95.

<sup>165</sup> Op. cit. p. 85.

Na realidade, o chamado Direito Penal do inimigo seria um Direito distanciado dos fins próprios do Direito Penal, a saber, a reafirmação do ordenamento jurídico ou da norma infringida segundo a ideologia da atualmente denominada prevenção geral positiva, da prevenção geral de intimidação e da prevenção especial reabilitadora ou de reintegração social. Tratar-se-ia, na verdade, de uma legislação de luta ou de guerra contra o inimigo, cujo único fim seria a exclusão de inocuidade deste.

Ademais, tem-se outro problema surgido com a duplicidade dos conceitos é a identificação daqueles que se constituem inimigos.

Ora, se o direito de exclusão proposto por Jakobs se constrói a partir do reconhecimento de seus destinatários como não-pessoas, estes deveriam já ser identificados antes mesmo da existência desse direito, senão ter-se-ia um conceito completamente circular (Direito Penal do Inimigo sendo aplicado a não-pessoas e não-pessoas sendo identificadas pelo Direito Penal do Inimigo).

Some-se a isto que se o Estado, conforme preleciona o teorizador alemão, já possui prévio conhecimento de quem são seus inimigos, tem-se outra contradição. O Direito somente poderá ser infringido por quem seja destinatário de suas normas. Além disso, na concepção de Jakobs, só pode ser destinatário de uma norma jurídica uma pessoa. Logo, aquele que infringe, ainda que duradouramente, as regras impostas deverá ser uma pessoa (e não uma não-pessoa = inimigo).

Para se comprovar que esse indivíduo realmente infringiu o direito, há a necessidade deste se submeter necessariamente a um processo penal com todas as garantias e direitos inerentes, já que ainda está se falando em Direito Penal do Cidadão, pois ele ainda permanece dentro do conceito de pessoa.

Assim, pelo raciocínio acima apresentado, ter-se-ia que todo processo seria em face de um cidadão.

Isso significa que, quando o sujeito entra no processo, o faz na condição de cidadão, portanto, com todos os direitos inerentes a condição de pessoa, em particular pela garantia da presunção de inocência<sup>166</sup>.

Com isso, constata-se que o Direito Penal do Inimigo só poderia existir a partir da existência de pessoas, pois até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, o imputado conservaria seu status de cidadão.

A aplicação de um Direito Penal do Inimigo antes dessa fase levaria a consequência de considerá-lo um não direito, em virtude da negação a seus destinatários da condição de

---

<sup>166</sup> MARTÍN, Luis Gracia. Op. cit. p. 157.

pessoas. Caso contrário, a normativa transforma-se em mero emprego de força, convertendo o indivíduo em um mero objeto de influência física.

Por isso, se tem que o Direito Penal do Inimigo é uma coação, que representa a proteção cognitiva perante o perigo que representam, não consistindo a confirmação da validade da norma<sup>167</sup>.

Aliás, a legitimidade desse direito penal máximo não está na existência de regras ou de sua transgressão, mas sim se essas regras contrariam algum valor fundamental, o que não é feito no questionado modelo criminal.

### 5.1.3 Política Criminal sem Criminologia: Direito Penal de Autor

Atualmente não há mais uma exata distinção do que seja criminologia e política criminal, em virtude de ambas estarem intimamente interligadas. Na concepção clássica, a criminologia<sup>168</sup> teria o escopo do estudo do criminoso e das causas da criminalidade, já a política criminal<sup>169</sup> teria como principal objetivo analisar e recomendar os meios de prevenção e repressão à delinquência.

No momento presente, entretanto, essa distinção praticamente não existe mais, pois não se pode querer construir estratégias para o controle da criminalidade, sem que se estude as causas do comportamento do criminoso, estejam essas causas no âmbito social, político e/ou econômico.

Como já analisado, no Direito Penal de Terceira Velocidade a divisão dos delinquentes em cidadão e inimigo encontra-se fundamento no conceito de personalidade, ou seja, aquele que tivesse comportamentos contrafáticos, porém, fosse capaz de fornecer

---

<sup>167</sup> Luis Gracia Martin traz as seguintes questões “Em primeiro lugar, é preciso indagar se para o Direito Penal, é sustentável um conceito puramente normativo de pessoa, seja no sentido concebido por Jakobs seja em qualquer outro sentido. Mas, em segundo lugar, ainda que esse conceito fosse sustentável, a pergunta definitiva que deve ser respondida é a relativa ao substrato que ficaria depois que alguém fosse privado daquela condição – exclusivamente normativa – de pessoa, isto é, o homem empírico do campo da experiência (*homo phenomenon* no sentido de Kant) já não seria portador de qualidades imanentes determinantes de uma negação de validade e legitimidade de qualquer atuação sobre ele que violasse tais qualidades. Se assim fosse, caberia conceder espaço algum a nenhum Direito Penal do inimigo” (MARTÍN, Luis Gracia. Op. cit. p. 85).

<sup>168</sup> Lola Aniyar de Castro conceitua a Criminologia como a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas e a reação social formalizada, ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos (CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 52).

<sup>169</sup> Mireille Demas-Marty, com inspiração em Feuerbach, descreve que a Política Criminal compreende o "conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal", e se caracteriza como "a teoria e prática das diferentes formas do controle social" (DELMAS-MARTY, Mireille. **Modelos e movimentos de política criminal**. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 5).



garantias cognitivas, teriam personalidade de cidadão, do contrário, seriam denominados inimigos.

Visto por outro ângulo, Jakobs apresenta a criminalidade econômica, sexual, organizada ou terrorista como argumentos para negar o direito penal do fato e, no lugar dele, instituir um direito penal do autor.

Assim, mister ressaltar que a teoria do Direito Penal do Inimigo simplesmente suprime aquisições das modernas ciências sociais e criminológicas, adotando uma simples forma de controle social.

Nas teorias do controle social, têm-se efeitos políticos extremamente cruéis, com violência autoritária e programas repressivos primários de controle da criminalidade. Na atualidade, esse ingênuo controle pode ser representado tanto por um simples discurso da tolerância zero e o discurso do Direito Penal do Inimigo, ignorando as aquisições científicas sobre crime e controle social nas sociedades contemporâneas.

#### **5.1.4 Da Custódia de Segurança**

Outra característica que se pode citar nesse Direito Penal máximo é a aplicação de uma custódia de segurança no lugar da pena.

O conceito de custódia de segurança da teoria de Jakobs ignora, segundo Juarez Cirino dos Santos

a distinção entre (a) objetivos *aparentes* do sistema penal, expressos no discurso oficial da teoria jurídica da pena, de retribuição, de prevenção especial e de prevenção geral, e (b) objetivos *reais* do sistema penal, de garantia das desigualdades sociais da relação capital/trabalho assalariado (...).

Se não bastasse essa divisão bipartida das sanções de natureza penal é importante salientar que as sanções impostas aos inimigos mostram-se desarrazoadas. Primeiro, por recaírem na criminalização de condutas no âmbito prévio, ou seja, a punibilidade de atos preparatórios não estaria acompanhada de um benefício como uma causa de diminuição de pena como aquela fixada para crimes tentados. Ao contrário, o ato preparatório é valorado como um ato de extrema gravidade e periculosidade para a sociedade.

Apesar de não estar estabelecida qualquer redução a estes atos prévios, tem-se causas de aumento de pena e/ou agravantes, principalmente no caso do agente pertencer a uma organização criminosas.

Ressalte-se que esta incriminação por vezes é mais gravosa e desproporcional do que a punição daqueles atos concretamente realizados.

Jakobs não estabelece, ainda, um limite temporal para cumprimento das chamadas medidas de segurança, não cita a existência de prazos, o que leva a crer que o Estado possui poder pleno para poder defini-lo mesmo após a prática do delito, em pleno desrespeito ao Princípio da Legalidade, sob o aspecto penal.

Ora, não se tem da mesma forma uma discriminação do modo de cumprimento da penalidade, o que de certo é temerário, já que para o autor se está diante de um quadro de guerra contínua, permitindo-se todo tipo de investida pública para o “bem da sociedade”.

A hipervalorização da pena privativa de liberdade, da mesma forma, se destaca como ponto negativo, pois fomenta a cultura de que a resposta para violência vivenciada somente poderá ser respondida com políticas de lei e ordem.

Adota-se, em pleno século XXI, a *lex talionis*<sup>170</sup>, que consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena, configurando uma evidente retaliação. Pior do que isso, há casos que essa equiparação praticamente não existe, sendo resolvida a favor do Estado.

### 5.1.5 A Antecipação da Tutela Penal *versus* Princípio da Lesividade Penal

Uma primeira manifestação do Direito Penal do Inimigo e uma de suas principais características é o fato de este direito estar representado pelos tipos penais que antecipam a punibilidade, permitindo o alcance aos atos preparatórios.

Verifica-se que mediante a tipificação de tais tipos procede-se uma criminalização de condutas que ocorrem antes da prática de um ato delitivo, em virtude da ausência de segurança cognitiva que produz a “necessidade” dessa prévia atuação.

Outra forma de antecipação da tutela encontra-se nos crimes de perigo abstrato, que nas palavras de Claus Roxin<sup>171</sup> são “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto venha ocorrer um resultado de exposição a perigo”.

No entanto, em um Estado Democrático de Direito, deve o Direito Penal se nortear pelo princípio constitucional da lesividade, amparado implicitamente pela Constituição da República.

---

<sup>170</sup> Os primeiros indícios da lei de talião foram encontrados no Código de Hamurabi, em 1780 a.C., no reino da Babilônia.

<sup>171</sup> Op. cit. p. 407.

O Supremo Tribunal Federal já proclamou entendimento de que a ofensividade autoriza a antecipação da tutela penal apenas para situações excepcionais representadas pela periculosidade social da ação<sup>172</sup>.

A antecipação da tutela penal somente será justificada quando for possível estabelecer relação de proporcionalidade entre a aplicação da pena e o perigo (probabilidade e risco de lesão do bem jurídico protegido pela norma penal causado pela conduta do agente).

Assim, tem que haver o respeito do princípio da lesividade, que constitui um princípio fundamental para legitimar o Direito Penal.

De acordo com o princípio da lesividade, o Direito Penal somente deverá punir a infração se a conduta lesionar ou expor a lesão um bem jurídico penalmente tutelado.

---

<sup>172</sup> De acordo com o voto do Ministro Cezar Peluso no HC 90075/SC, constante no informativo no Supremo Tribunal Federal nº 583, tem-se as seguintes ponderações: “O Min. Cezar Peluso, em voto-vista, por reputar atípica a conduta imputada ao paciente, deferiu o writ para determinar o trancamento da ação penal. Observou, de início, que a matriz definidora e legitimadora do Direito Penal residiria, sobretudo, na noção de bem jurídico, sendo ela que permitiria compreender os valores aos quais o ordenamento concederia a relevância penal, de acordo com a ordem axiológica da Constituição, e, por isso, legitimaria a atuação do instrumento penal. Ressaltou que, na chamada sociedade do risco, com a pretensão de se atenuar a insegurança decorrente da complexidade, globalidade e dinamismo social, demandar-se-ia a regulação penal das atividades capazes de produzir perigo, na expectativa de que o Direito Penal fosse capaz de evitar condutas geradoras de risco e de garantir um estado de segurança. Considerou que, para justificar a antecipação da tutela penal para momento anterior à efetiva lesão ao interesse protegido, falar-se-ia em prevenção e controle das fontes de perigo a que estão expostos os bens jurídicos, para tratar situações antes não conhecidas pelo Direito Penal tradicional. Frisou que, para previsão de determinada conduta como reprovável, construir-se-ia uma relação meramente hipotética entre a ação incriminada e a produção de perigo ou dano ao bem jurídico. Destacou que o ilícito penal consistiria na infração do dever de observar determinada norma, concentrando o injusto muito mais no desvalor da ação do que no desvalor do resultado, que se faria cada vez mais difícil identificar ou mensurar. Assim, enfatizou que, em vez do tradicional elemento de lesão ao bem jurídico, apareceria como pressuposto legitimador da imputação a desaprovação do comportamento que vulnera dever definido na esfera extra-penal. Asseverou, no ponto, que essa tendência poderia entrar em choque com os pressupostos do Direito Penal clássico, fundado na estrita legalidade, na proporcionalidade, na causalidade, na subsidiariedade, na intervenção mínima, na fragmentariedade e lesividade, para citar alguns dos seus princípios norteadores. Evidenciou, destarte, que grave dilema se poria no fato de que, de um lado se professaria que o Direito Penal deveria dedicar-se apenas à proteção subsidiária repressiva dos bens jurídicos essenciais, por meio de instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade, segundo princípios e regras clássicos de garantia, e, de outro, postular-se-ia a flexibilização e ajuste dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuição de responsabilidade, para que o Direito Penal reunisse condições de atuar na proteção dos bens jurídicos supra individuais, e no controle dos novos fenômenos do risco. Esclareceu que as normas de perigo abstrato punem a realização de conduta imaginada ou hipoteticamente perigosa sem a necessidade de configuração de efetivo perigo ao bem jurídico, na medida em que a periculosidade da conduta típica seria determinada antes, por meio de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na ideia de mera probabilidade. Avaliou que, nos tipos de perigo concreto, se exigiria o desvalor do resultado, impondo o risco do bem protegido, enquanto, nos tipos de perigo abstrato, ocorreria claro adiantamento da proteção do bem a fases anteriores à efetiva lesão. Asseverou, todavia, que deveria restar caracterizado um mínimo de ofensividade como fator de delimitação e conformação de condutas que merecessem reprovação penal. Nesse sentido, registrou que a aplicação dos instrumentos penais de atribuição de responsabilidade às novas realidades haveria de se restringir aos casos em que fosse possível compatibilizar a nova tipificação com os princípios clássicos do Direito Penal” (Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo583.htm>> Acesso em: 28.06.2011).

A conduta lesiva, ainda, deve atingir interesses de terceiros. Logo, não existirá sanção quando os atos praticados pelo indivíduo e seus efeitos continuarem no campo de interesse do próprio agente.

Ocorre que, ao possibilitar a antecipação da intervenção penal para alcançar condutas inofensivas, esse modelo se distancia da base material para legitimar a punição. A infração penal passa a ser interpretada como mera violação do dever de observar uma dada norma, dando ênfase mais no desvalor da ação que transgride a norma do que no desvalor do resultado.

A dificuldade encontrada é que no intuito de simplificar, corre-se o risco de ficar sem critério algum, sendo quase impossível fixar limites ao legislador em suas possibilidades de enumerar verbos que possam se transformar em condutas típicas.

Também, torna-se difícil, distinguir quando essas condutas são tipificadas por sua potencialidade lesiva a um bem jurídico ou quando são incriminadas somente para expor a maneira de vida das pessoas que se quer atingir.

### **5.1.6 A Ineficácia de um Direito Penal Simbólico**

A resposta que vem sendo dada por políticos de todo o mundo ao aumento da criminalidade, consistente na edição de legislações restritivas e desarrazoadas, retrata o caráter meramente simbólico do atual Direito Penal.

Aproveitando que a propaganda pelos meios de comunicação de fatos atemorizantes provoca na sociedade um verdadeiro estado de insegurança, políticos publicam os mais diversos atos normativos sob o rótulo de serem estas infalíveis à criminalidade.

Assinala Alberto Silva Franco<sup>173</sup> que

Os meios de comunicação de massa começaram a atuar, movidos por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando a ideia de que seria mister, para removê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinquentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda de tradicionais garantias do próprio Direito Penal ou do Direito Processual Penal.

Destarte, com o discurso imensamente preventivo da imprensa e em face da esperança de que o crime possa ser extirpado de toda a comunidade, tem-se a adoção de políticas criminais que invariavelmente suprimem direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>173</sup> Op. cit. p. 32-34.

Com isso cria-se o chamado Direito Penal simbólico, que carrega consigo uma excessiva carga de antecipação da tutela penal como forma de amenizar o pânico gerado no âmbito social. Essa precocidade na tipificação penal faz com que o Direito Penal criminalize condutas, não porque elas se apresentam inadequadas socialmente, mas para que elas apresentem-se, com sua proibição, impróprias para toda a comunidade.

Não se pode negar que entre as principais aspirações dos membros da sociedade, a segurança figura como uma das mais importantes.

Diante da necessidade de se solucionar os conflitos gerados pela convivência humana, a sociedade clama pelo direito como o único instrumento capaz de restabelecer a ordem e o equilíbrio social.

Mais do que isso, elegem o Direito Penal como *prima ratio* para solucionar todos os problemas sociais e relegam valores importantes para segundo plano.

Ocorre que, na prática, essa tese não concede a segurança almejada, mas a deturpa. Em outras palavras, a segurança que deveria ser utilizada como um mecanismo para obtenção da dignidade humana converte-se em verdadeiro obstáculo à preservação dessa.

Nesse sentido, constata-se a edificação de uma teoria eminentemente formalista, estática, que transforma o Direito Penal em verdadeiro instrumento de coação, concedendo poderes ilimitados ao Estado que deve agir de forma agressiva para proporcionar a tão desejada segurança.

Tem-se, destarte, que em nome da segurança tudo é permitido. Proíbe-se de forma extremamente rigorosa a violência particular e permite-se com extrema legitimidade a violência estatal.

Resta acrescentar que o Direito Penal não constitui o único nem o primeiro remédio disponível do Poder Público para resolver os problemas da violência, nem pode ser considerado um instrumento capaz de resolver todas as dificuldades sociais.

Ensina Maria Lúcia Karam<sup>174</sup> que

Esta ideia, que reduz violência a crime, além de ocultar o caráter violento de outros fatos mais graves – como a miséria, a fome, o desemprego – cria um clima de pânico, de alarme social, a que se costuma seguir um crescimento da demanda de mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas. A intervenção do sistema penal aparece como a primeira alternativa, como a forma mais palpável de segurança, como forma de fazer crer que o problema está sendo solucionado.

---

<sup>174</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Criação de Crimes não Passa de Fantasia**. in O Estado de S. Paulo. Caderno de Justiça. De 04.01.92. p. 3.

Nesse diapasão, Alberto Zacharias Toron<sup>175</sup> afirma que

não é a ameaça real da criminalidade e da violência que conta para a definição de uma política de segurança e sim a percepção de tal ameaça pela coletividade. Estes sentimentos de ameaça, que dominam a população são canalizados para reivindicações de imediato arrocho nos meios coercitivos e tornam o relaxamento dos Direitos fundamentais bem como sua corrosão pelo Estado não só toleráveis como objeto de exigência da população.

Denota-se que a intimidação legislativa não serviu e nem serve como forma de combate à criminalidade, não ressocializando nem prevenindo a ocorrência de delitos.

Ocorre, na realidade, tanto uma banalização da violência na mídia como do próprio Direito Penal. Esquece-se por vezes que o Estado pode considerar inimigo não somente o "outro" (aquele que se encontra distante), mas aquele que defere esse poder quase absoluto ao Poder Público.

Torna-se imperioso repensar a finalidade da pena e da prisão, já que o sistema penitenciário não cumpre há muito tempo a sua verdadeira função. Tem que se buscar respostas que realmente minimizem o recrudescimento da criminalidade e demonstrem eficazes perante a sociedade e perante o ordenamento jurídico.

Segundo Manuel Cancio Meliá<sup>176</sup>, o Direito Penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também e principalmente um específico tipo de infrator, e na ânsia de exterminá-lo (mesmo na prática não atingindo essa finalidade) utiliza-se de um exacerbado punitivismo. Assim, Direito Penal simbólico e o punitivismo mantém uma relação fraternal.

Verifica-se que tentar solucionar os problemas trazidos pela expansão social, econômica, política e jurídica somente com a promulgação de normas penais meramente simbólicas, não resolveria a verdadeira dificuldade trazida com a evolução.

### **5.1.7 Restrição de Direitos e Garantias Fundamentais**

Não se pode olvidar que as normas referentes aos direitos fundamentais têm uma enorme importância no ordenamento jurídico.

---

<sup>175</sup> Op. cit. p. 93.

<sup>176</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 88.

Denota-se que a constituição dos direitos fundamentais ocorreu com a reação ao Estado Absolutista, reconhecendo aos seres humanos direitos inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis<sup>177</sup>.

A necessidade desse reconhecimento se deu em virtude de que o Estado, em nome da supremacia estatal e do poder do soberano, poderia cometer abusos frente a seus súditos. Esses excessos eram justificados na vontade do soberano na defesa do Estado.

Com o advento da independência dos Estados Unidos em 1776 e com a Revolução Francesa em 1789, os direitos fundamentais foram concebidos em seu modelo atual

Preocupou-se na época, em assegurar aos indivíduos determinadas garantias que se tornaram a base para o Estado de Direito. Assim, passou-se a disciplinar nas constituições de toda parte tais direitos, vinculando essa positivação ao conceito do aludido Estado.

A regulamentação de direitos fundamentais passou a ser imprescindível para a configuração da democracia, delimitando um âmbito de atuação do Poder Público no desenvolvimento social e jurídico das pessoas, para evitar abusos do Estado contra seus cidadãos.

Assim, os direitos e garantias fundamentais foram conquistados ao longo do tempo e sua conquista refletiu, principalmente, em uma limitação ao *ius puniendi* estatal.

Direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos pelos quais se assegura o exercício dos referidos direitos ou prontamente os repara, caso sejam violados<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> CALLEGARI, André Luís. DUTRA, Fernanda Arruda. **Derecho Penal Del Enemigo y Derechos Fundamentales**. in Direito Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión. Montevideo-Buenos Aires: Edisofer S.I. Libros Jurídicos e Editorial D de F Ltda., 2006. p. 332.

<sup>178</sup> Ingo Wolfgang Sarlet também faz uma importante diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos: "(...) assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos", não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos, confusão esta (caso compreendida como um uso indistinto dos termos, ambos designando o mesmo conceito e conteúdo) que não se revela como inaceitável em se considerando o critério adotado. Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Fosse apenas por este motivo, impor-se-ia a utilização uniforme do termo "direitos humanos" ou expressão similar, de tal sorte que não é nesta circunstância que encontraremos argumentos idôneos a justificar a distinção. (...) Em que pese sejam ambos os termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivos na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)". (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35).

Verifica-se que alguns princípios utilizados constantemente pela doutrina soam como um mero discurso acadêmico e são ineficazes em face da nova criminalidade.

Nem os direitos, nem as garantias fundamentais são considerados absolutos, podendo ser flexibilizados em determinadas situações, trazendo a própria Constituição alguns exemplos dessa mitigação.

O próprio Pacto de San Jose da Costa Rica, tão aclamado na defesa dos direitos humanos, admite a possibilidade de suspensão de garantias individuais em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança do próprio Estado (artigo 27).

Cite-se ainda, que o artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas declara:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

A Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 1795 proclama, em seu artigo 6º, que “aquele que viola abertamente as leis declara-se em estado de guerra contra a sociedade”. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793 na mesma esteira preleciona “não apenas reitera a congenialidade e a imprescritibilidade do direito à segurança, como ainda esclarece que ela ‘consiste na proteção concedida pela sociedade a cada um de seus membros, para a conservação de suas propriedades’ (artigos 2º e 8º).

Assim, não restam dúvidas da flexibilização desses direitos e garantias fundamentais.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que estes não poderiam ser utilizados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração do desrespeito ao verdadeiro Estado de Direito.



O sacrifício desses direitos e garantias, porém, além de configurar algo excepcional, somente poderá ocorrer com certo equilíbrio e razoabilidade<sup>179</sup>. Tem-se que evitar extremismos.

Nesta seara, percebe-se que a característica do Direito Penal do Inimigo de autorizar a restrição de garantias e direitos processuais dos imputados foge do caráter extraordinário, e se transforma em regra.

Conforme Luis Gracia Martín<sup>180</sup>, questiona-se até mesmo a presunção de inocência, por esta ser oposta à exigência de veracidade no procedimento; são reduzidas consideravelmente as exigências de licitude e admissibilidade da prova; são introduzidas medidas amplas de intervenção nas comunicações, de investigação secreta ou clandestina, de incomunicabilidade; são ampliados os prazos de detenção policial para o cumprimento de fins investigatórios, bem como os de prisão preventiva; e, no plano teórico e doutrinário, defende-se inclusive a licitude da tortura.

Seguindo esse mesmo pensamento, tem-se também o recrudescimento das normativas penitenciárias, como a limitação dos benefícios que são concedidos durante a execução da pena.

Conforme foi analisado, nada impede que haja a mitigação desses direitos e garantias fundamentais, porém de forma adequada e extremamente necessária, utilizando-se como parâmetro uma ponderação entre o que está sendo imolado com aquilo que se quer proteger.

## 5.2 É LEGÍTIMO UM DIREITO PENAL DO INIMIGO?

Diante dos fenômenos analisados nos itens anteriores, existentes em decorrência de uma evolução social, tecnológica e econômica, verificou-se uma progressiva expansão do Direito Penal.

Essa expansão está direcionando o referido ramo do direito para um Direito Penal Máximo, de Tolerância Zero e voltado a políticas criminais de exclusão. Nesse contexto, tem-se aqueles que advogam pelo retorno do Direito Penal Liberal, que possui uma estrita conexão aos princípios de garantia.

---

<sup>179</sup> Nesse sentido, tem-se o exemplo conferido por Alexandre Rocha Almeida de Moraes: “Veja-se, por exemplo, o paradoxo que se evidencia no combate ao terrorismo em todo o mundo: se um dos maiores objetivos da ação contra o terror é preservar liberdades individuais das sociedades ocidentais, como seria possível restringir as liberdades que se tentam proteger dos ataques protagonizados pelos terroristas?” (MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Op. cit. p. 304).

<sup>180</sup> Op. cit. p. 90.

Ressalte-se, no entanto, que esse modelo clássico nunca existiu como prelecionam seus defensores. Suas características, tão acasteladas, sempre foram um reflexo daquilo que se gostaria que fosse (um “dever ser”).

Afirma Silva Sánchez<sup>181</sup> que

Sem embargo, como tem sido afirmado por outros, nessa pretensão se dão elementos não somente anacrônicos, senão precisamente ucrônicos. Efetivamente, o Direito Penal liberal, que certos autores pretendem reconstruir agora, na realidade nunca existiu como tal. Por um lado, porque tal reconstrução ignora a presença naquele de uma rígida proteção do Estado, assim como de certos princípios de organização social. Por outro lado, porque a rigidez das garantias formais que nele era possível observar não representava senão o contrapeso do extraordinário rigor das sanções imponíveis. A verdadeira imagem do Direito Penal do século XIX não é, pois, aquela que alguns pretendem desenhar em nossos dias.

Aliás, ainda que o Direito Penal liberal representasse a concepção utópica trazida pelos garantistas, este não seria capaz de disciplinar as novas demandas trazidas pela sociedade globalizada, em constante transformação.

Muda-se de perspectiva normativa na esperança de verem todos os problemas sanados como em um passe de mágica, surgindo o até então debatido Direito Penal do Inimigo.

Mas, esse direito também se mostra capaz de suprir as lacunas e as necessidades trazidas com a modernidade? É o Direito Penal do Inimigo um direito legítimo, frente ao Estado Democrático de Direito?

Para responder essas perguntas, necessário abordar dois pontos teóricos.

Em um primeiro momento, a inferência de uma resposta à questão da legitimidade do conceito abstrato de Estado Democrático de Direito carece de valor. A constatação de que um Estado que não reconhece a custódia de segurança, que castiga a fundação de uma associação terrorista, exclusivamente, enquanto delito contra a ordem pública, que são alheios à incomunicabilidade, às numerosas escutas, aos agentes secretos e a muitos outros instrumentos, aproxima-se mais ao ideal de um Estado de Direito do que um que permita tais instituições e medidas. Tem-se que privar o terrorista precisamente daquele direito do qual seus planos abusam, principalmente do direito à liberdade de conduta.

Contudo, quando se fala em Direito Penal do Inimigo pensa-se em logo “Lei do Menor Esforço”, em virtude da utilização desse ramo ao invés da administrativização das soluções apontadas aos casos. Faz-se um “esquartejamento público para intimidação”, atribuindo ao Poder Público poderes inimagináveis.

---

<sup>181</sup> Op. cit. p. 136.

Esse ponto, de forma alguma coaduna com um Estado Democrático de Direito.

Não se pode olvidar que o Direito Penal do Inimigo sempre existiu, seja em Estados Democráticos seja em Estados Absolutos, ainda que sem essa denominação específica.

Critica Zaffaroni<sup>182</sup> a aplicação dessa política criminal de exclusão aos Estados Constitucionais de Direito, e afirma que somente seria compatível com o Estado Absoluto. Para o autor, as normas que caracterizam o Direito Penal do Inimigo seriam ilegítimas por abrangerem princípios extremamente contrários àqueles que regem um Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange a restrição de direitos e garantias e o rebaixamento do inimigo a condição de “não-pessoa”<sup>183</sup>.

Já para Miguel Polaino-Orts<sup>184</sup> as críticas ao modelo proposto por Jakobs deveriam ser mais específicas e centradas em pontos concretos, pois as análises negativas são sempre gerais, nunca fazendo referência a esta ou aquela norma. Para ele, não se pode simplesmente rechaçar a teoria do Direito Penal do Inimigo se esta já se encontra presente nos ordenamentos jurídicos por todo o mundo, devendo cada Tribunal competente analisar sua legitimidade.

Entretanto, complementa Zaffaroni<sup>185</sup> que “referir-se a um direito penal garantista em um Estado de Direito é uma redundância grosseira”, pois este ramo tem que estar pautado nos tão citados direitos e garantias fundamentais. Tal opinião, devido as exceções ocorridas na realidade, não é comungada por Miguel Polaino-Orts.

Lógico que sem extremismos, poderão existir situações, previamente delineadas, em que haveria a necessidade de um tratamento diferenciado, mas tudo de forma razoável<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. p. 14. Na mesma esteira Manuel Cancio Meliá (CALLEGARI, André Luís. *et al.* **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 15-45).

<sup>183</sup> Essa crítica feita por Zaffaroni de que o Direito Penal do Inimigo somente se coaduna com Estados Absolutos constitui para Miguel Polaino-Orts um verdadeiro mito, já que para ele as considerações de Jakobs são descritivas de uma realidade existente (POLAINO-ORTS, Miguel. *Op. cit.* p. 202).

<sup>184</sup> *Id.* *Ibid.* p. 195-196.

<sup>185</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. p. 172.

<sup>186</sup> E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO A REGIME DE CUMPRIMENTO PENAL MAIS BRANDO - POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 08 (OITO) ANOS (CP, ART. 33, § 2º, "b") - ESTIPULAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO - FUNDAMENTAÇÃO BASEADA APENAS NOS ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL, NO RECONHECIMENTO DA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA FORMULAÇÃO DE JUÍZO NEGATIVO EM TORNO DA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. - Revela-se inadmissível, na hipótese de condenação a pena não superior a 08 (oito) anos de reclusão, impor, ao sentenciado, em caráter inicial, o regime penal fechado, com base, unicamente, na gravidade objetiva do delito cometido, especialmente se se tratar de réu que ostente bons antecedentes e que seja comprovadamente primário. - O discurso judicial, que se apóia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime - e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentencias meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do "direito penal simbólico" ou, até mesmo, do "direito penal do inimigo" -, culmina por

O problema é que um Direito Penal de terceira velocidade nem sempre está apto a coexistir, de forma autônoma. E isso ocorre não somente pelo fato de ser ofensivo ao Estado Democrático de Direito, mas porque em democracias frágeis poderá colaborar para maiores injustiças, acarretando uma opressão do povo mais humilde em detrimento daqueles que possuem mais privilégios.

---

infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País. Precedentes. (STF - HC 85531/SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 22/03/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“... Para que o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou...”

(Tobias Barreto)

A contextualização do Direito Penal contemporâneo pauta-se na ideia de expansão, inserindo-se na conjuntura da sociedade pós-moderna.

A globalização, ao atingir as mais diversas classes sociais, auxiliou na produção da macro e da microcriminalidade. E mais, trouxe diversas consequências para humanidade como a redução dos espaços geográficos, evolução dos meios de comunicação, reclamação por direitos humanos, pobreza mundial, destruição ambiental e seus efeitos globais, conflitos transculturais localizados, etc.. E com isso possibilitou o processo de elevação das demandas penais e dos sujeitos passivos.

Assim, torna-se inegável a influência da ordem jurídica pela ordem econômica. A incessante busca pelo lucro faz com que o mercado se arrisque e ultrapasse a fronteira do permitido.

Enfraquece-se o sistema político, e conseqüentemente comprometem-se as funções de garantir a segurança pública, regular o trabalho e suas relações e promover o bem-estar social.

O sistema jurídico não estava preparado para essa globalização econômica, nem para os riscos advindos da tecnologia que geraram novas demandas que até então não existiam. Essas mudanças, contudo, enfraquecem não apenas o Poder Público, mas todo seu aparato de garantias em que se inclui o Direito.

Essa globalização econômica corrompe o sistema jurídico seja defendendo a descriminalização de condutas que prejudiquem a eficiência econômica, ou instigando a produção desarrazoada de novos tipos capazes a proteger interesses que possibilitem a maximização de riquezas.

Tem-se a criação de uma sociedade de risco, onde os membros da sociedade possuem uma crescente sensação subjetiva de insegurança, incrementada pela mídia. Por meio da transmissão de imagens de violência, de crimes contra o patrimônio, dos delitos contra a vida, cria-se uma sensação coletiva de insegurança, fazendo com que a sociedade clame pelo recrudescimento da intervenção punitiva, considerando que o modelo utilizado em diferentes realidades sociais possa ser eficazmente aplicado.

Ocorre uma pressão popular sobre o Poder Executivo e sobre o Poder Legislativo, para que se alcancem céleres soluções ao fenômeno da criminalidade.

E com base em interesses eleitoreiros, responde o Poder Público com o tão aclamado Direito Penal.

Deste modo o Direito Penal se vê forçado a controlar (pelo menos simbolicamente) os novos perigos. Serve esse ramo como um verdadeiro instrumento político, uma arma para angariar votos.

O Direito Penal assumiu o centro da discussão, expandindo o seu raio de intervenção, se mobilizando para a exterminação do tríplice mal: crime, criminalidade e criminoso.

O processo de modernização do Direito Penal acentua-se por uma flexibilização de instrumentos jurídico-penais em interesse de uma adaptação para as crescentes situações de ameaça e as necessidades de proteção, flexibilização a capacidade de adequação que põem em dúvida uma estrita sujeição aos princípios já consolidados. O Direito Penal perde sua função de garantia da liberdade e se transforma em um elemento de intervenção flexível do Estado.

Na busca pela prevenção surge uma política criminal que vem tipificando condutas meramente administrativas, criminalizando meros atos preparatórios e abusando do uso dos tipos omissivos impróprios e de normas penais em branco.

Não obstante, as características assinaladas de esta nova política criminal corresponderem a um inegável retrocesso, estas estão sendo amplamente utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, que na tentativa de acobertar a ineficiência do Estado no enfrentamento de determinados problemas sociais, tem adotado uma legislação de exceção, com traços de um Direito Penal de Inimigo. E o pior, o Estado age de forma legitimada pela sociedade, que pelo medo e pela insegurança, acaba exigindo respostas rápidas e aparentemente eficazes.

A expansão do Direito Penal estudada até o momento deu origem a algumas políticas criminais pautadas na eficiência preventiva, como forma de combate das pequenas infrações e da criminalidade dos poderosos. Essas teorias tiveram seus mais recentes e marcantes exemplos nos Estados Unidos, podendo-se citar as Teorias das Janelas Quebradas, Tolerância Zero e o Movimento da Lei e Ordem.

Ocasiona-se uma hipertrofia jurídica, suprimindo-se direitos e garantias dos indivíduos, e concedendo ao Estado um *ius puniendi* absoluto, fazendo com que o Direito Penal marche em desencontro com a ordem constitucional. “Direito” e “segurança” que deveriam caminhar no mesmo lado, caminham em direções opostas, já que para se ter a

segunda não há que se falar na primeira: Direito Penal não é mais sinônimo de *ultima ratio*, assim como segurança não é sinônimo de direitos e garantias.

O sentimento de insegurança que permeia a sociedade moderna faz com que o Direito Penal seja tratado como o único instrumento apto a solucionar todos os problemas atuais, ocasionando uma expansão desmedida de seu âmbito de incidência, como forma de aplacar, ainda que simbolicamente, o clamor social.

O Direito Penal afasta-se cada vez mais do modelo clássico, pautando-se na hipertrofia legislativa e na elaboração de tipos penais e instrumentos processuais antes não utilizados, configurando um chamado Direito Penal Máximo.

Dentro desse, pode-se destacar o chamado Direito Penal do Inimigo, teorizado em meados dos anos 80, por Günther Jakobs. Tal modelo importa na separação jurídica entre o indivíduo, que opera com base na consciência, e a sociedade, que opera com base na comunicação.

Segundo o teórico, essa política criminal poderia trazer maior conforto à sociedade, garantindo intensa atuação preventiva (e também repressiva) estatal, apregoando um modelo que considera ser o ideal para a inocuidade do agente infrator que persiste em manter-se longe das normas estatais.

O inimigo caracteriza-se pelo abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, sendo plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de assecuramento cognitivo desprovidos da natureza de penas.

Essas características são acentuadas no ordenamento brasileiro em razão do descrédito no Direito Administrativo e no Poder Público, como alternativas à pena de prisão.

Assim, tem-se a espécie mais agressiva do Direito Penal Máximo, com todas as características exaustivamente tratadas no decorrer desta pesquisa:

- a) é uma teoria de política criminal que diferencia cidadãos de inimigos, conferindo um tratamento mais rigoroso a estes;
- b) aplica-se ao inimigo medida de segurança (custódia de segurança) e não pena, a qual é destinada somente ao cidadão;
- c) o inimigo não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, mas sim de acordo com sua periculosidade;
- d) as medidas aplicadas contra o inimigo não levam em consideração os atos externados (condutas praticadas no passado), mas sim o perigo que este indivíduo representa para o futuro;
- e) trata-se de um Direito Penal prospectivo, e não retrospectivo;

- f) configura-se uma modalidade de Direito Penal de autor, e não de fato;
- g) o inimigo não é considerado pessoa (sujeito de direito), mas sim, objeto de coação;
- h) assim, o cidadão, mesmo após delinquir, continua com o status de pessoa, já o inimigo perde essa status;
- i) a finalidade do Direito Penal do Cidadão é manter a vigência da norma; o Direito Penal do Inimigo combate preponderantemente perigos;
- j) o Direito Penal do Inimigo antecipa a tutela penal, adiantando o âmbito de proteção da norma, e alcança os atos preparatórios.

Com isso, denota-se que a adoção de políticas criminais excepcionais demonstram as mudanças que a sociedade moderna vem sofrendo, refletindo de forma acentuada a forma do Estado tratar seus membros.

Por meio de um Direito Penal de terceira velocidade, Jakobs traça uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. Segundo ele, o primeiro trata-se de um Direito Penal tradicional, garantista, com respeito e observância a todos os princípios fundamentais; já o segundo, seria aquele totalmente desvinculado de preocupações com garantias, pois não estaria a sociedade diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.

No Brasil essa hipertrofia legislativa também pode ser constatada. Para tanto, pode-se citar as seguintes leis, conforme melhor explicitado no decorrer desta pesquisa:

- Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 – que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de drogas e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências;
- Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 – que define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências;
- Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989 – que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor;
- Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 – que dispõe sobre os crimes hediondos, e determina restrições de natureza penal e processual penal a estes delitos;
- Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995 - dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (modificada pelas Leis nº 9.303/96 e 10.217/2001);
- Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997 – define os crimes de tortura e dá outras providências;
- Lei nº 10.792, de 01º de dezembro de 2003 - altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado;



- Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 – dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm -, define crime e dá outras providências.

- Decreto Presidencial nº 5.144/2004 que regulamentou e denominada “Lei do Abate” (artigo 303, da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

Denota-se, desta maneira, que a adoção de políticas criminais de combate e excepcionais demonstram as mudanças que a sociedade moderna vem sofrendo, refletindo de forma acentuada a maneira do Estado tratar seus membros.

O tratamento rigoroso torna-se ainda pior quando o inimigo é um terrorista. Este mais do que qualquer um deverá ser heteroadministrado.

O Direito Penal dirigido contra terroristas possui como finalidade garantir a segurança ao invés de manter a vigência do ordenamento jurídico. Isso porque no caso dos terroristas, a punição destes é somente uma meta intermediária, e não o objetivo principal do legislador, que é combater o terrorismo.

Considera a exclusão do terrorista é uma auto-exclusão, pois ele converteu-se a si próprio em terrorista, ou deixou de cumprir seus deveres de outro modo, devendo por isso ser administrado de forma diversa pelo Estado.

Desta maneira, ele é considerado uma fonte de perigo e como tal deverá ser combatido.

Como base filosófica para suas afirmações, o teórico alemão utilizou autores que abalizam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, como Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant, os quais compreendem que o delinquente que desobedece ao pacto, não participa mais de seus benefícios.

Para Jean-Jacques Rousseau, em sua obra O Contrato Social, aquele que quebra o pacto social poderá sofrer todos os atos necessários à manutenção da ordem social, devendo o Estado punir com rigor aqueles que não o respeitam e que expressam sua preferência pelo estado de natureza ao invés do estado civil.

O filósofo alemão Johann Gottlieb Fichte afirma que quem abandonasse o contrato cidadão passava a um estado de ausência completa de direitos. Essa morte civil é atenuada mediante a construção de um contrato de penitência, onde essa grave punição de exclusão poderia ser substituída por outras penas.

Esse contrato de penitência, porém, não será celebrado em caso de “assassinato intencional e premeditado”, situação na qual a privação de direitos é mantida.

Ressalva Jakobs, de que esta concepção de Rousseau e de Fichte separando o inimigo e seu injusto do cidadão e seu Direito é demasiadamente abstrata, principalmente por considerar este autor todo delinquente como inimigo.

Segundo Thomas Hobbes, o inimigo é aquele indivíduo que se inclui em casos de alta traição contra o Estado e por isso não deve ser tratado como súdito.

A aproximação de Hobbes com Jakobs deve-se a circunstância de que o primeiro entende que somente são crimes os fatos definidos pela lei civil e que os castigos previstos por esta para o caso de sua violação somente são aplicáveis aos cidadãos, que poderão conservar essa qualidade. Já para os inimigos, na mesma esteira de pensamento de Jakobs, afirma Hobbes que o direito de punir do Estado não seria nem precedente, nem adequado, pois estes inimigos nunca estiveram sujeitos à lei, ou se estiveram passaram depois a não estar.

Por fim, para Emanuel Kant, aquele que rejeita categoricamente a participar da vida comunitária, aderindo as regras por esta imposta, não pode ser tratado como pessoa, já que configura constante ameaça à paz social.

Segundo essa concepção de pacto, as pessoas renunciariam alguns de seus direitos para um governo ou autoridade com a finalidade de conseguir as vantagens da ordem social. O contrato social consistiria, desta feita, um acordo entre os membros da sociedade, que por meio daquele reconhecem a autoridade, e se submetem a conjunto de regras, seja de um regime político ou de um governante.

Há uma transição do estado de natureza, onde não há qualquer ordem social estruturada e os indivíduos estariam limitados somente por seu poder e consciência para um estado civil. Partindo desse ponto, contratualistas tentam explicar, cada um com suas peculiaridades, o interesse racional do indivíduo em renunciar a liberdade que possuiria nesse estado de natureza para obter as benesses trazidas pela nova ordem política.

Importante ainda salientar acerca dessa teoria de exclusão, que Jakobs considera que os inimigos não são pessoas. No entanto, o conceito de pessoa para o citado autor não pode ser confundido com o conceito de ser humano. Como adota a base sistêmica de Luhmann, o jurista alemão refere-se à “pessoa” como a forma pela qual o sistema social é construído. Somente pode ser considerada pessoa aquele indivíduo que oferece uma garantia cognitiva satisfatória de um comportamento pessoal, e isso advém da premissa de que toda a normatividade para ser real precisa uma base cognitiva.

Se essa garantia cognitiva não existir ou simplesmente for negada, o Direito Penal transforma-se de uma reação da sociedade perante o crime de um de seus membros, a uma reação contra um inimigo.

Essa garantia representa que o indivíduo está inserido em um estado de cidadania. Todavia, quando este indivíduo não aceita entrar em um estado de cidadania, não poderá participar dos benefícios que este proporciona, permanecendo no estado de natureza, representado pela ausência de normas, de liberdade e lutas excessivas.

Compreender o conceito de pessoa, segundo Luhmann e Jakobs, implica considerar que o sujeito livre, sempre será um sujeito que ostenta responsabilidades. Ser pessoa significa representar um papel (é a representação de uma competência socialmente compreensível).

A noção de pessoa utilizada por Jakobs importa na separação jurídica entre o indivíduo, que opera com base na consciência, e a sociedade, que opera com base na comunicação.

O que não faltam, todavia, são críticas por parte dos estudiosos do direito, principalmente quando se deparam com alguns questionamentos: quem é o inimigo? Como identificá-lo sem um devido processo legal? É um Direito Penal do Inimigo um direito (ou um não-direito)? Como flexibilizar direitos e garantias fundamentais? Como compatibilizar essas restrições com o Estado Democrático de Direito? É correta a aplicação de um Direito Penal de autor? A antecipação da punibilidade é razoável? Cadê a segurança jurídica?

A discussão acerca da legitimidade de um Direito Penal de Exceção está sendo feita no âmbito político. Porém, as respostas aos questionamentos acima não podem fugir de uma análise jurídica, ainda que arraigada pelos aspectos econômicos, sociais e científicos/tecnológicos.

Apesar de todas as críticas formuladas no decorrer da pesquisa contra essa teoria, um fato merece consideração. Não se pode simplesmente ignorar a existência de inimigos. Eles existem. Aliás sempre existiram, pelo menos na concepção da sociedade. O que se tem nos dias atuais são variações de seu conceito e do tratamento dispensado. E qualquer que seja, há uma insatisfação generalizada. Fala-se em “Estados Autoritários” aqueles que punem mais severamente seus delinquentes, mas também denominam de “Estados Falidos” aqueles que não conseguem combater com eficiência o crime organizado e que acabam dominados por grupos anárquicos.

Diante desse quadro, pergunta-se: tem-se que conceder um tratamento diferenciado àqueles que se afastam do pacto social de forma intensa, apesar dos problemas trazidos com a quantificação dessa intensidade? Sim. A resposta não poderia ser outra, em respeito ao

próprio princípio da igualdade na máxima aristotélica de conceder tratamento diverso aos desiguais.

Todavia, as medidas aplicadas devem ter sua base pautada em um Direito Penal do Inimigo? Não. E aqui, a resposta também não poderia ser diferente.

Considerar culpabilidade/periculosidade de criminosos não significa agir contra a ordem constitucional, nem esquecer totalmente princípios conquistados a duras penas. A razoabilidade é a chave mestra para responder esse dilema.

É assente que o Direito Penal clássico não é mais eficiente para a criminalidade moderna. É utópico acreditar que esse direito liberal tenha algum dia sido tão perfeito como apregoam seus defensores. A sociedade muda e consequentemente o direito muda.

Se o crime jamais poderá ser evitado, o Estado deve procurar evitar a impunidade, sem, contudo, esquecer que o Direito Penal é a *ultima ratio* e que há outras medidas que deverão ser tomadas, principalmente no âmbito social. É inegável que grande parte do Direito Penal da normalidade está sendo contaminado com o Direito Penal do Inimigo, sem delimitação e com abusos nas medidas adotadas, colocando em risco o próprio conceito de Estado Democrático de Direito. E um dos motivos dessa contaminação encontra-se no fato de que a adoção de alternativas de controle social demanda tempo e a atual criminalidade não pode ser contida com instrumentos clássicos.

Jakobs apresentou sua teoria em tom crítico alertando que o Direito Penal estava sendo corrompido por uma forma de exclusão. Em um segundo momento, a crítica foi se transformando e o teórico constatou ser essa aplicação inevitável. E finalmente, acreditou ser esta uma solução legitimada por diversos Estados, principalmente após o 11 de setembro de 2001.

Mas a forte contradição entre o Direito Penal do Inimigo e os fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito parecem impressionar o autor. De forma avessa, ele sustenta a institucionalização pela legislação de um Direito Penal de Exceção, sugerindo a separação dos seres humanos em cidadãos e inimigos.

Ora, se o princípio de igualdade é suprido pela desigualdade legal, ou se os direitos e as garantias constitucionais do devido processo legal são aplicadas conforme o autor (diga-se, cidadãos e não inimigos), passa-se de um Estado Democrático de Direito para em Estado Policial.

Pode-se dizer inclusive que se está diante um novo movimento lombrosiano, no qual se elege os indivíduos por características cognitivas, ao invés dos critérios objetivos assinalados por Lombroso, para que a punição ocorra antecipadamente.

Com a influência desse Direito Penal de Exclusão, percebe-se que as análises que se tem feito sobre a nova economia e cultura do controle social, e sobre a incidência que esta tem sobre a evolução do sistema penal, alcançam para intuir que a instituição carcerária emerge da transformação das últimas décadas.

No entanto, a evolução do sistema penal não decorreu como a doutrina gostaria. O questionamento da ressocialização e, inclusive, de toda a racionalidade penal welfarista, pode chegar a consolidar-se, sem que por isso a prisão viesse desarticular sua sustentação teórica.

A realidade é que a prisão nesta etapa, mostrando sinais evidentes de crise, parece gozar de um rigorismo inusitado.

Assim, tem-se uma inflação da população carcerária em um fenômeno de primeira magnitude das últimas décadas de evolução do sistema penal é a experiência norte-americana, onde se põe em risco uma determinada subordinação da Política Criminal às necessidades da estabilização sistêmica, em uma etapa de profundas transformações socioeconômicas e políticas.

Desta feita, produz-se um giro seguramente tão inesperado como desmesurado. A crise da função ressocializadora e reabilitadora própria do Estado de Bem-Estar coincide com um crescimento da população penitenciária que se manifesta de forma extraordinária, mas que não faz a criminalidade diminuir como desejado por um Direito de Terceira Velocidade.

Sem dúvida, o louvor de Jakobs está na coragem de abordar uma situação latente na sociedade, pois como foi afirmado, o inimigo sempre existiu. O teórico alemão tenta de uma forma sofrida encontrar opções ao defasado Direito Penal tradicional e mesmo com respostas equivocadas consegue fazer com que a massa doutrinária discuta o tema, para que futuramente seja possível se aproximar de um ramo do direito que se adapte a realidade.

É evidente que a adoção de políticas criminais excepcionais revelam, por si só, as mudanças, positivas ou negativas, que está sofrendo a sociedade moderna.

O grande desafio da atualidade é conciliar um modelo eficaz de enfrentamento da criminalidade organizada transnacional com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

O governo tem o dever de proteger a vida e os bens de seus cidadãos, porém deverá fazê-lo sem destruir as liberdades constitucionais.

Terrorismo do inimigo *versus* terrorismo de Estado: como enfrentar esse dilema? Seria, diante do cenário da modernidade, ilegítimo um modelo, ainda que excepcional, de Direito Penal do Inimigo? Ou não haveria espaço para ele diante da delinquência patrimonial

profissional, da delinquência sexual violenta e reiterada ou de fenômenos como o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado?

Uma resposta meramente negativa, pautada simplesmente pelos fundamentos clássicos iluministas esconderia a realidade: na prática as legislações de todo o mundo já estão sendo permeadas por modelos, institutos e características de um Direito Penal e Processual de terceira velocidade.

O panorama do atual Direito Penal espelha a atual sociedade e por isso configura o retrato da crise da humanidade.

Para que essa crise seja amenizada necessário traçar os limites operativos do Direito Penal, detectar as omissões das outras esferas de controle social e de políticas públicas, exigir uma atualização da legislação, com uma análise sistemática e racional, implementar medidas no âmbito social que poderão a longo prazo reduzir a criminalidade e especificar de forma transparente os tratamentos dados às diversas velocidades do Direito Penal.

Mister exterminar a falsa ilusão do senso comum de que somente com graves punições é que a criminalidade será controlada, pois antes de se lançar mão de políticas criminais, necessária a aplicação eficaz de políticas sociais e econômicas, privilegiando o combate às desigualdades sociais para se ter uma sociedade justa e igualitária.

O Direito Penal foi constituído para ser um instrumento a disposição do homem e não o contrário – o homem como um instrumento para o Direito Penal. Desta feita, deve-se respeitar os direitos de cidadania e os humanos.

O recrudescimento legislativo na esfera penal utilizado de forma isolada é inócuo, pois a política criminal deve estar articulada com os outros ramos do direito, pois como visto o exacerbamento das formas de punição em nada reduzem as taxas de violência.

Consoante foi afirmado no decorrer da pesquisa, sem extremismos, poderão existir situações, previamente delineadas, em que haveria a necessidade de um tratamento diferenciado, mas tudo de forma razoável.

Não se pretende de forma alguma defender a conduta de traficantes, assassinos, estupradores e terroristas, quando se critica a aplicação de um Direito Penal do Inimigo como Direito de Guerra.

Procura-se evitar que a sociedade entre em um retrocesso, regredindo o ordenamento jurídico até a Lei de Talião, somente para gerar simbolicamente uma sensação de segurança.

O Direito Penal possui uma função de equilíbrio, entre o interesse da sociedade em ter a almejada segurança e o dos indivíduos que deverão ser processados e julgados com garantia

dos direitos fundamentais. O ser humano deve ser respeitado dentro dos ditames da Carta Magna do Estado Democrático de Direito.

Para que esse ramo do direito se constitua em um Direito Penal do Equilíbrio necessário se faz o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa, como valor inerente a todo ser humano, recordando os ensinamentos trazidos Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Apesar de ser um princípio com um conteúdo vasto, ele orienta muitos outros, como da Individualização da Pena, Responsabilidade Pessoal, da Culpabilidade, da Proporcionalidade etc., que nele buscam sua validade.

Outro princípio que serve de norte é o Princípio da Intervenção Mínima, visto sob o aspecto da natureza subsidiária do Direito Penal, bem como reforçando que a finalidade deste é a proteção dos bens mais relevantes para o convívio social.

Cite-se ainda, o Princípio da Lesividade que proíbe incriminações de cogitações, de atitudes internas dos agentes; incriminações de comportamentos que não ultrapassem o âmbito pessoal do próprio autor; incriminações referentes ao estado da pessoa (direito penal de autor); e incriminações de condutas que apesar de desviadas não lesionam qualquer bem jurídico.

Portanto, deve-se evitar a visão deturpada do Direito Penal. Deve-se fugir da força do simbolismo, que somente incita a criminalidade em vez de preocupar-se com a conduta ilícita, que fomenta no lugar de prevenir, que dissimula em vez de sanar, que utiliza frequentemente de rompantes legislativos, imbuídos de um discurso falacioso ao invés de preceituar.

Tem-se que atentar que punir não é a única solução, e sozinha não é efetivamente capaz de transformar o figurado sentimento de conforto e tranquilidade em realidade.

No Brasil, apesar de já terem transcorrido vários anos do fim da ditadura militar, se tem dificuldades para a consolidação de uma sociedade democrática, pois o novo regime não conseguiu reverter a acentuada desigualdade econômica existente no país. Direitos humanos ainda são violados e as políticas públicas para implementação das necessidades básicas se mantêm precárias. Se a Constituição Federal garante a todos o direito a cidadania, na prática somente alguns dele usufrui.

A efetivação de políticas públicas cooperam para a materialização de prestações sociais tornando o Direito Penal, como deveria ser, a *ultima ratio*.

Todos, sem exceção, ainda que seja o criminoso mais vil e cruel, possuem, segundo a ordem constitucional, ao serem processados e mesmo ao serem condenados, o direito de ver asseguradas todas as garantias e direitos fundamentais, pois caso isso não ocorra, aquele que

julga e/ou executa a sanção penal é que se tornará à luz do Estado Democrático de Direito o verdadeiro inimigo.



## REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos**. Instituto Carioca de Criminologia (ICC): Rio de Janeiro: REVAN, 2008.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica**. São Paulo. Loyola. 2000-2003. 2. V.

ARAÚJO JR., João Marcelo. **Os Grandes Movimentos Atuais de Política Criminal**. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, 1998. n. 9.

ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega, 1998.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal**. Montevideo – Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2004.

BARRETO, Tobias. **Introdução ao Estudo do Direito: política brasileira**. São Paulo: Landy, 2001.

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

\_\_\_\_\_ **Novas Tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. **Intolerância Dez, ou a Propaganda é a Alma do Negócio**. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. V. 2. n. 4. Rio de Janeiro, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança**. Rio de Janeiro: Rio, 1997.

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

\_\_\_\_\_ **Limites dogmáticos y Político-Criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Editorial Comares, 2001.

CALLEGARI, André Luís. DUTRA, Fernanda Arruda. **Derecho Penal Del Enemigo y Derechos Fundamentales**. in *Direito Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: Edisofer S.I. Libros Jurídicos e Editorial D de F Ltda., 2006.

CALLEGARI, André Luís. *et. al.* **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CALLEGARI, André Luís. *et al.* **Direito Penal e Globalização: Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa: apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_ **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social.** Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política Criminal Contemporânea e a Questão do Direito Penal do Inimigo.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

CERVINI, Raúl. Criminalid Organizada y Lavado de Dinero. In: PIERANGELLI, José Henrique (Coord.). **Direito Criminal** – Coleção *Jus Aeternum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 1. V.

CONDE, Francisco Munoz. **As Reformas da Parte Especial do Direito Penal Espanhol.** Disponível em < [http://www.revista.ampem.org.br/2005/02.01\\_ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf](http://www.revista.ampem.org.br/2005/02.01_ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf)> Acesso em 15.06.2011.

COSTA, Jose Francisco de Faria. **O Perigo em Direito Penal.** Coimbra Editora. 1992.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Modelos e Movimentos de Política Criminal.** Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DÍEZ, Carlos Gomes-Jara. **Teoria de Sistemas y Derecho Penal Fundamentos y Posibilidades de Aplicación.** (Estudos Dirigidos por Carlos Romeo Casabona). Granada: Editorial Comares, 2005.

FICHTE, Johann Gottlieb. SCHELLING, Friedrich Von. **Escritos Filosóficos.** Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamento Del Derecho Natural** – según los principios de la doctrina de la ciência. Traducción de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera y Faustino Oncina Coves Estúdio Introdutorio de José L. Villacañas Berlanga. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1994.

\_\_\_\_\_ **Reivindicação da Liberdade de Pensamento.** Tradução de Artur Morão. Disponível em: < [www.lusosofia.net](http://www.lusosofia.net)> Acesso em: 15.12.2010.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos.** 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, José Angel Brandariz. **Política Criminal de la Exclusión**. Granada: Comares, 2007.

GARCIA, Manuel Grosso, et. al. **Derecho Penal del Enemigo** – El discurso penal de la exclusión. (Cancio Meliá – Gómez-Jara Diez – Coordinadores). Buenos Aires: Edisofer s.l. Libros Juridicos, 2006. 1 e 2 V.

HOBBS, Thomas. **Elementos da Lei Natural e Política**. Tradução de F. D. Andrade. São Paulo: Editora Ícone, 2002.

\_\_\_\_\_ **Leviatã**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003. 1. V.

\_\_\_\_\_ **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S/A, 1997.

\_\_\_\_\_ **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_ **La Ciencia Del Derecho Penal ante las Exigências del Presente**. Tradução de Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.

\_\_\_\_\_ **Sobre la Normatización de la Dogmática Jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Fijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigación em Filosofia y Derecho, 2004.

\_\_\_\_\_ **Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JAKOBS, Günther. NAVARRETE, Miguel Polaino. **El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas**. México: Flores Editor, 2006.

JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Miguel Polaino; ORTS-POLAINO, Miguel. **El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del Funcionalismo**. México: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2008.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010.

\_\_\_\_\_ **Para a paz perpétua**. Estudo introdutório de Joám Evans Pim. Tradução de Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. **Criação de Crimes não Passa de Fantasia**. in O Estado de S. Paulo. Caderno de Justiça. De 04.01.92, p.3.

LASCANO, Carlos Julio. **Derecho Penal del Enemigo**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006. 2. V.

MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTIN, Victor Gómez. **El Derecho Penal de Autor**. Valencia: Guada Impresores, S.L. PMcMedia, SL, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: Uma introdução a seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_ **Hacia una “Redefinición” del Rol de la Víctima en la Criminología y en el Sistema Legal**. Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernades Albor. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A Expansão Penal e o Direito de Intervenção**. Disponível em: <[http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alice\\_quintela\\_lopes\\_oliveira.pdf](http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf)>. Acesso em 15.06.2011.

PAZ, Maria Isabel Sánchez García de. **El Moderno Derecho Penal y la Antecipación de la Tutela Penal**. Valladolid: Universidad de Valladolid. 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de Mera Conduta**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2009.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La Política Criminal en la Encrucijada**. Montevideo- Buenos Aires: Editorial IbdeF, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I, 2. ed. Alemana. Madrid, Civitas. 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. L&PM Pocket: Porto Alegre, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 11. V.

SANTOS, Juarez Cirino. **O Direito Penal do Inimigo** - ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 20.06.2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Pablo Rodrigo Alften da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo583.htm>> Acesso em: 28.06.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 85531/SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. Celso de Mello, Julgamento: 22/03/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma. <<https://www.stf.jus.br>> Acesso em: 28.06.2011.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos – O mito da repressão penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WACQUANT, Loic. **O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza**. Tradução de Paula Miraglia e Hélio de Mello Filho. Novos Estudos CEBRAP 80. Março 2008.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2004.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Directo Penal: Reflexos da Expansão Punitiva na Realidade Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1. V.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal**. In. PIERANGELI, José Enrique (coord.). Coleção *Jus aeternum*. V. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

---

**O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro, Revan, 2007.