



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CURSO DE DIREITO

Reconhecido pelo Decreto Federal n.º 74.030, de 09-05-1974

Avenida Manoel Ribas, 711 - Caixa Postal 103 - Fone/Fax (43)3525-0862 - Jacarezinho - PR

site:www.fundinop.br

e-mail: fundinop@fundinop.br

CAMPUS DE JACAREZINHO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

PUNITIVISMO DE EXCEÇÃO COMO REGRA: PARADIGMAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA DESCONSTRUÇÃO ATRAVÉS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER

Orientador: Prof. Dr. Valter Foletto Santin

JACAREZINHO (PR) – 2009



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CURSO DE DIREITO

Reconhecido pelo Decreto Federal n.º 74.030, de 09-05-1974

Avenida Manoel Ribas, 711 - Caixa Postal 103 - Fone/Fax (43)3525-0862 - Jacarezinho - PR
site: www.fundinop.br e-mail: fundinop@fundinop.br

CAMPUS DE JACAREZINHO

GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER

PUNITIVISMO DE EXCEÇÃO COMO REGRA: PARADIGMAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA DESCONSTRUÇÃO ATRAVÉS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica, da
Faculdade Estadual de Direito do Norte
Pioneiro, como requisito final para a
obtenção do título de Mestre em Ciência
Jurídica.

Orientador: Prof.º Dr. Valter Foletto Santin

JACAREZINHO (PR) - 2009

P 943 p Preussler, Gustavo de Souza.

Punitivismo de exceção como regra: paradigmas do direito penal do inimigo e sua desconstrução através do neoconstitucionalismo / Gustavo de Souza Preussler. Jacarezinho (PR), 2009.

Dissertação de Mestrado – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2009.

1. Direito Penal. 2. Estado de direito. I Título

CDD 343.2



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CURSO DE DIREITO

Reconhecido pelo Decreto Federal n.º 74.030, de 09-05-1974
Avenida Manoel Ribas, 711 - Caixa Postal 103 - Fone/Fax (43)3525-0862 - Jacareizinho - PR
site: www.fundinop.br e-mail: fundinop@fundinop.br

CAMPUS DE JACAREZINHO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

MESTRANDO: GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER

Aos 06 dias do mês de novembro do ano de dois mil e nove, no Centro de Ciências Sociais Aplicadas – Campus de Jacareizinho, na cidade de Jacareizinho, Estado do Paraná, ocorreu a sessão pública de Defesa da Dissertação de Mestrado intitulada *Punitivismo de exceção como regra: paradigmas do Direito Penal do Inimigo e sua desconstrução através do neoconstitucionalismo*, apresentada por GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER, que concluiu, junto ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, os créditos exigidos pelo Regimento, para obtenção do grau de "Mestre em Ciência Jurídica" (Área de Concentração: *TEORIAS DA JUSTIÇA: JUSTIÇA E EXCLUSÃO*, na Linha de Pesquisa Função Política do Direito). Os trabalhos tiveram início às 16 horas, pelo Professor Valter Foletto Santin, Doutor pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil, Orientador da Dissertação do candidato e Presidente da Banca Examinadora, composta, ainda, pelo Professor Vladimir Brega Filho, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica-PUC/São Paulo, Brasil e pelo Professor Vidal Serrano Nunes Junior, Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, Brasil. A Banca Examinadora, assim constituída, passou à arguição pública do candidato. Encerrados os trabalhos, como resultado final apresentado pelos examinadores, o mestrando foi **APROVADO POR UNANIMIDADE**. Proclamado o resultado pelo Presidente da Banca Examinadora, foram encerrados os trabalhos e, para constar, eu, Vladimir Brega Filho, Coordenador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, mandei lavrar a presente ata, que assino juntamente com os demais membros da Banca Examinadora.

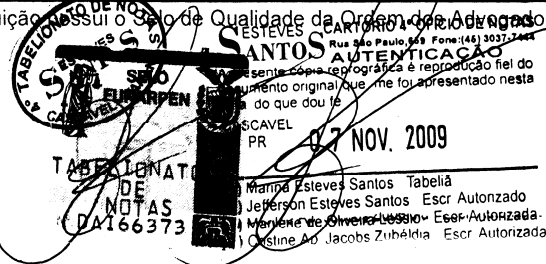
Professor Doutor Valter Foletto Santin
Presidente da Banca Examinadora

Professor Doutor Vladimir Brega Filho
Membro Titular da Banca Examinadora e
Coordenador do Programa

Professor Doutor Vidal Serrano Nunes Junior
Membro Titular da Banca Examinadora



Esta Instituição possui o Selo de Qualidade da Ordem dos Advogados do Brasil



DEDICATÓRIA

Dedico a presente dissertação às mulheres de minha vida, Lu Rabel e Sofia Rabel Preussler, pelo amor e carinho incondicional. Também faço especiais agradecimentos a toda a minha família, ressaltando Léa Preussler, Elói Preussler, Regina Preussler e Felipe Preussler.

Também cabe prestar minhas homenagens à Natalina, secretária do Mestrado, funcionária indispensável à existência deste.

Dedico, por fim, a todo o corpo docente e discente.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. *Punitivismo de Exceção como Regra: Paradigmas do Direito Penal do Inimigo e sua Desconstrução através do Neoconstitucionalismo*. 2009. 179 f. Dissertação (Mestrado Em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual De Direito Do Norte Pioneiro, Jacarezinho.

RESUMO: A ruptura de paradigma científico através do trauma coletivo do pós-11 de setembro reafirmou uma política criminal preexistente de flexibilização dos direitos fundamentais da pessoa humana. A sociedade de comunicação converteu-se em sociedade de risco, obedecendo à ordem do discurso midiático da exclusão e da neutralização de nossos inimigos ditos cômodos da sociedade. Assim, o pacifismo que deve inspirar o processo civilizatório e as sociedades democráticas ocidentais dá margem a uma nova concepção, de que a divisão entre pessoas (obedientes ao contrato social) e não-pessoas (desobedientes do contrato social) cada vez mais se edifica e se sobrepõe aos titulares dos direitos humanos. Desse modo, a biopolítica da opressão inerente ao regime de exceção torna-se regra absoluta, remontando ao postulado de Walter Benjamin e pretendendo legitimar a vida nua de direitos humanos e o retorno do *homo sacer*. O neoconstitucionalismo, como conjunto apto à desconstrução dos novos decisionismos estatais, tem a pretensão de afastar a tutela penal edificada fora dos postulados constitucionais, pretensão que visa à conservação da própria existência humana. Extrai-se, neste foco, o grande paradoxo da coesão social moderna, qual seja, o conflito entre segurança pública e direitos humanos individuais.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo. Direitos humanos fundamentais. Neoconstitucionalismo.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. *Punitive Exception as a Rule: Enemy Criminal Law Paradigms and its Deconstruction trough Neoconstitutionalism*. 2009. 179 f. Dissertation (Legal Science Master's Degree) – Pioneer North State Law College, Jacarezinho.

ABSTRACT: The scientific paradigm rupture trough post september 11 collective trauma reaffirmed a background criminal statecraft of a human fundamental rights relaxation. The communication society became a risk society, obeying the known enemy neutralization and exclusion media discourse. Therefore the inspired pacifism that must reign in a civilization process and democratics western societies gives way to a new conception to the division between people (social contract obedient) and not people (social contract desobedient) that grows building up increasingly overlapping human rights holders. Thereby an oppression biopolitics intrinsic to an exception regimen becomes absolute rule dating to the Walter Benjamin postulate intending to legitimate a devoid human rights life and the *homo sacer* return. The neoconstitutionalism as a fit ensemble to deconstruct new state decisionism has the pretension to depart a criminal tutorage built outside constitutional postulates, pretension that aims own human existence conservation. In this focus is extracted the great paradox of modern social cohesion namely the conflit among public safety and individual human rights.

Key-words: Enemy Criminal Law. Fundamental human rights. Neoconstitutionalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 RUPTURA DE PARADIGMA: EROSÃO DO SISTEMA PENAL DE GARANTIAS PARA UM SISTEMA PENAL DE INIMIGO.....	12
1.1 Ruptura de paradigma e seus laços para com a globalização	13
1.2 A sociedade de risco pós-moderna	19
1.3 Funcionalismo como reflexo da globalização e como antecedente do direito penal do inimigo	24
1.4 Fontes do direito penal do inimigo.....	26
1.4.1 Fundamentos jusfilosóficos do direito penal do inimigo.....	27
1.4.2 Das diversas denominações conceituais.....	31
1.4.3 Elementos expansionistas do direito penal como nascimento do direito penal do inimigo	38
1.4.3.1 Simbolismo: a ideia de inflação repressiva e a intervenção mínima	38
1.4.3.2 Punitivismo	41
1.5 Teoria dos fins das penas como fundamento ou fonte do direito penal do inimigo	44
1.5.1 As teorias absolutas	46
1.5.1.1 O modelo kantiano de retribuição moral.....	46
1.5.1.2 O modelo hegeliano de retribuição jurídica	48
1.5.2 A teoria neoabsoluta dos fins das penas.....	50
2 DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PENAIS DE GARANTIA OU TRANSMUTAÇÃO DO MODELO PENAL FRAGMENTÁRIO PARA O MODELO DE DIREITO PENAL TOTAL.....	57
2.1 Segurança jurídica e legalidade: direito penal do risco e o perigo ao Estado Democrático de Direito	63
2.2 Criminalização de um estado prévio de lesão ao bem jurídico: falência da intervenção mínima, da <i>ultima ratio</i> , princípio da ofensividade e da determinação de bens jurídicos – delitos de perigo abstratos	68
2.3 O critério de imputação e sua flexibilização: uma análise segundo a teoria da vigência da norma e da construção de homem cognitivo.....	71
2.4 Das penas	74
2.4.1 Desproporcionalidade das penas como consequência do direito penal do inimigo.....	74
2.4.2 Desumanização das penas	82
2.5 Reflexos jurídicos do direito penal do inimigo no sistema penal propriamente dito	87
2.5.1 Entre a norma, a sociedade e a pessoa: o que protege o direito penal? As normas, a sociedade ou as pessoas?.....	87
2.5.2 Entre cidadãos e inimigos objetivos: o retorno da doutrina da tolerância zero com elemento intrínseco da soberania nacional	98
3 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PARA A DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	105
3.1 Neoconstitucionalismo.....	107
3.1.1 Conteúdo.....	110
3.1.2 Instrumentos do neoconstitucionalismo.....	118

3.1.2.1 Força normativa dos princípios constitucionais de garantias	118
3.1.2.2 Hermenêutica constitucional garantista-penal.....	120
3.1.2.3 A ductibilidade de princípios e valores e a Constituição plural como desconstrução do sistema penal do inimigo	124
3.1.2.4 Controle de constitucionalidade	126
3.2 Mandado de otimização: dignidade da pessoa humana	127

4 O PARADOXO: SEGURANÇA COLETIVA *VERSUS* DIREITOS FUNDAMENTAIS – OU UMA NOVA TESE

4.1 Elementos preliminares sobre a dialética entre segurança coletiva e direitos humanos.....	130
4.2 A dominação e o estado de polícia	135
4.3 Controle social punitivo e a tolerância zero de hoje	141
4.3.1 Das leis de lutas legítimas e ilegítimas: para um ponto de diferenciação.....	146
4.4 Ideologia penal e exclusão dos inimigos	148
4.5 Ponderação entre segurança pública e direitos humanos: cultura do medo e dignidade da pessoa humana	153
4.6 O controle judicial da segurança pública como transição: o equilíbrio entre a segurança pública e a dignidade da pessoa humana	156

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICOS.....

INTRODUÇÃO

A discussão garantista da atualidade não mais pretende buscar simplesmente o *como punir* e o *que punir*, mas também o *quando criminalizar* e o *quando aplicar os direitos humanos fundamentais*. Em outras palavras, trata-se de uma discussão para definir quando os seres humanos podem ser tratados como seres humanos e quando não podem.

Tal relativização de paradigma origina-se do choque ocorrido no pós-11 de setembro de 2001. Reafirma-se, assim, a condição pós-moderna e pós-traumática da humanidade, em que há direitos humanos fluidos, constitucionalidade amorfa e segurança calcada no medo. A sociedade é líquida, fluida, incerta e indeterminável.

A desobediência do contrato social atribui aos desobedientes o retorno da categoria dos inimigos do Estado – aqueles que não oferecem garantia às expectativas do Leviatã estatal. Logo, a razão pela qual as atribuições de qualquer ato que ocasione incerteza ao postulado da segurança esperada (cognitiva) é a forma apta para a concretização e a legitimação de sofrer uma coação (pena).

O presente trabalho pretende expor a ruptura de paradigma do sistema punitivo de garantias, bem como os seus reflexos e, por fim, pretende propor um método para a sua desconstrução, ou seja, para a desconstrução do também denominado direito penal do inimigo, ensejando um paradoxo que será exposto no capítulo 4.

O capítulo 1 destina-se à demonstração da expansão do sistema penal em decorrência da globalização na pós-modernidade, porém o ponto de partida é a teoria das revoluções científicas e da ruptura de paradigma de um sistema penal de garantias. Tal elemento é essencial para a demonstração e com a finalidade de conexão das relações entre a globalização, o sistema penal e a sociedade de risco pós-moderna, que redimensiona o direito penal para a via do punitivismo de exceção. Enseja-se, desse modo, a eclosão ou o nascimento de um funcionalismo sistêmico dentro da política, o que seria um precedente ao próprio direito penal do inimigo.

Já o subcapítulo 1.4 detém a função de demonstrar as fontes do direito penal do inimigo a partir da filosofia política e de suas diversas denominações conceituais. Tal preparação é importante com o intuito de demonstrar que as

características do direito penal do inimigo se encerram em duas abordagens: elementos desse direito e as aporias ou postulados incertos para uma resposta racional ao que seria *direito penal do inimigo*. Finaliza-se com a paralaxe do objeto *sistema punitivo*, por um olhar garantista para um olhar punitivo beligerante, o que se denomina, no texto em questão, como *o escambo da garantia cognitiva mínima pelas garantias fundamentais*.

No capítulo 2 cuidou-se de demonstrar a existência de consequências em três âmbitos, quais sejam, nos princípios, nas penas e no sistema jurídico propriamente dito. Logo, pretendeu-se levantar o postulado da *flexibilização dos princípios penais de garantia ou transmutação do modelo penal fragmentário para o modelo de direito penal total*. A pretensão do título em questão refere-se ao fato de que se vivia, no ante-11 de setembro, em um ambiente em que o sistema penal era fragmentário, mas deixou de ser um sistema jurídico subsidiário para tornar-se regra absoluta, com traços de punitivismo de Estado de Exceção. Primeiramente, a norma-princípio mais afetada é a legalidade, já que a segurança jurídica, em um modelo de Estado de Direito, concede ao sistema autoritário a eficácia de insegurança da construção dos delitos e das penas, já que são os riscos que orientam o sistema penal (item 2.1). Ainda nesse diapasão, desloca-se a edificação da tutela penal em elementos de estados prévios de lesão ao bem jurídico, ocasionando a falência da intervenção mínima, da subsidiariedade, da ofensividade e da determinação dos delitos de lesão concreta ao bem jurídico, acabando por legitimar os delitos de perigos abstratos (item 2.2). Seguindo a construção do texto, outro fator ou reflexo do direito penal do inimigo é a flexibilização dos critérios de atribuição de um delito. Gera-se, assim, a figura do homem cognitivo, ou o ser humano que deve cumprir fielmente as expectativas cognitivas do contrato social para não ser transposto ao que se denomina *categoria de inimigo* (item 2.3). Por fim, o reflexo mais importante do direito penal do inimigo é referente às penas, em que gera desproporcionalidade e desumanização das mesmas, já que é permitida a detenção injustificada e a aplicação de tortura como método de punição prévia (itens 2.4, 2.4.1 e 2.4.2). O capítulo consiste, enfim, em análise dos reflexos jurídicos propriamente ditos do direito penal do inimigo, tal como o objeto de proteção do direito penal, o retorno da tolerância zero, objetos esses que serão atacados pelo neoconstitucionalismo.

Para tudo o que é construído se tem a possibilidade, quando ultrapassado, ou em virtude da necessidade de um novo paradigma, de pressupor a construção da sua antítese. Nesse sentido, o capítulo 4 do presente trabalho busca, mediante a utilização do método denominado neoconstitucionalismo, elaborar o que, até o momento, não fora proposto, ou seja, elaborar uma teoria para a desconstrução do direito penal do inimigo e para o afastamento do punitivismo de exceção como regra. O postulado em comento denomina-se *neoconstitucionalismo*, que trata de negar o autoritarismo pelo autoritarismo do passado, ou seja, que trata de atingir, mediante as Constituições democráticas ocidentais, o objetivo ou a finalidade de negar o passado. Desse modo, o neoconstitucionalismo consiste em cartas de navegação imbuídas da coexistência de valores morais e de princípios que direcionam todo o ordenamento para o respeito à dignidade da pessoa humana (item 3.1). Para a efetividade desse movimento desconstrutivo, ele se detém nos métodos de aplicabilidade dessa carta de navegação axiomática (itens 3.1.2.1, 3.1.2.2 e 3.1.2.3). O resultado desses postulados é o respeito ao ser humano como princípio basilar e a demonstração política da ineficácia do direito penal do inimigo.

Assim, a superação das consequências do direito penal do inimigo em nova realidade onde vigore a coexistência de valores morais e de princípios atrelados na Constituição, isto acarreta a reafirmação dos postulados materiais contidos neste instrumento político-social denominado neoconstitucionalismo, com objetivos delineados. Esta é a base do presente trabalho.

O processo de exclusão e o seu principal instrumento – segurança pública fundamentada na cultura do medo – são expostos como paradoxos e principais objetos a serem superados na coexistência com a dignidade da pessoa humana. Em um processo de criminalização não pautado em pressupostos constitucionais mínimos – exigidos pelo neoconstitucionalismo – será demonstrada a necessidade de reafirmação do valor-fonte da dignidade da pessoa humana (item 4.5).

1 RUPTURA DE PARADIGMA: EROSÃO DO SISTEMA PENAL DE GARANTIAS PARA UM SISTEMA PENAL DE INIMIGO

Todo paradigma científico que se constrói é o substrato de uma anomalia observada em um postulado anteriormente dominante¹. A reconstrução da ideia científica deve se dar em razão proporcional à dinâmica mutável da sociedade. Deste modo, a alta complexibilidade social influencia a velocidade da desconstrução e da reconstrução dos paradigmas científicos².

A estrutura científica detém os seus *paradigmas* consolidados até o momento da *ruptura*. Esta se dá pela necessidade utópica do determinismo científico, cuja força motriz é a mutação ou o abandono, já que o tempo é dinâmico, possuindo características e consequências próprias.

Logo, ao se tratar de conhecimento científico, a estabilidade é utopia. Este movimento de reestruturação (mais provável que a estabilidade por tempo indeterminado) é originado pela invalidade do preceito que integrava o conceito paradigmático ou pelo choque. Thomas Kuhn, em sua obra "A Estrutura das Revoluções Científicas", vem a esclarecer que as ideias de ruptura são os episódios de desenvolvimento, nos quais um preceito paradigmático anterior é total ou parcialmente substituído por um novo, porém, tido incompatível com o anterior³.

O novo paradigma deterá as características de ineditismo e de incompletude, motivadas pela crise⁴ ou pela emergência de uma nova teoria⁵.

¹ TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 71.

² KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 57.

³ Idem, *ibidem*, p. 125.

⁴ Confira Claus Offe, sobre exemplos de crises: "A literatura neoconservadora sobre a crise não só conseguiu excluir quase completamente da atenção pública os resíduos da argumentação de esquerda, como também adaptou e reinterpretou com habilidade, para seus próprios fins, certas tentativas e análises provenientes da tradição de uma teoria crítica do capitalismo avançado (como, por exemplo, teoremas sobre a crise do Estado fiscal, problemas de legitimação, conflitos de disparidades e de grupos marginalizados, e crises ecológicas)". (OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Trad. Barbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 237). Confira também, sobre crise: HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 3. ed. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1999.

⁵ "Suponhamos que as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias e perguntemos então como os cientistas respondem à sua existência. Parte da resposta, tão óbvio como importante, pode ser descoberta observando-se primeiramente o que os cientistas jamais fazem, mesmo quando se defrontam com anomalias prolongadas e graves. Embora possam começar a perder sua fé e a considerar outras alternativas, não renunciam ao paradigma que os conduziu à crise. Por outra: não tratam as anomalias como contra-exemplos do paradigma, embora, segundo o vocábulo da Filosofia da Ciência, estas sejam precisamente isso. Em parte, essa nossa generalização é um fato histórico. Baseada em exemplos como os mencionados anteriormente e os

1.1 Ruptura de paradigma e seus laços para com a globalização

Deste modo, a crise, ou atentado terrorista em 11 de setembro de 2001 nos EUA⁶, encerra a sua consequência: a ruptura do sistema de direitos e de garantias fundamentais individuais e do sistema de imputação – eclodindo em um sistema penal do inimigo⁷ – influenciado pela facticidade emergencial e pela sociedade de risco.

Assim, a lógica do presente trabalho se perfilha a ruptura do paradigma⁸ do garantismo constitucional frente à era da globalização e seus nefastos reflexos perante a dogmática do direito penal⁹. O substrato é a sociedade de risco, fundamentada no ideário da confiança ou da garantia de segurança cognitiva mínima que os membros da sociedade de risco devem possuir perante o sistema social. Neste enfoque, existe uma relação dialética entre *segurança e perigo, confiança e risco*¹⁰.

que indicaremos mais adiante. Isso já sugere o que o nosso exame da rejeição de um paradigma revelará de uma maneira mais clara e completa: uma teoria científica, após ter atingido o *status* de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la. Nenhum processo descoberto até agora pelo estudo histórico do desenvolvimento científico assemelha-se ao estereótipo metodológico da falsificação por meio da comparação direta com a natureza”. (KUHN, Thomas. Op. cit., p. 108).

⁶ LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco. *El derecho ante la globalización y el terrorismo <<Cedant Arma Togae>>*. Valência: Alexander von Humboldt e Tirant lo Blanch, 2004.

⁷ “Os juristas falam de ‘sistema jurídico’, mas quase nenhum deles define ‘sistema’. São duas as acepções gerais desse termo. Na primeira, ‘sistema’ é compreendido em sentido técnico e aplicado a todas as ciências. Nesse caso, indica tanto a estrutura do objeto estudado (sistema interno) quanto um *corpus* ordenado e coeso de conhecimentos científicos (como nos *Diálogos sobre os dois máximos sistemas do mundo ptolomaico e copernicano*, de Galileu Galilei), filosóficos (como no sistema kantiano), jurídicos (como o sistema das fontes do direito, o sistema das obrigações, entre outros) e assim por diante. ‘Sistema’, nesse sentido técnico, é o objeto dos três volumes, dos quais o primeiro é aqui apresentado. Na segunda acepção, menos geral e mais genérica, ‘sistema jurídico’ é sinônimo de ‘ordenamento jurídico’, ou seja, indica um conjunto de normas reunidas por um elemento unificador, graças ao qual elas não apenas estão umas ao lado das outras, mas se organizam num ordenamento jurídico. É nesse sentido que se fala, por exemplo, do *sistema* jurídico brasileiro ou italiano, do *sistema* jurídico de *civil law* e de *common law*, seria igualmente apropriado falar de ordenamento jurídico brasileiro ou, ainda mais simplesmente, de direito brasileiro, de *civil law*, e assim por diante”. (Idem. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XIX-XX).

⁸ “Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. (KUHN, Thomas. Op. cit., p. 13).

⁹ Os ramos do saber estão escritos em minúsculo no presente trabalho, tendo em vista a faculdade em seu emprego, com fundamento no do § 2.º item ‘g’ da base XIX do Decreto n.º 6.583 de 29 de setembro de 2008 que modificou as regras de ortografia da língua portuguesa.

¹⁰ “Prosseguindo em minha indagação sobre o caráter da modernidade, quero concentrar uma parte substancial da discussão sobre os temas *segurança versus perigo* e *confiança versus risco*. A modernidade, como qualquer um que vive no final do século XX pode ver, é um fenômeno de dois gumes. O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado

A consequência da ruptura do modelo constitucionalizado de sistema punitivo é a flexibilização substancial das garantias constitucionais difusas, bem como dos critérios de imputação, cujo marco – ou choque –, fundamentador da ruptura paradigmática, foi justamente o ataque terrorista ao World Trade Center em 11 de setembro de 2001¹¹. Naquele momento, todo o paradigma que a pessoa do réu detém, de direitos e de garantias, foi mitigado, pois a eclosão anti-humanista restou consubstanciada ao preceito da negação ontológica de seres humanos praticantes de atos contra a soberania imperialista dos Estados Unidos¹².

Sob este diapasão, a globalização, fator motriz para a eclosão do *ius puniendi* expansionista e neutralizador dos inimigos do Estado, demonstra, cada vez mais, a aptidão da construção da doutrina da exclusão pelo uso do sistema penal. Para melhor compreender a ideia de globalização como fator de construção de um direito penal do inimigo¹³, cabe traçar linhas gerais do conteúdo de sua expressão e o verdadeiro sentido de sua existência em uma sociedade cosmopolitizada.

Globalização, fator preponderante para a construção de uma sociedade de risco e por sua vez, da existência de um funcionalismo sistêmico do *ius puniendi*, enseja uma visão multifacetária que, por um lado, poderia levar a crer

sombrio, que se tornou muito aparente no século atual.” (GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. 5. reimpressão. Campinas: UNESP, 1990, p. 16).

¹¹ Sobre outros fatos relativos às guerras, confira Jürgen Habermas: HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1990.

¹² “O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na ‘military order’, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos em 13 de novembro de 2001, e que autoriza a ‘indefinitive detention’ e o processo perante as ‘military commissions’ (não confundir com tribunais militares previstos no direito de guerra) dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas. Já o *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, permite ao *Attorney general* ‘manter preso’ o estrangeiro (*alien*) suspeito de atividades que ponham em perigo ‘a segurança nacional dos Estados Unidos’; mas, no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação de lei sobre a imigração ou de algum outro delito.” (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. Col. Estado de Sítio. 2. ed. São Paulo: Biotempo, 2007. p. 14).

¹³ Confira o artigo de Vinicius Borges de Moraes: “O direito penal enfrenta uma necessidade de reestruturação dos sistemas e das políticas criminais, como consequência do desenvolvimento – e dos objetivos – utilizados pelos modernos agentes criminosos. Grande parte deste problema, sobe-se, se não desencadeado, foi, pelo menos, agravado com o fenômeno da globalização. Somado a esse conturbado contexto, ainda se enfrenta uma tensão natural entre a utilização do direito penal como forma de se evitar os comportamentos socialmente indesejáveis e seu caráter de *ultima ratio*, característica das novas sociedades de risco. Nesse panorama social – comum tanto aos países subdesenvolvidos quanto aos desenvolvidos -, observa-se uma criminalidade que deixa de ter o tradicional objetivo do lucro fácil e que passa a atender contra as estruturas do Estado. Da mesma forma, observa-se um grande afastamento de parcela desses infratores da sociedade, como se, por opção, voltassem a viver em estado de natureza. O direito, elemento de conservação do sistema, numa perspectiva luhminiana, passa a lutar pela preservação de sua funcionalidade.” (MORAES, Vinicius Borges. Op. cit., p. 10-11).

como elemento positivo para o desenvolvimento social e por outras vezes, como fator negativo. Segundo Zygmunt Baumann, “a globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”¹⁴. Globalização é mais do que eliminação ou compressão de barreiras de tempo e de espaço, ou seja, trata-se do mundo visualizável como sistema unitário de atividades interconectadas não limitadas pelas fronteiras locais¹⁵.

Foi dito, anteriormente, que a globalização tanto une como divide, melhor dizendo, une em razão proporcional em que suprime e separa os *diferentes*, seja por causa da exclusão em decorrência da luta de classes, seja pelo uso de instituições estatais punitivas e por ser uma estratégia penal. A globalização tem pontos de conexão para com a sociedade de risco, em que a tecnologia produz e reproduz o *medo*, ou por influência midiática, na exploração do espírito trágico da violência, seja pela inexistência de uma divisão no mundo entre países. A universalização em termos de tempo e espaço é cada vez mais presente na atualidade, mas a unificação dos direitos humanos fundamentais se distancia da esfera cidadã.

A globalização auxilia o processo de aceleração da pós-modernidade, bem como da consolidação da sociedade de risco como superestrutura sociofuncional, por isto há apropriação ideológica do conceito, quando se reporta ao sistema penal pós-moderno¹⁶. Havendo a estrutura social, o funcionalismo será consequência, pois as expectativas cognitivas e normativas ensejarão uma construção de um modelo de *ius puniendi*, cuja pretensão será a neutralização das não-pessoas. Todo este complexo se auto-afirma, pois regra um elemento norteador único e comum, como dito anteriormente, *o medo*¹⁷.

¹⁴ BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 8.

¹⁵ HOBBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. 3. reimpr. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 10.

¹⁶ “Pode-se entender a globalização como um processo real ou simplesmente ideológico. Independentemente da discussão acerca de seu caráter, a globalização influencia os sistemas penais, o que não significa afirmar que o faça da mesma maneira e nem tampouco que produza os mesmos efeitos numa ou noutra hipótese. De toda sorte, mesmo traduzindo um processo real, o fato é que o vocábulo sofreu apropriação ideológica” (FREITAS, Ricardo de Brito A. Globalização e sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2003. p.166).

¹⁷ “Se bem que orientado em termos contrafáticos, o sentido do dever ser não é menos fático que o de ser. Toda expectativa é fática. Seja na sua satisfação ou no seu desapontamento, o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de se querer contrapor ser humano e mulheres; uma manobra conceitual que, nesse caso, é prejudicial às mulheres, e

A sociedade do risco compõe um direito penal do risco, por consequência. Conforme será exposto, o funcionalismo sistêmico, pensamento adequado à estrutura de um direito penal globalizante, organiza e sistematiza as suas matrizes com base no ideário da *segurança cognitiva*¹⁸, caracterizado pelos alicerces da imputação na ausência de *segurança cognitiva mínima*. As normas, por sua vez, “[...] são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que é experimentada, e, portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma”¹⁹. Deste modo, a vigência da norma projeta-se do espaço humano, independente de seu cumprimento, invadindo o atuar civilizatório.

Assim, a vigência da norma se sobrepõe ao Estado Democrático de Direito. A segurança cognitiva absorve todos os direitos humanos fundamentais. A ausência deste novo critério de coesão social enseja a desconsideração do ser humano como *sujeito de direito*, em um processo de *reificação*.

A base garantista é relativizada para atender às necessidades de uma sociedade de risco, pois a estrutura norteadora é objetiva, sendo o sujeito mero instrumento. Por outro lado, há um posicionamento que pretende fundamentar o direito penal do inimigo na ideia de cercear os direitos humanos fundamentais no

naquele, ao dever ser. O oposto adequado ao normativo não é fático, mas, sim, o cognitivo. Só é possível opor-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamentos, e não entre o fático e o normativo”. (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Byer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57). No mesmo sentido: “É preciso estar atento à sutil diferença entre o efeito simbólico da pena e o fim preventivo geral positivo. O perigo está em atender a ‘convicções sociais’ que estão impregnadas de reações psicossociais, ‘derivadas da identificação da sociedade com o delinqüente, e a conseqüente necessidade de tranquilizar sentimentos de culpabilidade’”. (REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2007. p. 288-289).

¹⁸ “Para que haja uma logicidade mínima no que tange à complexibilidade e à contingência experimental é necessário estabelecer uma estrutura para as expectativas concretas. Dita estrutura é definida mediante sua seletividade, em especial sua dupla seletividade. Um primeiro momento ocorre quando se opta por uma comunicação dentre várias possíveis (ex. linguagem). Essa escolha é um mecanismo redutor de complexidade baseada na expectativa de que aquele fosse símbolo escolhido. Assim, estruturas surgem de uma suposição em comum, e sua redutibilidade reside em sua capacidade de obscurecer as alternativas. Logo, estruturas têm conexão com o desapontamento, tornando-se mister aceitar riscos. As expectativas podem ser (a) cognitivas – em que ocorrendo desapontamento é possível se adaptar à realidade, existindo uma (in)consciente predisposição de assimilação; (b) normativas – em que existindo o dano a expectativa não é abandonada, sendo as normas expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”. (TRINDADE, André. Op. cit., p. 45-46).

¹⁹ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 57.

caso dos delitos políticos de terrorismo em prol da preservação dos direitos civis, pois a conservação do terrorismo necessita de uma repressão mais severa²⁰.

A permeabilidade do conceito de globalização tende a definir diversos fenômenos. Essa algumas vezes, está voltada à dimensão de destacar a economia, a política, a sociedade ou a cultura. Perante o sistema penal, há redução ou esvaziamento do direito penal garantista e a conversão do direito penal mínimo em favor da máxima intervenção²¹. Este último postulado detém a principal raiz na sociologia de Niklas Luhmann, para quem o epicentro e o substrato da globalização seriam: “A violação da norma (delito) é tida como socialmente disfuncional, não porque lesione ou ponha em risco determinados bens jurídicos, mas porque questione a ‘confiança institucional’ no sistema.”²² A pós-modernidade trouxe diversas modificações sociais, tais como a redução do espaço e do tempo da informação.

Da mesma forma e em proporção simétrica, condicionou o sistema econômico a uma política capitalista, em que a dominação ideológica entre classes e a pretensão de controle social²³ pelo governo do cárcere torna cada vez mais clara a exclusão dos *outros* integrantes da subalternidade social.

Ainda na esteira marxiana, Michael Foucault preconiza que os operadores da dominação social somente apóiam uns aos outros e não estão interessados na efetiva defesa da sociedade, mas sim, na soberania de seus poderes intrínsecos²⁴.

²⁰ “Exemplo relativamente recente do que acabamos de afirmar a respeito da preservação dos direitos civis envolve a luta contra o terrorismo internacional, em que os Estados Unidos, mas também outros Estados europeus, têm conduzido a sua política internacional na direção de uma repressão mais rigorosa aos delitos políticos e, por consequência, ao cerceamento dos direitos humanos”. (FREITAS, Ricardo de Brito A. Op. cit., p. 177).

²¹ BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 23. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1998. p. 97-109.

²² Idem, ibidem, p. 106.

²³ No sentido complementar: “A tese da lei como ‘expressão direta’ dos interesses das classes dominantes, que controlam os meios de produção material e de reprodução ideológica da sociedade, permite definir o comportamento da classe trabalhadora e dos marginalizados sociais normalmente como crime, porque se opõe aos interesses das classes dominantes e à lei que expressa esses interesses. O crime é, simultaneamente, produto das estruturas econômicas e políticas do capitalismo e evento proto-revolucionário, como desafio às relações de propriedade existentes, ou forma de manifestação da violência pessoal dos marginalizados sociais contra o poder organizado das classes dominantes, representadas pelo Estado, que legaliza a violência de classe dos criminosos reais que estão no poder.” (SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris e ICPC, 2008. p. 28).

²⁴ FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 51.

A conduta da classe dominante, na era pós-moderna, frente à própria violência de mesma categoria, ameaça o Estado Social e Democrático de Direito, pois a efetiva pretensão é voltar à máxima exclusão social na camada mais excluída e extrair os *incômodos* sociais. De outro lado, a demolição dos direitos e das garantias fundamentais, expressados na Constituição e nos tratados de direitos humanos, é relativizada a dar azo para uma *nova-velha* pretensão, a tolerância zero com o teleologismo da lei e da ordem. É duas faces da mesma moeda que detém como facticidade o mesmo elemento, segundo cita Alberto da Silva Franco:

[...] a partir do terrível dia 11 de setembro de 2001, uma outra consideração se fez presente: iniciava-se a articulação de um novo sistema com ampla capacidade de antecipação da tutela penal e com grande flexibilização das garantias substanciais e processuais, objetivando a construção de uma legislação penal de luta contra um inimigo sem face e cuja conduta constituiria sempre uma ação surpreendente: o terrorismo. Agora, como antes, revela-se de extrema atualidade a fixação dos pressupostos materiais mínimos da tutela penal sem os quais se atinge, com facilidade, o estágio da repressão total, sem rei nem roque. [...] Se se toma como ponto de partida o Estado Social e Democrático de Direito, não há como imaginar o equacionamento dos conflitos societários sem que haja um controle social capaz de compor regras e comportamentos que visam preservar a coesão social e garantir o convívio pacífico.²⁵

A uniformização de regras sociais, tanto culturais como econômicas, abarca a pretensão da homogeneização dos postulados penais e principalmente, no que condiz respeito ao punitivismo expansionista das sociedades pós-industriais, visando à redução garantista e flexibilizando as regras de imputação e as garantias político-criminais substantivas e processuais²⁶.

Estes elementos integram uma suposta transformação social ideologicamente voltada a uma maior funcionalidade do sistema, tanto no âmbito transnacional como interno dos Estados Soberanos. Diante dessa situação, com isso “[...] dito de outro modo, até mesmo a política repressiva estatal contra a criminalidade tradicional passa a ser, mesmo que não inteiramente determinada,

²⁵ BIACHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. Prefácio: Alberto da Silva Franco. Série: As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 9.

²⁶ NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do direito penal. *Revista de Ciências Penais*. N.º 5. ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 285.

pelo menos parcialmente e indiretamente fixada de fora para dentro, em decorrência dos efeitos produzidos pela ordem capitalista mundial”²⁷.

O capitalismo industrial converte e qualifica o homem hipossuficiente, como explorado pela classe dominante, enquanto que, para a globalização, tal homem é determinado como excluído²⁸, ou seja, em uma categoria própria no sistema penal, é denominado o *inimigo*.

Assim, a globalização, como fenômeno econômico e multifacetário, também incide sobre a macrocriminalidade, bem como sobre a microcriminalidade das massas. Neste aspecto, cabe destacar que a concepção da pena, em sua modalidade clássica, não se apresenta suficientemente abrangente como meio na construção do controle social punitivo na sociedade de risco ou, em outras palavras, a culpabilidade pelo injusto punível se releva insuficiente no contexto dos fins direcionados à culpabilidade do fato.

O desenvolvimento do preceito funcional da pena (ou da pena globalizada) detém diversas faces: primeiramente pode ser considerada como meio de intimidação individual, dirigida ao delinquente ocasional, ou ainda, como instrumento para reintegração social do indivíduo e por último, com a finalidade de neutralização do delinquente que se afastou da esfera cidadã e demonstra-se incorrigível²⁹.

1.2 A sociedade de risco pós-moderna

Cabe destacar, preliminarmente, que geograficamente falando, a sociedade de risco será tratada aqui como elemento preparatório ao direito penal do inimigo, porque é acima de tudo, meio preliminar de admissão da teoria do risco. A era moderna não é pobre no que se refere a catástrofes. O capitalismo periférico, com a sua grande capacidade para a exclusão social e para guerras civis, militares, ideológicas, sempre pautadas no *alter* (no outro) como objeto de neutralização, confere uma perspectiva pós-moderna, fria, desumana, objetiva e racional. Na

²⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Op. cit., p. 181.

²⁸ DIX SILVA, Tadeu A. Globalização e direito penal: acomodação ou indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 1998. p. 93.

²⁹ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 105.

modernidade desenvolvida, cuja finalidade era proteger os seres humanos e o desenvolvimento do nascimento, rebela-se, deixando atuar o tecido social adstrito no perigo³⁰. Este fenômeno ocorre, porque as classes pobres se expandem e acarretam perigo para a coesão do sistema social na perspectiva da autopoiese.

Na sociedade capitalista moderna, o aumento da produção do capital expande os riscos a ela inerentes. Os perigos são distribuídos pela ordem técnico-científica, como um meio de repartição dos conflitos que surgem na relação produtiva³¹. Os fatores de avanço da sociedade - o processo de enriquecimento e a globalização tecnocultural - também acarretam efeitos sobre a própria coexistência humana, determinados como *efeitos secundários latentes* e que incidem sobre bens jurídicos vitais para que o humano exista, tal como é o meio ambiente.

Este processo de modernização não avança a passos lentos dentro dos limites do respeito destes bens, mas ultrapassa essas barreiras, o que consolida uma sociedade perigosa. Afora esses apontamentos, cabe aferir que, dentro da divisão da riqueza e dos conflitos perigosos, existem vítimas sem rosto, populações inteiras flageladas pela exclusão e pela subtração total de riquezas ocasionada pelo capitalismo animalesco da modernidade, flagelos também denominados como ditadura da escassez. Sobre a produção de exclusão social, preconiza Ulrich Beck:

Ambos os <<paradigmas>> da desigualdade social referem-se, sistematicamente, a épocas determinadas no processo de modernização. A distribuição e os conflitos de distribuição em torno da riqueza produzida socialmente se encontraram no primeiro plano perante o pensamento e a atuação dos seres humanos estão dominados, nos países e nas sociedades (hoje, em grande parte do chamado Terceiro Mundo), pela evidência da miséria material, pela <<ditadura da escassez>>. Abaixo estas condições da sociedade da carência se tem e se consoma o processo de modernização com a pretensão de abrir, com as chaves do desenvolvimento técnico-científico, as portas das fontes ocultas da riqueza social. Essas promessas de libertação a respeito da pobreza e da dependência que um mesmo não lhe tenha causado estão na base da efetividade, o pensamento e a investigação com categorias de desigualdade social, e em concreto desde a sociedade de classes, passando pela sociedade de capas, tem a sociedade individualizada.³²

³⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 12.

³¹ Idem, ibidem, p. 25.

³² Idem, ibidem, p. 26.

O risco denota, muitas vezes, a ideia de aventura, o que não deixa de ser. O ser humano pretende, em abdicação da sua existência, incentivar a proliferação ou a expansão da sociedade de risco a cada dia. Temos risco de epidemia (armas biológicas), risco nuclear (ataques terroristas), riscos ambientais (poluição, secas e aquecimento global). Tudo isto são modalidades de risco, determinadas em uma sociedade que doa a sua liberdade, que abdica de sua coexistência saudável e que renuncia à sua condição de ser humano racional, em prol do enriquecimento desvairado e da exclusão social em idêntica proporção.

Anteriormente se expôs sobre a globalização. Qual é a sua relação com a sociedade de risco? A resposta é a *metamorfose social dos riscos*, ou seja, a globalização possibilita que aqueles fatos determinados como não perigosos se tornem perigosos. Por exemplo, se globalmente todos os países exploram petróleo em alto-mar, sem se importarem com os danos ambientais provocados na natureza, a globalização econômica dita o imperativo categórico: *é necessário explorar petróleo em alto-mar, mesmo que cause risco ao meio ambiente*.

Retornando a questão das tensões sociais, existem fontes de lutas e de conflitos que fundamentam e ou são limitados por esses riscos. Podem ser considerados como subprodutos sociais. Isto pode ser afirmado porque – como dito anteriormente – a sociedade de risco acarreta contrastes, pois incentiva a velha ideia de divisão de classes: “No caso limite, amigos e inimigos [...] estão expostos a pressão igualitária dos riscos civilizatórios que se potencializam [...] ademais, obriga a humanidade a unir-se nas situações de auto-ameaças civilizatórias”³³. Deste modo, a sociedade atual se caracteriza como uma sociedade de risco, em que o perigo e o risco envolvem expectativas cognitivas para a ordem social. Na pretensão pós-moderna, o risco volta-se à segurança pública e à exclusão da massa, calcada sempre no ideário de confiança e de expectativa de agir³⁴.

Em um enfoque mais determinado da *expansão do direito penal*, a ideia da sociedade de risco alimenta o preceito de que as maiorias dos membros da sociedade estão expostos à própria sorte. A sociedade de risco tecnológica, com um conjunto próprio de características, converte a sociedade objetiva para uma

³³ Idem, ibidem, p. 53.

³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006.

condição de insegurança constante³⁵. Contrafaticamente, para essa insegurança ser saciada, se faz necessária a segurança cognitiva dos cidadãos³⁶, com comportamentos aderentes tácitos do contrato social³⁷.

Os destinatários do direito penal do inimigo são todos aqueles que negaram a vigência do sistema normativo por suas condutas, capaz de acarretar violação a determinado bem jurídico ou não. Esta assertiva se impõe, pois, para a dogmática jakobiana, bem jurídico e norma jurídica são a mesma coisa.

Neste sentido, o direito penal se legitima materialmente quando existirem leis penais prévias, em especial conforme a Constituição da República Federativa do Brasil. Esta legitimação reside no fato de que as leis penais são essenciais para a coesão social e existência do Estado³⁸. Ainda neste aspecto, as leis penais são tidas como essenciais para a continuidade da configuração social e para a manutenção ou a garantia de estabilidade das normas essenciais para a vida social. Em decorrência disso, ao contrário da concepção usual de bem jurídico-penal, para o funcionalismo, o bem protege, na verdade, as expectativas normativas elementares à coexistência social pacífica³⁹. Logo, o bem jurídico-penal visa à vigência normativa das expectativas decepcionadas.

³⁵ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. Op. cit., p. 28.

³⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 53-66.

³⁷ Neste sentido: “O contrato social de Rousseau, ainda que inexistente enquanto documento firmado por todos, consistente em uma teoria que, entendemos, pode legitimar a existência de um Estado e de uma sociedade civil, pois ao substituir uma concepção de direito natural, veio a legitimar a existência do direito, especialmente do direito penal. O Estado, metaforicamente falando, só existe e tem legitimidade a partir desse contrato e, portanto, não deve atuar contra esta sociedade, pois está a serviço dela e, por isso, tem poderes limitados. Contudo, segundo uma concepção hobbesiana, traidores e rebeldes deveriam ser castigadas por um direito de guerra ou natural, e não com o direito civil ou da autoridade.” (REGHELIN, Elisangela Melo. Op. cit., p. 275). Em sentido complementar: “Enquanto Jakobs não é tão explícito na defesa de utilização do Direito penal do inimigo, Silva Sanchez faz uma defesa aberta dessa concepção, defende a sua já existência, de uma certa forma preconiza a sua utilização como um mal necessário. Vê, inclusive, a legitimação da sociedade através da feitura de uma nova cláusula do pacto social firmado com o Estado, para que esse entre nesse combate como um Direito de guerra. A questão é que ele não fornece uma melhor construção sistemática para explicar teoricamente os mecanismos de funcionamento dessa terceira velocidade.” (LIMA, Flávio Augusto Fontes. *Direito penal do inimigo*. *Direito penal do século XXI. Revista ESMAFE*. Vol. 11. n. 24. Recife: ESMAFE, 2006. p. 138).

³⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoria de la imputacion*. 2. ed. Marcial Pons, 1997. p. 45.

³⁹ “No caso normal do crime, a pena é uma espécie de reparação do dano cobrada coercitivamente na pessoa do criminoso: a pena é oposição – isso é evidente – e infligida de dor, e essa dor deve ser medida de forma que o alicerce cognitivo da norma infringida não sofra com o fato ocorrido. Do ponto de vista dogmático-penal, tanto a oposição quanto a dor são formados previamente no conceito de culpa. Para a pena proporcional à culpa, é suficiente que, em virtude da pena, o fato seja entendido, em geral, como um empreendimento malsucedido; não se trata, sobretudo, da intimidação de outras pessoas com propensão à delinquência: regra geral, o agente não tem que responder por essa propensão ao crime”. (Idem. *Direito penal do inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 46).

Para os direitos humanos, bem como para o neoconstitucionalismo, há formas de insurgência contra a opressão e contra a dominação punitiva do Estado Leviatã⁴⁰. Trata-se do instituto da desobediência civil, em que um sujeito de direitos e de garantias fundamentais ou vários sujeitos de direitos e de garantias fundamentais podem organizar-se para confrontar o autoritarismo estatal. A desobediência civil deve existir como forma de legítima defesa social e não como movimento violento⁴¹. Sobre este aspecto, Giorgio Agamben esclarece sobre a dinâmica e a legitimação da resistência:

Quando os poderes públicos violam as liberdades fundamentais e os direitos garantidos pela Constituição, a resistência à opressão é um direito e um dever do cidadão. Os argumentos são, aqui, exatamente simétricos aos que opõem os defensores da legalização do estado de exceção no texto constitucional ou numa lei específica aos juristas que consideram sua regulamentação normativa totalmente inoportuna. Em todo caso, é certo que, se a resistência se tornasse um direito ou terminantemente um dever (cujo não cumprimento pudesse ser punido), não só a constituição acabaria por se colocar como um valor absolutamente intangível e totalizante, mas também as escolhas políticas dos cidadãos acabariam sendo juridicamente normalizadas. De fato, tanto no direito de resistência quanto no estado de exceção, o que realmente está em jogo é o problema do significado jurídico de uma esfera de ação em si extrajurídica. Aqui se opõem duas teses: a que afirma que o direito deve coincidir com a norma e aquela que, ao contrário, defende que o âmbito do direito excede a norma. Mas, em última análise, as duas posições são solidárias no excluir a existência de uma esfera da ação humana que escape totalmente ao direito.⁴²

É impossível determinar quem são os inimigos objetivos do Estado Soberano, contudo os indivíduos despidos de direitos e garantias fundamentais, podem caracterizar um indicativo de quem são as não-pessoas. Este fator incide em razão de fatos (causalidade de crise), que gera a ruptura de paradigma (garantias fundamentais), ou atribui margem para outros preceitos (direito penal do inimigo). Adota-se, neste postulado, evidente Estado de Exceção como regra permanente.

⁴⁰ Leviatã é escrito em maiúscula, com base no item 'c' do § 1.º da base XIX e § 2.º item 'c' do Decreto n.º 6.583 de 29 de setembro de 2008.

⁴¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 197-199.

⁴² AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 24.

1.3 Funcionalismo como reflexo da globalização e como antecedente do direito penal do inimigo

Na intersecção do *caos absoluto* e do *Estado de Direito*, existe uma zona de intermitência denominada de *Estado de Exceção*. A pós-modernidade, porém e os anseios capitalistas de livre-mercado e de exclusão de projetos sociais, expandem as necessidades de controle punitivo⁴³.

O funcionalismo-sistêmico, matriz inspiradora do direito penal do inimigo, se constrói da necessidade de exclusão, típica de um *Estado de Exceção como regra* ou *normalidade*, ou seja, chega a um direito penal funcionalista para atender às exigências político-criminais da sociedade pós-moderna, com um postulado: *vigência da norma e identidade social*. Carl Schmitt, jurista do nacional-socialismo, em sua “Teologia Política”, citou que “[...] o que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção.”⁴⁴ O principal reflexo do funcionalismo é a flexibilização de regras de imputação e de direitos e garantias fundamentais mínimas:

Nos termos assim expostos entre funcionalização e modernização do direito penal com vistas a uma resposta funcional e eficaz, se se quer, do direito penal, se deve tratar de explicar, também, o relativo à flexibilização das regras de imputação e à erosão do direito penal clássico garantista e voltado aos direitos fundamentais (em sua formulação dogmática), nos termos que, desde sua formulação liberal, o caracterizaram e que, parece, eram irrenunciáveis na confiabilidade absoluta.⁴⁵

A origem etimológica da palavra *funcionalismo* é de efetiva importância para a finalidade de sua adoção. Proveniente do núcleo *função*, que significa ação própria de uma pessoa e daquilo que é funcional, ou seja, eficaz, prático. O indivíduo funcionalista é quem “[...] está de acordo que o homem tem que

⁴³ SCHMIDT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. xi. No mesmo sentido: AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 26-27.

⁴⁴ SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 15.

⁴⁵ Tradução livre deste pesquisador referente a PEREZ ARROYO, Miguel Rafael. La funcionalización del derecho penal. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LII. Madrid: Ministério de Justicia, 2002. p. 507.

cumprir algumas obrigações que produzam utilidade”⁴⁶. Transportando para a realidade funcionalista sistêmica, já com matrizes do sistema social de Niklas Luhmann, *funcionalista* é aquele que detém a garantia de segurança cognitiva de que não violará o sistema, ou seja, encerra o obediente do pacto social, oferecendo garantia cognitivo-normativa para a sociedade de risco.

São os principais traços do funcionalismo: i) percepção meramente normativista, abarcando todo o contexto social; ii) o direcionamento deve se guiar mediante as observações científicas do real, afastando-se dos preceitos não-concretistas e metafísicos, logo a ressocialização e a prevenção geral não detêm conteúdo efetivo e *iii*) a prevenção deve se calcar – *a priori* – na proporcionalidade, contrária à mera retribuição, porém a análise em questão se sustenta no neorretribucionismo, também determinado pela neutralização.

A inserção do funcionalismo está calcada na teoria do rol social⁴⁷, referindo-se ao *status* social dos seres humanos perante a sociedade. Em uma evidente conexão para com o funcionalismo de Niklas Luhmann: “O princípio em que se fundava – e em que ainda hoje segue sustentando-se – é o de que a sociedade reconhece em cada indivíduo uma série de posições das que emanam expectativas sociais”⁴⁸. Perante a autopoiese, a expectativa não é social, mas sim normativa, porque a própria obediência da pretensão da sociedade acarreta a obediência da disposição da norma, ou das expectativas normativas. Isto se afirma porque o ser humano perde a sua subjetividade por esta dinâmica⁴⁹.

Determinada a ruptura paradigmática, bem como a estrutura e influência que o funcionalismo teve em relação à globalização, na sociedade de risco

⁴⁶ Tradução livre deste pesquisador referente a PEREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *El funcionalismo en la sociología actual*. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*. Vol. I. BOGOTÁ: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 120.

⁴⁷ ROCHEFORT, Juan Ignacio Pina. Rol social y sistema jurídico-penal: Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*. V. II. BOGOTÁ: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 39-60.

⁴⁸ Idem, ibidem, p. 43.

⁴⁹ “O sujeito de direito é, claro, um sujeito *soberano*, ou seja, um ser que nasce ‘livre e dotado de razão’, que pode, portanto, governar a si mesmo e submeter a si o mundo dos objetos. Ele é a causa de efeitos pelos quais deve responder, e não o efeito de uma causa situada fora dele. Mas ele só atinge essa liberdade na medida em que permanece um sujeito no sentido etimológico e primeiro da palavra, ou seja, um ser *submetido*, ao respeito das leis (*sub-jectum*: lançado em baixo), trata-se das leis da Cidade ou das leis da ciência”. (SUIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 25.

e no capitalismo tardio, cabe asseverar sobre as fontes que projetam suas ramificações no sistema punitivo.

1.4 Fontes do direito penal do inimigo

Na visão clássica do direito penal, a dogmática é tida como garantia, com o estudo de códigos e de leis, como se códigos e leis constituíssem a magna carta do delinquente. Com a utilização destes pressupostos, pretende esta metodologia clássica a sistematização de conceitos e de princípios (mandamentos de otimização)⁵⁰.

O conteúdo acima exposto engloba os direitos humanos, direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana, exige que sejam adimplidos na maior medida possível em adequação e em simetria para com o menor sacrifício coletivo, consubstanciado na ideia de máxima proporcionalidade. Os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e de facticidade.⁵¹ Adentra a *carta de garantia do delinquente* o âmbito da *reserva do possível*, ou do necessariamente útil.

A complexidade social determina a necessidade da sistematização de expectativas concretas para com os expectadores do sistema social. Coloca-se como expectador, pois o sujeito é objetivado mediante a expectativa cognitiva mínima. As expectativas de comportamento contrafáticas simbolizam um dever-ser social. Para esclarecer, a deontologia, na verdade, pretende a reafirmação da vigência normativa.

O sistema funcional detém como finalidade a assimilação individual e não a pré-exemplaridade difusa. Assim, o sistema penal, por exemplo, serve como

⁵⁰ Nesse sentido: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90).

⁵¹ Idem, ibidem, p. 116-117.

expectativa normativa cognitiva para que o indivíduo não pratique determinada ação ou omissão⁵².

A crítica que se faz ao sistema funcionalista é que a verdade e a validade normativa se limitam a duas possibilidades de reação, o aprender e o não aprender na interconexão para com as expectativas cognitivas, transpondo-se em expectativas normativas cognitivas⁵³. Este movimento acaba por determinar um sistema contrário aos preceitos do Estado Democrático e Social de Direito, pois um modelo autopoiético acarreta objetivação, ou seja, desconsideração do sujeito enquanto destinatário de garantias fundamentais, determinando o crepúsculo da intenção integrador-social do direito e dos limites do jurídico e do antijurídico.

1.4.1 Fundamentos jusfilosóficos do direito penal do inimigo

O ser humano se diferencia dos outros animais pela estrutura do *telos* desenvolvido. É um ser metafísico, além de biológico (restrito aos órgãos e aos sentidos), pois seu universo se projeta no universo das coisas, dos signos e é nas limitações da vida metafísica que a liberdade se desenvolve. Deve-se restringir este direito natural, para que a pacificação social subsista⁵⁴.

Em uma sociedade de comunicação (Habermas), denomina-se direito, o vínculo entre pessoas que possuem direitos e deveres recíprocos⁵⁵. Já em uma comunidade de risco, o cidadão somente se vincula ao sistema social mediante a segurança cognitiva (Luhmann) à base normativa: *finis oboedientiae est protectio*. Aquele que abdica desta confiabilidade apresenta uma conduta predisposta à realização de perigos sociais, determinado como inimigo e como não-pessoa. Esses conceitos são tidos como duais e concomitantes para consubstanciar a exclusão social do inimigo. O direito punitivo ordinatório não seria, *a priori*, uma forma de penalizar o *socialmente perigoso*. Assim, a pena ao inimigo é coação e o direito penal é próprio a esses indivíduos.

⁵² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 65.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a factibilidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 74.

⁵⁴ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. xvii – xxx.

⁵⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 25.

Deste modo, o fundamento do direito penal do inimigo, possui diversos filósofos de sua conceituação e dinâmica⁵⁶.

A coesão social se funda especialmente na subscrição abstrato-política do contrato social, atribuindo a condição de cidadão aos seres humanos. Este postulado – da condição de cidadão – se diferencia daquele que está na esfera cidadã e daqueles que não estão. Logo, “[...] a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rousseau que qualquer <<malfeitor>> que ataque o <<direito social>> deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor”⁵⁷. Neste sentido, cita o filósofo Jean-Jacques Rousseau:

A pena de morte que se impõe aos criminosos quase se pode igualmente considerar: para não sermos vítimas de um assassino toleramos padecer a morte, quando réus de tal crime. Longe de dispor da própria vida nesse tratado, nós cuidamos somente de assegurar, e não creio que algum dos contratantes premedite nesse tempo ir à forca; quanto mais todo malfeitor insulta o direito social, torna-se por seus crimes rebelde e traidor da Pátria, de que cessa de ser membro por violar suas leis e à qual até faz guerra; a conservação do Estado não é compatível então com a sua, deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte que como cidadão. Os processos e a sentença são as provas e declaração de que ele violou o tratado social, e ele não é, por conseguinte, membro do Estado; ora, como ele assim se reconheceu, quando mais não fosse pela estada, cumpre ser isolado dele, ou pelo exílio, como infrator do pacto, ou com a morte como inimigo público; que tal inimigo não é uma pessoa moral, mas um homem, e eis quando o direito da guerra é matar o vencido.⁵⁸

Da mesma forma, Johann Gottfried Fichte assevera que “[...] quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde

⁵⁶ “Fundamentos (filosóficos) do Direito Penal do inimigo: (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o ‘estado comunitário-legal’, deve ser tratado como inimigo (Kant)”. (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal. Revista Ultima Ratio*. Ano 1. n.º 0. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 330, 2006).

⁵⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 25-26.

⁵⁸ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 46.

todos os seus direitos como cidadão e como ser humano.”⁵⁹ Os perigosos ao sistema social devem ser tratados como cabeças de gado e não como pessoas. Inaugura, assim, a teorização da *não-pessoa*, em que os inimigos não detêm a mesma qualidade do criminoso que ainda se encontra na esfera cidadã, fundamentando que o tratamento arbitrário em face ao condenado; determina este ao grau de equiparação a uma coisa, a uma cabeça de gado⁶⁰.

Carl Schmitt, na sua “Teologia Política”, expõe que o momento de encerrar o *Estado de Direito*, é o início do *Estado de Exceção*, zona nebulosa entre o *caos* e a *normalidade*. Quem decide sobre a determinação da exceção é o soberano, e ainda cita: “O caso excepcional, o caso não descrito na ordem jurídica vigente, pode ser, no máximo, caracterizado como caso de extrema necessidade, como risco para a existência do Estado, ou similar, mas não ser descrito com um pressuposto legal”⁶¹. Verifica-se a adequação desta argumentação para com o direito penal do inimigo, em que um caso excepcional – os inimigos – são tratados sem qualquer direito ou garantia fundamental, para supostamente resguardar o Estado de Direito.

Já na obra de Giorgio Agamben, a pena não é uma forma de exclusão ou de retribuição, mas sim, de “[...] segurança da república, ele podia ser declarado pelo Senado *hostis*, inimigo público. O *hostis iudicatus* não era simplesmente assimilado a um inimigo estrangeiro, o *hostilis alienigena*, porque este, entretanto, era sempre protegido pelo *ius gentium*”⁶². Na obra “*Homo Sacer*”, o doutrinador italiano expõe a diferença entre o *Caos Absoluto* e o *Estado de Normalidade*, cuja intersecção é o direito de exceção, não deixando de estar contido na regra, mas se aproximando da exceção absoluta, pois a regra necessita da exceção para sobreviver⁶³. E é nestas exceções que residem técnicas punitivas de legitimidade e de humanidade duvidosa, tal como são os campos de concentração.⁶⁴

⁵⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 26.

⁶⁰ Fichte apud MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. Série: Ciência do Direito Penal Contemporânea. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.

⁶¹ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.

⁶² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 122-123.

⁶³ Idem. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 9-36.

⁶⁴ “Resulta daí uma espécie de animalização do homem posta em prática através de sofisticadas técnicas políticas. Surgem então na história seja o difundir-se das possibilidades de proteger a vida e de autorizar o seu holocausto.”⁶⁴ (AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 11).

A visão kantiana de pacificação social é possível ser visualizada levando como base o seguinte imperativo categórico: “Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tornem impossível a confiança mútua na paz futura, como, por exemplo, o emprego no outro Estado de assassinos (percursores), envenenadores (*venefici*), a ruptura da capitulação, a instigação à traição (*perduellio*), etc.”⁶⁵

Os estratagemas desonrosos ensejam projeções de violação de segurança cognitiva mínima, são os extermínios. A guerra, segundo o filósofo, consiste em uma forma de lamentável retorno ao Estado de Natureza. Este seria um modo de restabelecer as regras mediante a exceção.

O pensamento kantiano, por sua vez, condena a guerra de punição (*bellum punitivum*), pois este modelo bélico acarreta ruptura da soberania entre Estados⁶⁶.

Na filosofia hobbesiana, o medo mútuo inaugura o desequilíbrio da coesão social. Segundo o filósofo: “A origem do medo mútuo, em parte consiste na igualdade entre os homens por natureza, em parte pela mútua vontade de se ferirem; decorrendo assim que não podemos esperar dos outros, e nem garantir a nós mesmos o mínimo de segurança [...]”⁶⁷. A conversão dos amigos em inimigos detém como fundamento a cobiça mútua de alguma finalidade, sendo confirmado que é nos pressupostos de desigualdade é onde reside o tratamento belicoso entre seres humanos⁶⁸. Na análise do Estado Leviatã, Thomas Hobbes, no capítulo 28, 11, informa:

Finalizando, não podem ser classificados como penas os danos infligidos a quem é um inimigo declarado. Posto que esse inimigo nunca esteve sujeito à lei e não pode transgredi-la, portanto. Ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando, em consequência, que possa transgredi-la. Portanto, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. Numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. Conclui-se que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado, seja qual for a penalidade prevista à traição, o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Deve,

⁶⁵ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*: um projecto filosófico. Trad. Artur Morão. Covilhão: LusofiaPress, 2008. p. 7-8.

⁶⁶ Idem, ibidem, p. 7-8.

⁶⁷ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 21.

⁶⁸ Idem. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 96-97.

portanto, sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante. As penas são estabelecidas pela lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, se revoltam e negam o poder soberano por vontade própria.⁶⁹

Por conclusão, extraindo o pensamento filosófico-político, cabe firmar que “o Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”⁷⁰. Logo, o direito penal do cidadão detém o fim de manter a vigência da norma, enquanto que o direito penal do inimigo combate o perigo ao sistema social daquele que não oferece garantia de segurança cognitiva mínima.

1.4.2 Das diversas denominações conceituais

A matriz do direito penal do Inimigo encontra a sua gênese no artigo de Günther Jakobs intitulado de "Criminalização no estágio prévio a uma lesão do bem jurídico"⁷¹, publicado no ano de 1985, na *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, no qual o jurista alemão cunhou a expressão *Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht)*. Somente mais tarde, porém, no trabalho de 1999 intitulado "*Das selbstverständnis der strafrechtswissenschaft vor den herausforderungen der gegenwart ihrer zeit*"⁷², e em outros trabalhos posteriores⁷³, é que foi consolidado um conceito próprio do *ius puniendi* excludente. A partir daí, convencionou-se dizer que o discurso de Günther Jakobs se apresenta em duas fases: a primeira datada de 1985, e a segunda, de 1999/2000⁷⁴, das quais resulta uma divisão conceitual.

⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 229-230.

⁷⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30.

⁷¹ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 108-143.

⁷² Tradução auxiliada pelo pesquisador Pablo Alflen da Silva. Confira ainda: BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. Vol. 62. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006. p. 107-133.

⁷³ Compare JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: *Direito penal do inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1-24; no mesmo trabalho: JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo? Uma análise acerca das condições da legalidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 25-52.

⁷⁴ Compare com detalhes de AMBOS, Kai. Direito penal do inimigo. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Panoptica*. n.º 02. 2008, p. 11-12; compare ainda MELIÁ, Manuel Cancio. <<Direito Penal>> do inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 51-80.

A ramificação conceitual, como bem ressaltado por Luís Greco, se deu em três enfoques: i) *conceito afirmativo-legitimador*; ii) *conceito descritivo*, iii) *conceito denunciador-crítico*⁷⁵, finalizando com o iv) *conceito crítico-garantista-desconstrutor*. O principal argumento para a existência do direito penal do inimigo é que, para salvar um sistema punitivo do cidadão, se faz necessária a bifurcação deste para com o punitivismo voltado aos inimigos do Estado de Direito⁷⁶.

Vejamos cada um dos enfoques acima mencionados:

i) O conceito *afirmativo-legitimador* deteve seus liames como a antítese da tese da existência supraconstitucional dos direitos humanos. Tal definição se caracteriza pela denegação da condição de pessoa humana a quem não possui a segurança cognitiva mínima para com a integridade da norma. Assim, são três os vetores: decomposição da pessoa para não-pessoa, segurança cognitiva e norma fissurada. O primeiro elemento consiste na própria mitigação da condição de pessoa humana, desprezando-se totalmente o axioma reitor da dignidade da pessoa humana, constante no artigo 1.º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil. Por outrora, o ideário de segurança cognitiva consiste na aptidão do cidadão ainda não convertido em inimigo, ou que não ocasiona perigo à integridade do sistema normativo. Logo, o pressuposto convertido e legitimador da mitigação da dignidade da pessoa humana não é a segurança, mas sim, a insegurança cognitiva à integridade do sistema. Por último, o perigo de causar a fissura no sistema acaba por encerrar a periculosidade existencial do indivíduo perante a sociedade. Crítica a este conceito vem a ser o próprio conceito de inimigo. Regride o sistema de direitos humanos fundamentais, da condição da pessoa humana, a um modo de excluir o ser humano de sua própria proposição biológica. Os seres humanos deixam de possuir natureza biológica para possuir natureza política, em que imperam os elementos retribucionistas da pena, próprios da filosofia kantiana. É a personalidade potencial e não a material que importa para o direito penal do inimigo⁷⁷.

⁷⁵ GRECO, Luis. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 56, 2005, pp. 80-116.

⁷⁶ Cumprir aqui mencionar a veemente crítica de Jochen Bung, referindo que a concepção de direito penal do inimigo, de Jakobs, é normativamente errônea e conceptualmente inconsistente. Compare BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006, pp. 124-125.

⁷⁷ “É bem questionável se o conceito de inimigo é compatível com a imagem de ser humano da qual parte nosso ordenamento jurídico. Pode-se apontar para a história autoritária de concepções

ii) O conceito *descritivo* é um paradigma, com extrema carga valorativa negativa pela própria denominação *inimigo*. Apesar de Günther Jakobs afirmar que seu posicionamento é meramente descritivo, por ser mensageiro de uma realidade político-criminal, muitas vezes ele se mostra defensor dos preceitos da exclusão social, que contém o direito penal do inimigo. Por um lado, o operador do direito penal do inimigo (*dogmático*), possui suas raízes argumentativas em leis, em que se extrai o *julgar* e o *aplicar* no caso concreto; por outro lado, o *jusfilósofo* investiga, com o uso do método descritivo, a legitimidade da pena frente ao direito penal do inimigo. A crítica que se impõe ao conceito, é justamente pela razão pragmática na carga valorativa da denominação *direito penal do inimigo*, já que este: “[...] pouco nos avança além do que já se obtinha com conceitos como ‘incapacitação’, ‘periculosidade’, ‘criminoso habitual’ etc.”⁷⁸

Logo, tanto na determinação normativa, quanto na valoração dos delitos e das penas, o direito penal do inimigo acaba por perder a sua eficácia, em razão dos próprios conceitos pré-existentes do direito vigente.

iii) O conceito *denunciador-crítico* foi ampliado no estudo político-criminal, denominado: *criminalização no estágio prévio a uma lesão do bem jurídico*. Günther Jakobs referenda o presente conceito, em especial, no que concerne à teoria da impressão, ou seja, na punição da tentativa inidônea. Impugna o fato de o direito penal do cidadão não ser apto a proteger perigos a bens jurídicos. Outra finalidade do direito penal do inimigo é justamente o fato de que ele serve para uma autocrítica de institutos penais, rotulando-os de partidários de um direito penal repressor, anti-humanista, antigarantista e inconstitucional. O conceito em apreço detém a ruptura dos institutos simbólicos e punitivistas, atrelados aos fenômenos expansionistas de uma política criminal repressiva, neoliberal e neocriminalizadora.

iv) Cabe destacar, ao final, o conceito *crítico-garantista-desconstrutivo* de Luigi Ferrajoli, consistindo a argumentação jakobiana na ideia de que a edificação do direito penal do inimigo. Não se trata de uma descrição de um fenômeno, mas sim, uma prescrição eficaz e selvagem (crime) e de uma vingança

fundadas na distinção entre amigo/inimigo. A estigmatização de grupos inteiros de seres humanos como ‘diferentes’, a segregação entre ‘nós’ e ‘eles’ a que estas idéias levam – nada disso promove a necessária atitude de tolerância e humanidade. As incertezas em que estão envolvidas as prognoses de periculosidade são de todo ignoradas pela idéia do direito penal do inimigo, que tampouco leva em conta a possibilidade de que tais prognoses atuem seletivamente e produzam criminalidade que depois dizem combater”. (GRECO, Luis. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 56. São Paulo, 2005, p. 101).

⁷⁸ Idem, ibidem, p. 105-106.

(pena), ou, em suas palavras, “[...] se trata da autolegitimação como direito das práticas contrastantes com o modelo normativo de direito penal em nome da eficiência”⁷⁹. Deste modo, a exposição foi levada ao próprio funcionalista Niklas Luhmann, em indagação segundo a qual o indivíduo seria um subsistema do sistema social. A pergunta não foi respondida por não compreendê-la, mas que implicitamente restou fixado que, em boa filosofia hegeliana – pela qual Günther Jakobs se perfilha – *o que é real é racional*.⁸⁰

O processo civilizatório necessita de um contrato social, o que enseja o mal-estar pós-moderno, já que abdicamos de parcela da liberdade em prol da coesão social. Esse documento político foi tratado expressamente pela primeira vez pelo filósofo Jean-Jacques Rousseau⁸¹, condizendo com ideias de liberdade e de igualdade de *norma* e não do *fato*, como imperativo categórico e não como comprovação.

Logo, a coexistência dos homens necessita da constituição de imperativos categóricos comuns, denominados de contrato social, visando sempre à concretização da vontade coletiva. Nesse pacto político, estarão consagradas as liberdades humanas mais intrínsecas à dignidade da pessoa humana.

O contrato social, deste modo, seria uma solução: “Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça, todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes”⁸². A colocação deste preceito como algo absoluto e regente da sociedade, sem considerar a dignidade da pessoa humana como o seu valor-fonte hermenêutico, acarreta o objetivismo do direito afastado da esfera cidadã. É o viés teleológico do contratualismo, que pretende não a exclusão dos indivíduos, mas sim, a proteção dos direitos e das garantias fundamentais.

Na concepção supramencionada, a vontade geral deve ser obedecida, cuja transmutação ao funcionalismo sistêmico se refere à vigência da norma. A consequência da não aceitação do pacto social é a perda da dignidade da pessoa humana. A viabilização do contrato social é a coesão social, e a expansão da liberdade, inclusive no campo econômico. Neste enfoque, em decorrência da

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 236.

⁸⁰ Idem, ibidem, p. 236-237.

⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁸² Idem, ibidem, p. 31.

globalização é relativizado este preceito e consagrado como contrato de segurança cognitiva, “porque do pacto nu nasce um direito de agir na justiça”⁸³.

O problema da modernidade é a pretensão da utilização do contrato social, como meio facilitador do livre mercado e da coexistência dos indivíduos para com o neoliberalismo e não ao respeito dos direitos humanos. As convenções assumidas pelos homens, em que o Estado é garantidor, acabam no funcionalismo sistêmico punitivo, invertendo a ordem do discurso, em que, hoje, os seres humanos são reificados⁸⁴ para o fim sombrio de garantir a segurança cognitiva do contrato social.

A verdadeira função instituidora do direito é mascarada no funcionalismo, pois as causas de coexistência somente se reportam à vigência da norma e na garantia de segurança cognitiva. Assim, “as lamentações sobre a degradação da coesão social não passam de uma triste máscara quando se empenham em arruinar em toda a parte a função instituidora do Direito e em privar assim os homens de pontos de referência suscetíveis de dar um sentido comum à ação de cada qual”⁸⁵. Trata-se em síntese, do processo reificador.

Afora os fundamentos acima expostos, as distorções e as contradições do direito penal do inimigo, estão consignadas no confronto dialético, entre a soberania do Estado e as garantias fundamentais. Integram assim, o metaconceito de Estado Social e Democrático de Direito, já que este se orienta por

⁸³ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 114.

⁸⁴ Neste aspecto, a filosofia da contracultura de Hebert Marcuse informa: “A crítica à racionalidade técnica direcionou toda a sua obra. Para ele, a instrumentalidade das coisas tornava-se a instrumentalidade dos indivíduos. Em outras palavras, o ser humano era visto como uma coisa, como um instrumento, e não como um indivíduo. Ao invés de o homem dominar a máquina e a tecnologia, como previa a utopia iluminista, era o homem que estava sendo dominado pela máquina e pela tecnologia. As pessoas são transformadas em coisas, reproduzidas em seqüência, massificadas, como produtos saindo de uma linha de montagem. Marcuse denunciou a criação do chamado homem unidimensional: um indivíduo que consegue ver apenas a aparência das coisas, nunca indo até a sua essência. O homem unidimensional é conformista, consumista e acrítico. Ele se acha feliz porque a mídia lhe diz que ele é feliz e, quando se sente triste, vai ao shopping, fazer compras. Para Marcuse, as mudanças só ocorreriam se houvesse a liberação de uma nova dimensão humana. Um princípio básico deveria permear essa nova revolução: a liberdade”. (DANTON, Gian. *O filósofo da contracultura*. Discutindo Filosofia [especial]. N. 6. São Paulo: Escala Cultural, 2008, 9. 26). Confira também: HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciências como “ideologia”*. Trad. Artur Morão. Série: Biblioteca de Filosofia Contemporânea. Lisboa: Edições 70.

⁸⁵ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 135.

critérios seguros de imputação e, com força normativa dos direitos e das garantias constitucionais materialmente previstas⁸⁶.

A privação dos seres humanos quanto à sua condição de pessoa resulta de um processo de inversão discursiva do Estado Social ao Estado Policialesco⁸⁷, da mesma forma o direito punitivo máximo colidirá com o direito penal mínimo⁸⁸⁻⁸⁹. A pretensão do primeiro é que a exclusão social pelo cárcere seja a *prima ratio*, cuja influência da globalização e da sociedade de risco será fonte repressiva. Já o segundo sistema é permeado dos direitos e das garantias fundamentais atrelados à esfera cidadã.

Havendo sistemas distintos, também existirão destinatários diferenciados do direito penal do inimigo, isto ocorre, pois todo cidadão é também pessoa, sujeito de direitos e deveres, bem como de proteção do Estado Democrático de Direito. Logo, um inimigo, não pode ser considerado somente como uma fonte de

⁸⁶ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17.

⁸⁷ Confira também: “Este ensaio aborda a dialética entre o Estado de direito e o de polícia, traduzida no campo penal na admissão, mais ampla ou mais restrita, do tratamento punitivo a seres humanos privados da condição de pessoas. Este tratamento diferenciado provoca uma contradição entre a doutrina penal (e uma certa filosofia política de ilustre linhagem), por um lado, e a teoria política do Estado constitucional de direito, por outro lado, vista que a última não o admite nem sequer numa clara situação bélica, pois implicaria abandonar o princípio do Estado de Direito e passar ao de polícia, que deslizaria, rapidamente, para o Estado Absoluto.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico n. 19. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 9) e também: “Sob o enunciado da ‘proteção’ ofertada aos ‘cidadãos de bem’, oculta-se a impotência dos governantes em face da catarse de conflitos e tensões aos quais eles não podem (ou não estão dispostos a) responder através de uma justificativa meramente retórica à opinião pública, criando uma falsa idéia de unidade diante de um inimigo interno personificado na figura do ‘outro’: selecionando entre os membros dos setores socialmente vulneráveis”. (ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*. Palestra proferida no 1.º congresso Paranaense de Criminologia, realizado em novembro de 2005 em Londrina).

⁸⁸ MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2008, p. 83-106.

⁸⁹ Confira a doutrina da Luigi Ferrajoli: “Denomino a estes dois extremos ‘direito penal mínimo’ e direito penal máximo’, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. Entre os dois extremos, como se viu existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo. Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar, com sua separação, a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos. Assim veremos, na quarta parte, como, em contraste com os princípios garantistas do modelo SG estipulados de maneira mais ou menos rigorosa em nossa Constituição, nossas leis ordinárias e ainda mais nossas práticas judiciais e policiais, admitem o fato de figuras de responsabilidade penal sem uma ou sem várias das garantias citadas.” (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 101-102).

perigo, muito menos como um entorno perturbador, mas sim, designado ao conceito de *persona*⁹⁰.

O direito penal, dentro de um Estado Social e democrático, tem que respeitar o *status* de 'pessoa' a todos os indivíduos já como realidade física; melhor dito, *a personalidade não é uma construção jurídica*, não pode depender de um reconhecimento social, senão de uma mera existência; por isso já uma distinção entre 'pessoa' e 'indivíduo' leva a relativizar os direitos humanos para um grupo de sujeitos; e ele a um 'Direito penal do autor'. A noção de 'Estado de Direito' não admite que se diferencie entre sujeitos com distintos níveis de respeito aos quais se dê distinto nível de proteção ou que para eles o Estado admita exceções (nem sequer para situações extremas).⁹¹

Assim, há o escambo da garantia cognitiva pelas garantias fundamentais, quase que uma forma compensatória para o indivíduo cidadão obedecer à vontade soberana, ou a submissão àquele que determina sobre o Estado de Exceção como Regra⁹². Finalizando a ideia do escambo da garantia cognitiva para com as garantias fundamentais, Jean-Jacques Rousseau afirma que cada indivíduo coloca-se em direção da vontade geral, significando um fragmento de um todo, cujo conjunto designará a totalidade⁹³.

⁹⁰ RIBEIRO, Bruno de Moraes. Defesa social, ideologia do tratamento e o direito penal do inimigo. *Revista de Ciências Penais*. Ano 3. n. 3. julho-dezembro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2006, p. 213. Confira também: "O conceito 'direito penal do inimigo' tem um viés positivo, quando utilizado como categoria analítica ou em sentido crítico, com a intenção de denúncia de uma ordem jurídica que trata um cidadão penalizado não como cidadão penalizado – mas como 'inimigo'. Se o conceito for utilizado em sentido afirmativo, cai numa perigosa retórica política, porque se aproxima da sugestão de que, para o combate ao inimigo, (quase) tudo é permitido ao direito penal. E porque a definição do 'inimigo', como ensina a experiência histórica, não pode ser controlada na práxis da persecução estatal de grupos de pessoas. No discurso político-jurídico, deve-se renunciar ao conceito". (NEUMANN, Ulfrid. *Direito penal do inimigo*. Trad. Antonio Martins. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2007, p. 176).

⁹¹ Tradução livre deste pesquisador referente a VÁSQUEZ, Manuel Banto. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Vol. 18. Lima: IDEMSA, p. 34-35, 2006.

⁹² "Soberano é quem decide sobre o estado de exceção". (SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7).

⁹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 32.

1.4.3 Elementos expansionistas do direito penal como nascimento do direito penal do inimigo

Em uma visão proveniente de Jesus-Maria Silva Sanchez, as sociedades na era da pós-industrialização, globalizante e cujos limites geográficos e políticos se encontram mitigados pela integração supranacional, acabarão por conduzir a modificação da estrutura básica da teoria do delito e da lei penal. Este aspecto, em especial no que concerne às garantias formais e materiais do direito penal adjetivo e substantivo, acarretará a flexibilização das regras de imputação e do sistema de direitos e garantias fundamentais que consagram o neoconstitucionalismo, contradição própria da neocriminalização (expansão)⁹⁴.

Por outro lado, o fenômeno em questão reporta-se à conclusão de seus liames com uma conexão lógico-objetiva para com o direito penal do risco: “na evolução atual, tanto do Direito Penal material, como do Direito Processual Penal, pode constatar-se tendências que, em seu conjunto, fazem aparecer no horizonte político-criminal os traços de um «Direito penal da colocação em risco» de características antiliberais”⁹⁵.

Assim, as finalidades político-criminais dos tipos penais não se reduzem ao utilitarismo neutralizante calcado em preceitos de clamor social. Mas encerram um *janus bifronte*, em que um lado está voltado à dignidade da pessoa humana e o outro para com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, preservando, dessa forma, a condição de pessoa humana do cidadão.

1.4.3.1 Simbolismo: a ideia de inflação repressiva e a intervenção mínima

Para se falar em simbolismo, faz-se necessário asseverar o conteúdo do que é intervenção mínima, já que aquele é a outra face deste.

A ideia de intervenção mínima fica caracterizada como a exigência da atuação do *ius puniendi*, para a defesa de bens jurídicos aptos à coexistência pacífica dos homens. O caráter secundário do direito penal consolida o princípio em análise, restando a outros ramos do direito a resolução de conflitos.

⁹⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas. 1999. p. 63-64.

⁹⁵ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 56-57.

Logo, o direito penal somente atuará na proteção de bens jurídicos, cuja tutela por outros ramos do direito se tornou ineficiente. Por isto, se denomina o direito penal de a *ultima ratio legis*, ou a última razão legal⁹⁶.

Inflaciona-se, então, o postulado de que o direito penal deve ser a última forma, ou o modo subsidiário de controle social, sem conteúdo de prevenção geral negativa ou de educação social, com força intimidativa e de caráter pedagógico-coercitivo. A este fenômeno legislativo denomina-se *inflação legislativa*⁹⁷. Neste sentido assevera Winfried Hassemer:

Nessas áreas, espera-se a intervenção imediata do direito penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do direito penal é simplesmente cancelado para dar lugar a um direito penal visto como "sola ratio" ou "prima ratio" na solução social de conflitos: a resposta surge para as pessoas responsáveis por essas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas.⁹⁸

O postulado do *status libertatis* é, acima de tudo, metaconstitucional, está acima de qualquer contrato social, pois toda a forma de restrição de liberdade é, contudo, uma forma de violência. Essa conceituação consiste em uma construção da ideia crítica de sanção penal, em que o ato de um ser humano contra outro, somente deve ser tido como legítimo quando estritamente necessário. O princípio em análise reporta-se ao postulado de sanção social, em que "a lei humana tem dupla característica de ser utilitária e necessária: o que é exatamente o oposto de uma lei moral, que comanda sem móvel uma vontade livre"⁹⁹.

⁹⁶ Na literatura brasileira, compare PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 81.

⁹⁷ Nesse sentido: "Apesar de o princípio da 'intervenção mínima' ter sido consagrado pelo iluminismo, a partir da Revolução Francesa, 'a verdade é que a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, ao ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais. Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal mas a sanção criminal que acaba perdendo sua força intimidativa diante da 'inflação legislativa' reinante nos ordenamentos positivos" (PRADO, Luiz Regis; BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios Fundamentais do Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 15. São Paulo, p. 81-88, 1996).

⁹⁸ HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 30.

⁹⁹ GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da idéia de sanção*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 47.

Neste aspecto, cabe destacar a influência da teoria dos fins da pena sobre a égide de um direito penal do inimigo. A intervenção penal sempre é investigada sob o pressuposto da necessidade e da legitimidade, sem os quais não haveria validade e eficácia do *ius puniendi*.

A finalidade da pena bifurca-se em duas posições dominantes: i) *modelo conservador*, calcado na repressão, retornando a uma visão kantiana, em que a pena deve ser retribuição, então tanto a justiça quanto a sanção, detêm natureza retributiva e fundamento na ideia de prevenção geral negativa, ou de cunho intimidatório; ii) *visão garantista*, em que, com inspiração humanista, defende-se o direito penal mínimo e sua mínima intervenção, recepcionando o sistema punitivo como carta secundária para a tutela dos bens jurídicos, fundamentada na ideia de prevenção especial positiva ou de cunho ressocializatório. O direito penal do inimigo retorna ao ideal de pena como coação¹⁰⁰. Logo, a teoria da prevenção geral negativa de Günther Jakobs recepciona uma ideologia retribucionista antecipada.

O simbolismo¹⁰¹, consistindo no uso do aparato punitivo estatal, não detém o objetivo de resolução de conflitos, ou a tutela de bens jurídicos, mas identificação prévia dos potenciais *não-pessoas*¹⁰² e a *exclusão* deles mediante um instrumento chamado pena (*coação*).

Levando como matriz, a ideia de que o direito penal do inimigo recebe roupagem de efeito simbólico, contrário aos ditames do Estado Democrático

¹⁰⁰ “A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque à sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portando, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa, pois, se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.” (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 22).

¹⁰¹ Neste sentido: ANJOS, Fernando Vernice dos. *Direito penal simbólico e finalidade da pena*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 171, p. 2-3, fev. 2007.

¹⁰² “(a) Prevenção de perigos em lugar de estabilização normativa. Segundo a concepção teórica de Jakobs, a pena no direito penal regular (direito penal do cidadão) não serve nem à retribuição no sentido das teorias ‘absolutas’, nem a impedir futuros delitos. Como ‘contradição’ ao delito, ela visa antes à manutenção da confiança na norma, ameaçada pelo ato que a transgredir. Neste sentido, a pena é um ‘meio de interação simbólica’ (Jakobs, 2004a: 88). Resultados preventivos desempenham na concepção original de Jakobs apenas um papel secundário: efeitos de intimidação seriam talvez desejáveis ‘adicionais da pena’ – mas não seria ‘a função da pena causar esses efeitos’ (Jakobs, 1991: 1/16). Em trabalhos mais recentes, no entanto, a perspectiva da intimidação sofre uma revalorização; Jakobs diferencia já parcialmente entre funções manifestas da pena – de confirmação da estabilidade normativa e, com isso, da identidade social – e funções latentes de profilaxia de delitos através da influência sobre a motivação de potenciais autores (Jakobs, 2000: 50)”. (NEUMANN, Ulfrid. *Direito penal do inimigo*. Trad. Antonio Martins. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol 69. São Paulo, p. 165-166, 2007).

de Direito, seria, então, numa análise prévia da teoria dos fins da pena, ilegítimo. Assim, inclusive, tem referido Eduardo Demetrio Crespo, dizendo que “[...] o direito penal do inimigo [...] é consequência do emprego simbólico do direito penal, entendido como tal, de modo geral, aquele que persegue fins distintos da proteção de bens jurídicos no marco constitucional, e da própria crise do Estado de Direito”¹⁰³.

Se a própria concepção social de sanção determina o postulado da necessidade e da utilidade, não há que se fundamentar a neutralização e a exclusão dos fins da pena (*medida excludente de seguridad indeterminada*), que pretende o direito penal do inimigo.

A ausência de segurança cognitiva¹⁰⁴ vincula o postulado de que a *não-pessoa* é proibida de se submeter ao direito penal mínimo. Em contrapartida, o princípio da *ultima ratio legis*, não admite, em grau de *conatus remotus*, a punibilidade já que haverá, naquela conduta eloquente do *ius puniendi*, uma espécie de fetichização do direito penal em forma de fórmula absoluta de resolução de conflitos.

1.4.3.2 Punitivismo

O conteúdo de perversão - ou até mesmo de subversão -, que detém o conceito político-criminal de *inimigo*, no mais ávido clamor da exclusão social enseja os auspícios mais sublimes das obscuras sombras da referência subumana. Engloba o discurso da opressão e da dominação. Do próprio direito penal do inimigo, como característica da desinstitucionalização dos direitos e das garantias fundamentais.

¹⁰³ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Do 'direito penal liberal' ao 'direito penal do inimigo'*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Vol 1. Trad. Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12-13.

¹⁰⁴ “Os inimigos são indivíduos cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro e não apenas incidental, em relação ao Direito, e, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude. As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não ocorrem no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, mas naquelas que são na verdade a expressão e o expoente da vinculação desses indivíduos a uma organização estruturada que opera à margem do Direito, e se dedica a atividades ‘delituosas’.” (GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Érika Mendes de Carvalho e Luiz Regis Prado. Série: Ciência do Direito Penal Contemporânea. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82-83).

Conforme dito anteriormente, o direito penal do inimigo, portanto, nada mais é do que o fruto da concepção de dois pólos fenomenológicos da expansão criminal: o simbolismo e o punitivismo.

Assim, uma das consequências do direito penal do inimigo é, justamente, a desinstitucionalização da sanção penal. Não se prevê, normativamente ou sob a égide do princípio da legalidade, a limitação de sanção penal, suprimindo uma segurança constitucional que o princípio do *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, scripta, stricta e certa* consagra¹⁰⁵.

A mitigação da legalidade estrita pretende excluir, de forma arbitrária e discriminatória, os subversivos ou também denominados inimigos do povo, pois o ser humano não é mais ontológico-biológico, mas sim, objeto da coação do ser biopolítico (Leviatã). Esta é a visão da expansão das punições. Ao que parece ser a lógica: o simbolismo como a expansão dos delitos e o punitivismo como a expansão das penas, o primeiro com a função de predeterminar e o segundo para encerrar sua função de exclusão social.

O fim a que se dirige a desinstitucionalização da pena¹⁰⁶ (ou não previsão dos limites legais da pena) é justamente a máxima retribuição, com fins de neutralização, logo, a prevenção especial e negativa no contexto do direito penal do inimigo. Neste aspecto, cita Luigi Ferrajoli:

¹⁰⁵ “A segurança jurídica postula o princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos, ou seja, a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de *princípios jurídicos de norma jurídica* concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, conseqüentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito. O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas idéias fundamentais. A primeira é a da exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a *exigência de densidade suficiente* na regulamentação legal, pois um acto legislativo (ou um acto normativo em geral) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (=densa, determinada) não oferece uma *medida* jurídica capaz de: (1) alicerçar *posições* juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma *norma de actuação* para a administração; (3) possibilitar, como *norma de controle*, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 258).

¹⁰⁶ “Además de ser proclive a la desinstitucionalización, el derecho penal de enemigo, em el estudio de Jakobs, también puede concebirse como una forma institucional o institucionalizada de derecho, fundada empero en la *exclusión*. Por eso afirma el autor: ‘es verdad que el procedimiento para individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de la exclusión: los individuos son actualmente no personas’. (APONTE, Alejandro. *Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 51. São Paulo, 2004, 23).

O projeto disciplinar encontra-se quase sempre articulado, na literatura correcionalista, segundo ambas as finalidades da prevenção especial, vale dizer, aquela *positiva* da reeducação do réu e aquela *negativa* da sua eliminação ou neutralização, as quais se frise, não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependentemente, corrigível ou incorrigível, dos condenados. Esta duplicidade de fim, positivo e negativo, é comum a todas as três orientações nas quais é possível distinguir, com base nas suas motivações filosóficas e políticas, as diversas teorias da prevenção especial, ou seja, desde as doutrinas moralistas de *emenda* àquelas naturalistas da *defesa social*, bem como àquelas teleológicas da *diferenciação* da pena. Por mais diversas e até mesmo antitéticas que possam ser as matrizes ideológicas, todas estas orientações dizem respeito não tanto ao crime, mas ao réu, não aos fatos, mas aos seus autores, diferenciados segundo as suas características pessoais antes mesmo que pelas suas ações delitivas. Ademais, cultivam um programa comum que, de maneira iníqua, concorda com as suas premissas éticas, deterministas, ou pragmáticas, vale dizer, o uso do direito apenas para prevenir delitos, mas também para transformar as personalidades desviantes por meio de projetos autoritários de homologação ou, alternativamente, de neutralização das mesmas mediante técnicas de amputação e de melhoria social.¹⁰⁷

O punitivismo, propriamente dito, é a conduta estatal de ampliação das penas já existentes, enrijecendo-as, ou ainda, a criação de novas normas incriminadoras e, por sua vez, de novas sanções penais. Assim, têm-se, quantitativamente e qualitativamente, penas mais severas, ampliando o grau de reprovação e em escala linear de exclusão social de seres humanos.

Em um ambiente político-criminal, há a *esquerda punitiva*, que defende os processos de descriminalização, e a *direita*, que afirma a necessidade da macrocriminalização de indivíduos. Desse modo, os paradigmas quase esquecidos no tempo da retaliação retornam, tal como o fenômeno político-criminal da *lei e da ordem* e do pressuposto da inocuidade como efeito da pena¹⁰⁸.

Logo, pode-se dizer, perante o punitivismo, que há uma crise dos fins da pena, onde deveria imperar a pena socialmente justa, necessária, não segregando indivíduo a um pressuposto coisificado de exclusão social integral e total, em decorrência de delitos sem ofensa efetiva ou de perigo abstrato ao bem jurídico.

O direito penal é, acima de tudo, calcado em uma determinação materialista-histórica, pois, apesar de ser fenomenológico (verifica os pressupostos

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 246-247.

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 60-64.

sociais influenciadores de tais políticas criminais), também não se afasta da ideia da inspiração de que há uma existência humana histórica que o influencie.

1.5 Teoria dos fins das penas como fundamento ou fonte do direito penal do inimigo

As duas grandes correntes das teorias dos fins da pena estão ligadas ao absolutismo (*punitur quia peccatum est*), ou seja, pune-se porque pecou; ao relativismo (*punitur ut ne peccetur*), pune-se para que não peque e ao ecleticismo (*punitur quia peccatum este et ne peccetur*)¹⁰⁹, pune-se porque pecou e para que não peque. A primeira vertente é inspirada na filosofia política de Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Em contrapartida, o ideal das teorias relativas é racionalizar, com justiça e de modo analítico, a visão multifacetária das penas. Com efeito, o neorretribucionismo¹¹⁰ acaba sendo uma nova roupagem do retribucionismo, mas voltado e ligado à teoria eclética.

No presente tópico, cabe referir que a exposição da teoria dos fins da pena possui a sua necessidade e relevância, pois é com o uso do preceito de

¹⁰⁹ “Sob a rubrica de ‘teorias legitimadoras, são aqui consideradas as diversas formulações teóricas justificadoras do direito de punir, as quais podem ser resumidas em três conhecidas máximas: *punitur quia peccatum est*; *punitur ut ne peccetur*; *punitur quia peccatum est et ne peccetur*. Respectivamente; pune-se porque pecou (teoria absoluta); pune-se para não peque (teoria relativa); pune-se porque pecou e para que não peque (teoria mista)”. (QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 9).

¹¹⁰ Como expositor da teoria eclética: “Predominantes, na atualidade, buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada – com os fins de prevenção geral e de prevenção especial. O que se observa é que a idéia de retribuição jurídica, reafirmação da ordem jurídica – num sentido moderno e secular da palavra -, não desaparece, inclusive se firma como relevante para a fixação da pena *justa* que tem na culpabilidade seu fundamento e limite. De certa maneira, conjugam-se expiação (compensação da culpabilidade) e retribuição (pelo injusto penal). Na verdade, o termo técnico apropriado, mais consentâneo para exprimi-la, vem a ser *neo-retribuição* ou *neo-retribucionista*, e não propriamente *retribuição*, já que tem fundamento *próprio*, diverso da noção clássica, e *relativizado*. De acordo com esse direcionamento, assevera-se que a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração”. (PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista de Ciências Penais*. Vol. 00. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2000. p. 154-155.

fidelidade normativa¹¹¹ que se imbrica a *prevenção geral positiva*, consagrada em toda a estrutura do funcionalismo penal sistêmico de Günther Jakobs. Reside, assim, o direito penal do inimigo nesta ramificação de prevenção, para fins de atribuição do dever de obediência e de garantia à integridade normativa. Esta forma de expectativas do sistema social recebe, como missão, o conteúdo inibitório mediante a conduta daquele que se afastou da esfera cidadã e, agora sofre a consequência jurídica, ou seja, a coação (pena)¹¹².

Rompe-se, na sociedade pós-industrial, após o choque do 11 de setembro, a determinação social pautada na comunicação, fixando o novo epicentro da análise da imputação e da defesa da sociedade, a teoria da *vigência normativa*¹¹³.

O fim da pena pública não é matéria nova na ordem do dia. Outros autores já se preocupavam quanto à sua discussão, à sua legitimidade e funcionalidade. Ocorre que, na era da pós-modernidade, da criminalidade macro ofensiva e do direito penal da exclusão, a teoria da finalidade da pena recebe novas roupagens, tendências e direcionamentos. Não são mais voltados aos direitos humanos fundamentais de conteúdo libertário ou excludente, dominador ou coercitivo, repressor ou socializador. A pena obedece ao comando da sociedade, aos seus paradigmas, como já restou fixado no capítulo 1, e é mutável em decorrência da necessidade de novo paradigma¹¹⁴.

¹¹¹ “Fidelidade à constituição significa assim fidelidade a uma sociedade na qual o acordo de todos os parceiros livres e iguais é alcançado independentemente de imposição ou manipulação.” (BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida*. Trad. Roberto Muggiati. São Paulo: Jorge Zahar, 2004. p. 85).

¹¹² JAKOBS, Günther; MÉLIA, Manuel Cancio. Op. cit., p. 22.

¹¹³ “O título é algo interligado de meu pensamento resultante do intento de vincular nele os problemas relacionados a eles, porém que só se tratam atualmente em separado. Em primeiro lugar, trata-se da habitualmente chamada teoria dos fins da pena, e, em segundo lugar, do fim da proteção do conjunto do <<aparato pena>>. O esboço das reflexões a efetuar é o seguinte: o fato significa uma rebelião contra a norma, e a pena rechaça essa rebelião; ao mesmo tempo, mediante a dor que aquela inflige, se elimina o risco de uma erosão geral da vigência da norma: isto se chama <<prevenção geral positiva>>. Essa conclusão da primeira parte pré-configura já a que deriva da segunda: o decisivo é a proteção da vigência da norma. Para uma ulterior fundamentação se exporá que a tese da proteção de bens jurídicos, ao tomar como ponto de referência um bem, se dá um ponto de partida errôneo; pois o Direito é uma relação entre pessoas, somente através destas também entram nas ações dos bens”. Tradução livre deste pesquisador referente a GÜNTHER, Jakobs. *Sobre la normativación de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 47-48).

¹¹⁴ “[...] naturalmente, aqui sempre se deu uma relação já na medida em que o fim de uma pena que (ao menos também) tem de retribuir o delito, pressupor uma reprovação da culpabilidade, em torno do qual, por seu lado, gira a teoria do fato punível por todas suas partes.”¹¹⁴ (STRATENWERTH, Günther. ¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2007. p. 55).

1.5.1 As teorias absolutas

O axioma que fundamenta a existência da pena é a consequência natural para determinado delito-pecado. As teorias absolutas da pena (*quia peccatum*) detêm seus principais defensores inspirados nas obras de Immanuel Kant¹¹⁵ e em Georg Wilhelm Friedrich Hegel¹¹⁶. A epistemologia adotada é o método tão somente dogmático, com inspiração ao retribucionismo. A matriz abstrata das teorias absolutas é a *lex talionaris*, ou também denominada lei da retaliação, por isto o seu conteúdo retributivo. Hoje, em tese, não se admite mais o absolutismo da pena, não em pleno desenvolvimento constitucional, em consideração ao Estado Democrático e Social de Direito. Por outro lado, a sua finalidade legitimante consta na ideia de que a retribuição penal é um modo operativo de resolver os conflitos sociais e manter a coesão social¹¹⁷.

1.5.1.1 O modelo kantiano de retribuição moral

A inspiração kantiana tem origem na obra "A Metafísica dos Costumes", cuja orientação é norteadada por um preceito moral universal. Do mesmo modo, se as leis (normas) pretendem a constituição de uma *praxis* universalizadora (ética)¹¹⁸ ou, segundo o próprio filósofo, "uma lei (moralmente prática) é uma

¹¹⁵ KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Col. Fundamentos do Direito. 2. ed. Trad. Edson Bini. Ícone: São Paulo, 1993.

¹¹⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Col. Fundamentos do Direito. Ícone: São Paulo, 1997.

¹¹⁷ Sobre a fidelidade ao direito, com muita propriedade diz Günther Stratenwerth: "Para os representantes da pura retribuição da culpabilidade, está proscria, naturalmente, toda concessão ao funcionalismo, qualquer que seja a sua espécie. No entanto eles não desejam completamente intacto o pensamento orientado aos fins concretos da pena, resolvem o problema a sua maneira, no sentido de uma harmonia preestabelecida. Assim, por exemplo, Ernest Amadeus Wolff assegura que a 'fidelidade ao direito' da população poderia se fortalecida somente por uma condenação que se expresse como compensação justa do fato culpável, ainda quando se vê que as expectativas reais de sanção poderiam sobrepor-se completamente à medida da pena adequada à culpabilidade, como também estar por debaixo dela. Que a fidelidade do direito é definida de modo sensivelmente normativo, como a aquisição permanente da compreensão real." (STRATENWERTH, Günther. Op. cit., p. 58). No mesmo sentido: "Segundo o exposto anteriormente, um importante setor da doutrina atribui à pena uma finalidade de prevenção geral positiva ou integradora: através dela assegura-se a confiança dos cidadãos na validade da norma, justificando-se sua imposição por sua utilidade social, isto é, por sua funcionalidade para o sistema. Tal concepção abandona o aspecto negativo da prevenção geral como intimidação e apenas de forma secundária vislumbra, na pena, finalidades preventivo-especiais. A legitimidade da pena radica no fomento e robustecimento social da confiança na vigência normativa". (CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 347).

¹¹⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 40.

proposição que contém um imperativo categórico, uma ordem”¹¹⁹, desta maneira, a violação de normas merece uma retribuição com conteúdo e relevância de moralização pública cosmopolita.

A lei se compõe de duas partes, em que, na primeira, a *norma* representa uma ação imperativo-objetiva, encerrando em um *dever-ser*, enquanto que, na segunda parte, determina subjetivamente o indivíduo ao livre-arbítrio de prática dessa ação imperativo-normativa¹²⁰. A liberdade de escolha¹²¹ se determina pelo fato de que a *práxis* individual deve sempre visar à humanidade como um fim e nunca como um meio para alcançar objetivos individuais.

Ainda segundo o filósofo citado: “O direito de punir é o direito que tem o soberano de atingir o súdito dolorosamente devido à transgressão da lei”¹²². A pena jurídica deve ser sempre voltada a quem delinuiu, inaugurando um postulado aplicável até os dias de hoje, denominado *princípio da pessoalidade ou personalidade da pena*. Reafirma o axioma que *mais vale* a morte de um só homem que o prejuízo de toda a coletividade. A finalidade da pena não é só uma retribuição física ou econômica, pois a pena deve atingir o mais profundo sentimento humano, de tal forma que retribua moralmente o mal praticado. Exemplo a ser citado é o de que, se um indivíduo pratica injúrias e esta é apenada com multa, e o mesmo possuir condições econômicas favoráveis para cumprir tal multa (um milionário), a pena não atingirá seu efeito moral desejável.

A pena precisa constituir instrumento inafastável e incondicional que se transmute ao pressuposto de dominação e de institucionalização estatal, segundo Emmanuel Kant:

Se a sociedade civil chega a se dissolver por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça.¹²³

¹¹⁹ Idem. *Doutrina do direito*. Col. Fundamentos do Direito. 2. ed. Trad. Edson Bini. Ícone: São Paulo, 1993. p. 42.

¹²⁰ Idem, *ibidem*, p. 30.

¹²¹ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 77.

¹²² Idem, op. cit., p. 175.

¹²³ KANT, Emmanuel. Op. cit., p. 67.

A crítica dos elementos expostos no pensamento kantiano é, na verdade, a de que o *princípio da igualdade das penas* é injusto, pois deve obedecer às condições pessoais do sujeito praticante do delito para que a pena atinja o seu âmago mais profundo – *a retribuição moral incondicional e não passível de perdão*¹²⁴.

1.5.1.2 O modelo hegeliano de retribuição jurídica

Apesar de partidário e defensor da pena de morte, ao contrário de Emmanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel defendia que a pena deveria servir como retribuição jurídica dialética ao crime cometido. Deste modo, consiste o crime em violação do direito, devendo este ser restaurado mediante a retribuição jurídica, demonstrado mediante a sua própria reprovação¹²⁵. O direito seria a manifestação da vontade racional (pena) em face do livre arbítrio irracional (crime), pretende a reafirmação da racionalidade. Logo, o direito é a restauração positiva da validade do direito por um processo dialético¹²⁶. Segundo o próprio filósofo:

Como evento que é, a violação do direito, como tal, constitui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, que contém em si uma negação. A manifestação desta negatividade é a negação dessa violação que, por sua vez, entra na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito.¹²⁷

¹²⁴ Sobre o utilitarismo da pena: “O direito de *perdoar* o culpado (*aggratiandi*), de mitigar sua pena ou de perdoo-lo inteiramente, é, de todos os direitos do soberano, aquele que dá mais brilho a sua grandeza e em cujo exercício pode também cometer uma grande injustiça. Com relação aos crimes dos súditos uns contra os outros, o direito de graça não toca ao soberano porque então a impunidade do crime seria uma grande injustiça cometida contra os súditos que sofreram lesão. O soberano não pode, pois, indultar senão no caso em que a lesão tenha sido feita contra *ele mesmo* (nos crimes de lesa-majestade). E neste caso tampouco teria direito caso a impunidade pudesse ser perigosa para a segurança pública. Este direito é o único digno do nome de direito majestático”. (Idem, *ibidem*, p. 184).

¹²⁵ No mesmo sentido: “A teoria absoluta, preconizada por Kant, viria a ser retomada por Hegel (1770-1831), no sentido da justiça da pena em sua própria aplicação. O crime, considerado como violação de um direito, deve ser suprimido por meio da pena, possibilitando, dessa forma, a restauração do direito. Assim, o crime é a negação do Direito, enquanto a pena, como negação do crime, reafirma o Direito. De fato, definir o Direito como algo a ser seguido e respeitado implica, por via de consequência, a possibilidade de ele ser violado. A pena é, assim, a negação da negação caracterizada pelo crime, com o objetivo de reafirmar o Direito e atualizar a justiça. Quando a pena é aplicada, a realidade do Direito reconcilia-se com ela mesma.” (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 98-99).

¹²⁶ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.

¹²⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 103.

Preconiza Georg Wilhelm Friedrich Hegel que o ser humano, tem em vista sua condição de humanidade, está sujeito a ser coagido na sua liberdade. Assim, em caso da utilização indevida de seu livre-arbítrio, será submetido à violência estatal. Isto significa que, apesar da violência e da coação ser isoladamente atos abstratamente injustos, sua relação dialética legitima um ao outro¹²⁸.

O modelo mais próximo ao proposto por Günther Jakobs é o do retribucionismo dialético de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, porém com algumas divergências, conforme Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira citam na obra "Direito Penal do Inimigo":

E, embora Jakobs não seja um *preventivista*, não vemos razão alguma para incluí-lo entre os *retribucionistas* (a aflição de um mal – da pena – pela causação de outro – o crime). Aliás, ele não faz segredo: é tributário da concepção da pena de Hegel, frequente e inadvertidamente enquadrado entre os retribucionistas. Mas há relevantes distinções entre Hegel e Jakobs. Hegel construiu a sua ideia de sanção criminal sobre uma estrutura ética muito bem delineada e dialeticamente articulada. Para ele, à *vontade (livre)*, expressão da *liberdade* (fundamento radical do direito), para ser real há de efetivamente *existir*, de tal maneira que essa existência seja o seu *ser* (ser da liberdade), no plano do conceito. Assim, uma violência ou coação praticadas contra tal existência da vontade implicaria, ainda no âmbito do *conceito*, uma autodestruição, ou seja, o não reconhecimento da liberdade como algo real. Assim, se uma vontade, de livre expressão da liberdade, é coagida ou violentada, essa ação (coação e violência), abstratamente, deveria ser considerada *injusta*. Por isso, se o direito é a afirmação da liberdade, estruturado em um Estado voltado para a realização da ética da coexistência, o injusto, definido como *crime*, é a negação da liberdade, devendo se submeter, por isso mesmo, a uma outra coação, que, do mesmo modo, implique a sua destruição *conceitual*. Daí se afirmar que a pena seria o movimento dialético da reafirmação do direito lesado. O crime, então, não deveria ser considerado um *mal*, mas uma violação do direito. Para Hegel, portanto, o mal não é o crime, mas a *existência real* de uma negação da liberdade, que, sem a pena, continuaria existindo.¹²⁹

A pretensão da pena não deve ser outra senão a justiça - o restabelecimento do direito - caso contrário, haverá o retorno à sua fórmula inata disposta na lei de talião. O ato livre do humano deve ser restringido quando houver a prática do delito, mediante coerção (pena). Esta concepção é resultante de uma

¹²⁸ Idem, ibidem, p. 101.

¹²⁹ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. xvii-xviii.

confusão entre restauração da ordem jurídica violada e, reafirmação da ordem natural lesada.

De modo crítico, Luigi Ferrajoli expõe que a pena não é uma retribuição, muito menos uma reparação e sequer uma reintegração e assevera que é determinante para a dialética hegeliana, que a definição da pena enquanto negação da negação, é capaz de superar a superstição de tal fato acima mencionado¹³⁰.

1.5.2 A teoria neoabsoluta dos fins das penas

Levando como matriz, que a dogmática do direito penal, segundo Günther Jakobs, recebe o modelo do funcionalismo sistêmico. Assim como que, considerando esta perspectiva sociológica inspiradas nas expectativas cognitivas sociais mínimas, garantidoras da não-violação da norma¹³¹, do mesmo modo a pena (consequência jurídica do delito) será observada sob a ótica da funcionalidade de restabelecimento da violação da ordem normativa¹³².

A teoria da prevenção geral positiva que inspira o direito penal do inimigo é a *fundamentadora*, desse jeito, em contrapartida, existe a limitadora. A diferença desta para com aquela é que a segunda limita o *ius puniendi* do Estado, enquanto que esta fundamenta a intervenção penal, pois pena é coação e, sendo coação, “[...] não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa *em direito*, mas contra o indivíduo perigoso”¹³³. São dois pólos, distanciados pelo *maximalismo* e pelo *minimalismo penal*¹³⁴.

É, porém, na obra jakobiana denominada "Sobre a Normativização da Dogmática Jurídico-Penal" que Günther Jakobs expõe, claramente, que a prevenção geral positiva detém, como primado, a proteção das expectativas

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 237-238.

¹³¹ PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el Estado Social Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 120.

¹³² QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 43.

¹³³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 22-23.

¹³⁴ “Partindo ordinariamente das mesmas objeções levantadas pelos abolicionistas quanto à realidade operativa do sistema penal, os assim chamados *minimalistas* entendem, contrariamente àquela perspectiva, que o direito penal é necessário, mas se deve reduzir a um mínimo necessário, a um núcleo absolutamente essencial. É dizer, o direito penal deve se ater àquelas condutas particularmente danosas [...]. Em síntese, o direito penal é um mal, mas um mal necessário, inevitável, que se impõe racionalizar e minimizar.” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 60)

cognitivas mínimas. Atende-se assim, a um critério ético e valorativo do sistema social, voltado a todos os cidadãos e não somente aos transgressores da norma em potência. Segundo a obra em comento:

As coisas são distintas no mundo social: na medida em que as pessoas estejam vinculadas através de normas – de acordo com a concepção moderna, é pressuposto destes também a capacidade de cumprir normas –, se dirige a elas a expectativa de que sua conduta será conforme a norma; porém esta expectativa, que se denomina de expectativa normativa, em caso de violação, não é abandonada, é dever, não se leva a cabo o aprendizado sem que se mantenha a expectativa, praticando a conduta errônea do infrator da norma como causa decisiva da violação. Em um exemplo: quem sofre lesões corporais sem razão alguma não se contenta em ser mais precavido no futuro, sem que insistirá no seu direito a não ser lesionado, é de dever, identificar ao autor como causa de sua violação, exigindo que este seja apenado, e isto significa: que se confirme sua expectativa¹³⁵.

Assim, a prevenção geral positiva, vem considerar a pena como método de estabilização normativa, cuja produção de efeitos positivos seja consubstanciada no fortalecimento da confiança normativa ou estabilização da segurança cognitiva mínima ao direito. Volta-se à pena como meio de reforçar a consciência jurídica da norma e a necessidade de sua estabilização¹³⁶. Seu conteúdo retribucionista não vê a pena como um instrumento de coação psicológica *in abstracto*, mas sim, como reafirmação social da norma e do poder soberano, por via da exemplaridade que oferta o castigo¹³⁷.

São os principais efeitos da finalidade preventiva geral positiva da pena: i) *efeito pedagógico*; ii) *efeito de cooperação* e iii) *efeito de estabilização pacífica da sociedade*. O primeiro detém o conteúdo de aprendizagem, recordando ao autor do delito que a transgressão é intolerável, retornando ao primado da *tolerância zero*. O segundo detém suas raízes no comunitarismo, ou seja, trata-se da confiança recíproca entre os membros do sistema social, caracterizando-se em um verdadeiro organismo, interconectado e funcionalmente dependente. Por último, a

¹³⁵ GÜNTHER, Jakobs. Op. cit., p. 49-50.

¹³⁶ PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista de Ciências Penais*. Vol. 00. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2000. p. 148.

¹³⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 141.

estabilização pacífica da sociedade consiste em que a visão funcional visará o pacifismo, não o estado de beligerância de todos contra todos¹³⁸.

Por outro lado, analisando sua consistência, a prevenção geral positiva nada mais seria que uma função retributiva da pena, calcada na proporcionalidade e em critérios formais de justiça¹³⁹.

Como crítica ao sistema de prevenção geral positiva fundamentadora de Günther Jakobs podem ser extraídos quatro preceitos. O primeiro é voltado para a sociedade e não ao autor da infração penal, logo, fragmenta a ideia de culpabilidade. Sua visão reeducativa ou pedagógica é ideológica, pois o instrumento é a exclusão social e a limitação da liberdade, seja pela coação ou em razão da coerção. E a polifuncionalidade da pena¹⁴⁰ é um *janus* bifronte, em que uma face é voltada à reafirmação da funcionalidade do sistema social (confiança, expectativa cognitiva e vigência da norma) e a outra para a exclusão das não-pessoas. Um segundo preceito que se extrai, é a conversão do direito penal e a pena como *prima ratio* do sistema jurídico, o que viola o caráter subsidiário do sistema punitivo, tanto na órbita lógica, como político e social. Isto significa que o *ius puniendi*, detém o caráter subsidiário, pois existem outros ramos

¹³⁸ “Em havendo grande multidão, se as ações de cada um dos que a compõem forem determinadas segundo o juízo individual e os apetites individuais de cada um, não poderá se esperar que ela seja capaz de dar defesa e proteção a ninguém, seja contra o inimigo comum, seja contra as injúrias feitas uns aos outros. Divergindo em opinião quanto ao melhor uso e aplicação da força, não se ajudam, mas se atrapalham uns aos outros. Devido a essa oposição mútua reduzem sua força a nada. Por isso, não apenas facilmente serão subjugados por um pequeno número que se haja posto de acordo, mas, além disso, mesmo sem haver inimigo comum, facilmente farão guerra uns aos outros, por causa de seus interesses particulares. Se fosse lícito supor uma grande multidão capaz de consentir na observância da justiça e das outras leis naturais, sem um poder comum que mantivesse a todos em respeito, igualmente o seria necessário, no caso, qualquer governo civil, ou qualquer Estado, pois haveria paz sem sujeição”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 128-129.)

¹³⁹ “Entretanto, apesar das distintas vertentes doutrinárias existentes sobre a prevenção geral positiva, pode-se concluir que o seu conteúdo não é nada inovador. Como se esclarece, a chamada prevenção geral positiva está diretamente relacionada com a função retribucionista da pena justa e adequada à gravidade do delito, cuja aplicação implica a reafirmação do ordenamento jurídico. Assim, quando determinados autores afirmam que a pena possibilita ‘a garantia da confiança dos cidadãos na validade da norma’ e funciona como um mecanismo contrafático de restabelecimento da vigência da norma e de descrédito de sua vulneração, faz-se referência, na verdade, à função de exemplaridade da pena justa, isto é, da pena retributiva e proporcional à gravidade do delito. Em síntese, uma pena justificada pela denominada prevenção geral positiva nada mais é do que retributiva, pois que a aplicação de uma pena à infração delitiva perpetrada conduz à realização de seu efeito preventivo estabilizador, de maneira que ‘a mudança de etiquetas não afeta em absoluto o conteúdo da pena, que é reafirmação do ordenamento jurídico, ou seja, retribuição justa’”. (PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista de Ciências Penais*. Vol. 00. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2000. p. 149.

¹⁴⁰ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 61-74.

do sistema jurídico para a pacificação social, tal como os direitos humanos e o direito constitucional¹⁴¹.

O critério social e político do *ius puniendi* resta claro como um *aparato de imposição*, visando o controle social com o uso do governo do cárcere ou da segregação punitiva. O sistema penal somente se justifica em um âmbito conflitivo e não representativo de exemplaridade, como pretende o direito penal do inimigo, pois sua finalidade é a de proteção da esfera do cidadão e não da sociedade abstratamente e formalmente pontuada¹⁴². O terceiro preceito é o conteúdo meramente utilitarista, orientando-se no fato de que a utilização do indivíduo como consecução dos fins sociais, atende a uma finalidade exclusivamente utilitária¹⁴³, desvincilhada da condição e da dignidade da pessoa humana, como determina o valor-fonte imbricado no artigo 1.º, inciso III da Constituição Federal. E, por fim, o quarto preceito é a ruptura da dignidade da pessoa humana, razão primeira de todo o ordenamento jurídico, em especial ao penal, que deve deter suas matrizes ligadas à concepção de culpabilidade e de responsabilidade penal subjetiva, a via reversa da prevenção geral positiva fundamentadora.¹⁴⁴

¹⁴¹ Neste sentido: QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 67-76.

¹⁴² “E, afinal, se não utilizarmos esses instrumentos primários de prevenção e se se ignora toda essa cadeia vastíssima de controle social, não há sequer como saber (e aferir) a efetiva e induvidosa necessidade dessa intervenção ‘extraordinária-subsidiária’. Se é certo que o direito penal só pode intervir quando resulte absolutamente necessário para proteger os cidadãos, não é menos certo que somente é possível seguramente avaliar-se se há, ou não, essa necessidade, num ambiente de valorização e real funcionamento das instâncias primárias de prevenção do crime.” (QUEIROZ, Paulo de Souza. Op. cit., p. 83)

¹⁴³ “Do ponto de vista estritamente finalista que aqui se perfilha, a pena encontra seu fundamento e limite no delito perpetrado, o que significa que deve guardar uma relação de proporcionalidade com relação à magnitude do injusto e da culpabilidade. Não deve lastrear-se, portanto, em considerações exclusivamente utilitárias, relacionadas com sua funcionalidade para o sistema social. Considera-se, nesse diapasão, que a utilização do indivíduo como instrumento para a consecução de fins sociais – de caráter meramente utilitário – pela pena preventivo-geral não respeita a condição do homem como pessoa. A idéia de inserir na estrutura delitiva uma categoria baseada exclusivamente na utilidade social da pena – mais precisamente, em uma análise fundada unicamente em uma ponderação dos custos e benefícios de sua imposição – contradiz o princípio material de justiça, de validade *a priori*, do respeito à dignidade da pessoa humana. Uma categoria assim configurada não pode, de conseguinte, funcionar como um critério seguro para oferecer o fundamento e o limite da pena”. (CARVALHO, Érika Mendes. Punibilidade e fins da pena. *Revista de Ciências Penais*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2005. p. 123-124).

¹⁴⁴ “O princípio da culpabilidade figura como consequência necessária do respeito à dignidade da pessoa humana, dado que ‘a imposição de uma pena sem culpabilidade, ou se a medida da pena supera a medida da culpabilidade, pressupõe a utilização do ser humano como um instrumento para a consecução de fins sociais, neste caso, preventivos, o que implica um grave atentado à sua dignidade’. O postulado de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade – é uma expressão de justiça material própria do Estado de Direito Democrático, delimitadora da

A ruptura de todo e qualquer princípio penal de garantia, destoa como violação da dignidade da pessoa humana. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] a intrínseca ligação entre as noções de liberdade e dignidade, já que, como ainda teremos ocasião de melhor analisar, a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento, de modo geral, constituem uma das principais (senão a principal) exigências da dignidade da pessoa humana.”¹⁴⁵

A prevenção geral positiva acarreta a desconstrução da liberdade e da diversidade dos seres enquanto entes ontológicos. O *Estado de Emergência como Regra* pretende, em decorrência da ruptura paradigmática, a desconsideração dos seres perigosos do seu conteúdo de humanização e do direito à cidadania, também denominado de *direito a ter direitos*¹⁴⁶.

Para a prevenção geral positiva fundamentadora se legitimar, seria necessária a sua harmonização para com os princípios garantísticos da proporcionalidade, da humanização e da ressocialização. Todos estes, por sua vez, estão interligados pelo metaprincípio da culpabilidade, exigência do mandado de otimização da dignidade da pessoa humana, que deve ser atendido na situação fática da maior maneira possível com o menor sacrifício individual.

O pensamento funcionalista, de outro lado, fundamentaria seu *agir coercitivo* mediante o fato de que, apesar de a dignidade da pessoa humana ser um mandado de otimização e, em especial, por deter este conteúdo, deve ser atendido na maior medida possível perante a situação fática. Logo, se esta última não viabilizar um comportamento garantístico, ensejará a atuação da prevenção geral positiva fundamentadora, segundo a qual todo o cidadão poderá ser em potência perigoso à vigência do sistema normativo. A orientação da eficácia dos direitos da pessoa humana dependerá da ponderação dos princípios da segurança difusa *versus* da dignidade da pessoa humana. Segundo Robert Alexy:

responsabilidade penal, que evidencia o caráter inviolável à dignidade do ser humano.” (Idem. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 457-458).

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47.

¹⁴⁶ “As realidades das *displaced persons*, discutidas no capítulo anterior, colocaram na ordem do dia um problema fundamental para a Filosofia do Direito: o de examinar em que medida existe a possibilidade da asserção dos direitos humanos independentemente do *status civitatis*, pois os apátridas ensinam a verificação de que os direitos do homem enquanto tais são inúteis, mesmo quando juridicamente tutelados, na medida em que surgem grandes massas privadas de cidadania e, por isso, destituídas do princípio da legalidade.” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 146).

Que o princípio da dignidade da pessoa humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, é algo que pode ser percebido com especial clareza na decisão sobre prisão perpétua, na qual se afirma que 'a dignidade humana [...] tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por essa razão, for vedada a graça'. Com essa formulação fica estabelecido que a proteção da 'comunidade estatal', sob as condições mencionadas, tem precedência em face do princípio da dignidade humana. Diante de outras condições, a precedência poderá ser definida de outra forma. Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana¹⁴⁷.

Desse modo, resguardada a problemática em comento, a dialética entre utilitarismo da prevenção geral positiva fundamentadora e a lógica da intervenção minimizada. Sob esta perspectiva, a função da pena dialeticamente analisada perante a função constitucional do contrato social, pode-se dizer que consiste em ordem objetivo-normativa e subjetiva dos cidadãos. Determina a primeira em proibir a atuação do poder público em face da liberdade individual, enquanto que a liberdade positiva vem a ser a garantia concedida pelo contrato social ao cidadão, para que ele possa atuar em face do poder público e pleitear seus direitos¹⁴⁸. O sistema do direito penal do inimigo usurpa ambas as liberdades (do atuar positivo do sujeito e do atuar negativo do Estado), pois atua positivamente em

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 113-114.

¹⁴⁸ "Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, um plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)." (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2001. p. 401). Nesse sentido, afirma Konrad Hesse: "Como direitos subjetivos, fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais são *direitos básicos jurídico-constitucionais* do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso material especial por eles estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito supra-positivos e elementos fundamentais da consciência jurídica; diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdade e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão. [...] Como elementos da ordem objetiva, determinante de *status*, limitadora de *status* e asseguradora de *status*, que inserem o particular na coletividade, os direitos fundamentais constituem bases de significado individuais dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, uma relação de complemento e fortalecimento recíproco; esta exclui separar o significado dos direitos fundamentais, como princípios objetivos, do seu significado primitivo e fundamental, como direitos do homem e do cidadão." (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 232-239).

casos em que não deveria atuar e proíbe o acesso à justiça das não-pessoas. Deste modo, encontra-se insuficiente o sistema de penas segundo Günther Jakobs, que vê a missão da pena como a reafirmação da vigência das normas¹⁴⁹.

Essa mudança da natureza do Estado de Direito para o Estado de Polícia configura o desmembramento dos preceitos mais intrínsecos da humanidade. Retiram-se as garantias materiais constitucionais: *princípio de retributividade* ou da *sucessividade da pena* frente ao delito (*nulla poena sine crimine*); *princípio da legalidade* (*nullum crimen sine lege*); *princípio da necessidade* (*nulla lex poenalis sine necessitate*); *princípio da lesividade* ou da *ofensividade do ato* (*nulla necessitas sine injuria*) e, por último, mas não menos importante, *princípio da materialidade* ou da *exterioridade da ação* (*nulla injuria sine actione*)¹⁵⁰.

¹⁴⁹ “Se o direito penal, por um lado, não admite pena sem norma – *Nulla poena sine legem* – ele também não admite norma (penal) sem pena – *Nullum crimen sine poena legali*. A sanção (pena) funciona como a razão de ser da norma, afinal, sem ela, ou sem a possibilidade de sua imposição, a própria distinção de Jakobs entre as expectativas cognitivas – aquelas que não necessitam de sanção – e as expectativas normativas – aquelas que necessitam de sanção – perderia o sentido.” (POSSAS, Mariana Thorstensen. O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2007. p. 292-293). Confira Helena Regina Lobo da Costa: “Ao direito penal cabe a função de estabilizar as normas determinantes da identidade da sociedade, ou seja, aquelas normas fundamentais cuja infração generalizada impediria uma convivência mínima. Contradizendo, por meio da pena, a contradição à norma, o direito penal confirma a identidade social.” (LOBO DA COSTA, Helena Regina. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008. p. 107)

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 87-112.

2 DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PENAIS DE GARANTIA OU TRANSMUTAÇÃO DO MODELO PENAL FRAGMENTÁRIO PARA O MODELO DE DIREITO PENAL TOTAL

As raízes de garantia do sistema punitivo residem, em um primeiro momento, no iluminismo, em que Cesare Beccaria, consagra como consequência da segurança jurídica, a expressão de que “[...] apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais, não pode ser senão da pessoa do legislador que representa toda a sociedade ligada por um contrato social”.¹⁵¹ Anos após, Franz von Liszt, em seu tratado sobre o direito penal¹⁵², considerava o direito penal como a barreira intransponível da política criminal, levando como matriz, que os delitos e as penas são expressões de verdadeira garantia de contenção do poder de punir do Estado.

Essas barreiras de contenção tendem, porém, a ruir, agora com a fantasmagórica alegoria de que os seres humanos são divididos em *inimigos* e *cidadãos*, bem como que os primeiros são destinatários de toda a opressão sintetizada como um único sistema de exclusão, o direito penal do inimigo. Revisita-se, com esse sistema, a remota dialética das misérias do sistema punitivo, nos tempos mais sombrios e medievais de nossa história. Se as barreiras ruírem e nada mais detiver significação humanitária, nega-se a própria essência da existência e da coexistência humana. Esta é a consequência do sistema penal pós-11 de setembro, o holocausto do século XXI, mascarado e velado na forma de segurança pública e reafirmado pelo funcionalismo sistêmico como subterfúgio estigmatizador: *o holocausto é a flexibilização dos direitos e das garantias fundamentais*¹⁵³.

¹⁵¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, p. 2006. p. 20

¹⁵² LIZST, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Campinas: Russel, 2002.

¹⁵³ Confira os seguintes artigos científicos sobre a temática: CRESPO, Eduardo Demetrio. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. Trad. Érika Mendes de Carvalho. *Revista de Ciências Penais*. N. 1. julho-dezembro. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2004, p. 9-37. / MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo el <<derecho penal del enemigo>>. *Revista Penal*. N. 16. Espana: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. p. 123-137. / CUSSAC, José L. González. El renacimiento del pensamiento totalitário em el seno del estado de derecho: la doctrina del derecho penal enemigo. *Revista Penal*. N. 19. España: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. p. 52-69. / Réplica del Derecho Penal del Enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho. *Revista Penal*. N. 20. España: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla, p. 89-100, julio-2007. / MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Es el Derecho penal internacional um <<Derecho penal del enemigo>>? *Revista Penal*. N. 21. España: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla, p. 93-102,

Conforme anteriormente já se expôs, a sociedade globalizada pós-industrial abarca o seu conceito (segurança) e contraconceito (risco), quadro conceitual dentro do qual, a criminalidade e a criminalização, extrapolam o âmbito da soberania dos Estados. Tal fator contribui para a efetividade da ruptura do paradigma dos direitos¹⁵⁴ e das garantias fundamentais¹⁵⁵ do cidadão, pois este último é convertido em potencial inimigo. Tal prognóstico já havia sido apontado por Jesus Maria Silva-Sanchez:

A globalização econômica e a integração supranacional. Com efeito, das peculiares exigências da reação jurídico-penal, ou a delinquência própria de um ou de outra origem parecem capazes de acentuar substancialmente as tendências, que, como se diz, se dizem patentes nos ordenamentos jurídicos nacionais, havia uma demolição do edifício conceitual da teoria do delito, assim como o constituído por garantias formais e materiais do direito penal – e do direito processual penal. 2. Meu prognóstico é, com efeito, que o direito penal da globalização econômica e da integração supranacional será um direito desde logo crescentemente unificado, porém também menos garantista, em que se flexibilizaram as regras de imputação e em que se relativizaram as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Neste ponto, portanto, o direito penal da globalização não haverá mais que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra a criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção.¹⁵⁶

Deste modo, a ausência de criação de tipos penais incriminadores, calcados na necessidade, na relevância e na dignidade constitucional; o alicerçamento de penas draconianas e desproporcionais; e a própria denegação do *status de ser humano*, isso consolida o retorno à velha denominação de *homo sacer*¹⁵⁷. Nessa concepção, o indivíduo não era efetivamente penalizado, mas

enero-2008,. / ARROYO, Miguel Rafael Pérez. La funcionalización del Derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral um margen. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales – ADPCP. Vol. LII*. Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de la Presidencia, p. 497-525, 1999.

¹⁵⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21-29.

¹⁵⁵ Como referência, a proibição de acesso à jurisdição constitucional e ao habeas corpus. Neste aspecto: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonel. Madrid: Trotta, 2008. p. 113-119.

¹⁵⁶ Tradução livre deste pesquisador referente a SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 81-82.

¹⁵⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Série: Humanitas. Belo Horizonte: UFMG, 2007. Confira também: CONDE, Francisco Muñoz. De nuevo el <<derecho penal del enemigo>>. *Revista Penal*. N. 16. Espana: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. p. 130.

desprovido de todas as proteções estatais, permitindo-se que toda e qualquer pessoa o matasse sem que houvesse consequências jurídicas. Quanto aos efeitos primários do direito penal do inimigo, Francisco Muñoz Conde argumenta:

Como se vê, não faltam precedentes ideológicos e exemplos reais do <<direito penal do inimigo>> que se originam em épocas relativamente recentes no mesmo país onde agora se volta a implantar sua existência como uma amarga necessidade para manter o funcionamento do sistema social, seja o que for. Definitivamente, como agora (ainda em um contexto político diferente na Alemanha, porém, no entanto, no âmbito internacional), com o <<direito penal do inimigo>> se pretende acabar com esses inimigos, utilizando-o em uma dupla direção. Primeiro, como um instrumento de exclusão social e jurídica. Assim, por exemplo, sucedeu na época nazista com as Leis de Nuremberg, que proibiam que aquelas pessoas que não pertenciam à raça ariana (principalmente os judeus) se relacionassem juridicamente com os que pertenciam a mesma raça, declarando nulos seus contratos ou os matrimônios realizados com elas, ou convertendo suas relações sexuais com as pessoas da raça ariana em um delito de <<ultraje à raça>>. Porém, logo, em uma segunda fase, utilizando-se também da neutralização física, acabando em campos de concentração, ou diretamente exterminando-os.¹⁵⁸

O principal preceito epistemológico de legitimação do direito penal do inimigo seria que este detém seu alicerçamento e sua construção diferenciada do sistema penal, permeado pelas limitações do poder de punir do Estado, mas integrada ao mesmo sistema. Neste foco, definem alguns doutrinadores, como “[...] a teoria do *direito penal do inimigo*, entendida como uma nova reformulação do pensamento autoritário, não devendo ser examinada unicamente como um modelo alternativo ao que podemos chamar de *direito penal liberal*”¹⁵⁹.

Trata-se de um fragmento dentro de um mesmo sistema jurídico, ou seja, é a intersecção da exceção inserida na regra¹⁶⁰. A outra dificuldade do direito penal do inimigo em *sobreviver* é o fato de se tratar de uma espécie de *direito*

¹⁵⁸ Tradução livre deste pesquisador referente a MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Es el Derecho penal internacional um <<Derecho penal del enemigo>>? *Revista Penal*. N. 21. España: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla, enero-2008, p. 96.

¹⁵⁹ CUSSAC, José L. González. El renacimiento del pensamiento totalitário en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo. *Revista Penal*. N. 19. España: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. p. 52.

¹⁶⁰ “Se quiséssemos representar esquematicamente a relação entre estado de natureza e estado de direito tal qual se configura no estado de exceção, poderíamos recorrer a dois círculos que, de inícios, apresentam-se como distintos e, depois, no estado de exceção, mostram estar, na realidade, um no interior do outro. Quando a exceção tende a tornar a regra, os dois círculos coincidem em absoluta indistinção. (AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua* I. Série: Humanitas. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 44).

alternativo, cuja legitimidade e compatibilidade – por ser exceção vinculada à regra – necessitam de compatibilidade para com o sistema de direitos e garantias fundamentais hoje vigentes. Recobra-se, deste modo, axiomas essenciais, como a legitimidade (dignidade), a legalidade, a eficácia e a validade das normas jurídicas, que teria um enfoque totalmente diferenciado.

O problema central do direito penal do inimigo é justamente a sua “[...] adequação ao sistema constitucional. Neste contexto, as noções de Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais e garantias constitucionais se erigem na pedra angular a considerar. E neste cotejo encontramos juntos os limites absolutos e infranqueáveis [...] de compatibilidade com a Lei Fundamental”¹⁶¹.

O reconhecimento de um direito penal de exceção é admitir o conjunto sistêmico contrário aos princípios garantistas liberais, consagrados no Estado de Direito e intrínsecos aos direitos fundamentais, reconhecidos pela existência de declarações internacionais e, da própria Constituição dos Estados soberanos que aplica este tipo de exceção. Neste foco, são atingidas a proporcionalidade, a legalidade e a culpabilidade como axiomas penais de sistema de garantia¹⁶².

Logo, esta necessidade e o exercício dos direitos fundamentais são assimétricos, já que “[...] em uma sociedade em que a segurança se converte em valor-fonte fundamental, é uma sociedade paralisada, incapaz de assumir a menor possibilidade de mudança e de progresso, o menor risco”¹⁶³. Deste modo, considerando que a sociedade é dinâmica e não estática, a segurança cognitiva

¹⁶¹ CUSSAC, José L. González. El renacimiento del pensamiento totalitário en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo. *Revista Penal*. N. 19. España: Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. p. 53.

¹⁶² CONDE, Francisco Muñoz. De nuevo el <<derecho penal del enemigo>>. *Revista Penal*. N. 16. España: Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. p. 123. No mesmo estudo, por tradução livre do pesquisador: “Os direitos e garantias fundamentais próprias do Estado de Direito, sobre todas as de caráter penal material (princípios da legalidade, intervenção mínima e culpabilidade) e processual penal (direito a presunção da inocência, à tutela judicial, a não auto-acusação, etc.), são pressupostos irrenunciáveis da própria essência do Estado de Direito. Se se admite sua degradação, ainda que seja em casos que se possa admitir o desmantelamento do Estado de Direito, cujo ordenamento jurídico se converte em um ordenamento puramente tecnocrático ou funcional, sem nenhuma referência a um sistema de valores, ou, o que é pior, referido a qualquer sistema, ainda que seja injusto, sempre que seus manipuladores do poder ou da força suficiente para impô-lo. O Direito aí entendido se converte em um puro Direito de Estado, nele que o direito se desenvolve somente os interesses que em cada momento determine o Estado ou as forças que controlam manipulam seu poder”. (Idem, ibidem, p. 133).

¹⁶³ CONDE, Francisco Muñoz. Op. cit., p. 134.

seria, sob esse aspecto, uma forma de estagnação social, pois não há evolução sem mudança ou sem ocorrência de riscos e de perigos.

O direito penal do inimigo, ou de exceção, em que são destinatários as não-pessoas é na verdade uma ameaça para os princípios e as garantias fundamentais do Estado de Democrático Direito. Cabe destacar, que este direito penal de exceção não atinge a sua finalidade, pois “[...] com ele devolve-se a segurança normativa, acentuando tão somente a pura cognição, ou seja, a eficácia frente a perigos, não o restabelecimento da vigência da norma e a confiança dos cidadãos na mesma”¹⁶⁴.

Somente concede espaço o direito penal do inimigo, ao chamado terrorismo estatal, ao qual já se referiu e denominou-se anteriormente como *terror*. Cita Francisco Muñoz Conde:

Com penas draconianas, com o abuso do direito penal, empregando-o mais quanto ao seu caráter de *ultima ratio*, e com recortes dos direitos fundamentais do imputado no processo penal, com que se pode lutar mais ou menos eficazmente contra o <<inimigo>>; porém, sendo assim, seguramente com ele se está abrindo uma porta pela qual pode colocar-se, sem darmos conta, um direito penal de cunho autoritário, um direito penal *do e para o* inimigo, tão incompatível com o Estado de Direito como o são as legislações excepcionais das mais brutais ditaduras. A única coisa que falta já para parecer-se a elas é a pena de morte, que, nos Estados Unidos, se aplica e executa-se com efetividade, inclusive em situações de normalidade, e nos Tribunais Militares, que têm voltado a colocar-se como tribunais de exceções para julgar os chamados <<crimes terroristas>>, sem dar-se conta de que a forma mais grave de terrorismo é o <<terrorismo de Estado>>.¹⁶⁵

Os paradoxos do direito penal do inimigo seriam, na atual e moderna observação do metafenômeno da flexibilização, consistindo na *i) objetivação e flexibilização de regras de imputação; ii) erosão dos princípios fundamentais do direito penal; iii) relativização de regras de garantia e de política criminal*¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Trecho com tradução livre deste pesquisador referente a MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo el <<derecho penal del enemigo>>. *Revista Penal*. N. 16. España: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. p. 135.

¹⁶⁵ Trecho com tradução livre deste pesquisador referente a Idem. Ibidem, p. 135-136.

¹⁶⁶ Confira: ARROYO, Miguel Rafael Pérez. La funcionalización del derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral um margen. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales – ADPCP*. Vol. LII. Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de la Presidencia, 1999, p. 497-525.

A eclosão punitiva que se pretende com a modernização do direito penal do inimigo, nada mais é que estimular o retorno da guerra de todos contra todos. É neste sentido, que o filósofo marxista Friedrich Engels afirma: “A sociedade contemporânea, que alimenta a hostilidade entre o homem individual e todos os demais, produz, assim, uma guerra social de todos contra todos [...]. Para se proteger do crime e dos atos diretos de violência, a sociedade requer um vasto e complexo sistema de corpos administrativos e judiciários [...]”¹⁶⁷

No que concerne ao item “I”, à flexibilização das regras de imputação é determinada pela teoria da imputação objetiva (= *objektiven Zurechnung*). Deste modo, vale-se do critério de atribuição pessoal do delito para um postulado objetivado e, desprovido da análise do princípio da dignidade da pessoa humana. Este processo ocorre porque a missão do direito penal, segundo o funcionalismo sistêmico, “[...] é a defesa da identidade social sobre a base da vigência da norma penal”¹⁶⁸.

Logo, o alicerçamento deste processo de atribuição do comportamento delituoso, é erigido como um sistema valorativo de construção sistêmico-axiológica, cujos paradigmas são *vigência da norma e identidade social*. A imputação objetiva é determinada mediante elementos político-criminais, sob a égide da *criação e da realização de um risco proibido*, descumprindo o *comando normativo*, que pretende a *finalidade protetiva da norma*.

Já a *erosão dos princípios fundamentais do direito penal*, descrita no item “II”, consiste em um resultado do modelo anteriormente especificado. Se for admissível a desconstrução lógico-objetiva da imputação¹⁶⁹, também a ruptura do

¹⁶⁷ Friedrich Engels, em “Discurso de Elberfeld”, de 8 de fevereiro de 1845. In: WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]*. 3. ed. Coleção: Pensamento Criminológico n. 6. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2007. p. 9.

¹⁶⁸ ARROYO, Miguel Rafael Pérez. Op. cit., p. 507.

¹⁶⁹ Confira Luiz Gracia Martín, sobre a estrutura lógico-objetiva: “Só é possível chegar a uma teoria e a um método como os desenvolvidos sobre a função e os fins do Direito Penal. Segue uma nova pergunta acerca das condições de possibilidade de realização daquela função e daqueles fins, se essa nova pergunta vai seguida depois de uma indagação que leve ao conhecimento de tais condições de possibilidade, e se, finalmente, pretende-se configurar o Direito Penal como um sistema ajustado àquelas condições de possibilidade de realização de sua função e de seus fins. Assim procedeu *Welzel*, e foi assim que este descobriu que o respeito do legislador a determinadas estruturas fenomênicas da matéria do Direito e, com isso, a congruência da regulação jurídica com relação a tais estruturas lógico-objetivas, constituem precisamente aquelas condições de possibilidade de realização da função e dos fins do Direito em geral e do Direito Penal em particular.” (GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. Série: Ciência do Direito Penal Contemporânea. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39). Na mesma esteira, Hans

sistema de direitos e garantias fundamentais é premissa verdadeira. Com o epicentro na modalidade de flexibilização do direito penal e, por sua vez, das suas garantias penais constitucionais, recebendo a seguinte ordem: 1) *Substituição dos critérios de atribuição do delito, calcados na valoração do homem pela valoração da vigência normativa*; 2) *identidade social normativa como interpretação antropológica do homem – homem normativo*.

2.1 Segurança jurídica e legalidade: direito penal do risco e o perigo ao Estado Democrático de Direito

O sistema do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), se consolida como meio monopolista da força instrumental-legal de normalização do sujeito, da submissão deste pela administração pública, da resolução dos conflitos e, consolida a lei como imperativo máximo fundamentador da arbitrariedade estatal¹⁷⁰. Ainda, sobre este sistema, há íntima vinculação deste para com os postulados da dignidade da pessoa humana, dos valores da igualdade, da liberdade e da justiça¹⁷¹.

Esta normalização, apontada anteriormente, está pautada na constatação da realidade *eficaz e vigente*, de determinado pressuposto de *legitimidade e compatibilidade*, com os preceitos constitucionais vigentes¹⁷². A pretensão da racionalidade da lei penal – negação arbitrária – oferece como missão primordial, o dever-ser do significado e da sistematização dos valores e dos conjuntos axiomáticos em que reside o sistema punitivo¹⁷³. Também, está pressuposta, por esta normalização, a imposição, uso do medo ou da aflição e a *pena*, também denominada como uma *forma violenta de solução de conflitos*. Tal

Welzel expõe sobre a função ético-social do direito penal, voltada à concretização da valoração humana, em tradução livre deste pesquisador: “É missão do direito penal amparar os valores elementares da vida da comunidade. Toda a ação humana, no bem como no mal, está sujeita a dois aspectos distintos de valor. Por uma parte, pode ser valorada segundo o resultado que alcança (valor do resultado ou valor material; por outra parte, independentemente do resultado que com a ação se obtenha, segundo o sentido da atividade em si mesma (valor do ato)”. (WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Trad. Carlos Fontón Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 2).

¹⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*: ley, derechos, justitia. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 23.

¹⁷¹ SARLET, Wolfgang Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 66.

¹⁷² CUSSAC, José I. González. Op. cit., p. 53.

¹⁷³ Idem, ibidem, p. 53.

posicionamento remonta à multifuncionalidade dos direitos fundamentais de Georg Jellinek, em que os direitos fundamentais, bem como a invasão destes no sistema infraconstitucional (neoconstitucionalismo), acarretam um sistema de proteção contra os abusos dos poderes públicos¹⁷⁴.

O caminho do *império do medo* – consistente na política criminal da desprocessualização e desjurisdicionalização – acarreta a descriminalização dos delitos e das penas, levando como fundamento de que o direito penal do inimigo legitima a insegurança jurídica¹⁷⁵. Cabe destacar, que “o esquema do direito penal do inimigo não é outra coisa que o velho esquema do <<inimigo do povo>> de memória autoritária e, por outra parte, o modelo nazista do <<tipo normativo de autor>> (*Tätertyp*).”¹⁷⁶ Logo, tanto a descriminalização, como a edificação delitiva dos postulados de leis de luta, em que se perfilha o direito penal do inimigo, não atende ao dimensionamento da *legitimidade (eficácia social e correção material)*.

A significação da violência institucionalizada, em um Estado Democrático de Direito, se aperfeiçoa de maneira subsidiária e estritamente necessária, logo ilegítima¹⁷⁷. Neste aspecto, há dois modelos de legalidade: *i) modelo de mera legalidade, ligado ao Estado de Direito e ii) modelo de estrita legalidade, conexo ao modelo de Estado de Direito Constitucionalizado, pelo qual é fundamentado o presente trabalho.*

O primeiro, ou modelo de mera legalidade, leva em consideração a lei desligada dos postulados constitucionais. Assim, a barreira humanista da constitucionalidade, não detém qualquer relevância para o presente sistema. Ao contrário, o segundo modelo, possui, como condição primordial, a Constituição, barreira intransponível da arbitrariedade estatal, cuja legalidade é primeiramente construída, segundo o mandato constitucional de criminalização e, em segundo, com a aplicação constitucional dos delitos e das penas, permeados de direitos e garantias constitucionais.

A expectativa cognitiva, entendida como o arcabouço da compreensão das regras naturais e da sociedade, voltadas à atuação no mundo, é transposta como hipótese de incidência punitiva prevista pela legalidade dos delitos e das penas. Em especial, porque no mundo social, onde as pessoas estão ligadas

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 157.

¹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 235.

¹⁷⁶ Idem, ibidem, p. 237.

¹⁷⁷ Idem, ibidem, p. 175.

pelo direito (normas), subentende o elemento de capacidade de obedecer às normas para se alcançar a coesão social.

Estas hipóteses de incidência podem acarretar um *mandato de proibição de agir* ou uma *obrigatoriedade de agir*. Logo, quanto à “[...] função do conteúdo do dever, as normas se classificam em mandados e proibições. Se o mandato exige realizar uma ação (final), a proibição veda executar uma ação (final)”.¹⁷⁸ Não se trata, porém, somente no agir e no não agir que reside à confiança do cidadão e a preservação de seu *status*:

Uma expectativa normativa – como toda criação normativa – precisa do alicerce cognitivo para poder dirigir a orientação, isto é, para poder existir efetivamente e não apenas conceitualmente. O maior normativista do século passado, Hans Kelsen, concebe o Estado (uma criação normativa) como uma ordem coercitiva eficaz em termos gerais; um Estado apenas pensado não é exatamente um Estado efetivo. Ou: o sujeito de Direito, isto é, o titular de deveres e direitos somente pode ser tratado como pessoa se, de maneira geral, comportar-se de acordo com seus deveres; se ele persiste em cometer crimes graves e se dele emana a ameaça de outros crimes mais, ele se torna um inimigo [...]. O mesmo acontece com qualquer outra expectativa normativa: em termos gerais, ela deve estar alicerçada cognitivamente, para que uma pessoa possa se envolver com ela.¹⁷⁹

Para o funcionalismo sistêmico, a construção legal do crime é a imposição das expectativas sociais de um instrumento, com origem estatal ou como função de proteção da confiança, conforme a necessidade do Estado de Direito, “[...] por isso, é digna de proteção a confiança de um cidadão fiel ao Direito de que seu comportamento não será definido posteriormente como injusto.”¹⁸⁰ No que concerne ao argumento da confiança, existem duas razões que determinam a impossibilidade da restrição neste argumento: *i) a confiança na impunibilidade e ii) epicentro da psique do agente (confiança) errônea.*

O direito penal do inimigo pretende legitimar a flexibilização da garantia constitucional da legalidade, seguindo o pressuposto de que existem condições de legalidade, que acabam por refletir em seus limites.

¹⁷⁸ Tradução livre deste pesquisador referente a KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid e Barcelona: Marcial Pons, 2006. p. 25.

¹⁷⁹ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 14.

¹⁸⁰ Idem, ibidem, p. 104-105.

Assim, se for considerado, que a legalidade é um *princípio* dos *princípios*, dos delitos e das penas, próprio de um Estado de Direito, o mesmo não sofrerá ruptura neste postulado como imperativo categórico (*legalidade absoluta*). Contudo, a legalidade sofrerá restrição em decorrência de que não se estará respeitando as *condições*, logo, *os limites da legalidade*. Cita Günther Jakobs:

O veemente princípio de que cada um, ao menos atualmente, deve ser tratado como sujeito de direito necessita, pois, como já se pode imaginar aqui -, um complemento: se esse 'cada um', por seu lado, cumprir seus deveres ou se, não os cumprindo, estiver sob controle, de forma a não poder se tornar perigoso. Mas, se ele assola, é preciso se precaver. O princípio assim complementado – até agora, naturalmente, de maneira apenas intuitiva e ainda carente de fundamentação – continua sendo abstrato. Que todos devem ser tratados como pessoa é mero postulado, um modelo para uma sociedade. Mas nem por isso constitui parte de uma sociedade realmente operante.¹⁸¹

A legalidade sofrerá limitação, em seus pressupostos de garantia do sujeito, já que não é permitida – segundo o funcionalismo sistêmico – a concessão, dos limites da determinação taxativa (*nullum crimen sine legem praevia, stricta, scripta e certa*) a alguém. Logo, como círculo dialógico, a restrição da arbitrariedade estatal,¹⁸² ocorre pelo argumento ideológico da sobrevivência do sistema.

Em contrapartida, o cotejo dos direitos e das garantias fundamentais é indisponível, por se tratar de construção própria da força humana, em conquista de grau civilizatório, condição sem a qual, somente restaria o Estado de Beligerância, ou de guerra de todos contra todos.

Retomando, o pressuposto humanista do direito penal, leva como base o princípio da legalidade - elemento da segurança coletiva -, e não a fidelidade ao sistema social, subjacente a um sistema totalitário do direito penal do inimigo. A

¹⁸¹ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 28.

¹⁸² “§ 1. O princípio do Estado de Direito conduz, como na exposição anterior já por várias vezes se revelou, a que a proteção dos direitos, liberdades e garantias seja levada a cabo não apenas através do direito penal, mas também perante o direito penal. Até porque uma eficaz prevenção do crime, que o direito penal visa em último termo atingir, só pode pretender êxito se à intervenção estadual forem levantados limites estritos – em nome da defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas – perante a possibilidade de uma intervenção estadual arbitrária ou excessiva. A esta possibilidade de arbítrio ou de excesso se ocorre submetendo a intervenção pena a um rigoroso princípio de legalidade, cujo conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resulte de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I – Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 165).

legalidade é recepcionada pelo sistema jurídico como o princípio dos princípios, em torno do qual todos os demais valores penais de garantia gravitam, entendidos como contenção do *ius puniendi* do Estado¹⁸³.

O primeiro fator refere-se ao fato de que aquele que detém fidelidade ao direito e, aquele que a possui, não se iguala ao tipo construído legalmente, mas sim, a magnitude da pena aplicada. O segundo fator é de que a vinculação da aplicação da pena com base no princípio da legalidade, não encerra por si um postulado de justiça, já que as expectativas normativas devem ser concretizadas em longo prazo.

De início, a apartheid, que pretende o *punitivismo de exceção* (direito penal do inimigo), para com o sistema ordinatório do direito penal do cidadão, é a divisão de classes humanas e subumanas, o que preceitua em um primeiro momento violação ao princípio da igualdade e, da proibição da discriminação.

O elemento de segurança jurídica, que aqui se pretende afirmar, é a irrenunciabilidade dos direitos e das garantias fundamentais, já com raízes em Cesare Beccaria, que “[...] apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social”¹⁸⁴.

Assim, com a flexibilização das garantias fundamentais do cidadão calcada na inflação da lei penal, o retorno do direito penal máximo, da tolerância zero, das leis de exceção como regra absoluta, de emergência, de ocasião, provenientes de emblemáticos problemas de valor simbólico e ocasionais são evidentes. Neste aspecto, os seus destinatários sofrem o maior alçoz de todos, o sofrimento humano e a subtração da qualidade de pessoa.

Neste aparato, em que as pessoas são reificadas em prol de uma falsa segurança, fundamentada na insegurança, em que deveria ser a barreira intransponível o princípio da legalidade oferece, outra crise permanece, a do respeito das políticas públicas. Deste modo, o falecimento do axioma *nullum crimen* projeta sua crise em funções políticas do Estado de Direito, que seriam, segundo Luigi Ferrajoli, três:

¹⁸³ CUSSAC, José I. González. Op. cit., p. 66.

¹⁸⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 20.

1) Assegurar, sobretudo, a certeza do direito, que está representada pela garantia de igualdade frente à lei, pela liberdade do cidadão frente aos castigos arbitrários e, inclusive antes destas garantias, pelo conhecimento e pela credibilidade em seu sistema penal; 2) assegurar a sujeição do juiz à lei, que é garantia da imunidade do cidadão contra o arbítrio dos juízes e, ao mesmo tempo, fundamentado na independência da magistratura e da divisão dos poderes, e 3) assegurar a primazia da legislação e, portanto, da política e da soberania popular na definição dos bens jurídicos merecedores de tutela penal e, conseqüentemente, na exata configuração como delitos das lesões que estes sofram.¹⁸⁵

O substrato deste movimento é a violação da determinação taxativa da lei, atribuindo tipos penais extremamente abertos, causando desordem e caos no sistema punitivo. Tal fato, também é reafirmado em decorrência da raiz do pensamento do direito penal do inimigo, a criminalização no estado prévio de lesão ao bem jurídico e a violação do princípio da ofensividade.

2.2 Criminalização de um estado prévio de lesão ao bem jurídico: falência da intervenção mínima, da *ultima ratio*, princípio da ofensividade e da determinação de bens jurídicos – delitos de perigo abstratos

Uma das características da sociedade de risco, em especial aquela fundada no *Estado Punitivo de Exceção como Regra*, são as incriminações de condutas vagas, abstratas e universais, não pautadas em uma ofensa determinada a um bem jurídico.

O princípio da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) detém conteúdo e categoria de mandamento de otimização, logo, de norma geral e abstrata que deve ser cumprida. Tanto a categoria de regras como a de princípios são tidas como normas fundamentais. A diferença reside no fato de que aquele é destinado a

¹⁸⁵ Tradução livre deste pesquisador referente a: “1) assegurar sobre toda a certeza do direito, que está representada pela garantia da igualdade perante a lei, pela liberdade dos cidadãos diante dos castigos arbitrários e, em inclusive antes destas garantias, pelo conhecimento e a credibilidade no sistema penal; 2) assegurar a sujeição do juiz à lei que é garantia de imunidade do cidadão contra o arbítrio dos juízes e, ao mesmo tempo, fundamento da independência da magistratura e da divisão dos poderes, e 3) assegurar a primazia da legislação, e por tanto da política e da soberania popular na definição dos bens jurídicos merecedores de tutela penal e conseqüentemente na exata configuração como delitos das lesões aos bens que estes sofrem.” (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 258).

casos concretamente considerados, enquanto que este é difuso e abstrato¹⁸⁶, próximo à concepção kantiana de imperativo-categórico. O axioma da lesividade, consistente em princípio de ordem constitucional, apesar de não encontrar-se expresso no texto do princípio da legalidade, por se tratar de vetor-axiomático nele existe o mesmo se faz necessário para a caracterização fenomenológica do delito.

Tal princípio entra em atrito com a chamada *antecipação da tutela penal*, ou da *criminalização no estágio prévio de lesão a bem jurídico*. Trata-se de uma tensão, entre as tendências expansivas e, restritivas dos limites do direito penal de garantia¹⁸⁷.

Na atualidade – e aqui falando do funcionalismo com direcionamento sistêmico, voltado ao conteúdo da absolutização da pena, da intimidação social e de até mesmo, por assim dizer, da *legitimação de propostas preventivo-policiais* –, o terceiro milênio pós-traumático do 11 de setembro direciona-se, em sua luta constante, contra um inimigo abstrato. Trata-se de luta que, por sua vez, necessita de instrumentos, positivos e não-positivos, mas que, em geral, pretendem antecipar, no mundo fenomenológico, qualquer substrato material do delito. Isso se entrelaça com o que foi dito sobre o Estado da Prevenção (policial), cujo fim primeiro, antes de assegurar qualquer segurança jurídica, ou de garantia das liberdades públicas subjetivas (direitos humanos fundamentais), pretende a segurança dos bens jurídicos¹⁸⁸.

Cabe aferir que, por uma interpretação constitucionalizada do direito penal, a afirmação acima se entrelaça com “[...] a concepção de delito, como uma conduta necessariamente ofensiva, baseia-se, ademais, também na preocupação de determinar os limites racionais dentro dos quais pode o legislador legitimamente antecipar a tutela penal”¹⁸⁹.

Em um sentido garantista, “[...] é idôneo para justificar a limitação da esfera das proibições penais – em coerência com a função preventiva da pena como *precautio laesionum* – apenas às ações reprovações por ‘seus efeitos’ lesivos a

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

¹⁸⁷ PAZ, Maria Isabel Sanchéz. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Série: Derecho: 41. Salamanca: Valladolid - Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999. p. 11.

¹⁸⁸ Idem, ibidem, p. 90-99.

¹⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. Série: As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 20.

terceiros”¹⁹⁰. Logo, somente é justificável a lei penal proibir condutas ativas ou omissivas quando tal atividade ou omissão acarretar efetivo sacrifício a bem socialmente considerado.

No mesmo sentido, o garantismo se divide em dois postulados essenciais, fundamentando o princípio da lesividade (ofensividade) e, assim, a proibição da antecipação da tutela penal: *i) absoluta necessidade*, consistindo esta em um afastamento das proibições penais desnecessárias e/ou que possam ser objeto de outra tutela primária, retomando aquela máxima de que todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico e *ii) secularização do direito e sua separação com a moral*¹⁹¹.

Obviamente, existem proibições mínimas que deverão existir, são aqueles bens jurídicos fundamentais, inerentes aos seres humanos e inalienáveis, não passíveis de restrição.

A constitucionalização do direito, em especial do sistema punitivo, e a exigência do *ius puniendi* obediente aos princípios, aptos à concretização da humanização dos delitos e das penas se integra a um Estado Social e Democrático de Direito, em que se prima a redução da violência social e, não pela inflação da violência punitiva.

Ainda, em um paradigma desconstrutivista da violência estatal, a hierarquia principiológica de valores, que o arcabouço constitucional possui, tende a refletir em uma política criminal de máxima efetividade dos direitos fundamentais, que acarrete a mínima reificação dos sujeitos¹⁹².

O diagnóstico do direito penal do inimigo foi exposto na obra secular de Cesare de Beccaria, afirmando que “os delitos de lesa-majestade foram postos na classe dos grandes crimes, pois são prejudiciais à sociedade”¹⁹³ e, continuando a raciocinar sobre a inflação penal, pressupõe que “o despotismo e a ignorância, que confundem as palavras e as ideias mais límpidas, deram esse nome a crimes de natureza inteiramente diferente.”¹⁹⁴ Este diagnóstico, demonstra que os crimes de lesa-majestade (de ofensividade difusa ou de maior graduação), são generalizados para dar azo a punitivismos e a tratamentos de exceção como regra absoluta.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 426.

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 427-428.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 15.

¹⁹³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 73.

¹⁹⁴ Idem, ibidem, p. 73-74.

2.3 O critério de imputação e sua flexibilização: uma análise segundo a teoria da vigência da norma e da construção de homem cognitivo

A funcionalização do moderno direito penal, com a visão do funcionalismo sistêmico, detém, como um dos seus primados, a flexibilização das regras de imputação e ocasiona a erosão do sistema dogmático de garantia, do direito penal com formulação constitucionalizada. Esta flexibilização, supera o modelo subjetivista, em que depreende o *autor do fato*, como destinatário da coação punitiva e não o *fato do autor*, em verdadeira inversão linguística e valorativa antigarantista, também denominada de teoria da imputação objetiva (= *objektiven Zurechnung*)¹⁹⁵.

Dentro do sistema de conduta delitiva do funcionalismo sistêmico, cabe destacar, que é necessário entender a função do direito penal dentro do sistema social e, posteriormente, quais as funções das categorias estratificadas do delito (ação/omissão, tipicidade, ilicitude e culpabilidade). A resposta à primeira tentativa de compreensão é que o direito penal é um fragmento do sistema social, voltado à prevenção geral positiva e busca, acima de tudo, a evitabilidade individual da violação das expectativas normativas, sendo o delito uma conduta contrafaticamente lesiva¹⁹⁶.

O papel da norma primária incriminadora receberá nova roupagem, pois a erosão da tipicidade e a politização do sistema punitivo estão na ordem do dia. Exposta em elementos, a teoria da infração pessoal, orientada pelo percurso na norma, como uma teoria da imputação, seria, ao contrário, uma deflagração de uma expectativa social aos efeitos da imposição da coação¹⁹⁷.

Somente há – neste modelo – responsabilidade quando houver descumprimento da expectativa cognitiva. Caso contrário, a desautorização acarretará norma sancionadora¹⁹⁸. A diferença do sistema de imputação diversifica-se com o outro, pois um detém o núcleo prospectivo para o futuro. No caso da criminalização do estado prévio de lesão a bem jurídico e, de outro lado, o direito

¹⁹⁵ Especificamente sobre este assunto: ARROYO, Miguel Rafael Pérez. Op. cit., p. 507-514.

¹⁹⁶ GARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. Série: As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 269-280.

¹⁹⁷ SANCHEZ, Jesús-María da Silva. *Normas y acciones em derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 33.

¹⁹⁸ Idem, ibidem, p. 34.

penal do cidadão, ao contrário, centraliza-se para a *retrospecção*, em que visualiza o presente e a inserção da pena, em sentido inverso ao calcado nas *expectativas*.

A alta complexidade social converte a sociedade de comunicação em sociedade de riscos, em que as normas de expectativas contrafactivamente, são asseveradas em perigos pré-dispostos. No pós-11 de setembro de 2001, o medo, império da insegurança, contrafática das expectativas normativas, domina a mente dos homens, seja pela sua efetiva existência ou pela difusa alienação inserida pelos meios globais de comunicação de massa.

Com este medo, o sistema de atribuição de um delito a uma pessoa se torna mais sensível e, fácil de junção da *violação da expectativa normativa* (*vigência da norma*) e o autor pelo que ele é, e não pelo que ele faz. Retoma-se assim, o famigerado tipo de autor do fato e não do fato de autor.

A flexibilização das garantias fundamentais, bem como dos direitos fundamentais, não é o único fator reflexivo do direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*), mas, sim, a flexibilização das regras de imputação, de atribuição do delito, cujo direcionamento se calca da finalidade de proteção da norma e, na garantia cognitiva do cidadão.

A discussão presente é a utilização de casos concretos construídos pela tópica jurisprudencial, para resolução de *hard cases* em matéria penal. *A priori*, este método foi utilizado com vias de dissolver problemas atinentes à causalidade duvidosa, mas, na atualidade, pode a teoria da imputação objetiva receber uma roupagem que extrapola o limite da legalidade e atribuí ao intérprete-aplicador do direito maiores poderes, quase equiparados ao decisionismos nacional-socialistas.

Como função, a teoria da imputação objetiva, deve ser levada como um complexo comunicativo questionador da norma¹⁹⁹, que se equipara à conduta delitiva, sendo a sociedade um conjunto de nexos de comunicação de expectativas cognitivas, em que cada membro do sistema social depende que seu comportamento cumpra estas determinações (normas).

Assim, o sistema punitivo pretende a atribuição da responsabilidade pelo descumprimento destas violações de expectativas cognitivas, e tal sistema

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luíz Greco. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002. p. 122-123.

adotado é o da teoria da imputação objetiva²⁰⁰, cujo efeito principal é a flexibilização de atribuição da responsabilidade penal com base no decisionismo do aplicador do direito.

Assim, perante o funcionalismo é necessária, sob a égide da sociedade do risco, a imputação objetiva, levando em consideração a criação e a realização de um perigo proibido.

Em uma consolidação social, a confiança (expectativas) e a capacidade de confiança (cognição de expectativas), surgiram como parcela renunciável da liberdade com o intuito de encerrar o *Estado de Beligerância*²⁰¹.

Risco não permitido é a conduta que se contrapõe à sociedade de risco adequada, infringindo a vigência da norma. Um segundo critério, é o de “considerar-se a realização do perigo um elemento não escrito no tipo ao lado da causalidade”²⁰². Sob este prisma, o segundo *topoi* ou requisito para que se tenha a imputação objetiva é que o agente da relação delitiva realize no resultado o risco não permitido criado na ação. Há assim, nexos específicos entre a criação de uma situação perigosa e a realização de tal perigo, sendo este “a realização que a norma

²⁰⁰ “Sempre existe um acúmulo de elementos que levam à existência de uma perturbação social. Essas razões podem ser atribuídas ao autor. A vítima ou a terceiros, ou seu rastro pode perder-se de modo difuso na sociedade ou na natureza. Ao realizar a imputação, uma das razões (ou várias razões) se define como determinante, justificando, desse modo, que surja a perturbação. Se se considera que a razão determinante é dada pelo comportamento imperfeito de uma pessoa, produz-se uma imputação a essa pessoa. Nesse sentido, a morte de uma pessoa pode ser imputada àquele que tenha disparado contra ela, ou a outro a quem fez crer que a arma que tinha em mãos estava carregada. Ou à própria vítima, se o que sucedeu é que esta entrou de improviso em frente ao alvo de alguém que estava praticando tiro desportivo. Finalmente, também pode ocorrer que reste excluída a imputação a uma pessoa; em tal caso o evento se define como infortúnio e fica explicado desse modo; neste sentido, então poder-se-ia falar de uma imputação à natureza. Essa imputação é objetiva porque, para a valoração da situação típica, não são decisivas as opiniões individuais do autor, da vítima ou do terceiro acerca do significado do comportamento, apenas o aspecto decisivo encontra-se no que uma pessoa racional na função respectiva tomaria como significado. Certamente, esse padrão não é objeto de garantia jurídico-penal *per se*: a questão acerca de se o fato de não haver alcançado esse padrão gera responsabilidade, ou pelo contrário, pode ser reconhecido, exonerando o sujeito de certas falhas individuais que se consideram indispensáveis, é uma questão que tem de se decidir nos seguintes níveis de imputação (configurando essa situação individual o objeto de valoração, enquanto a valoração, de novo, se realiza no juízo objetivo).” (JAKOBS, Günther. *Autoria mediata e sobre o estado de omissão*. Col. Estudos de Direito Penal. Vol. 5. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 2-3).

²⁰¹ Neste sentido é Cesare Beccaria: “Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 19).

²⁰² ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002. p. 328.

infringida tinha por finalidade excluir”²⁰³, alcançando o terceiro *topoi*, a lesão da finalidade que a norma pretendia tutelar.

Conforme anteriormente exposto, considerando que todos os seres humanos vivem em uma sociedade de risco, e levando em conta que nenhum ser humano vive sem sociedade, por óbvio que todos estão sujeitos a perigos preexistentes. É necessário avançar que, se o indivíduo criar situação de perigo/risco, preponderante à sociedade perigosa, e realizando o risco, extrapola a expectativa normativa.

Assim, “[...] se a garantia jurídico-penal da norma deve garantir segurança de expectativas, a pena deve reagir perante um comportamento que não possa ser interpretado como compatível com o modelo de mundo esboçado pela norma”²⁰⁴. Logo, cabe expor, sobre o regime da coação (pena) no direito penal do inimigo.

2.4 Das Penas

2.4.1 Desproporcionalidade das penas como consequência do direito penal do inimigo

A proporcionalidade entre as penas sempre suscitou dúvidas, reflexões e críticas, razão pela qual foi objeto da própria filosofia, tendo como matrizes de teorização – os principais – Thomas Hobbes, Montesquieu, Cesare Beccaria e Jeremias Bentham.

O primeiro desses pensadores, Thomas Hobbes, articula que “[...] todo dano impingido sem intenção ou possibilidade de predispor o delinquente, ou outros homens, por meio do exemplo, à obediência às leis, não é pena, mas ato de hostilidade, já que sem tal finalidade nenhum dano merece receber esse nome”²⁰⁵. Todo o trabalho do filósofo, voltado à proporcionalidade, se centraliza na dimensão

²⁰³ CALLEGARI, André Luís. A imputação objetiva no direito penal. *Revista dos Tribunais*. vol. 764. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 444, 1999.

²⁰⁴ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 93.

²⁰⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 229.

da obediência da lei e dos limites dos postulados legais, que consagra o seu patamar disposto como hostilidade:

[...] no caso de uma pena determinada e prescrita pela própria lei, se, após cometido o crime, for imposta uma pena maior, o excesso não é pena e, sim, ato de hostilidade. Posto que a finalidade das penas não é vingança, mas terror. Posto que se tira o terror de uma pena mais pesada com a declaração de uma que o é menos, o inesperado aumento não faz parte da pena. Quando a lei não determina pena alguma, qualquer uma que seja infligida tem a natureza de pena. Quem se arrisca a violar uma lei para a qual não está determinada uma pena espera uma pena indeterminada, isto é, arbitrária.²⁰⁶

Já o segundo, Montesquieu, cita que “[...] é essencial que as penas estejam relacionadas em harmonia umas com as outras, porque, do mesmo modo, é essencial que se evite antes um grande crime do que um menor; aquilo que prejudica mais a sociedade, antes do que aquilo que a prejudica menos”.²⁰⁷ Prossegue o filósofo, sobre os efeitos da pena para a segurança pública e a necessidade da graduação delas, que “[...] é um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas”²⁰⁸. Tal proporção se relaciona com a própria liberdade, em que somente triunfa esta, quando as leis penais se adequam à magnitude da pena em interconexão com a intensidade do delito²⁰⁹.

O pensamento de Cesare de Beccaria se perfilha ao de Montesquieu, não detendo substancialmente diferenças, porém alcançando um grau mais abstrato e categórico sobre a proporcionalidade. Para o pensador, “o interesse

²⁰⁶ HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 229.

²⁰⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 103.

²⁰⁸ Idem, *ibidem*.

²⁰⁹ Neste sentido: “A liberdade triunfa quando as leis criminais estabelecem cada pena de acordo com a natureza específica do crime. Todo o arbitrário desaparece, a pena não mais se origina do capricho do legislador, mas da natureza da coisa, e não é um homem que pratica violência contra outro homem.” (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 198). No mesmo aspecto: “Se o prazer e o sofrimento são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre as razões que guiam os homens em todas as suas atitudes, o supremo Legislador pôs como os mais poderosos as recompensas e os castigos; se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto freqüente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer.” (BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 68-69)

geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente”²¹⁰. Logo, conclui que deve existir, entre os crimes e as penas, uma proporção, sendo esta um meio de garantia da liberdade e, caso esta garantia de liberdade deixar de existir pelo permissivo legal que, em determinadas circunstâncias, converte o homem em coisa, estaremos suprimindo a liberdade²¹¹.

Por último, Jeremias Bentham, em sua obra "Teoria das Penas Legais", no capítulo V, dedicado à medida das penas, aponta certas regras sobre a proporcionalidade, mas voltadas ao fato de que as penas devem ter o seu mínimo e seu máximo: *i)* consubstanciado na ideia da necessidade da pena, é evidente que o mal imposto pela pena seja maior que o interesse a ser extraído do delito; *ii)* deve alcançar uma projeção social de todos da sociedade e não somente ao indivíduo; *iii)* o excesso de pena deve ser fundamentado na compensação do crime cometido; *iv)* conteúdo inibitório de delitos menores para evitar delitos maiores; *v)* a graduação do delito deve corresponder à graduação da pena para que iniba a sua prática; e *vi)* a pena imposta deve obedecer aos elementos fáticos que a constituem e, não pode ser aplicada a mesma pena pelo mesmo crime praticado por fatos diferenciados²¹².

Cabe destacar que as obras de Montesquieu e de Cesare Beccaria, influenciam um pensamento constitucionalizado, voltado ao humanismo da pena, enquanto que o hobbesiano detém raízes no critério da inibição pela coação (terror). Por outro lado, o pensamento de Jeremias Bentham, volta-se ao utilitarismo da pena.

Superada a edificação filosófica dos preceitos da proporção da pena, a mesma sofre, na atualidade, a erosão que os outros princípios constitucionais de garantia. Se, a criminalização em estado prévio de lesão, incide na proibição de ações e de omissões de cogitação remota, a pena antecipa-se no tempo e há a coação pré-delitual e não pós-delitual.

A adequação dos meios e dos fins retorna ao utilitarismo vil da vingança, de reprimir para inocuizar, de torturar para obter informações e de prender

²¹⁰ Idem, ibidem, p. 68-69.

²¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 75.

²¹² BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 31-37.

para separar e tornar nosso inimigo sem rosto. Inexistente na sociedade, porque, conforme determina o próprio sistema de exceção como regra²¹³, inimigos são não-pessoas e são categorias subumanas, que não merecem ser protegidas pelo contrato social. Os partidários deste sistema referenciam o mesmo como neoproporcionalismo, consistindo na “[...]” proporção do fato de acordo com a nocividade do comportamento e da culpabilidade do autor, com o objetivo último de realizar objetivos de igualdade e de justiça na individualização judicial da pena antes de objetivos preventivos”²¹⁴.

Na atualidade, este modelo representa expressão de liberdade voltada à democracia. Assim, para evitar o uso arbitrário do *ius puniendi*, o sistema é consubstanciado em três sub-princípios: i) *princípio da adequação*; ii) *princípio da necessidade* e iii) *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*²¹⁵. O primeiro determina que a sanção penal possua o conteúdo teleológico de proteção ao bem jurídico *determinado*, cujo mandamento constitucional de proteção, assim o determinou²¹⁶. Já o segundo, também é denominado de princípio da intervenção mínima, em que o Estado Punitivo – isto inclui o de exceção – somente deve intervir nas situações lesivas a bens jurídicos determinados, quando efetivamente necessários e dignos de tutela²¹⁷. Este postulado se reafirmar, já que se trata da

²¹³ “A injustiça que deriva do fato de um homem continuar sofrendo uma pena depois de, pelo longo tempo transcorrido, ter se convertido numa pessoa completamente diferente da condenada é um efeito perverso da excessiva duração das penas. E é um defeito estrutural, dado que a mudança da personalidade da pessoa com o transcurso dos anos constitui mais a regra do que a exceção.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 374)

²¹⁴ CRESPO, Eduardo. Del <<derecho penal liberal>> al <<derecho penal del enemigo>>. In: *Revista de derecho Penal y Criminología*. 2.ª Época. N.º 14. Julio-2004. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 103.

²¹⁵ CUSSAC, José L. González. El renacimiento del pensamiento totalitário em el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo. *Revista Penal*. N. 19. España: Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. p. 68-69.

²¹⁶ “Mas, justamente em nome do critério da necessidade e da consequente subsidiariedade da tutela jurídico-penal, a inversa não é verdade: no preciso sentido de que não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização. Naturalmente: onde o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade de intervenção penal para tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão [...]” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I – Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 122).

²¹⁷ “[...] a pena só é admitida quando não há outro mal menor passível de substituí-la. Do manuseio deste princípio decorre, ainda, que somente bens de elevada valia devam ser tutelados pelo direito penal. Isto porque a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face ao grau de importância que o bem tutelado assume. Aqui surge a preocupação com a dignidade do bem jurídico, dado que o direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens (princípio da exclusiva proteção de bens

tutela penal mais violenta do sistema jurídico e afeta um dos bens jurídicos mais essenciais do apenado, a liberdade. No que se refere ao terceiro, é imediatamente a medida aplicável concretamente na pena, ou seja, a sanção que se impõe. Cabe reafirmar, que a imposição proporcional da pena, se centraliza nos preceitos da culpabilidade, segundo Claus Roxin, consiste no fato de “[...] que a culpabilidade somente haverá tido efeito como fundamento e como limitação da pena e da lei, em consequência, não exigirá impor em toda a sua extensão a pena correspondente à graduação da culpabilidade [...]”²¹⁸.

O neorretribucionismo, por sua vez, pretende dispor que a mensuração da pena, deve ser feita com base na gravidade da nocividade do comportamento e na culpabilidade do autor, pretendendo a desobjetivação do indivíduo e a desconsideração do princípio da igualdade, da justiça na individualização da pena e na prevenção²¹⁹. Logo, trata-se do início da ruptura do paradigma de garantia do sistema da proporcionalidade e, do aporte para o sistema do direito penal do inimigo.

A erosão dos princípios, essenciais à contenda do poder de punir do Estado também se reflete na proporcionalidade. O que é e para que serve a proporcionalidade, detém nova roupagem com o funcionalismo penal sistêmico e, em especial para com o direito penal do inimigo, tal qual apresenta duas relevantes considerações de Günther Jakobs. A primeira consideração é sobre a antecipação da punição estatal e, a segunda, sobre a criminalização em um estágio prévio de lesão, já que afronta a dignidade dos bens jurídico-penais²²⁰.

A inversão discursiva do pensamento jakobiano, fundamenta o atuar criminalizante e desproporcional das penas. Para esse autor, “[...] bem jurídico-penal

jurídicos). Além da verificação a respeito do grau de importância do bem – sua dignidade –, deve ser analisado se a ofensa irrogada causou um abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal”. (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. Série: As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 7. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002. p. 28-29).

²¹⁸ Tradução livre deste pesquisador referente a ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 94.

²¹⁹ CRESPO, Eduardo. Op. cit., p. 103.

²²⁰ Sobre este assunto, já tratava Cesare Beccaria em 1764: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado. Aí está uma proposição muito simples: ou o crime é certo, ou é incerto. Se é certo, apenas deve ser punido com a pena que a lei fixa, e a tortura é inútil, porque não se tem mais necessidade das confissões do acusado. Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado.” (BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 37.)

é a eficácia fática das normas que garantem o que se pode esperar a respeito aos bens jurídicos, às funções e à paz jurídica. Essa eficácia é prejudicada quando o comportamento do agente manifesta uma falta de respeito correspondente”²²¹. Mesmo o ato preparatório detém uma relevância social difusa ao corpo social, assim, “[...] conseqüentemente, a eficácia fática da norma apenas é afetada quando o agente atribui a si mesmo uma organização que não lhe pertence”²²².

A fundamentação para a desproporcionalidade, primariamente, se edifica pelo fato de que a dogmática penal de sistema de garantias fundamentais, em verdade, é fruto de um estado despreocupado do positivismo que impõe barreiras ao punitivismo²²³. Ainda nesta esteira:

Em favor da extensa disposição a aceitar antecipações da punibilidade, podem ser citadas várias explicações plausíveis. Assim se pode mencionar uma tendência à subjetivação que se nutre, por sua vez, de diversas fontes; o princípio de culpabilidade, a orientação ao autor, a personalização do injusto. Tampouco se pode excluir que a tendência à antecipação fomenta de novo a tendência à subjetivação, de modo que ambas se apoiam aparentemente em um modo recíproco e circular. Existem ademais argumentos preventivo-policiais em favor dessas antecipações. Antecipa-se a consumação para conceber à polícia a possibilidade de intervir no momento propício para fazê-lo; pois com a antecipação da punibilidade se ampliam os limites do permitido para a prevenção na medida do permitido para a repressão. Provavelmente não se deve ao azar que alguns notórios de atividade policial encoberta: delitos relativos a entorpecentes, à segurança do Estado, ou a falsificações de moedas, entre outros.²²⁴

Somente com o consenso valorativo, se chegará à obediência das expectativas cognitivas sociais aptas às sociedades pós-modernas. A proporcionalidade, no sistema do direito penal do inimigo se, fundamenta na ideia de sacrifício especial frente aos direitos e às garantias dos cidadãos. Logo, extrai-se de seus postulados, que a tendência à reificação do sujeito, se dá em proporção exata à necessidade do consenso valorativo da sociedade pós-industrial, razão que legitimaria este sistema opressivo e ofensivo denominado direito penal do inimigo.

²²¹ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 78-79.

²²² Idem, *ibidem*, p. 79.

²²³ Idem. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109.

²²⁴ Idem, *ibidem*, p. 110.

De modo complementar, ao tratar da subsidiariedade, assevera que se trata de um princípio, próprio da proporcionalidade, em que a pena somente se fundamenta quando for menos gravosa ao indivíduo. “Contudo, o princípio da proporcionalidade somente se aplica aos casos em que os custos da medida alternativa atingem uma pessoa que é responsável pelo conflito a ser solucionado (aqui, entende-se por custos quaisquer perdas, inclusive a renúncia ao contato social)”.²²⁵

Posta a tese do princípio da proporcionalidade, edificado na filosofia iluminista e no sistema constitucionalizado, cabe aferir a sua significação para o neoconstitucionalismo, a fim de superar a sua antítese (o direito penal do inimigo). Para isso, deve-se levar em conta, primeiramente, se o ato terrorista em 11 de setembro de 2001, investido contra o Estado estadunidense, foi um ato de guerra ou não, condição sem a qual não se legitima o Estado Punitivo de Exceção com penas desproporcionais.

O atentado terrorista foi efetivado por um grupo (mas não por uma nação ou representando um Estado soberano) e detinha um conteúdo ideológico, sem finalidade propriamente dita. Logo, não era um ato de guerra. Deslegitima-se, ainda mais, o sistema penal do inimigo em razão da proporcionalidade dos meios e dos fins propostos, não em caráter fragmentado, mas sim, difuso. Preconiza Luigi Ferrajoli:

Terrorismo e guerra, com efeito, se alimentam reciprocamente. Nem a guerra poderá nunca derrotar ao terrorismo, nem ao terrorismo poderá jamais derrotar a guerra. Se, acaso, tendem a assemelhar-se um ao outro como violências indiscriminadas que golpeiam os inocentes, somente a intervenção do direito pode interromper a espiral. Com efeito, as violências terroristas – os estragos, assassinatos, sequestros, decapitações de inocentes – são identificáveis e reconhecidas como crimes e, como tal, politicamente desagradáveis e juridicamente deslegitimados, sem os Estados reajam frente a eles com os instrumentos do direito, quer dizer, com a determinação das responsabilidades segundo as garantias do devido processo, e com a aplicação das penas previstas em lei. É nesta assimetria, precisamente assegurada pelas formas jurídicas, onde reside, repito, a diferença, mais ainda a antinomia e a contraposição, não somente entre direito e guerra, senão também entre direito e terrorismo, e a capacidade de desqualificação e neutralização do segundo por obra do primeiro. E é na

²²⁵ “Assim, não se deve deduzir do princípio que não por meio da pena. Falando claramente, todo conflito pode ser resolvido com a renúncia ao contato social; tantos outros por intermédio da autoproteção da vítima; mas, a obrigação de assumir esses custos não pode ser fundamentada, via de regra, com o argumento de que são menos pesados do que a pena.” (JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 82).

atenuação desta assimetria entre Estado e terrorismo, entre a reação legal a violência criminal e a criminalidade mesma, onde radica a causa profunda do fracasso da guerra <<preventiva>> e do direito penal do inimigo.²²⁶

Deve-se levar em conta que esta *guerra contra o terrorismo*, nada mais é que “um sinal de debilidade e um ato de abdicação da razão mais que do direito”²²⁷. Cabe ainda destacar, que “[...] é a trágica confirmação do nexo indissolúvel que liga direito e razão, legalidade e segurança, meios e fins, formas e substâncias dos instrumentos, inclusive coercitivamente, de tutela dos débeis frente à lei do mais forte”²²⁸, consistente em um modo operativo do Estado.

O neoconstitucionalismo assevera o seguinte: “O poder exclusivo do legislador para configurar os bens jurídicos protegidos, os comportamentos penalmente repressivos, o tipo e a quantidade das sanções penais, e a proporção entre as condutas que pretende evitar e as penas com que intenta obtê-la.”²²⁹ A interpretação constitucionalizada do direito penal, continua a perseguir aqueles fatores em que a existência do bem jurídico, detém objetivos constitucionalmente prescritos e, socialmente relevantes para se elevar à categoria de tutela penal, sob pena de desnecessidade.

Mais especificamente sobre o princípio da proporcionalidade, Luís Pietro Sanchís preconiza que “[...] em nenhum caso pode sobrepor-se ao ponto de lesionar o valor fundamental da justiça própria de um Estado de direito e de uma atividade pública não arbitrária e respeitosa a dignidade da pessoa”²³⁰.

Assim, um Estado Democrático de Direito, vetorizado pelos direitos fundamentais, detém valores como o primado do respeito à liberdade do indivíduo como axioma superior do ordenamento jurídico voltado ao respeito da dignidade da pessoa humana, mas o essencial, para o neoconstitucionalismo, é que o princípio da proporcionalidade obriga a discussão acerca da prevalência de interesse em jogo:

²²⁶ Tradução livre deste pesquisador referente a FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonel. Madrid: Trotta, 2008. p. 246-247.

²²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 244.

²²⁸ Tradução livre deste pesquisador: Idem, ibidem, p. 247.

²²⁹ SANCHÍS, Luis Pietro. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 226.

²³⁰ Tradução livre deste pesquisador referente a SANCHÍS, Luis Pietro. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 227.

de um lado existe a tutela penal a ser edificada e, de outro a proibição de excesso, sob pena de incidir o retrocesso.

Por vezes, o juízo de ponderação pretende a subtração da desumanização das penas. Se superada erroneamente a tutela ligada ao princípio da proporcionalidade, restará o princípio da humanização das penas para evitar a violência institucionalizada, porém, a mesma humanização também estará sofrendo a erosão pelo sistema penal do inimigo, conforme será apontado.

2.4.2 Desumanização das penas

“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.²³¹ Este imperativo categórico kantiano, impõe a necessidade de se agir com *racionalidade* e *proporcionalidade*, no que condiz respeito à aplicação da pena. São as grandes utopias do pudor judiciário do século XXI, que se veem abaladas e invadidas pela opinião do discurso dominante da barbárie e da desconsideração dos direitos humanos. Este fato, historicamente, não está atrelado somente materialmente (naquilo que se efetiva), mas também formalmente (naquilo que se prevê), pois a violência abstrata é difusa e ocasiona o medo coletivo da pena²³².

A violência das penas é mais intensa do que a dos delitos, pois estes são ocasionais, muitas vezes incidentais, impensados, enquanto aquelas são racionalizadas, institucionalmente organizadas e operacionalizadas, o que demonstra o maior grau de gravidade da violência institucional da pena, do que a violência incidental do delito²³³.

²³¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 92.

²³² “A experiência e a razão demonstram que o modo em uso no passado para decepar a cabeça de um criminoso leva a um suplício mais horrendo que a simples privação da vida, que é a intenção formal da lei, para que a execução seja feita num só instante e de uma só vez; os exemplos provam como é difícil chegar a este ponto. É preciso necessariamente, para a certeza do processo, que ele dependa de meios mecânicos invariáveis, cuja força e efeito possam ser igualmente determinados... É fácil fazer construir semelhante máquina de efeito infalível; a decapitação será feita num instante de acordo com a nova lei. Tal aparelho, embora necessário, não causaria nenhuma sensação e mal seria percebido”. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 31. ed. Trad. Raquel Ramalhe, Petrópolis: Vozes, 2006. p. 16)

²³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 355.

Segundo articula Nilo Batista, “o princípio da humanidade intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena, e neste último terreno tem hoje, face à oposição dominante da pena privativa da liberdade, um campo de intervenção especialmente importante”²³⁴. A racionalidade exposta anteriormente, condiz com o fato de que a pena não pode se limitar a um ato vil de repugnante tortura, ou como *expectativa fática de obediência normativa* do indivíduo com o uso do medo²³⁵. Neste viés, a normalidade da violência estatal pelo suplício somente incentiva a vingança de sangue pela população²³⁶.

Na transição humanista, o fundamento da pena encontra a necessária busca do que *é* e para que *servem* as penas. Ao contrário do espetáculo do sofrimento como demonstração e estratégia punitiva²³⁷, as penas devem estar calcadas a algum modelo de resolução pacífica de conflitos. O homem descoberto no criminoso (e não o criminoso descoberto no homem) deverá sofrer os efeitos da tutela (ou intervenção) penal. Deste modo, a humanização das penas deve ser sua medida e fundamento.

Pena, para o direito penal do inimigo, assume uma postura de estabilização da convivência social, preservação das normas jurídicas e orientadoras do tecido social²³⁸, voltando a consequência coativa dos atos no fato da frustração pela expectativa institucional dos indivíduos²³⁹. É uma consideração ante-delitual que se encerra em coação e em inocuização. A primeira (a coação) é determinada pela resposta de um ato de uma pessoa racional, como consequência do

²³⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 100.

²³⁵ JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 48.

²³⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramallete. 31. ed. Petropolis: Vozes, 2006. p. 63.

²³⁷ ZAFFARONI, Raul Eugênio. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 210-211.

²³⁸ Para Günther Jakobs, o conceito de pena é a demonstração da eficácia das normas expensas de um responsável. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 21). Completando este postulado: “[...] quando se fala da prevenção geral positiva, movimenta-se essencialmente o universo do direito penal. Portanto, se Luhmann procura fazer uma reflexão sobre a sanção em sentido amplo, Jakobs não ultrapassa as fronteiras da sanção penal e não desloca a importância dada pelo direito penal às penas aflictivas. Ainda que em algumas passagens, como mencionado acima, empregue o termo *sanção*, na grande maioria das vezes refere-se ou parece referir-se verdadeiramente à *pena*.” (POSSAS, Mariana Thorstensen. O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2005, p. 293).

²³⁹ REGHELIN, Elisangela Melo. Op. cit., p. 287.

desautorização ou do ataque à vigência da norma²⁴⁰. A segunda (a inocuização), que seria o efeito da primeira, é a neutralização ou inocuização do indivíduo, em que não se preocupa com a proporcionalidade entre ato e castigo, mas o sustentáculo que veicula a vingança estatal de penas desproporcionais voltadas tão somente à neutralização do indivíduo. Neste aspecto, cita Fernando Miró Llinares:

Também tem sido comum, na regulação dos delitos de terrorismo, a excepcionalidade com respeito ao tratamento das penas em comparação com as de outros delitos. Algumas destas excepcionalidades, como a maior gravidade geral das penas, ou a sanção de atos preparatórios ou de participação, podem encontrar explicação e justificação em um Estado Social e Democrático de Direito sem se basear bem na dupla lesividade dos delitos de terrorismo, ou bem na periculosidade dos atos preparatórios e os atos de participação de forma específica, dada a grande danosidade da atividade terrorista. Porém este caso nunca é assim. Em muitas legislações antiterroristas encontramos uma quebra do princípio de proporcionalidade penal, ao sancionar como consumados atos preparatórios e como fatos <<de autor>>, atos de participação, e também ao utilizar penas não contempladas para outros delitos.²⁴¹

O direito penal do fato e a neutralização dos focos de perigo (inimigos) se convertem em atividade do legislador como da execução das sanções penais, havendo erosão do princípio da culpabilidade, concedendo abertura para um sistema punitivo inadequado ao Estado Democrático de Direito²⁴².

A humanização das penas deve ter como objeto não mais os corpos dóceis destinados ao suplício, mas sim, penas incorpóreas²⁴³. É neste sentido, que Cesare Beccaria preconiza que, “[...] entre as penalidades e no modo de aplicá-las

²⁴⁰ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 22.

²⁴¹ LLINARES, Fernando Miró. Democracias en crisis y derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo em los Estados Democráticos antes y después del 11 de Septiembre de 2001. *Cuadernos de Política Criminal: Segunda Época*. N. 87. III. Madrid: CESEJ – Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2005, p. 195-196.

²⁴² SANCHEZ, Bernardo Feijó. El derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N. 18. Lima: IDEMSA, 2006, pp. 115-158.

²⁴³ Em sentido complementar: “Sob a humanização das penas, o que se encontra são todas essas regras que autorizam, melhor, que exigem a ‘suavidade’, como uma economia calculada do poder de punir. Mas elas exigem também um deslocamento no ponto de aplicação desse poder: que não seja mais o corpo, com o jogo ritual dos sofrimentos excessivos, das marcas ostensivas no ritual dos suplícios; que seja o espírito ou, antes, um jogo de representações e de sinais que circulem discretamente, mas com necessidade e evidência, no espírito de todos. Não mais o corpo, mas a alma, dizia Mably. E vemos bem o que se deve entender por esse termo: o correlato de uma técnica de poder. Dispensam-se as velhas ‘anatomias’ punitivas.” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalheite. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 84-85).

proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e igualmente menos cruel no corpo do culpado”²⁴⁴.

Cabe ressaltar que “o direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade”²⁴⁵, sendo necessário um princípio de moderação do poder punitivo. O princípio em questão deve levar como base a racionalidade humana, “[...] mesmo quando se trata de castigar o inimigo do corpo social [...]”²⁴⁶. Reafirma-se, assim, o imperativo categórico sobre a pena de que “[...] qualquer excesso de severidade torna-a supérflua e, portanto, tirânica”²⁴⁷.

O espetáculo do medo e o teatro da dor recebem, na atualidade – pós-11 de setembro – uma nova roupagem, com o subterfúgio e até mesmo com um imperativo categórico defensivo, em que é legítima a pena desumana, inclusive a prática da tortura em caso de defesa coletiva. Esta prática reafirma os postulados da divisão entre cidadãos e inimigos. O principal expoente desta teoria é Michael Ignatieff, que, em sua obra sobre *o mal menor* (*rectius*: “The Lesser Evil”) ²⁴⁸, dispõe que determinados direitos em sociedades democráticas, existem para garantir aos indivíduos liberdades fundamentais, voltados sempre para a coesão digna destes destinatários; que, porém, em caso de situações de ameaças terroristas, essas liberdades colidem frontalmente com a segurança coletiva, sendo legítimos os meios de resolver tais dilemas, não consensuais diante do terrorismo, o que determina o terror de Estado.

Existe uma tentativa de equilibrar os direitos entre dignidade humana e segurança pública. Reafirma-se, assim, que, mesmo em se tratando de inimigos, todos os instrumentos de direitos humanos a eles são aplicáveis, pois estes mantêm a condição de pessoa humana. O direito em questão é irrevogável e a ponderação entre ambos deve ser calcada na racionalidade e não à margem da legalidade e da moralidade.

A aplicabilidade do mal menor dependeria de três fatores preponderantes: *a) identificação*: qual o mal envolvido?; *b) decisionismo*: qual o ato

²⁴⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 49.

²⁴⁵ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 76.

²⁴⁶ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 77.

²⁴⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 50.

²⁴⁸ IGNATIEFF, Michael. *The lesser evil: political ethics in an age of terror*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

arbitrário na situação de necessidade?; e c) *subsidiariedade máxima*: qual a medida de *ultima ratio* para evitar um mal maior? Este método vai, porém, contra o compromisso de universalidade dos direitos humanos e contra a dignidade humana, o que seria o contraponto da legitimação do terror do Estado contra o terrorismo²⁴⁹.

O argumento que desconstitui a desumanidade das penas é o fato de que, afronta ao princípio de conteúdo moral do respeito à pessoa humana, e sendo a era dos extremos, um ambiente necessário à atuação do positivismo brando – coexistente com valores e princípios de conteúdo moral –, o axioma deve ser respeitado. Da mesma forma, o Estado que pratica o terror institucionalizado, se reduz à mesma categoria dos terroristas que pretende punir. Neste aspecto, afirma Luigi Ferrajoli:

Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant, com a máxima de que cada homem, e, por conseguinte, também o condenado, não deve ser tratado nunca como um 'meio' ou 'coisa', senão sempre como 'fim' ou 'pessoa'. Não é só, e, sobretudo, não é tanto por razões econômicas, senão por razões morais ligadas àquele princípio, quaisquer que sejam as vantagens ou desvantagens que dele possam derivar, que a pena não deve ser cruel nem desumana; e os princípios são tais precisamente porque não se aderem ao que em cada caso convenha. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e dos demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes.²⁵⁰

A paz e a segurança futura serão ressalvadas quando respeitados os preceitos civilizatórios de direitos humanos, sob pena de retornarmos à barbárie e ser alcançado o postulado do Estado de Exceção *como Regra Permanente*. O

²⁴⁹ TAPAJÓS, Ana. Resenha do Livro: IGNATIEFF, Michael. The lesser evil: political ethics in an age of terror. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004. In: *Revista Brasileira de Bioética*. Volume 2. N. 2. Brasília, p. 254-256, 2006.

²⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 364.

pensamento garantista determina que, com os pactos de direitos civis e políticos, bem como, com os tratados de direitos humanos, entende-se que a garantia da paz e a segurança são condições essenciais à coesão humana. Segundo cita Luigi Ferrajoli: “O próprio preâmbulo da Declaração universal estabelece, com realismo, este nexo entre paz e garantias dos direitos, entre violação dos direitos humanos e violência. E nos adverte, portanto, que não se poderá falar em paz e segurança futuras [...]”²⁵¹ com a negação dos direitos humanos fundamentais, tal como a opressão, a desigualdade, a fome, a miséria, bem como todo o déficit de direitos sociais básicos inerentes à pessoa humana.

2.5 Reflexos jurídicos do direito penal do inimigo no sistema penal propriamente dito

2.5.1 Entre a norma, a sociedade e a pessoa: o que protege o direito penal? As normas, a sociedade ou as pessoas?

O direito penal do inimigo tem, acima de tudo, a heterogeneidade entre o *ius puniendi* dos cidadãos e o neutralismo direcionado às não-pessoas. Neste foco, reverencia o sistema punitivo pós-11 de setembro, como uma tese de separação entre cidadãos e inimigos. A lógica da sanção perante o direito penal do inimigo é a violência exercida com base no poder, e o poder seria algo *extra jus*²⁵². Em sentido constitucional, o direito penal do cidadão é consequência jurídica, prevista em um Estado Democrático de Direito. Orienta-se este postulado, pelos princípios da legalidade e de todas as restrições e as barreiras intransponíveis

²⁵¹ Tradução livre deste pesquisador referente a: “Por fim a esta enorme omissão de auxílio não é somente um dever imposto pela Declaração Universal de 1948 e pelos Pactos de Direitos Civis, políticos, sociais e culturais de 1996. É também uma condição indispensável para garantir a segurança e a paz. O próprio preâmbulo da Declaração universal estabelece, com realismo, este nexo entre paz e garantia dos direitos, entre violação dos direitos humanos e violência. E nos adverte, portanto, que não se poderá falar em paz e segurança futuras, nem muito menos de democracia e direitos humanos, se não se removem, ao menos se reduzem, a opressão, a desigualdade, a fome e a pobreza de milhões de pessoas, cuja situação comporta uma terrível negação das promessas contidas em numerosas cartas constitucionais e internacionais.” (FERRAJOLI, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo*. Trad.Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004. p. 64).

²⁵² BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. V.62. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais e RBCrim, 2006, p. 109.

constantes nos direitos e nas garantias fundamentais (garantistas)²⁵³, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, tratados de direitos humanos e na Carta Magna do delinquente (Código Penal). Em contrapartida, o sistema punitivo do inimigo é direcionado pela exceção como regra permanente (Estado de Beligerância)²⁵⁴.

A dissimulação entre direito penal do inimigo e direito penal do cidadão, é a conversão deste último, como *modus operandi* de transformação do Estado de Direito em Estado de Emergência (segurança), fundado na lógica do medo, do receio ou da dúvida²⁵⁵.

A gênese das normas penais é diferenciada, pois a orientação é fulcrada na separação do sistema punitivo do *cidadão versus do inimigo (não-pessoa)*. Segundo esta reflexão, “[...] o direito penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos, o direito penal do cidadão otimiza esferas de liberdades”²⁵⁶. Assim, o direcionamento interno de determinado indivíduo alcança a categoria de legitimidade para ser reprimida pela tutela penal. Cita com propriedade Elisangela Reghelin:

Atualmente, Jakobs, ao sustentar um direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) contrário a um direito penal dos cidadãos (*Bürgerstrafrecht*), também parte de uma concepção contratualista, mas sustenta que o indivíduo inimigo não afirma este contrato social ou, então, se o faz, renuncia a este, em uma opção individual, voltando-se contra a sociedade, gerando sua expulsão do grupo pela própria sociedade, que tem o poder de determinar quem são seus membros. Essa sociedade, que, geralmente, reclama o cidadão como membro, a fim de castigá-lo com uma pena que só existe e é legítima dentro dela (e para dar-lhe a oportunidade de reintegrar-se a ela), pode expulsá-lo, em caso de ser rebelde ou traidor, o que seria uma recaída ao estado de natureza. Nestes casos, não são

²⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. / FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

²⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção: homo sacer II.1*. Coleção Estado de Sítio. Trad. Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007. / AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Série Humanitas. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

²⁵⁵ “Vivemos, hoje, o fenômeno da expansão do direito penal, que vinculada à consolidação da moderna sociedade do risco, cria crescentes dificuldades para atribuir a responsabilidade por tais riscos a determinadas pessoas individuais ou coletivas. No entanto, nos casos de delitos terroristas (que não são novidade) entendemos que se trata de intensificações, ou seja, uma justificativa moderna 'das cada vez mais frequentes decisões político-criminais que concentram seus esforços num incremento da punição de certos tipos de delinquência clássica, delinquência há muito tempo incorporada aos Códigos Penais'”. (REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais IBCCrim, 2007, p. 274).

²⁵⁶ BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. V.62. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais e RBCCrim, 2006, p. 109.

castigados como súditos, mas como inimigos. É um indivíduo incorrigível e contra ele cabem apenas ameaças e inocuização.²⁵⁷

Uma das principais consequências da ruptura do sistema de garantias fundamentais é realocar a norma como epicentro e missão do direito penal. Logo, o sistema penal se volta à proteção da vigência normativa e não mais para defender bens jurídicos, pois é pertencente à segurança cognitiva, que cada pessoa deve ter para com o sistema social, cuja finalidade é supostamente a paz social.

O giro linguístico da sociedade de comunicação, dos integrantes e aderentes tácitos do contrato social, é flagrantemente uma *aporia* (problema), já que coloca o Estado como detentor da proteção do sistema punitivo e, não mais do sujeito. Ou seja, o cidadão, antes do sistema funcionalista, detém bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Agora, o Estado detém normas que devem ser mantidas intactas e, o contrato social não é mais um instrumento de garantia, mas sim, um aporte, apto a exigir deveres de seus subscritores tácitos. No presente tópico, esta é a principal discussão, o que protege o direito penal legítimo e, o que defende o direito penal ilegítimo? O que é mais importante, a sociedade ou as pessoas que a compõem? Isso acarreta este giro linguístico da *comunicação (Habermas) para perigos (Luhmann)*.

Se tudo isto é verdade, então a pena não é mais um instrumento de ressocialização, muito menos pedagógico, mas, sim, um método de coação. Detém um significado de contradição à conduta do indivíduo perante a norma, cuja vigência se pretende restabelecer, pois a ação ou a omissão delituosa é uma desautorização normativa. Este conjunto nada mais significa que o desvalor do ato e o desvalor do resultado, pois este se subsume à ideia de *ausência de segurança cognitiva para com a vigência normativa em um estado prévio de lesão* e o desvalor do resultado *na própria desautorização*, que acarretará a incidência da pena, como interação simbólica voltada à negação do ato desautorizador²⁵⁸.

²⁵⁷ REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais IBCCrim, 2007. p. 276.

²⁵⁸ Neste sentido: "A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem

Esta interação possui suas raízes na *conatus remotus*, pois a criminalização de um estado prévio de lesão a bem jurídico, nada mais é que a transposição (em grau de merecimento, necessidade, adequação e eficiência²⁵⁹) de determinada conduta, não fenomenológica ao grau de reprovabilidade. Neste sentido, “[...] procurou-se determinar de um modo mais preciso os diversos casos que deviam ser punidos com penas mais severas e às mais das vezes distinguia-se entre *conatus remotus* (atos preparatórios), o *propinquus* (atos de execução) e o *proximus* (tentativa finda na forma de crime *falho*)”²⁶⁰.

Deste modo, os atos preparatórios, em regra, são tidos como atos de tentativa remota, que detém necessidade de permanecerem impunes. Por outro lado, existe um contraponto, que determina que o ato preparatório remoto, que possui carga fenomenológica perigosa ao bem jurídico deve ser punido. Se não for perigoso, não deve ser punido. Observa-se, nesta valoração, que o perigo ou o risco ao bem jurídico (norma) se perfilha a este pensamento. Criminaliza-se, pois existe, um perigo ao sistema social vigente.

A legitimação material da criminalização em um estado prévio de lesão a bem jurídico (norma) se divide em diversas perspectivas: *i) perspectiva positivista-legalista; ii) perspectiva positivista-sociológica; iii) perspectiva moral (ético)-social e iv) perspectiva racional*²⁶¹.

A perspectiva de legitimação positivo-legalista refere-se ao fato de que a tutela penal é legítima, desde que, seja tudo aquilo que o legislador considerar como tal. A crítica que se faz a este enfoque é justamente de que não contém um conteúdo material (constitucional), mas meramente formalístico. A aproximação desta determinação, para com o funcionalismo sistêmico é flagrante, pois o epicentro da missão do direito penal é a *norma*.

Com efeito, a *perspectiva positivista-sociológica* consiste na concepção mais próxima ao direito penal do inimigo, pois se reporta à ideia

modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.” (JAKOBS, Günther; MÉLIA, Manuel Cancio. Op. cit., p. 22).

²⁵⁹ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. Série: As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁶⁰ LIZST, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Campinas: Russel, 2002. p. 315.

²⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral – questões fundamentais e a doutrina geral do crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 102-120.

garofaliana²⁶² de que preexiste na sociedade um delito natural, uma conduta socialmente danosa. Neste sentido, pontua Jorge de Costa Faria:

Convém acentuar, de resto, que a idéia de Garofalo de construção de um "delito natural" merece ainda apreço de um outro ponto de vista que hoje se revela extremamente frutuoso para o trabalho da dogmática jurídico-penal: o de chamar a atenção para a circunstância de que, na generalidade das ordens jurídico-penais, coexistem crimes (os *delicta in se* ou *delicta naturaliter proba*, de que já falava a doutrina do direito romano) cujas condutas são axiologicamente *relevantes* – porque lhes preexiste uma valoração negativa do ponto de vista social, moral ou cultural – antes e independentemente de como crimes serem considerados pelo legislador, com outros crimes (os *delicta mere prohibita*) cujo comportamento é constituído em ilícito somente *através da sua proibição pela lei*, uma vez que as condutas consideradas são, no sentido exposto, axiologicamente *neutras*. E de chamar ainda a atenção para que só o primeiro grupo, não o segundo, deveria ser elevado à categoria de verdadeiro *crime*. É esta idéia básica que continua hoje no centro das discussões à roda do critério essencial de distinções como as que intercedem entre "direito penal" e "direito de mera ordenação social" (ou "das contra-ordenações": infra, 7.º Cap. I) ou entre autênticas faltas de consciência do ilícito e meros erros sobre proibições legais.²⁶³

A perspectiva ético-social detém sua matriz no pensamento lógico-valorativo de Hans Welzel, em que a tarefa primária do sistema penal é a defesa ético-social de bens elementares ou fundamentais. Em outras palavras, é tarefa fundamental do direito penal, ou sua missão, a proteção dos bens jurídicos penais mediante a valoração de ações ético-sociais. Na expressão do próprio doutrinador finalista, "[...] é missão do direito penal amparar os valores elementares da vida em comunidade"²⁶⁴.

²⁶² "A segurança que a suposta existência de *inimigos ônticos* proporciona leva inevitavelmente a deixar de lado qualquer prudência. Por que toda a sociedade deve suportar essas *não-pessoas*? Por que toda a vida social deve ser alterada em razão de um grupo muito minoritário de *inimigos* irrecuperáveis? Por que destinar recursos para contê-los quando faltam para outros objetivos sociais que beneficiam pessoas inocentes? Por que não neutralizá-los por meios menos custosos e mais seguros? A periculosidade e seu ente portador (o perigoso) ou *inimigo* onticamente reconhecível, provenientes da melhor tradição positivista e mais precisamente garofaliana, cedo ou tarde, devido à sua segurança individualizadora, *termina na supressão física dos inimigos*. O desenvolvimento coerente do perigosismo, mais cedo ou mais tarde, acaba no campo de concentração" (ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 14. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2007. p. 104).

²⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral – questões fundamentais e a doutrina geral do crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 105.

²⁶⁴ "Dele resulta que é a missão do direito penal, a proteção dos valores ético-sociais elementares do sentido (da ação), e somente depois incluiria nele o amparo dos bens jurídicos individuais". Trad.

Por fim, a tutela teleológica-racional, volta-se à ideia de que a tutela penal deve ser a última razão de ser, possuindo conteúdo subsidiário, pois somente os bens jurídicos dotados de dignidade penal, poderiam revelar-se aptos a serem transpostos no âmbito da criminalização. Cabe indagar: – Será que a *criminalização da conatus remotus* é digna de possuir a construção da tutela penal? A defesa da tese foi exposta, como a raiz teórica do direito penal do inimigo, no artigo intitulado "Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgusverletzung, ZStW, 97*)", de autoria de Günther Jakobs em 1985²⁶⁵.

O epicentro da respectiva teoria era a antecipação da tutela penal, tanto no âmbito dos delitos (incriminação), como nas penas (punibilidade)²⁶⁶. O embate seria de como adequar ou legitimar tal sistema em um Estado Democrático de Direito em que se funda a liberdade? O princípio argumentativo de legitimidade, é a própria *perspectiva* da missão do direito penal *positivista-sociológico* (supra). Conforme já destacado, protegem-se determinados bens jurídicos (normas), socialmente úteis para o sistema social. Perfilha a dogmática jakobiana no pressuposto de que os tipos penais, a consumação, a punibilidade, ou seja, o acontecimento *crime* como *fenômeno* é meramente formal²⁶⁷. Logo, sendo formal, não deve possuir elementos materialmente considerados, para legitimá-lo ou deslegitimá-lo²⁶⁸.

O argumento central das antecipações das punibilidades, residiria no próprio fato de que o bem jurídico, para ser protegido, necessita que se afastem

Livre do mestrando. (WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 5).

²⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 108-144.

²⁶⁶ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 44.

²⁶⁷ Com mais propriedade sobre o assunto: Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁶⁸ "A título de exemplo: em quase todos os comentários da parte geral do StGB a delimitação da tentativa punível é qualificada como um postulado da primeira categoria do Estado de Direito. Essa declaração não ocasiona, entretanto, que se dediquem mais que algumas frases obrigadas à legitimação das sanções prévias ao começo da tentativa, por exemplo, à punição da preparação do delito mediante a figura da tentativa de participação a que se refere o § 30 StGB. A punibilidade da preparação do delito por meio da figura da tentativa de participação degrada o limite da tentativa, em todos os delitos graves (§ 12, parágrafo 1.º, StGB) que são preparados na qualidade de autores ou de indutores por uma pluralidade de pessoas, à categoria de um limite relativo ao marco da pena, de importância secundária; entretanto, isso é aceito como se fosse compatível com o sentido de uma estrita delimitação da tentativa punível. Valha isso como exemplo da mencionada 'carência de princípios'." (JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109-110).

seus supostos ofensores, ou seja, “[...] o autor não tem nenhuma esfera privada, nenhum âmbito para uma conduta ainda não socialmente relevante, sendo somente uma fonte de perigo ou, em outras palavras, inimigo do bem jurídico”²⁶⁹. O contraponto deste argumento legitimador, seria o princípio da *cogitationes poenam nemo patitur*, expressão latina, em que a cogitação não pode ser objeto de punição ou de reprovabilidade punitiva. Deste modo, a ideia criminosa, quando não exteriorizada no mundo fenomenológico, somente agregada no intelecto do sujeito, não deve ser punida, pois é intrínseca ao âmbito do pensamento²⁷⁰. A presente antítese, da incriminação de um estágio prévio de lesão ao bem jurídico, confronta a teoria realística, em que deve existir uma probabilidade de ofensa ao bem jurídico. Sobre a teoria realística:

Segundo a *teoria realística*, decididamente aceita pelo nosso Código, não é concebível o crime sem que haja uma *atuação* voluntária, acarretando, pelo menos, uma situação de perigo, uma probabilidade de dano a um bem jurídico plenamente protegido. Enquanto a noção atinge esse *minimum* de atuação objetiva, a vontade criminosa, do ponto de vista jurídico-penal, *non est de hoc mundo*. Vá que seja resgatada com abluções de água benta, em penitência de confessorário; mas não provoca a reação penal, o exercício do *jus puniendi* por parte do Estado. Já dizia Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur*. Ainda quando a vontade de violar a lei penal se anuncie por palavras ou *in scriptis*, não pode haver crime se não se vai além da expressão inócua de um pensamento. A lei só incrimina as manifestações orais ou escritas de ideias quando, já de si mesmas, criam uma situação de lesividade ou de periclitção de um bem jurídico.²⁷¹

Deste modo, crimes que prevejam a reprovabilidade punitiva sobre o elemento de *atos preparatórios, dirigidos a* ou, ainda, *idôneos para pôr em perigo*, não são dignos de tutela penal, seja pelo que consubstancia a teoria realística, seja pelo primado do princípio da lesividade, que é nulo o crime sem injúria ao bem jurídico-penal²⁷².

Outro argumento, que pretende a legitimação da criminalização em um estágio prévio de lesão ao bem jurídico, é a existência de determinados tipos

²⁶⁹ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 598.

²⁷¹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Vol I. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 75.

²⁷² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 436.

penais incriminadores, que são aptos à reprovabilidade de um grau de ofensa probabilístico da violabilidade da estabilidade do bem jurídico²⁷³. São eles, a apologia ao crime, racismo, terrorismo e formação de quadrilha. Seriam formas de delitos que criminalizam o estado prévio de lesão, pois protegem a vigência de outras normas, tais como no terrorismo, a vida de determinada coletividade. Não existe bem jurídico próprio desta prática de delito *ante-factum*, mas sim, a pretensão de segurança coletiva *post-factum*, em meio a uma antecipação da tutela penal.

O verdadeiro sentido da pena não é reparar os bens jurídicos lesados, mas sim, conformar a identidade normativa da sociedade. Logo, o direito penal não reage perante um fato quando da lesão de um bem jurídico, mas sim, quando da violação da norma²⁷⁴. A consequência e inversão linguística são resultantes da conversão da sociedade de comunicação para a sociedade de perigos. Assim, a diferença expositiva entre os sistemas sociais e, os cognitivo-subjetivos detêm consequências no sistema jurídico.

O lado subjetivo do fato punível, segundo Günther Jakobs, constitui-se com a imputabilidade, com o conhecimento ou cognoscibilidade²⁷⁵ da realização do tipo e do injusto e, com a exigibilidade da observância da norma²⁷⁶, socialmente considerada. O direito é tido como parte da sociedade, pois esta e o direito detêm relação de dependência, retornando ao preceito hegeliano em que a pena não é mais um mal, e sim a consequência externa no fato punível. Deste modo, a compreensão comunicativa do delito pode ser entendida como a afirmação que contradiz a norma e, a pena entendida como resposta em evidente relação racional²⁷⁷.

O epicentro do direito penal, como integrante do sistema social, precisa – segundo o pensamento funcionalista – edificar-se mediante o postulado da

²⁷³ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 132-134.

²⁷⁴ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 11.

²⁷⁵ A sociedade é consciente dos riscos e estes conduzem a que se exija ao Direito que a imposição de penas seja preventiva de uma maneira perceptível. Sem embargo, a prevenção mediante penas, concebidas estas como penas impostas juridicamente, em seguida se vê sujeita a limitações que uma sociedade consciente do risco não aceita porque lhe resultam demasiado restringidas; e deste modo surge a necessidade de um equilíbrio constante entre juridicidade e efetividade. A incompatibilidade entre juridicidade e efetividade optimizadas constituem o problema central do Direito Penal (não somente) moderno e por ele [...]. (JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004. p. 40-41).

²⁷⁶ JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Melia e Bernardo Feijó Sanchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 75.

²⁷⁷ Idem. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Melia e Bernardo Feijó Sanchez. 2. ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 18.

vigência e integridade normativa, porque a constituição da sociedade tem lugar com a existência das normas. Assim, a confirmação da integridade normativa²⁷⁸ se perfilha a este movimento que pretende o direito penal. Em outras palavras, há a confirmação da identidade normativa ou da estabilidade das normas, pois o sistema punitivo resolve a obediência ao contrato social, voltado para a coesão social. Neste aspecto cita Günther Jakobs:

A sociedade é a construção de um contexto de comunicação que, em todo caso, poderia estar configurado de outro modo ou como está configurado no caso concreto (de não ser assim, não se trataria de uma construção). Posto que se trata de uma configuração, e não de uma constatação de um estado, a identidade da sociedade se determina por meio das regras da configuração, vale dizer, por meio de normas, e não por determinados estados ou bens (ainda certamente, pode que nos determinados âmbitos possa determinar-se de modo correto a partir do reflexo da norma, isto é, por exemplo, a partir de bens, a norma mesma). O contexto da comunicação deve ser capaz de manter sua configuração frente a modelos divergentes, sem sequer evitar que toda divergência se tome como começo de uma evolução, e inclusive neste caso tem de assegurar os requisitos da evolução, pois, do contrário, não poderia distinguir-se a que é evolução do que é casual.²⁷⁹

É proveniente da exigência estatal, a segurança cognitiva de modo cognitivo, que o indivíduo defenderá a estabilização das normas. Cita o pensamento jakobiano que “[...] a sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, porém a sanção confirma que esta afirmação é irrelevante”²⁸⁰.

Superada a questão relativa à missão da norma no direito penal, cabe destacar sobre a contradição da sociedade *versus* subjetividade, ou seja, o que é mais relevante? A segurança ou a subjetividade?

A pretensão do funcionalismo – ideologicamente – é a busca da estabilização da sociedade, expressão da paz social, sem nada referir-se ao sujeito. Não comporta, *a priori*, uma forma de exclusão do sistema de garantias fundamentais, porém, se hierarquicamente é mais importante a estabilização social, então, o sistema de liberdades públicas, em que o sujeito fissure ou quebre estas regras, deve ser relativizado em simetria a um sistema meramente lógico-objetivo. O retorno desta análise é a teoria do contrato social de Jean Jacques-Rousseau, cujo

²⁷⁸ Idem, ibidem, p. 21-22.

²⁷⁹ Tradução livre deste pesquisador: Idem, ibidem, p. 26.

²⁸⁰ Tradução livre deste pesquisador: Idem, ibidem, p. 28.

preceito teleológico do contrato social é a conservação dos integrantes sociais, com vistas à coesão social. Assim, “quem quer o fim quer também os meios, que são inseparáveis de alguns riscos e até de algumas perdas. Quem quer conservar a vida à custa dos outros deve também dá-la quando for preciso [...]”²⁸¹.

Deste modo, a constatação fática é o caráter da desvinculação da subjetividade no direito penal do inimigo, apesar da doutrina jakobiana afirmar, que é equivocado contrapor as condições de constituição da subjetividade e, as condições de constituição da sociabilidade no sentido de liberdade individual *versus* coletividade²⁸².

A restrição do conteúdo crítico do direito penal no âmbito político-criminal reside no fato de que há renúncia da ideia de proteção dos bens jurídico-penais, convertendo-se em legitimidade de meras proteções de normas. O liame do direito penal divide os seus destinatários como pessoas (que se comunicam com o sistema social) e as não-pessoas (que não se comunicam com o sistema social),²⁸³ na concepção de Jürgen Habermas.

Criticamente, a segurança cognitiva é o epicentro do tratamento e do pressuposto da coesão social. Como já consolidado, a sociedade existe em razão da aderência expressa ou tácita do contrato social. Neste horizonte, há sociedade com a preexistência deste documento político. Assim, todo o direito, bem como o direito penal do inimigo, é condicionado à instituição do Estado, que exerce a dominação não coercitiva e sem opressão em face dos cidadãos.

Deste modo, o direito penal do inimigo age de forma simbólica. Aliás, todo o instrumento jurídico, com reflexos da globalização, age de modo simbólico. Esta orientação remonta à ideia hobbesiana, de que liberdade é ausência de oposição. Ao tratar de direito penal e de direito em si, trata-se de oposição (limitações)²⁸⁴. As limitações são produtos de um complexo de elementos de

²⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 45-46.

²⁸² JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Melia e Bernardo Feijó Sanchez. 2. ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 31.

²⁸³ VÁSQUEZ, Manuel A. Abanto. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico. N. 18. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima: IDEMSA, p. 53, 2006.

²⁸⁴ Neste sentido: “Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição, entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento.” (HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 158). De modo complementar sobre a dinâmica da liberdade e da oposição: “A primeira coisa a ter em conta, para tanto, é que tratar de Direito penal sempre supõe estar discutindo sobre

formação sócio-histórica. Em uma sociedade pacificada onde não há furtos não há necessidade de criminalização dessa conduta, da mesma forma que determinada sociedade em que não haja terrorismo, nela não há a necessidade da respectiva construção tipológico-incriminadora.

Na mesma esteira, o endurecimento da política criminal é fruto do discurso da insegurança social, e da pretensão da supranacionalização da luta contra os inimigos objetivos. Modelo deste argumento é a tentativa do Tribunal Penal Internacional (TPI) em tipificar o crime de terrorismo. Outro fator, do discurso da segurança social, é a relativização de garantias substanciais e formais no âmbito penal, como direito à intimidade *versus* quebra de sigilo; liberdade *versus* prisão preventiva em ordem judicial; não ser punido sem que haja crime que anteriormente o preveja *versus* construções político-criminais de tipos penais emergenciais. Segundo Paulo César Busato:

O discurso que aparece então é o da necessidade absoluta de segurança, que faz justificar um tratamento diferenciado e recrudescente ao delinqüente, convertendo o modelo de controle social do intolerável em um modelo de controle social, transformando-se de um Direito penal do risco em um Direito penal do inimigo. E, no afã de alcançar este objetivo inatingível de paladino do controle da violência, o Direito penal "tem deixado cair à bagagem democrática, a qual é um obstáculo na realização das novas tarefas".²⁸⁵

Neste foco, o documento político-constitutivo abstrato – contrato social – seria o fundamento e o limite da sociedade, em que os cidadãos transgressores serão destinatários do direito penal do cidadão. Enquanto àqueles que renegam o instrumento político em comento, bem como não oferecem segurança cognitiva mínima à sua vigência, deverão ser meros objetos de exclusão pelo direito penal típico de exceção, mas aplicado como regra absoluta.

limites. Limites de intervenção, limites de tolerância, limites para a liberdade, limites para os direitos, limites para as ofensas, limites para o Estado, limites para o indivíduo. Ao compor o instrumento mais gravoso de controle social, o direito penal está em permanente busca do equilíbrio entre segurança e liberdade, ou seja, em busca de suas fronteiras, de seus limites." (BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2008. p. 318)

²⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 322.

2.5.2 Entre cidadãos e inimigos objetivos: o retorno da doutrina da tolerância zero com elemento intrínseco da soberania nacional

No que se refere à legitimação do direito punitivo, não pode ser admitido em um âmbito de dinâmica do direito público, voltado à soberania do poder disciplinar das instituições punitivas. Segundo Michael Foucault, “o discurso da disciplina é alheio ao da lei; é alheio ao da regra como efeito da vontade soberana”²⁸⁶. Michael Foucault prossegue a sua análise asseverando que as disciplinas trazem um discurso que será regra, diferente daquele oposto pela soberania, mas proveniente dos vetores de regras naturais, ou seja, da norma²⁸⁷. Não é diferente a posição do *funcionalismo sistêmico*, pois o argumento de soberania nacional é ideológico. O que se pretende, na verdade, é defender o estado de natureza, cujos delitos e penas não possuem limites, regras e princípios, somente atribuindo margem a decisionismos²⁸⁸.

Ainda como denunciado por Michael Foucault, a punição generalizada deve ser rompida sob o pressuposto da humanização das penas, sendo que a própria humanidade deveria servir como medida. Inaugura ele, assim, a suavidade das penas e a repulsa ao tratamento violento legalizado, porém, as práticas punitivas residem na criminalização da massa, buscando a continuidade da dominação punitiva. Segundo o filósofo, “[...] um movimento global faz derivar a ilegalidade do ataque aos corpos para o desvio mais ou menos direto dos bens; e da ‘criminalidade de massa’ para uma criminalidade das ‘bordas e margens’, reservada por um lado aos profissionais”²⁸⁹. A referência que se faz é somente da classe excluída, destinatária das políticas públicas criminais de tolerância zero, extraindo o seguinte imperativo categórico: “Suavização dos crimes antes da suavização das leis”²⁹⁰ – imperativo que deve ser acompanhado de implantação de políticas públicas para melhoria de vida dos cidadãos.

²⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 44-45.

²⁸⁷ Idem, *ibidem*.

²⁸⁸ Com mais profundidade Luigi Ferrajoli: “O segundo elemento da epistemologia antigarantista é o *decisionismo* processual, quer dizer, o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena. O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social”. (FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 46).

²⁸⁹ FOUCAULT, Michael. Op. cit., p. 65.

²⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 65.

Cabe ainda aferir, que o Estado é produtor de seus inimigos. Poderá ser considerada ácida a presente argumentação, mas é verdade, sim, que o Estado produz suas próprias células cancerosas. Assim, quando o Estado pratica uma sociedade capitalista de classes, dividida em subalternos e dominadores, em escravos (empregados) e neofeitores (empregadores); quando as políticas públicas são desvirtuadas de suas finalidades para o enriquecimento de poucos; quando a religião e a mídia de massa subvertem, pervertem e alienam os seres humanos, então o Estado está produzindo ou contribuindo para a produção de seus inimigos. Os critérios de seleção de *cidadão* e de *não-pessoa* ou, ainda, *de pessoa* e de *não-pessoa*, também são definidos mediante o bel-prazer do macrossujeito (Leviatã). Também em sentido crítico, Karl Heinz Gössel afirma:

Segundo um conceito de inimigo desenvolvido por Jakobs há um tempo, os cidadãos, como membros da sociedade, são tratados pelo Estado como inimigos quando o Estado intervém indevidamente na esfera privada das pessoas – protegidas pela Lei Fundamental -, e define comportamento dentro desta esfera privada como delitos: com ele o âmbito privado dos cidadãos é pelo menos parcialmente eliminado. Não obstante, com este conceito não há um pronunciamento contra do Direito Penal do Inimigo: <<A existência de um Direito Penal do Inimigo não é uma marca da fortaleza de um Estado liberal, sem um traço que este não exista>>. Jakobs argumentou que o Direito Penal do Inimigo pode ser legitimado somente e excepcionalmente como um Direito Penal de emergência.²⁹¹

A intensa criminalidade, não tida como anomalia, mas sim, como normalidade, agregada à insuficiência do Estado soberano em combater *ante crimen et post crimen*, acarreta um sentimento de impunidade e de ódio generalizado, consistindo o medo em mola propulsora à política criminal de repressão a todo custo. A impunidade acarreta a intolerância social, que é refletida em políticas

²⁹¹ Tradução livre do pesquisador: “Segundo um conceito de inimigo desenvolvido há tempo, os cidadãos, como membros da sociedade, são tratados pelo Estado como inimigos quando o Estado intervém indevidamente na esfera privada das pessoas – protegidas pela Lei Fundamental -, e define comportamentos dentro desta esfera privada como delitos: com ele o âmbito privado dos cidadãos é pelo menos parcialmente eliminado. Nada obstante, com este conceito não tem um pronunciamento confrontante de um Direito Penal do inimigo: <<A existência de um Direito Penal do Inimigo não é um sinal da fortaleza de um Estado liberal, senão um aspecto que não existe>>. Jakobs argumentou que o Direito Penal do inimigo pode ser legitimado somente e excepcionalmente como um Direito Penal de emergência.” (GÖSSEL, Karl Heinz. Replic del derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho. *Revista Penal*. N. 20. Julio/2007. Madrid: Universidad de Huelva, Salamanca, Pablo Olavide y Castilla-la Mancha, p. 90).

públicas inerentes ao combate da criminalidade²⁹². Este conglomerado de ideias leva a crer que a política criminal da tolerância zero nada mais é que uma política meramente ideológica. Cita neste aspecto David Garland:

Por toda a sua importância em guiar a formação do Estado e as estratégias de governo, essa noção de soberania estatal se provou insustentável. No controle do crime, como em outras esferas, as limitações da capacidade do Estado de governar a vida social em todos os seus detalhes ficou, mais do que nunca, aparente, particularmente na era pós-modernidade. Assim, tendo atribuído a si funções e responsabilidades de controle que pertenceram às instituições da sociedade civil, o Estado pós-moderno agora está diante de sua própria inabilidade de proporcionar os níveis esperados de controle do crime. Como todos os mitos, o da soberania penal e de seus poderes de "lei e ordem", está profundamente inscrito, é duradouro e politicamente potente demais para ser facilmente desmontado pela crítica racional e por uma reforma administrativa. Não há dúvida de que continuará a ser invocado e continuará a reter, ainda por algum tempo, o poder de persuadir. Porém, o que mudou na última década é que o mito se tornou problemático – antes uma fonte de ambivalência mais o enquadramento tradicionalmente aceito de política e prática no campo do controle do crime.²⁹³

Nesta esteira, a teoria da *broken windows*, que se reportava à transmissão da luta passo a passo contra os distúrbios cotidianos com interesse da classe dominante em face da classe dominada. A necessidade deste postulado era a verdadeira *venda* da segurança pública ao degredo da intervenção e controle da vida cotidiana²⁹⁴.

²⁹² GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Revan, 2008. p. 248.

²⁹³ Idem, ibidem, p. 248-249.

²⁹⁴ "O desviante é visto como impelido por suas propensões essenciais no mundo contemporâneo – sua vítima sendo o primeiro átomo social acidental contra o qual ele colide. A sugestão, aqui, é que existe pouco que o desviante pode, racionalmente, desejar de sua vítima – dessa forma, qualquer idéia de conflito entre desviante e vítima, é diluída. A significação ideológica dessas premissas em criminologia correccionalista é que elas realizam uma fratura de quatro dimensões da realidade: primeiro, o ator é separado de seu predicamento presente; segundo, que o predicamento é arrancado da sociedade total (incluindo a 'reação social' da sociedade contemporânea); terceiro, o próprio ato desviante é separado de qualquer consciência dele pelo ator desviante; e, finalmente, o desviante é divorciado de sua vítima. A tarefa central da nova teoria do desvio foi reunir o ator desviante com o mundo contemporâneo. A visão consensual do mundo, em criminologia correccionalista, foi substituída por uma visão pluralista da ação e valores sociais. O desvio foi compreendido como um produto problemático de uma série social. A ordem social foi vista, de um modo extremamente pluralístico, como uma coleção de guetos normativos, cada um empurrando o outro para maior espaço e *status*. (TAYLOR, Ian; YOUNG, Jock; WALTON, Paul. *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 77-78).

A ideologia da *proteção social e vingança ou retribuição* com utilização da pena, detém a aparente forma de estabilização do sistema social, mediante a imposição de penas quando da violação de leis em determinada sociedade organizada²⁹⁵. Estes elementos foram levados a público através da mídia que com “o bombardeio midiático e a venda da falsa ideia de que a política de tolerância zero tinha alguma base criminológica bastou para sua tentacularização para outras partes do mundo [...]”²⁹⁶.

A transmutação da modernidade para a transmodernidade, da sociedade de comunicação (Habermas) para a sociedade de perigo (Luhmann), que se concentra no fato que a política criminal da tolerância zero de ontem é aplicada na atualidade, consiste, em verdade, na fórmula estadunidense *three strikes and you're out* (três erros e você está fora), ou seja, no caso de cumulação material de contravenção contra a propriedade, esta se converteria em crime de furto²⁹⁷.

Deste modo, a tendência habitual e até mesmo preferencial de resoluções de problemas sociais do sistema penal é visto, inclusive, como o único meio de resolver as mazelas para o macrossistema econômico globalizado, refletindo na redução do Estado Social²⁹⁸ e na expansão do Estado de Emergência-Regra (policialesco). O substrato disto é um comportamento estatal de intolerância, quanto às práticas delitivas e severidade na aplicação das sanções penais. A

²⁹⁵ “A negligência da sociologia dos sistemas penais pode provavelmente ser atribuída, primeiramente, ao fato de que o problema é geralmente abordado sob a ótica da teoria penal. Nenhuma das teorias da punição, nem a absolutista nem a teleológica, está apta a explicar a introdução de certos métodos de punição no interior da totalidade do processo social. As teorias absolutistas falham por princípio, pois elas vêem na relação entre culpa e expiação um problema de imputação jurídica no qual o indivíduo aparece como sujeito dotado de livre arbítrio. As teorias teleológicas, de outro lado, concentrando-se em necessidades sociais reais ou hipotéticas, tendem a considerar as dificuldades para o conhecimento de seu projeto como decorrentes de problemas de ordem técnica e não histórica”. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Revan, 2004. p. 17-18).

²⁹⁶ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 329.

²⁹⁷ Idem, ibidem, p. 330.

²⁹⁸ “Na verdade, trata-se prioritariamente de encarceramento por diferenciação ou por segregação, visando manter um grupo a distância e facilitar sua subtração do corpo social (chegando, cada vez mais, à deportação e ao banimento do território nacional), por oposição ao ‘enclausuramento por autoridade’ e ao ‘enclausuramento por segurança’. [...] Preocupados em navegar sobre a onda xenófoba que varre a Europa após a virada neoliberal da década de 80, a mídia e os políticos de todos os matizes amplificaram este processo, fazendo, de maneira sincera ou cínica, direta ou indireta, mas sempre banalizada, o amálgama entre imigração, ilegalidade e criminalidade. Sempre apontado como perigoso, de antemão suspeito, se não o for como princípio, jogado às margens da sociedade e perseguido pelas autoridades com um entusiasmo sem igual, o estrangeiro (não-europeu) se transforma em um inimigo cômodo – *suitable enemy* [...]”. (WACQUANT, Lóic. *Inimigos cômodos: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa*. Discursos Sediosos: Crime, Direito e Sociedade. N. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 2000. p. 124-125).

macrocriminalidade converte-se em macroproblema, que deve ser extraído do corpo social, como se um câncer fosse. A redução do Estado Social e a ampliação do Estado Policial, isso acarreta a ruptura dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão, colocando a tolerância zero como diretriz superior das finalidades humanitárias e solidárias.

Esta agressão ao Estado Democrático e Social de Direito é construída pela desconsideração de princípios jurídico-penais basilares do constitucionalismo moderno, princípios tais como da legalidade, lesividade, intervenção mínima, culpabilidade²⁹⁹, humanização das penas³⁰⁰ e o da determinabilidade³⁰¹. Todos estes vetores axiomáticos gravitam em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, que é valor fonte da Constituição.

A finalidade da tolerância zero é a criminalização de determinados fatos e a exasperação de delitos preexistentes, com o intuito de excluir e de

²⁹⁹ CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da 'tolerância zero' ao 'direito penal do inimigo'. *Revista de Ciências Penais*. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2006. p. 55.

³⁰⁰ "O princípio da humanidade, que postula da pena uma *racionalidade* e uma *proporcionalidade* que anteriormente não se viam, está vinculado ao mesmo processo histórico de que se originam os princípios da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo – sob o prisma da 'danosidade social' – o princípio da lesividade". (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan. p. 98-99). Cita ainda Montesquieu, sobre a justa proporcionalidade das penas: "É essencial que as penas estejam relacionadas em harmonia umas com as outras, porque, do mesmo modo, é essencial que se evite antes um grande crime do que um menor; aquilo que prejudica mais a sociedade, antes do que aquilo que a prejudica menos. [...] É um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas." (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 103). Sobre a humanização, complementa Beccaria: "Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado". (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 49). Sobre todos os princípios: LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

³⁰¹ "No âmbito de validade de nossa Lei Fundamental não há punibilidade sem *lei penal*. Segundo o art. 103 II da Lei Fundamental e o § 1.º do Código Penal um fato só pode ser punido, se a *punibilidade estiver legalmente determinada* antes de o fato ser cometido. Este '*princípio da legalidade*' garante a proteção do cidadão ante o exercício arbitrário e a extensão do poder punitivo estatal. Ele reza que só uma lei escrita pode fundamentar a punibilidade de uma ação e cominar uma pena como consequência jurídica (= *nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta*). Além disso, os pressupostos de punibilidade em espécie e as consequências penais devem existir já, determinados na lei, antes do cometimento do fato. [...] 1. As leis penais devem acusar, tendo em vista seus tipos penais e consequências jurídicas, um *mínimo em determinação* (= princípio da determinabilidade). Na verdade, o emprego de 'cláusulas gerais' e conceitos carecedores de preenchimento de valor não é admissível na legislação penal, e certamente o alcance e o âmbito de aplicação dos tipos penais devem ser suficientemente reconhecíveis. Os elementos do tipo devem ser descritos concretamente na lei, de tal forma que seu conteúdo de sentido e significação possa ser averiguado". (WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. (Aspectos Fundamentais). Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 11-12).

segregar. O direcionamento desta conduta estatal é justamente a segurança pública. Neste aspecto, pontifica Francisco Muñoz Conde:

A idéia de tolerância zero também conduz à criminalização de condutas como a mendicância ou a prostituição de rua, que certamente podem representar um mal-estar ou incômodo para a segurança ou a tranqüilidade pública, mas que não são verdadeiramente condutas delitivas. A vítima individual apenas é tida em conta e a relação delinqüente/vítima é substituída pela idéia de que todos podemos ser vítimas e, portanto, o motivo de intervenção é a segurança de todos em geral, e não é possível lesão a um bem jurídico em particular. E tudo isto não é só como um fato isolado, ou uma reação desproporcionada explicável, ainda que não justificável, em função de circunstâncias extremas, senão como uma regra geral, como uma forma normal de proceder em todo caso e com boa consciência.³⁰²

O postulado que erige o Estado formal de Direito é justamente a soberania nacional. De outro lado, a única alternativa contra a política criminal de tolerância zero é a reafirmação do velho postulado de um constitucionalismo cosmopolitizado, consagrado nos pactos de direitos humanos, inaugurando a nova era, também denominada de neoconstitucionalismo.

Cabe destacar, que “o modelo garantista do Estado constitucional de direito, como sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com as normas superiores e com os princípios axiológicos nelas estabelecidos, pelo contrário, tem validade seja qual for o ordenamento”³⁰³. Os Estados soberanos podem ter suas crises superadas em razão da admissibilidade progressiva das jurisdições transnacionais de defesa dos direitos humanos, afastando o autoritarismo setorizado dos Estados individualizados, pois somente do *totus orbis*³⁰⁴ é que se alcançará o constitucionalismo mundial, bem como a pacificação.

A tolerância zero enseja a divisão do efeito preventivo positivo da pena com o efeito simbólico. O medo é a emoção primária e, força motriz ligada ao instinto de autoconservação. Trata-se, justamente deste elemento de sentimento

³⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da ‘tolerância zero’ ao ‘direito penal do inimigo’. *Revista de Ciências Penais*. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2006. p. 64.

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 53.

³⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 54.

que acarreta a construção de leis penais, tal como ocorre com a facticidade do *terrorismo*³⁰⁵.

Em um contraponto, Luigi Ferrajoli entende que a finalidade da prevenção geral positiva será legítima quando respeitar princípios e garantias individuais³⁰⁶, sem se deixar influenciar por reações psicossociais, tal como é o medo. Este entendimento acarreta um perigo no sentido garantista e democrático. Neste sentido cita Jeremias Bentham:

Quando acontece um ato nocivo, um delito, dois pensamentos se devem oferecer ao espírito do Legislador ou do magistrado: o modo de prevenir o crime para que não torne a acontecer e o meio de reparar quanto for possível o mal, que tem causado. O perigo mais imediato vem do criminoso; este é o primeiro objeto, a que se deve acudir, mas ainda resta o perigo de que outro qualquer, pelos mesmos motivos e com a mesma facilidade, não venha a fazer o mesmo. Sendo isto assim, há dois modos de atalhar o perigo: um particular, que se aplica ao réu; e outro geral, que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção. Todo o homem se governa nas suas ações por um cálculo, bem ou mal feito, sobre prazeres e penas, ainda mesmo o que não é capaz de uma reflexão aturada: lembra-se, por exemplo, de que a pena vai ser a consequência duma ação, que lhe agrada: esta idéia faz um certo abalo no seu espírito para o retirar do prazer. Se o valor total da pena lhe parece maior, se pesa mais do que o valor total do prazer, é natural que a força, que o afasta do crime, venha por fim a vencer. É que não tenha lugar o desatino, que formava no seu pensamento.³⁰⁷

Integram-se os conceitos de discursos incriminadores, como a *lei e ordem*, *tolerância zero* e *esquerda punitiva*. Todos eles detêm campo de atuação perante o Estado de Direito. A tolerância zero consiste no processo dinâmico de *higienização social* pelo Estado com o uso do governo do cárcere e este processo consiste na utilização das normas penais sancionadoras de comportamentos individuais, processo também denominado de behaviorismo penal. Logo, intolerância consiste em um procedimento de prevenção da situação caótica social e da desordem social³⁰⁸.

³⁰⁵ REGHELIN, Elisangela Melo. Op. cit., p. 288-290.

³⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 785-872.

³⁰⁷ BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 24.

³⁰⁸ CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil (estudos criminológico e dogmático)*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 92.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PARA A DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Acima de tudo, é em um momento abstrato e principiológico que se pode dizer que, os valores constitucionais de garantia possuem força e influência sobre o sistema penal³⁰⁹. Esta relação dialética que, por um lado, defende a liberdade e, de outro, a sua restrição não é diferente no direito penal do inimigo, pois, mesmo em um regime de exceção, constituído por poderes soberanos, o Estado de Direito ainda existe, já que a exceção seria uma forma de subsistência deste e do afastamento do *caos absoluto*³¹⁰.

A grande problemática tratada no respectivo trabalho é certamente a justaposição da *exceção* como *regra permanente*³¹¹, retornando aos sombrios tempos de guerra de todos contra todos³¹² (caos beligerante), cujo maior incentivador foi o imperialismo estadunidense pós-11 de setembro. Neste sentido, cita Luigi Ferrajoli:

Sobretudo, além disso, tem sido instituído, pelo terrível ato patriótico votado quase por unanimidade pelo Congresso norte-americano ao dia seguinte do 11 de setembro de 2001, um Estado de exceção global, que confere ao presidente dos Estados Unidos o poder ilimitado para fazer uso da força contra organizações ou Estados que entenda estarem envolvidos em atividade terroristas, assim como para instituir tribunais militares especiais em matéria de terrorismo, subtraindo todas as garantias do devido processo: em suma, uma sorte de potestividade soberana para a guerra interna e externa, que anula o princípio da legalidade e da separação dos poderes, as garantias do devido processo e os direitos fundamentais das pessoas, vale dizer, a regulamentação completa da força ditada por regras do direito interno e do direito internacional. Uma decisão análoga do *Crime and Terrorism Act*, informada pela mesma lógica da suspeita e da ampliação desmesurada da polícia, entrou em vigor em 14 de dezembro de 2001 na Inglaterra. O resultado tem sido a ampliação da restrição das liberdades de todos: por todos os poderes ilimitados de interceptação telefônica, de violação de correspondência e da privação, de detenção e arresto conferidos à polícia, que se dirige, sobretudo, contra os imigrantes.³¹³

³⁰⁹ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 16.

³¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Série Humanitas. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

³¹¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção: Homo Sacer II*. 1. Col. Estado de Sítio. 2. ed. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2007. / BENJAMIN, Walter. *Obras Escolhidas 1: Magia e Técnica, Arte e Política*. 10. ed. Brasília: Brasiliense, 1996.

³¹² HOBBS, Thomas. Op. cit., 2005.

³¹³ Tradução livre deste pesquisador referente a: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição e tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 115.

Pelos pontos de contato do direito penal em geral para com o direito constitucional, há evidente influência da vontade política desta espécie de tutela jurídica. Neste foco, o *etiquetamento* como modelo de sistema punitivo não deve ser admitido, mas sim, o *ius puniendi* permeado de eticidade, pois é a pessoa humana que merece ser respeitada neste tipo de proteção estatal, para que não se converta o *agir comunicativo* em um *atuar punitivo*. Neste aspecto, Francesco C. Palazzo preconiza sobre o perene problema da justificação política da pena:

É perene problema da justificação da pena que, de novo, se apresenta, dificilmente podendo adequar-se à idéia de que a uma pena terrena, expressão de um sistema de justiça e de uma ordem de valores tidos como absolutos só porque impostos pelo Estado (a punição *quia peccatum est*), ou, ainda, expressão de uma filosofia utilitarista que não hesita em instrumentalizar o homem – programando, verdadeiramente, a transformação de sua personalidade – para evitar o cometimento de novos ilícitos (a punição *ne peccetur*).³¹⁴

A subtração de todos os direitos e das garantias fundamentais da pessoa humana enseja e a subversão a um estado de homem normativo reafirmador da vigência da norma. Logo, há evidente desconsideração do valor-fonte da dignidade da pessoa humana, princípio unipolar em que todos os demais princípios que orientam os direitos humanos se originam³¹⁵.

Existem diversas formas de desconstrução do direito penal do inimigo, porém, a metaforma é o neoconstitucionalismo, que contém o garantismo constitucional e o positivismo brando. De outro modo, pode-se dizer que se trata de todas as demais formas de ruptura de decisionismos, principalmente no que concerne à intangibilidade da pessoa humana, aporte que liga as barreiras intransponíveis dos direitos e garantias fundamentais como limite da atuação do Estado ou, simplesmente, penetração dos valores constitucionais no sistema penal³¹⁶.

³¹⁴ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 17.

³¹⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 41.

³¹⁶ Vide Francesco C. Palazzo: “Para uma melhor avaliação da influência dos valores constitucionais no direito penal, deve-se levar em conta uma primeira distinção entre ‘princípios de direito penal constitucional’ e ‘princípios (ou valores) constitucionais pertinentes à matéria pena’. Os primeiros apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico (legalidade do crime e da pena, individualização da responsabilidade, etc.) e, sem dúvida, delineiam a ‘feição constitucional’ de um

Poderiam ser elencados os seguintes tópicos: *força normativa dos princípios constitucionais, hermenêutica constitucional garantista-penal e ductibilidade de valores e princípios e controle de constitucionalidade tanto no âmbito difuso como concentrado*. Todos estes instrumentos estão consolidados com o mandamento da otimização vetorial-axiomático da dignidade da pessoa humana.

3.1 Neoconstitucionalismo

Os direitos humanos ultrapassam a torre de babel de línguas, em que não é o direito posto que detenha validade, mas, sim, o direito pressuposto, o dever-ser. Nesse enfoque, efetividade e justiça não podem ser considerados elementos dissociados. O neoconstitucionalismo é uma forma reafirmatória de combater o positivismo duro, em que a estabilidade normativa atribui grau de estagnação entre direito e sociedade e, admite o positivismo brando, permeado de valores e princípios.

O neoconstitucionalismo inaugura uma nova cultura jurídica, calcada no ideário metateórico de isonomia, simétrico para com a materialidade constitucional e sistêmica para com os seus direitos e garantias fundamentais. Essa cultura consiste, além desses direitos e garantias, na própria interpretação da moral pública³¹⁷, que deve irradiar, inundar ou impregnar o sistema jurídico³¹⁸.

O posicionamento que contrariou esta postura foi o de Herbert L. A. Hart, para quem não existe conexão entre direito e moral. Logo, a validade dos postulados jurídicos, para ele, não detém qualquer liame de conexão, de

determinado sistema penal, a prescindir, eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional. Tais princípios, que fazem parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vinculam os termos essenciais da relação entre indivíduos e Estado no setor delicado do direito penal.” (PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p 23).

³¹⁷ Tradução livre do pesquisador: “A primeira das grandes tarefas das constituições contemporâneas consiste em distinguir claramente entre a lei, como regra estabelecida pelo legislador, e os direitos humanos, como pretensões subjetivas absolutas, válidas por si mesmas com independência da lei”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2008. p. 47).

³¹⁸ SANCHÍS, Luis Pietro. El neoconstitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. 2007. Madrid: Trotta, 2007. p. 216.

dependência ou de influencia com as dicotomias entre *direitos* e *deveres* e entre *regras* e *princípios*³¹⁹.

Em contrapartida, Ronald Dworkin reafirma, em sua doutrina, que a conexão de direito e moral é evidente, principalmente no que condiz aos *casos difíceis* (rectius: *hard cases*). Logo, os princípios abertos nos textos constitucionais e, segundo esta linha de raciocínio, as próprias leis devem ser permeadas e se apropriam de uma leitura moral. Para isto, o autor afirma que o “Estado deve tratar todas as pessoas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que foram indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento [...]”³²⁰ Neste âmbito, é que se constrói um positivismo, não mais calcado na letra da lei, mas sim, no conteúdo de valores morais e nos princípios jurídicos, o que também se denominou *positivismo brando*.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, vem a ser uma reconstrução racional e uma justificação do sistema jurídico e, como característica possui os seguintes elementos: *i) prescreve-se a Constituição como norma ou a aplicabilidade da força normativa da Constituição; ii) o direito é composto por princípios também; iii) técnica interpretativa de ponderação em caso de coexistência de princípios a serem aplicados no caso concreto; e iv) utilização dos costumes declarados judicialmente como fonte de direito*³²¹.

O sistema neoconstitucional permite a identificação de validade interna (formal) e de validade externa (material) do direito. Esta transposição é essencial na análise desconstrutiva do direito penal do inimigo, em que pode até haver a construção legalizada da tutela de inocuidade da não-pessoa. A validade

³¹⁹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 331.

³²⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11. Em sentido complementar: “poderia estabelecer-se alguma relação entre esta última afirmação e um dos delineamentos que sugere a extensa doutrina de Dworkin. Conforme o enfoque selecionado, Dworkin manifesta uma oposição ao positivismo jurídico que sustenta a separação conceitual entre direito e a moral. Para isso, aduz que a fundamentação de uma teoria do direito se assenta na tese de que o sistema jurídico, tal e como é percebido pelos juizes, deve incluir não somente o direito explícito, reconhecido como tal pelo positivista e normalmente identificado com referência às fontes sociais do direito (legislação, precedente, prática judicial, costume, etc.), senão, também, um conjunto de princípios hierarquicamente ordenados que estão implícitos ou são pressupostos pelo direito explícito.” (DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006. p. 50).

³²¹ Idem, ibidem, p. 79.

interna estará adimplida, porém, a validade externa, obediência e submissão aos valores universais da pessoa humana e aos princípios hierárquicos de submissão do autoritarismo vil, constroem um modelo apto à averiguação de assimetria da segurança pública para com a dignidade da pessoa humana³²².

Por outro lado, apesar de integrar um sistema protetivo ao ser humano, o próprio sistema fundamental do neoconstitucionalismo acaba incidindo como uma forma de justificação ou de argumentação sobre as restrições impostas. Isto se dá, de forma clara, na seletividade de bens jurídicos da construção da tutela penal, que não é livre, mas, deve possuir dignidade, merecimento e necessidade de transposição ao *ius puniendi*, sob pena de ser uma tutela supérflua. De modo diverso, não teria a soberania estatal a capacidade integral para a construção da tutela penal? Ou, simplesmente, o poder de punir é contido em sua integralidade no momento da criminalização (em uma visão libertária)? Existe uma ponderação fiscalizante deste poder? São todas estas questões que se pretende responder com o neoconstitucionalismo no foco do *ius puniendi*³²³.

Apesar de o poder legiferante possuir margem de discricionariedade para criminalizar condutas que, muitas vezes, acabam convertendo-se em liberdade absoluta ou libertinagem absurda, existem elementos de conteúdo de moral-pública que a pena conterà. Como exemplo, pode-se citar o princípio da proporcionalidade, que, em sentido estrito, limita a pena sob o pressuposto de que nenhum caso pode sobrepor-se ao ponto de lesionar o valor fundamental da justiça inerente ao Estado Democrático de Direito e que contém a atividade pública arbitrária e violadora da dignidade da pessoa humana³²⁴.

Assim, a ponderação ou o método de aplicabilidade do neoconstitucionalismo na factibilidade consiste numa referência de concretização do princípio da proporcionalidade. Neste aspecto, Luís Pietro Sanchís afirma:

[...] o exercício do *ius puniendi* não representa um espaço isento ao controle de constitucionalidade através do juízo de ponderação, e ocorre por duas razões: porque toda a pena deve considerar-se como uma afeição de direitos fundamentais, e toda afeição desta classe detém uma carga de

³²² Para um aprofundamento sobre o tema de vigência, de validade e de eficácia das leis penais, vide: FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 325-337.

³²³ SANCHÍS, Luis Pietro. El neoconstitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. 2007. Madrid: Trotta, 2007. p. 225.

³²⁴ Idem, ibidem, p. 227.

justificação; e porque o próprio tipo penal, na medida em que seja ou possa conceber-se como um limite ao exercício de direitos, constitui também uma forma de afeição dos mesmos e por idênticas razões tem de adequar-se a essa exigência de justificação. De maneira que a conexão entre direito penal e direitos fundamentais é dupla: em virtude da pena e em virtude da conduta tipificada que limita e circunscreve a esfera do legítimo exercício dos direitos. A segunda conclusão é que, com uma somente exceção, o controle de constitucionalidade se formula hoje nos termos de extraordinária cautela.³²⁵

Entendido assim, o neoconstitucionalismo é um fenômeno metodológico em que se pretende explicar ou explicitar, aspectos materiais das Constituições do pós-guerra, que detêm objetivos e fins para a sociedade, não se restringindo como meras declaradoras de direitos³²⁶. Entre estes postulados, a proibição de que uma sociedade retroceda ao antigo regime³²⁷, à idade média, à tortura, ao suplício dos corpos dóceis e ao postulado vil dos tiranos como forma de concretização do teatro do terror estatal.

O neoconstitucionalismo se integra com a afirmativa: *os direitos fundamentais da Constituição são princípios, aplicando-se judicialmente, através da ponderação*. Logo, divide-se a aplicabilidade do neoconstitucionalismo em três partes: i) *categoria dos direitos fundamentais como princípios*; ii) *aplicabilidade judicial* e iii) *mediante ponderação*³²⁸.

3.1.1 Conteúdo

A transmutação do direito natural para o direito positivo inaugura a ordem do discurso do direito positivista duro, mais especificamente disposto na obra "Teoria Pura do Direito", de Hans Kelsen.

³²⁵ Tradução livre deste pesquisador referente a SANCHÍS, Luis Pietro. El neoconstitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. 2007. Madrid: Trotta, 2007. p. 229).

³²⁶ CARBONELL, Miguel. (coord.) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 11.

³²⁷ O Antigo Regime ou *Ancien Régime* (do francês) refere-se, originalmente, ao sistema social e político aristocrático estabelecido na França sob as dinastias de Valois e Bourbon, entre os séculos XIV e XVIII e era marcado pelos espetáculos de sangue dos suplícios. Como referencial ao assunto, vide: TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. Trad. Yvonne Jean. Col. Pensamento Político. Vol. 10. Brasília: Editora UNB, 1982. / MEREU, Italo. *A morte como pena: ensaio sobre a violência legal*. Trad. Cristina Sarteschi e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³²⁸ PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. 2007. Madrid: Trotta, 2007, p. 301.

Algumas Constituições são verdadeiras cartas de navegação, em que o Estado é direcionado para determinado fim e alcance, não se limitando ao fato da existência de formas de governo ou de limitação de poderes políticos, mas de verdadeiros postulados que devem orientar a sociedade como se fosse uma bússola, (denominada direitos e garantias fundamentais – inalienáveis e inflexíveis hermeneuticamente)³²⁹.

Este procedimento de *invasão*, mais especificamente de permeabilidade no sistema infraconstitucional de constitucionalidade, detém a matriz de legitimar o sistema materialmente, principalmente o penal, pois este aflige um dos direitos e garantias fundamentais mais importantes do ser humano, a liberdade. Assim, deve haver fusão entre os conceitos formais e materiais da Constituição³³⁰.

A maiêutica do neoconstitucionalismo, direcionado ao sistema punitivo (garantismo penal), surgirá na crise de paradigma estatal, em que a ruptura dos direitos e das garantias fundamentais será o seu reflexo. Necessita-se com esta teorização abstrata, a concretização empírica dos postulados de dignidade da pessoa humana. Esta ruptura está calcada no pós-positivismo em detrimento ao positivismo.

O positivismo clássico, em que um dos maiores expoentes é Hans Kelsen, detém suas matrizes baseadas na legitimação interna da norma (vigência), independentemente de um critério de validade substancial ou material (eficácia). Assim, a validade de uma norma estaria consubstanciada na própria ideia de vigência ou, nas palavras do pensador em apreço, “[...] a vigência de todas as normas em geral que regulam a conduta humana, e em particular a das normas jurídicas, é uma vigência espaço-temporal na medida em que as normas têm por conteúdo processos espaço-temporais”³³¹. Prossegue sobre a validade, asseverando que os domínios do processo mencionado anteriormente detém como elemento material o homem³³².

³²⁹ GIACÓIA, Oswaldo Jr. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *Revista Kriterion*. N.º 118. Belo Horizonte, p. 268, 2008.

³³⁰ REYES, Manuel Aragón. La Constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 33.

³³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 13.

³³² “Além dos domínios de validade espacial e temporal, pode ainda distinguir-se um domínio de validade pessoal e um domínio de validade material das normas. Com efeito, a conduta que, pelas normas, é regulada é uma conduta humana, conduta de homens, pelo que é de distinguir, em toda a conduta fixada numa norma, um elemento pessoal e um elemento material, o homem, que se deve conduzir de certa maneira, e o modo ou forma por que ele se deve conduzir. Ambos os elementos estão interligados entre si por forma inseparável. Importa aqui notar que não é o

A teoria pura do direito, apesar de ser antropocêntrica, acaba ignorando elementos atrelados à justiça social e, a obediência à adequação para com os preceitos garantistas, próprios dos modelos neoconstitucionalizados dos Estados Democráticos de Direito.

Logo, a pretensão do garantismo – ou uma das faces do neoconstitucionalismo – é a busca de melhores resultados do que a norma oficialmente posta e imposta. Então cabe perguntar: – Afinal, o que vem a ser garantismo? Para Luigi Ferrajoli, o presente conceito de garantismo deve ser pautado no seguinte metaparâmetro: *racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva*, cuja obediência aos sistemas de garantias (SG) está calcada na intensidade do sistema de proteção constitucional vigente em determinado Estado, podendo ser amplo ou restrito.

Esta mensuração dos direitos e das garantias, bem como da intensidade do sistema garantista, se atribui, basicamente, à construção histórica dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão, pois aqueles direitos são projeções utópicas de eficácia negativa, ou seja, negam o autoritarismo passado, refletindo para o futuro o sistema de garantias e a sua intensidade vigente como método de reprovação do próprio arbítrio estatal³³³.

Em um Estado Social e Democrático de Direito, a interpretação de todo o sistema jurídico deve ser invertida ao ponto de que toda a aplicação concreta do direito seja permeada pelos direitos e pelas garantias fundamentais. Este giro hermenêutico denomina-se garantismo, com ênfase no fato de que a sua concretização no direito penal não pode ser diferente, pois a pretensão primeira do sistema neoconstitucional é o afastamento dos arbítrios estatais contra o cidadão. O neoconstitucionalismo, assim, preconiza um modelo de sociedade, modelo cujos

indivíduo como tal que, visado por uma norma, lhe fica submetido, mas o é apenas e sempre uma determinada conduta do indivíduo. O domínio pessoal de validade refere-se ao elemento pessoal da conduta fixada pela norma.” (Idem, *ibidem*, p. 15).

³³³ Tradução livre deste pesquisador: “A gênese histórica das constituições também confirma sua natureza de pacto, de contrato social escrito imposto ao soberano para limitar e vincular os poderes, que, de outro modo, seriam absolutos. Todas as Constituições dignas dessa denominação têm nascido como ruptura com o passado e, simultaneamente, como convenção programática sobre o futuro. A ideia de contrato social não somente é uma categoria filosófica, sem a qual se identifica com a ideia mesma da liberação revolucionária e da refundação sobre a base pactuada da convivência civil, como obra das convenções constitucionais com as quais os pais constitucionais do moderno Estado de Direito decretaram o fim do absolutismo real”. (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Prólogo e Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 34).

direitos devem ser interpretados segundo a Constituição. Neste aspecto, Luigi Ferrajoli afirma:

[...] a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.³³⁴

O contraponto que se faz é que o sistema garantista não incide como método de proteção dos chamados *inimigos*, pois estes não podem ser protegidos por um instrumento estatal denominado contrato social porque eles negaram vigência mediante a obtusa prática de denegação das expectativas cognitivas ou de padrões de condutas fixados pela sociedade de risco.

Apesar do pensamento garantista se calcar no juspositivismo, devem-se separar suas modalidades críticas e dogmáticas. O pensamento de Luigi Ferrajoli, que inaugura a aplicabilidade do garantismo no sistema punitivo, nada mais é que um pensamento juspositivista crítico e, que também separa o critério de validade formal e o critério de validade material como preceito de justiça social. Esta, a justiça social, porém, somente é alcançável quando houver igualdade nos direitos fundamentais, igualdade denominada como o respeito ao valor-fonte da dignidade da pessoa humana e sua coexistência com o princípio da tolerância³³⁵, formalizando um sistema garantista e voltado à obediência dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão.

A crítica que se faz ao modelo neoconstitucional é a permissibilidade de que determinados valores caiam em um vazio ontológico, seja pela permeabilidade de seus conceitos, ou pela flexibilização de seus postulados por

³³⁴ Idem. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 790.

³³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 831-881.

intermitência antidemocrática, ou ainda, pelo domínio de instrumentos políticos ilegítimos ou subversivos, tal como são as guerras ideológicas ou, com a influência antidemocrática na criminalização de condutas, violando os postulados (mandamentos) de criminalização em detrimento aos postulados de direitos e de garantias fundamentais do cidadão (otimização).

A síntese desta obra detém como primado, um positivismo geral, autossuficiente, não necessitando de ciências alheias ao direito para que seja implementado, conhecendo seu próprio objeto, ou seja, “[...] quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito.”³³⁶ O positivismo brando que propõe o garantismo e o neoconstitucionalismo, por outro lado, reafirma a postura de que o sistema constitucional e infraconstitucional deve ser permeado por valores e princípios, não somente no âmbito jurídico, mas social e político.

Extraíndo a ordem do pensamento kelseniano, verifica-se que a norma é o *dever-ser* da conduta humana³³⁷. Nota-se, a origem da *teoria da vigência da norma* somente como denominação, correspondente ao juízo de validade formal e não material do dispositivo voltado ao *dever-ser* da conduta humana, determinada espacial e temporalmente.

Esta vigência a que se reporta a teoria pura do direito é independente da eficácia. Para um sistema punitivo antecipador da tutela penal, os efeitos da ofensividade delitiva se verificam na prevenção, refletindo a validade material no âmbito espacial e temporal da validade formal (vigência). Este substrato está atrelado ao próprio direito penal do inimigo, em que a ordem do *dever-ser* corresponde ao próprio *ser*³³⁸.

³³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1.

³³⁷ Idem. Ibidem. p. 5. E ainda: “Quando se diz que o *dever-ser* é ‘dirigido’ a um ser, a norma a uma conduta fática (efetiva), quer-se significar a conduta de fato que corresponde ao conteúdo do *dever-ser*, a conduta em ser que equivale à conduta posta na norma como devida (devendo ser) – mas que se não identifica com ela, por força da diversidade dos modos: ser, num caso, *dever-ser*, no outro.” (Idem, ibidem, p. 7).

³³⁸ “Como vigência da norma pertence à ordem do *dever-ser*, e não à ordem do *ser*, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando

Por outro lado, há o positivismo exclusivo e inclusivo, relativo ao metapositivismo denominado de brando, vinculado aos elementos principiológicos de justiça e valores morais das normas, cujos expoentes são Ronald Dworkin³³⁹ e Herbert L.A. Hart³⁴⁰. O positivismo brando está atrelado ao princípio de justiça ou valores morais.

A natureza do positivismo jurídico, para Herbert L.A. Hart, respondendo às críticas de Ronald Dworkin, divide-se em três: i) o positivismo como uma teoria semântica; ii) o positivismo como uma teoria interpretativa e iii) o positivismo moderado propriamente dito. A primeira teoria demonstra que o direito não convertido em regras de conduta não pode ser denominado em imperativo categórico, pois sua significação semântica é flexível quanto à aplicação do caso concreto³⁴¹.

No segundo momento, e mais importante ao ressurgir do funcionalismo sistêmico, dispõe que “[...] todos serão destinatários de uma advertência leal, antes do uso de coerção. A isto chama Ronald Dworkin <<o ideal das expectativas protegidas>>, mas para ele, os seus méritos não compensam [...]”³⁴². Para Ronald Dworkin, a pretensão da explicação da finalidade do direito é justificar o uso da coerção. Assim, há um ponto de contato entre a visão dworkiniana e a funcionalista do direito penal do inimigo, cujo ponto de contato é a expectativa de proteção.

Em um terceiro momento da evolução do positivismo ponderado, para se chegar à interpretação neoconstitucional do sistema punitivo, a legitimação que Ronald Dworkin pretende não se assemelha à teoria de Herbert L.A. Hart, pois aquele pretende categorizar a legitimação da lei com a declaração jurisdicional, enquanto o positivismo hartiniano de nada condiciona o preceito legal para alcançar eficácia.

A metavalidade (vigência, eficácia e eticidade) do sistema punitivo deve ser conexa à ductibilidade dos sistemas de direitos e às garantias fundamentais da pessoa humana, cuja cisão entre pessoas e não-pessoas encerra a

se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão.” (KELSEN, Hans. Op. cit., p. 12).

³³⁹ DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2006.

³⁴⁰ HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

³⁴¹ Idem, ibidem, p. 306-307.

³⁴² Idem. ibidem. p. 310.

ressurreição do mais sombrio dos tempos, o século XX, que talvez, senão com certeza, seja o mais sangrento que existiu em toda a história da humanidade. Por essa razão é essencial tratar do neoconstitucionalismo penal.

A dicotomia da injustiça e da insegurança acarreta a necessidade de uma resposta constitucional e uma outra, *infraconstitucional-constitucionalizada*, com elementos que fazem evoluir o direito como paradigma de transição autoritário para constitucionalizado, também denominado, marco filosófico de pós-positivismo.³⁴³

A tentativa de retirada dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, no que concerne ao direito penal é excluir sua razão primeira, ou seja, a denegação da dignidade da pessoa humana e a denegação da vigência da norma, bem como a análise da *violação da expectativa cognitiva* do sistema social. Denegar, porém, o direito penal do cidadão a toda pessoa humana, é uma maneira de derrogar o próprio sistema de direitos humanos. Ao contrário, ainda que este sistema de direitos seja retirado da órbita de vigência, permanecerá com eficácia, pois está atrelado à metafísica do homem e transcende a qualquer texto escrito.

Sim, mediante uma palavra o mais apropriada possível, quiséramos indicar o sentido deste caráter essencial do direito dos Estados Constitucionais atuais, quiçá poderíamos usar a imagem da ductibilidade. A coexistência de valores e princípios, sobre o que hoje deve basear-se necessariamente uma Constituição para não renunciar a seus acontecimentos de unidade e integração e ao mesmo tempo não estar incompatível com sua base material pluralista, exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os que deve conviver. Somente assume caráter absoluto ao metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e a lealdade em seu enfrentamento (no que se refere ao aspecto procedimental). Estas são, ao final, as supremas exigências constitucionais de toda a sociedade pluralista que queira ser e preserve como tal. Unicamente neste ponto deve valer a intransigência e unicamente nas antigas razões da soberania ainda tem de ser plenamente resguardadas.³⁴⁴

³⁴³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁴⁴ Tradução livre deste pesquisador referente a ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008. p. 14-15.

A matriz do pós-positivismo resta evidente no pós-guerra da segunda guerra mundial, em que os atos normativos inspirados pelo Estado não encerram em si uma presunção de legitimação externa (eficácia). Assim, “[...] a lei nem sempre será um instrumento do bem, da justiça, da razão.”³⁴⁵ Da mesma forma em que, na época do nazismo, a legitimidade das leis foi questionada no período do pós-guerra, o pós-positivismo, apesar de não desprezar o texto legal, reconhece o direito e seu conteúdo, mas não se esgota nisso.

Os valores da sociedade devem ser compartilhados como preceitos de comunitarismo e justiça social, simétricos para com o contexto social, em que possuem como finalidade: “a) uma reaproximação entre o Direito e a filosofia, entre o Direito e a ética; b) o reconhecimento de normatividade aos princípios, que são a via pela qual os valores ingressam na ordem jurídica; c) a centralidade dos direitos fundamentais e as múltiplas implicações daí resultantes.”³⁴⁶ Também, estas finalidades são objetivos do próprio neoconstitucionalismo.

A constitucionalização do direito em sua relação histórica, possui como primado a eficácia negativa da Constituição, negando-se o passado, prevendo no presente a existência de direitos e de garantias fundamentais e pretendendo no futuro a proibição daquilo que se fez no passado. Trata-se de afirmar que a revalorização da história se dá pela *eficácia negativa* ou desta *utopia concreta constitucional*.

A Constituição de nosso tempo convive com o passado – renunciando à sua repetição em alguns casos, como a demonstração das cláusulas de imodificabilidade da Constituição alemã, destinadas a não repetir <<nunca mais>> as experiências como a vivida sobre o regime nazista -, porém se constitui sobretudo como uma aspiração de futuro, quer dizer, como uma espécie de <<utopia concreta>>, para usar o conceito lembrado por Jürgen Habermas.³⁴⁷

No Brasil também não é diferente. A eficácia negativa da Constituição se erige contra o regime militar, opondo a esse regime as garantias constitucionais, como a proibição da tortura, por exemplo, e negando-se, peremptoriamente, o autoritarismo.

³⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 508.

³⁴⁶ Idem, ibidem.

³⁴⁷ Tradução livre deste pesquisador referente a ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 10.

Assim, o direito penal do inimigo é a negação da negação, pois abdica da eficácia negativa como garantia, com a reafirmação de um sistema autoritário e vil³⁴⁸, calcado na ideia objetivista do risco e no adimplemento da cláusula da obediência das expectativas normativas é inconstitucional.

Esta fragmentação evidencia a realização de uma humanidade real na convivência social, o respeito da dignidade da pessoa humana, como valor-fonte da Constituição e a justiça social como base da solidariedade no marco da igualdade e da liberdade. Do mesmo modo, a criação de condições socioeconômicas para a livre realização e emancipação humana, assim como o desenvolvimento da consciência social-política difusa, tal como da responsabilidade democrática³⁴⁹.

3.1.2 Instrumentos do neoconstitucionalismo

Um Estado Social e Democrático de Direito pretende, acima de tudo, primar pela pluralidade e pela coexistência de princípios e de valores que orientam, permeiam e invadem o sistema jurídico, de tal forma que o condicionam como pressuposto de validade para a projeção material de seus efeitos. Por outro lado, o processo democrático não pode sofrer saturação jurídica.

3.1.2.1 Força normativa dos princípios constitucionais

Como postulado principal da *força normativa da Constituição*³⁵⁰, esta é superior à força das normas jurídicas e à normatividade da facticidade. Logo, a eficácia da Constituição está entre realidade e norma.

Por outro lado, muitas vezes a realidade, fluida e irracional, possui uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar³⁵¹. Konrad Hesse pontifica que, dentre outros elementos condicionantes, o principal seria o

³⁴⁸ “Os teólogos costumavam caracterizar como pecado original aquilo que hoje denominamos de coerção individual ou coletiva à repetição. Ralph Giordano caracterizou a repressão do passado nacional-socialista [...]. (HABERMAS, Jürgen. *Passado como Futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1993. p. 69.

³⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 10.

³⁵⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

³⁵¹ Idem, ibidem, p. 10.

condicionamento entre a Constituição e a realidade político-social e os pressupostos de eficácia da Constituição³⁵².

Primeiramente, a condicionalidade recíproca, existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social refere-se ao “[...] significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco”³⁵³. Esta relação de interdependência consolida o efetivo postulado de permeabilidade entre valores e princípios da Constituição.

A separação do ser (*sein*) e do dever ser (*sollen*) é a separação entre realidade e norma. Este movimento acarreta a dissociação entre norma e conteúdo da norma³⁵⁴. Porém, a força normativa da Constituição e este argumento relativo da conexão e, da coexistência da norma e do fato, não podem ser utilizados para legitimar o *Estado de Exceção* como *Regra absoluta*³⁵⁵.

Apesar da realidade social e política influenciarem as reformulações do texto constitucional, o mesmo não poderá ser utilizado para consolidar a opressão e a exclusão social, mas sim, a desobediência civil legítima e a dignidade da pessoa humana. Esta assertiva se impõe, pois a *força normativa* detém seu grau de eficácia quando a Constituição atinge a sua finalidade. Deste modo, a dignidade da pessoa humana, como mandamento de otimização, deve ser atendida da melhor maneira possível, dentro dos limites da situação de fato. Neste enfoque, atinge a sua

³⁵² Idem, ibidem, p. 13.

³⁵³ Idem, ibidem, p. 13.

³⁵⁴ “Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplando o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”. (Idem, ibidem, p. 14-15).

³⁵⁵ “A tradição dos oprimidos nos ensina que ‘o estado de exceção’ em que vivemos é, na verdade, a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável”. (BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas 1: magia e técnica, arte e política*. 10. ed. Brasília: Brasiliense, 1996. p. 226).

eficácia e, em decorrência disto, a *força normativa da Constituição*. Konrad Hesse afirma:

A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os *pressupostos* que permitem a Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa.³⁵⁶

Uma sociedade por ser opressora, não pode legitimar uma constituição opressora, já que esta é um *dever-ser*, um projeto para a pacificação e não um incentivo à beligerância. Por outro lado, a vitalidade e efetividade da constituição fixam-se na aderência às forças espontâneas dominantes do seu tempo, possibilitando um desenvolvimento a sua ordenação objetiva, pois se trata de uma constituição vivente³⁵⁷.

3.1.2.2 Hermenêutica constitucional garantista-penal

Cabe afirmar, preliminarmente, que o neoconstitucionalismo, considerado como método, possui diversos instrumentos, não deixando de ser uma forma hermenêutica, mas em um sentido muito lato. Enquanto que o *agir declaratório* do legítimo e constitucional intérprete jurisdicional, não sintetiza a sua atuação somente como um modelo de interpretação, mas também, de aplicabilidade, efetividade e coexistência de preceitos de valores morais, políticos e sociais. Assim, acaba englobando outros aspectos que não propriamente hermenêuticos em sentido estrito, razão pela qual expõe o presente subitem como forma de melhor alcançar os objetivos do presente trabalho.

Em uma sociedade aberta de intérpretes, que prima pela participação democrática de todos os elementos integrantes do contrato social, estes são chamados para interpretar o instrumento jurídico e político, bem como aplicá-lo. A democratização da sociedade engloba a ideia de proteção dos direitos e das garantias constitucionais. Alguns intérpretes, por sua vez, estão voltados à

³⁵⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 20.

³⁵⁷ Idem, ibidem, p. 18.

concretização do direito constitucional e outros somente à pretensão do direito constitucional³⁵⁸.

O principal procedimento de hermenêutica constitucional, para uma interpretação garantista é a *adequação* ou a interpretação conforme a Constituição. Logo, se determinado crime prevê pena de tortura, a Constituição Federal incidirá fins de limitação dessa ruptura da dignidade da pessoa humana.

Para a interpretação das significações da Constituição devem ser levados em consideração quatro focos: *i)* o modelo de Constituição aplicada; *ii)* os sujeitos que produzem e interpretam a Constituição; *iii)* as técnicas de interpretação que se empregam; e *iv)* os problemas de interpretação³⁵⁹.

No que concerne ao primeiro foco, cabe destacar que a Constituição Brasileira é escrita, analítica, não é concisa e biparte sua matéria em preceitos estruturais do Estado e em preceitos de princípios, direitos e garantias fundamentais.

Em contrapartida, o segundo foco, ou seja, os sujeitos que produzem e interpretam a Constituição, visa um pluralismo hermenêutico da sociedade aberta de intérpretes. Já a legitimação pela guarda da Constituição em uma sociedade plural será bipartida, em que um atuará em verdadeira hermenêutica individual-constitucional e outro em hermenêutica constitucional difusa, que é o caso das cortes supremas, em especial a nossa, o denominado Supremo Tribunal Federal.

No terceiro foco, das técnicas de interpretação que se empregam para a desconstrução do direito autoritário, sempre e em qualquer interpretação deve ser levado o elemento teleológico *pro homine*. E por último, os problemas interpretativos.

³⁵⁸ “A relevância dessa concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais, configura uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num ‘elemento objetivo dos direitos fundamentais’ (*grundrechtliches Sachelement*). Assume idêntico relevo o papel co-interpretativo do técnico ou *expert* no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete em sentido estrito realiza-se não apenas onde ela já está institucionalizada [...]” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 17).

³⁵⁹ COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la Constitución. In: SANCHÍS, Luis Pietro. El neoconstitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. 2007. Madrid: Trotta, 2007. p. 53.

A atuação do direito penal de exceção como regra, afeta todos os focos acima descritos por um ato constitutivo somente, que é o impedimento ao acesso à justiça, obstaculizando os demais preceitos protegidos pela Constituição. Deste modo, impede aos *inimigos* o acesso aos direitos e às garantias fundamentais da pessoa humana.

Assim, no direito penal do inimigo é impossível a discussão da constitucionalidade da antecipação da tutela penal (coação prisional), não restando técnicas de interpretação a serem utilizadas para fragmentar a legalidade dos delitos (terror estatal). O teleologismo é sempre voltado ao princípio *pro homine*³⁶⁰, não é aplicado aos inimigos, já que *inimigos* são *não-pessoas* e, desta forma, não são destinatários nem da Constituição, muito menos da hermenêutica constitucional para a discussão do tratamento que os aflige.

A invasão dos preceitos constitucionais, nos demais ramos do direito, possui como elemento normativo expresso em nossa constituição, categorizando normas de conteúdo Constitucional, verdadeiros vasos comunicantes aos outros ramos do Direito, tal como aos Direitos Humanos para com o sistema punitivo como um todo.

Como critério de resolução antinômica, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) dispõe, em seu artigo 26, a preponderância a norma que mais defenda os direitos humanos fundamentais. Também dispõe que somente é admitida a suspensão de direitos e de garantias dos seres humanos, em caso de guerra declarada ou de emergência, sem, contudo, possibilitar a mitigação do *status dignitatis*, pois há discriminação entre *pessoas* e *inimigos*. Este seria o fundamento positivo do estado de exceção como regra.

Em contrapartida, apesar de todo o operador possuir o direito de proceder à interpretação, em adequação à democrática tese da sociedade aberta de intérpretes - visando o pluralismo hermenêutico -, um órgão estatal especial – e isto ocorrem nas sociedades denominadas como Estado Constitucional de Direito – procede a um agir hermenêutico constitucional-vinculante.

³⁶⁰ “O princípio *pro homine* ainda encontra apoio em dois outros elementares princípios do direito internacional: princípio da boa-fé e da interpretação teleológica. Por foco do primeiro, os tratados de direitos humanos são assumidos pelos Estados para que sejam cumpridos (*pacta sunt servanda*). E mais de *boa-fé* (art. 26 da Convenção de Viena). De outro lado, devem se tornar efetivos *dentro da jurisdição interna*, tudo cabendo ser efeito para que sejam respeitados e para que cumpram seu objeto e suas finalidades (nisso reside o princípio da interpretação teleológica)”. (GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. Coleção de Direito e Ciências Afins. Vol. 1. São Paulo: Máxima Premier, 2008. p. 52-53.

O que é importante ressaltar é que a jurisdição constitucional é um instrumento do neoconstitucionalismo para coibir e para desconstruir todo e qualquer ato arbitrário do Estado. Neste aspecto, Manuel Aragon Reyes afirma:

Sendo o constitucionalismo teórico e prático, esta consequência são também suas próprias condições. O constitucionalismo requer, em primeiro lugar, a existência de instrumentos jurídicos que garantam a aplicação da Constituição; e estes não são senão os próprios do controle judicial, seja mediante a aplicação das normas constitucionais pelos tribunais ordinários, sejam, também, mediante a criação de tribunais específicos: os tribunais constitucionais. As Constituições precisam de garantias políticas, certamente, porém também, e inexoravelmente, de garantias jurídicas, somente é possível, decidir, efetivamente quando estão asseguradas por controles jurisdicionais.³⁶¹

Apesar de os direitos humanos serem desejáveis e seus fins mereçam sua persecução, Norberto Bobbio cita que quem resiste ao Estado de Direito se põe fora da comunidade das pessoas racionais, assim como quem se rebela contra o segundo se põe fora da comunidade das pessoas justas e boas³⁶², logo estaria fora de um âmbito hermenêutico de proteção.

Deste modo, lei, Constituição (direitos fundamentais) e justiça devem existir para que haja legitimação material das normas infraconstitucionais. Retornando, porém, à discussão do direito penal do inimigo, a exclusão da suposta não-pessoa do círculo discursivo da sociedade, tornando-se objeto-fonte de perigo e não-destinatário de direitos e garantias fundamentais³⁶³, afasta o neoconstitucionalismo e tenta legitimar o próprio sistema punitivo de exceção como

³⁶¹ Tradução livre deste pesquisador referente a REYES, Manuel Aragón. La Constitución como paradigma. in CARBONELL, Miguel (coord). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 36.

³⁶² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 16.

³⁶³ “Quanto às redes policiais de segurança (alternativa D-Pol), o desvio aparece como risco para a coletividade, exigindo que se coloque o desviante fora do estado de prejudicar, sem tratamento *corretivo*. A rede funciona de forma praticamente autônoma, quer se trate de operações gerais, de verificações de identidade ou de problemas particulares do controle dos estrangeiros. Certamente, um olhar da autoridade judiciária se desenvolveu, principalmente na França, durante os últimos anos. Ocorre que as verificações e os controles de identidade permitem à polícia praticar a retenção, por uma duração que pode atingir quatro horas, de qualquer pessoa que não justificar sua identidade local. É uma retenção baseada não apenas na desconfiança de uma infração, mas também no caso – evocando simples desvios – em que a *segurança das pessoas e dos bens estiver ameaçada*. (DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Bauru: São Paulo, 2005. p. 136-137).

um *não-direito* destinado para as *não-pessoas*. Logo, sequer há de se falar, nesse caso, em direitos e em garantias fundamentais.

A prática acima mencionada nada mais é que a do terrorismo³⁶⁴ determinado pelo Estado, em que a rigorosa ação punitiva, com base na lei penal, encontra seu fundamento e seu fim. Na mesma esteira, o ato de usurpação do acesso à justiça constitucional, bem como a hermenêutica constitucional de leis de exceção em um estado de garantia, ambos convertem este discurso da exceção em *regra absoluta*.

3.1.2.3 A ductibilidade de princípios e de valores e a Constituição plural como desconstrução do sistema penal do inimigo

A soberania do Estado, na concepção catolicista de Carl Schmitt, mais especificamente em sua "Teologia Política"³⁶⁵, evidencia a legitimização de um sistema autoritário e cuja intervenção em um Estado soberano pelo outro acarretaria um sistema de exceção, revitalizando a figura do *homo sacer*³⁶⁶.

Na atualidade, porém, a soberania é da Constituição, Estado próprio das sociedades pluralistas atuais³⁶⁷, principalmente no que condiz aos compromissos sociais para o progresso humanitário, proibindo o retrocesso.

Inaugura a figura da ductibilidade³⁶⁸ constitucional, que consagra a coexistência de princípios e de valores constitucionais de garantia penal,

³⁶⁴ "Terrorismo (do latim *terror*= que inspira pavor, seguido do sufixo *ismo*, que remete à doutrina ou ao sistema), constitui uma forma particular de violência utilizada com visos a criar um clima de medo e insegurança, dele retirando efeitos desproporcionais aos meios empregados para sua realização". (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Direito Constitucional Positivo. 15. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2009. p. 157).

³⁶⁵ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

³⁶⁶ AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., 2007.

³⁶⁷ Sobre a participação do povo na democracia: "Acima de tudo, a Constituição dualista busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo." (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7).

³⁶⁸ Tradução livre deste pesquisador referente a: "Em italiano, o substantivo *mite* predica aquilo que é calmo, tranquilo, apaziguador. A ele se oferecem várias possibilidades de tradução, entre as que se encontram, ademais as já citadas, como de sossego, doce, calmo, compreensivo. E tem escolhido, sem dificuldade, o termo <<ductibilidade>> para traduzir o original *mitezze* <<dúctil>>, na língua castelhana, termo que, além do seu significado original, é utilizado em sentido figurado para indicar quanto algo ou alguém é acomodado, dócil ou condescendente, pelo que me parece que se ajusta bem ao chamado que pode resultar. Desde logo, a eleição não é contestável, pois não deixa de ser heterodoxo no contexto jurídico chamar <<ductil>> ao direito, porém o mesmo sucede com a utilização do termo *mite* na cultura jurídica italiana". No original: "En italiano, el calificativo *mite* se predica de aquello que es manso, tranquilo, apacible. Se ofrecen por ello varias posibilidades para su traducción, entre las que se encuentran, además de las ya citadas, las de

enfrentando o autoritarismo estatal. Neste sentido, Miguel Carbonell, cita em prólogo feito à obra "*História y Constitución*", de autoria de Gustavo Zagrebelsky:

Os princípios requerem da dogmática constitucional, de nosso tempo, estar mais aberto aos requerimentos da <<política constitucional>>. Isto supõe elevar à graduação de <<ductibilidade>> os seus anseios, de maneira que a interpretação da Constituição não pré-conceitue as possibilidades do presente, senão que permaneça aberta ao que alguns autores têm chamado <<o limite proibido>> ou <<a esfera do não decidido>>.³⁶⁹

Como duas grandes categorias, podem ser separados os conceitos de *princípios de direito penal constitucional* e *princípios (ou valores) constitucionais pertinente à matéria penal*. Consistem os primeiros, em vetores próprios da matéria penal, tal como da legalidade, da proporcionalidade, da humanização das penas, da pessoalidade (ou individualização da responsabilidade penal), com contornos constitucionais que gravitam no *ius puniendi* da pessoa humana. No que concerne aos valores constitucionais pertinentes à matéria penal, reportam-se os mesmos não a matéria penal propriamente dita, mas a assuntos afins, tais como a economia, o meio ambiente, a estrutura familiar e demais valores sociais de conteúdo constitucional³⁷⁰.

A permeabilidade do sistema constitucional, mais especificamente dos valores e dos princípios constitucionais de garantia penal, deve ser fulcrada de modo absoluto. A sua maleabilidade daria margem a uma incerteza dos direitos e das garantias fundamentais ou de decisionismos estatais, voltados à neutralização do sujeito e sua consequente reificação e redução no *status de coisa*.

Assim, “a coexistência de valores e princípios, é o postulado pelo qual hoje deve basear-se uma Constituição para não renunciar os seus preceitos de

sosegada, dulce, calmoso, comprensivo. He escogdo, sin embargo, el término <<ductibilidad>> para traducir el original italiano *mitezza*. <<ductil>>, em la lengua catellana, además de sua significado original, se utiliza em sentido figurado para indicar qua algo o alguien es acomodadizo, dócil, condescendiente, por lo que me parece que se ajusta bien al significado que el autor há querido transmitir com el término *mite*, aunque también sea consciente de lo llamativo que puede resultar. Desde luego, la elección no es incontestable, pues no deja de ser heterodoxo em el contexto jurídico llamar <<ductil>> al derecho, pero lo mismo sucede con la utilización del término *mite* em la cultura jurídica italiana”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. e Prefácio de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 19).

³⁶⁹ Tradução livre deste pesquisador referente a: Miguel Carbonell apud ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. e Prefácio de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 13.

³⁷⁰ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 22-23.

unidade e integração e ao mesmo tempo não ser incompatível com sua base material-pluralista [...]”³⁷¹. Como finalidade, esta coexistência acarreta o afastamento do direito penal do inimigo.

3.1.2.4 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade, forma multifacetária e proveniente ao verdadeiro guardião da Constituição³⁷² – o Supremo Tribunal Federal – possui como principal pretensão a aplicabilidade desta carta de navegação e o afastamento de decisionismos.

No passado, não muito distante do pós-guerra, a cisão entre legalidade e legitimidade levou Carl Schmitt a discorrer sobre o assunto. A discussão de sua análise com Hans Kelsen a quem deveria a guarda do texto maior que norteia determinada sociedade foi resolvida em uma verdadeira metáfora denominada jurisdição constitucional. Sendo que o primeiro, afirmava que o dever da guarda da Constituição é o soberano, ou seja, o Reich, enquanto que na visão kelseniana, esta guarda pertencia à existência do poder jurisdicional apto a dizer o direito e sua simetria para a Constituição e proceder a sua hermenêutica.

Na atualidade, se prevalecesse à formulação schmittiana de que a guarda da constituição pertence ao soberano, poder-se-ia dizer que a sua visão atualizada encerra um pluralismo jurídico³⁷³, já que a soberania é dualista, parcela pertencente ao povo que atribui a sua outra parcela aos seus mandatários políticos pelo sufrágio universal³⁷⁴. Suzanna Pozzolo identifica um efeito colateral do excesso da interpretação moral da Constituição, logo, também da hermenêutica constitucional:

[...] ainda que a atividade de aplicação do direito não seja certamente uma atividade mecânica – o processo interpretativo e decisório do juiz comporta escolhas –, a separação dos poderes, além da sua dimensão ideológica,

³⁷¹ Tradução livre deste pesquisador referente a: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 14.

³⁷² SCHMITT, Carl. *Guardião da constituição*. Coleção Del Rey Internacional. Vol. 9. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³⁷³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

³⁷⁴ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Coleção Del Rey Internacional. Vol. 4. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

oferece um instrumento de garantia dos direitos individuais. Nesse modelo, de fato, é somente o poder legislativo aquele legitimado a produzir novo direito, posição de poder à qual corresponde a responsabilidade política, enquanto o poder jurisdicional tem a função de garantia e tutela contra leis lesivas aos direitos. A Constituição, desde este ponto de vista, age como barreira contra as decisões políticas, enquanto o poder jurisdicional tem a função de garantia e tutela contra leis lesivas aos direitos. A Constituição, desde este ponto de vista, age como limitando e circunscrevendo a sua competência para produzir um direito novo. O poder judiciário, neste quadro, configura-se como instrumento de contrabalanceamento do poder de tal competência legislativa. A configuração da Constituição neoconstitucionalista, por outro lado, retira a tarefa das escolhas políticas das mãos do legislador, aumentando o poder da jurisdição. Deste modo, cria-se o risco de um assim chamado “governo dos juizes” e, ao menos em parte, o perigo de um governo dos juristas, ainda que se dissolva o possível risco da “tirania da maioria”.³⁷⁵

Retornando ao problema acima mencionado, o controle de constitucionalidade se bipartiu em difuso e concentrado, classificação esta, determinada ao número de órgãos competentes para esta atuação estatal. O controle difuso refere-se à possibilidade de cada órgão judicante em declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei e o afastamento perante o caso concreto. Logo, todo o ato atentatório, via luta punitiva, ideológica e repressiva, fundamentada pelo espírito midiático da opressão, ou da subversão e aplicabilidade dos decisionismos estatais, podem ser afastadas concretamente por um órgão próprio.

Por outro lado, leis de luta, abstratamente consideradas, que pretendem a separação entre pessoas e não-pessoas, acabam fundamentando a aplicabilidade do controle concentrado, ou seja, o guardião da Constituição irá afastar determinada lei de luta ideológica, tipicamente considerada como forma de biopolítica de opressão (ou direito penal do inimigo).

3.2 Mandado de otimização: dignidade da pessoa humana

A insubsistência do direito como categoria dogmatizada (positivismo duro), atribuiu a necessidade de incorporação de princípios de justiça e de valores

³⁷⁵ DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 99-100.

morais nas leis (positivismo brando) para que se alcance a validade do direito, obedecendo à ordem do dia, que é o respeito à dignidade da pessoa humana³⁷⁶.

Com o movimento de transnacionalização e incorporação dos direitos humanos ao ordenamento jurídico interno, a indagação oposta é quanto à necessidade de estes serem escritos, ou a dignidade da pessoa humana encontra resguardo em nossa natureza, por mais vil que possa ser a conduta do criminoso? O mandado de otimização da dignidade da pessoa humana, ou *status persona*, seria uma resposta? São estas as considerações que se pretende alcançar neste tópico, mas voltado ao parágrafo anteriormente disposto.

Talvez o primeiro de todos os paradoxos, seja o fato da universalização dos direitos humanos, pois o que é direito humano em determinado local do globo terrestre não o é em outro. Logo, cabe perguntar: – Faz-se necessária a sua inserção em texto escrito para alcançar a sua legitimidade? A tarefa se torna difícil a ponto de determinar o significado de *igualdade* e a determinação de *liberdade* dentro de determinada cultura. Deve, porém, ser ressaltado que a natureza humana é causa primeira de todos os direitos e de toda a forma de coesão social, e que os direitos humanos fundamentais vêm a ser a própria necessidade de coexistência pacífica, principalmente para defender o mais fraco do mais forte, também denominada de *lei do mais débil*³⁷⁷.

A coexistência de valores e de princípios, dentro de determinado sistema constitucional, edifica a dogmática fluída do modelo de garantia, maleável contra os decisionismos estatais, o que também se denomina de ductibilidade. A liberdade e a justiça – pressupostos de defesa da dignidade da pessoa humana - que nem sempre estão contidos no direito natural, mas necessitam de construção jurídica para que alcancem existência vidente. Sobre este assunto, Gustavo Zagrebelsky informa:

³⁷⁶ “O câmbio de agenda na teoria do direito fez com que o positivismo jurídico desde o *Postscript* de H. Hart se dirigisse para determinadas concepções conforme as quais os critérios de validez em um sistema jurídico não poderiam estar assentados tão-só em fatores estritos de ordem fática (‘positivismo duro’), senão que estariam, também, atravessados pela incorporação de princípios de justiça ou valores morais (‘positivismo brando’). Esse particular giro na doutrina de Hart fez surgir, contemporaneamente, como já se disse anteriormente, duas formas básicas de positivismo jurídico – o *positivismo exclusivo* e o *positivismo inclusivo* - os quais pretendem formular teses que, a seus modos, tentam dar conta do panorama complexo que envolve o fenômeno jurídico nas democracias constitucionais.” (DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006. p. 41).

³⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 146.

Deste seu ponto de vista, o positivismo jurídico teria razões para preocupar-se, ainda quando os princípios estabelecidos pela Constituição são, desde logo, direito natural. Tais princípios representam, pelo contrário, o fator de orgulho do direito positivo, por vezes constituem o intento de <<positivar>> o que durante séculos se havia considerado prerrogativa do direito natural, a saber: a determinação da justiça e dos direitos humanos. A Constituição, com efeito, ainda transcende ao direito legislativo, não se coloca na dimensão independente da voluntariedade da criação dos homens e, portanto, não precede a experiência jurídica positiva. A separação dos direitos e da justiça com respeito à lei, não significa, em consequência – como ocorre, em troca, em todas as manifestações do jusnaturalismo – sua fundamentação na esfera de uma ordem objetiva, intangível para a vontade humana: os direitos encontram sua base na Constituição e a Constituição é, por definição, uma criação política, não é simples reflexo de uma ordem natural; mais ainda, é a máxima de todas as criações políticas.³⁷⁸

Por outro lado, devemos recordar que o artigo 5.º, § 2.º da Constituição da República Federativa do Brasil, atende os anseios do princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo em cláusula de abertura do rol dos direitos fundamentais, para a recepção dos direitos humanos, mas que não foram internalizados pelo Estado brasileiro³⁷⁹. Consideram-se direitos e garantias fundamentais, incluindo assim os direitos humanos³⁸⁰.

A dignidade da pessoa humana, *status* positivo de princípio jurídico-normativo, é própria de uma tradição pós-guerra das Constituições, em que se transpõe ao positivo até a essência mais elementar do *homo sapiens*, ou seja, a dignidade. Cabe destacar, contanto, que este ato pretende normatizar um valor fundamental formal e material, norteador de todo o sistema jurídico pátrio. Nesse passo, impõe-se que seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico³⁸¹.

Neste passo, a dignidade da pessoa humana deve ser levada como um valor axiológico, “[...] já que os conceitos axiológicos são caracterizados pelo fato

³⁷⁸ Tradução livre deste pesquisador referente a ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Trad. Mariana Gascón. Madrid: Trotta, 2008. p. 114.

³⁷⁹ “[...] de acordo com a expressa dicção do artigo 5.º, § 2.º, da nossa Carta Magna – foi chancelada a existência de direitos não-escritos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 98).

³⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 86.

³⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 80.

de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom. Assim, conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como [...] compatível com o Estado de Direito”³⁸². E é nesta compatibilidade que é essencial a dignidade da pessoa humana como elemento de afastamento do direito penal do inimigo.

O direcionamento da dignidade da pessoa humana como mandamento de otimização, utilizando o preceito constante no artigo 5.º, § 2.º da Constituição da República Federativa do Brasil, oferece abertura material para todos os direitos fundamentais, constituindo uma das faces do neoconstitucionalismo, pois ultrapassa os limites do direito posto, reafirmando o direito pressuposto.

A pretensão da dignidade da pessoa humana é os critérios para a construção de direitos fundamentais materiais e abertos, como expressa o artigo 5.º, § 2.º da Constituição da República Federativa do Brasil. Logo, existem direitos não-escritos decorrentes do próprio mandamento de otimização da dignidade da pessoa humana. Assim, os direitos humanos, mesmo que preexistentes em tratados, internalizados ou não, são recepcionados pela Constituição Federal, pois a mesma adotou uma abertura material para a recepção de direitos humanos fundamentais, onde devem ser relevados os direitos pressupostos³⁸³.

³⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 145.

³⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 98-109.

4 O PARADOXO: SEGURANÇA COLETIVA *VERSUS* DIREITOS FUNDAMENTAIS – OU UMA NOVA TESE?

O *Estado de Direito* se diferencia do *Estado de Direito Democrático*, pois o primeiro se reafirma com base no monopólio da violência, enquanto que o segundo se reafirma no monopólio da violência para fins de pacificação dos seus jurisdicionados. Desse modo, somente é permitida a violência institucionalizada com a finalidade de solucionar algum conflito.

Na cultura do medo, o que impera é a sociedade do controle. Os instrumentos de um Estado de Direito acabam tornando-se cada vez mais a regra, mesmo sendo medida de exceção. O discurso ideológico da criminalização e da generalização da punição retoma a fórmula de que, na tradição dos oprimidos, o Estado de Exceção torna-se regra absoluta.

4.1 Elementos preliminares sobre a dialética entre segurança coletiva e direitos humanos

As consequências mais globais do direito penal do inimigo (desconsiderando o fato da criminalização no estado prévio de lesão, bem como os enlaces da fundamentação do tipo penal ou do impacto que detém a teoria da prevenção geral positiva da pena) resultam numa fundamentação das leis da luta, da legislação antiterrorista e da justiça sem rosto³⁸⁴.

Conforme dito anteriormente, a ideologia penal da exclusão dos inimigos, em razão da antecipação da punibilidade, fundamenta-se no próprio critério de colisão entre *dignidade da pessoa humana* e *segurança pública*, critério voltado ao atendimento do princípio da proteção dos bens jurídicos (vale dizer, da segurança pública), pois quem renega o sistema jurídico é *inimigo do bem jurídico*.

A sensação de insegurança social, determinada pela era da expansão do direito penal, é essencial para a efetividade da segurança cognitiva dos signatários tácitos do contrato social. Nesse sentido, Ruth M. Chitó Gauer:

³⁸⁴ APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2004, p. 13.

A compulsão pela ordem esteve, e está, presente nas sociedades, seja nos regimes políticos das democracias liberais seja nos regimes totalitários. Porém há que se salientar que a violência depuradora sempre esteve mais presente nos ambientes onde a exceção constitui-se regra. Nos estados de exceção, os perigosos, todos os que são identificados como potencialmente contaminadores, devem ser purificados ou eliminados. Foi quando os Estados passaram a estabelecer políticas públicas para cuidar do corpo da população, purificando a sociedade e assim “protegendo” e ordenando a vida pública e privada, abriu-se a possibilidade para inclusão de alguns e logicamente a exclusão de outros; no contexto o controle tornou-se legítimo.³⁸⁵

Por outro lado, o sistema penal na era da globalização desconsidera o tratamento igualitário da liberdade dos seres humanos perante o neoconstitucionalismo, o que efetiva o tratamento arbitrário³⁸⁶, contrário a uma visão universalista dos direitos humanos fundamentais. Segundo Alejandro Aponte, esse princípio é o centro da tensão entre o *direito penal do cidadão* e o *direito penal do inimigo*:

A realização do princípio da liberdade coloca no centro da tensão entre um direito penal do inimigo e um direito penal do cidadão. Este modelo de direito penal, ao considerar de maneira geral ao cidadão como um sujeito de direito com uma órbita privada que não pode ser invadida, pressupõe ao fato central para o presente escrito, de ter que se o delinquente julgado *dentro do contrato social*: é decidir, julgado no marco geral dos direitos e das garantias estabelecidas para um julgamento, tanto a nível constitucional – e de estar ali em concordância com os instrumentos internacionais – como a nível legal.³⁸⁷

³⁸⁵ GAUER, Ruth M. Chittó. A sedução da liberdade frente à obsessão pela segurança. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 76. janeiro-fevereiro de 2009 – ano 17. São Paulo: RBCCrim e Revista dos Tribunais, 2009, p. 329.

³⁸⁶ Neste aspecto, Robert Alexy assevera a tese do tratamento desigual arbitrário: “[...] o legislador é vedado tratar [...] (3) ‘o substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual’. [...] Os problemas que surgem com relação à segunda e à terceira fórmula podem ser interpretados de duas maneiras distintas. A *primeira* interpretação compreende-a de forma literal. De acordo com ela, uma igualdade substancial não implica necessariamente um dever de tratamento igual. Dois casos podem ser substancialmente iguais sem que seja obrigatório tratá-los de forma igual. Portanto, o enunciado segundo o qual o que é substancialmente igual deve ser tratado de forma igual não é válido. Não é qualquer tratamento desigual de casos substancialmente iguais que é vedado, mas apenas o tratamento arbitrariamente desigual de casos substancialmente iguais.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgília Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 402-403).

³⁸⁷ APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2004, p. 19.

Assim, o delinquente somente pode ser tratado como ser ontológico, e não como objeto na medida e em razão proporcional em que garante a fidelidade para com o sistema. Trata-se, desse modo, de um conceito normativo-funcional de pessoa. A subjetividade é recepcionada em grau com base no critério social ou, segundo preconiza Günther Jakobs, “[...] se diz que pretende estabilizar a sociedade, sem aludir para nada ao sujeito livre; se diz que pretende estabilizar normas, sem determinar se são normas que possibilitam a liberdade das normas que aterrorizam”³⁸⁸. A divisão entre pessoas consolida uma crise na sociedade de comunicação (Habermas), dando espaço à sociedade de perigo (Luhmann).

Logo, a partir daí se extraem dois tipos de comunicação entre sujeitos, os dois voltados a um fim único: a coesão social. Temos, primeiramente, a comunicação instrumental, que se refere ao fato de que determinada *coisa* deve ser utilizada de determinada *forma*, ou seja, a finalidade de algo não está atrelada à pessoa humana³⁸⁹. Posteriormente, tem-se a comunicação pessoal, em sentido contraposto ao anterior, a qual procura a determinação de uma pessoa de Direito – determinação calcada na comunicação jurídica e na racionalidade pretensiosa do contrato social – sendo que somente nesta hipótese há um sujeito a ser interpretado socialmente.

Nesse foco, o *outro* percorre os caminhos da determinação normativa da sociedade (contrato social). O caminho da alteridade, ou da aceitabilidade do outro, tramita ao passo de aceitar o outro como a si mesmo em razão de proporcionalidade e dentro dos limites da igualdade parcial fática³⁹⁰ ou consubstanciada na essência valorativa de cada ser humano.

Desse modo, é através da “[...] ordem normativa que se reconhece o atributo da personalidade. Ele não supõe negar ao indivíduo sua característica individual, sem ressaltar que desde a perspectiva do sistema jurídico só interessa a dimensão normativa dos seres humanos”³⁹¹. A conversão dos inimigos incide na metamorfose de comunicação pessoal para instrumental.

³⁸⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional*. Trad. Cancio Melia e Bernardo Feijó Sanchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 29.

³⁸⁹ Idem, ibidem, p. 70.

³⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 415-428.

³⁹¹ SANCHEZ, Bernardo Feijó. El derecho penal del enemigo y el estado democrático de derecho. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N.º 18. Lima: IDEMSA, 2006, p. 126.

A coesão seria pautada tão somente no fiel e no infiel à vigência da norma. Assim, nesse sistema jurídico da primazia da segurança pública sobre os direitos individuais, alguém apresentar-se infiel para com a vigência do sistema normativo (incluindo as hipóteses de desobediência civil³⁹², que é tida, por uma grande maioria de doutrinadores, como meio legítimo de se insurgir contra os arbítrios do Estado Leviatânico), este o critério para converter esse cidadão infiel em inimigo, ou objeto de uma comunicação instrumental apto a ser inocuizado ou neutralizado pelo sistema, mesmo que não tenha praticado determinado ato de lesão ao bem jurídico-penal³⁹³. Sobre a ilegitimidade da exclusão dos cidadãos e a sua conversão em inimigos, segundo o sistema jurídico-constitucional, e a interpretação moral dos princípios e das garantias constitucionais de otimização da dignidade da pessoa humana, assevera Bernardo Feijó Sanchez:

A definição de pessoa do sistema jurídico não é somente para o que se comporta sem que é plenamente contrafática ou puramente normativa por que nunca vai tratar um dos sujeitos de acordo a uma definição distinta. As pessoas têm sempre os mesmos direitos e deveres e por isso se pode castigar uma ou outra vez. Porém, a questão da exclusão fática por parte da ordem social (pobreza extrema, marginalidade, etc.) pode chegar a produzir e, portanto, pode ser um dado relevante para o discurso jurídico, a exclusão normativa não é possível em nosso sistema jurídico-constitucional já que iria contra as bases do próprio sistema. A Constituição reconhece a todos um status mínimo de pessoas (com seus direitos e liberdade fundamentais) sem que nada se tenha que cumprir e lhe reconhece uma dignidade (com os direitos invioláveis que lhe são inerentes) que obriga a tratar a todos sempre como sujeitos de Direito e impede tratá-los como meros objetos.³⁹⁴

Os critérios previamente postos à discussão já demonstram a evidente carga de exclusão social pretendida pelo direito penal do inimigo e sua

³⁹² Neste sentido as obras: RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2004. / DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁹³ Sobre o princípio da lesividade ou ofensividade: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 426-440. Confira também: GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. Série as Ciências Criminais no Século XXI. N. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. No que concerne à criminalização em um estágio prévio de lesão ao bem jurídico: JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 108-144.

³⁹⁴ Tradução livre deste pesquisador referente a: SANCHEZ, Bernardo Feijó. El derecho penal del enemigo y el estado democrático de derecho. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N.º 18. Lima: IDEMSA, 2006, p. 131.

pretensão de conversão de cidadãos em inimigos, violando pressupostos constitucionais mínimos para a dignidade da pessoa humana.

A pós-modernidade não é um tempo de normalidade, mas, sim, de um *Estado de Exceção como Regra*. Vivemos na indeterminação, esta fundada na insegurança, por isso que o funcionalismo de Niklas Luhmann se resguarda ao exigir a segurança cognitiva dos seus cidadãos. Por outro lado, os extremos flexibilizam os direitos e as garantias normais e retornamos ao *Estado de Beligerância* fático – de guerra interna – de luta incessante de todos contra todos. Esse movimento enseja uma nova dinâmica entre o direito e o tempo:

As sociedades que ultrapassaram o limiar da cultura avançada distanciam-se do seu passado e abrem-se muito mais ao seu futuro, pois são capazes de sustentar, absorver ou expelir mais incertezas em seu presente. [...] Na concepção da culpa individual por transgressões ao direito também se identifica uma estranha vinculação [...]; nessa experiência a relevância jurídica não se refere apenas ao planejamento de um futuro complexo, contingente e com mais possibilidade, mas também à resolução de um passado distante. Culpa e expiação não são experimentadas apenas com os critérios da “prevenção” do futuro.³⁹⁵

No meio da *indeterminação* e dos *extremos*, temos o objeto de atuação: os inimigos objetivos, ou seja, aqueles mais afastados da esfera cidadã e que, por não aceitarem o sistema social, não oferecem segurança cognitiva mínima para merecerem o *status civitatis*, muito menos para se revestirem de dignidade de pessoa humana.

4.2 A dominação e o estado de polícia

A dominação consiste no fato de o Estado de Direito assumir o papel do Estado de Polícia³⁹⁶. A ideia subversiva proveniente da ideologia da sociedade liberta pelo trabalho, originária dos campos de concentração nazistas, era

³⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Vol II. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1983, 166-167.

³⁹⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugênio. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC – Instituto Carioca de Criminologia e Revan, 2007, p. 9.

influenciada pelos seguintes fatores: ausência de políticas públicas para a afirmação dos direitos sociais, miséria e ausência de acesso à justiça, seja por limitação econômica ou limitação intelectual, permitindo o processo de exclusão dos inimigos objetivos do regime nacional-socialista.

Com efeito, quando efetivamos uma maior reflexão sobre o direito penal, em especial sobre o instituto da pena, o inter-relacionamento do poder do Estado entra em colapso em sua dialética de análise, na inconstante soberania estatal para com os direitos humanos³⁹⁷.

Assim, a dialética do Estado de Direito para com o Estado de Punição assume a postura da *exceção* como *regra*³⁹⁸, cujo modelo principal é o *The Patriot Act*, emitido pelo presidente George W. Bush no pós-11 de setembro³⁹⁹. Outros modelos não são diferentes. Em nosso país, por exemplo, houve o famigerado Ato Institucional n.º 5, convertendo as camadas pensantes em inimigos do Estado, pois libertação intelectual nada tem a ver com a massificação tensionada, que o *sistema repressivo* do regime militar brasileiro pretendia.

³⁹⁷ “Quando refletimos sobre o Direito penal, mormente sobre a pena, nos defrontamos com uma relação de poder do Estado, com um confronto dialético entre a soberania do Estado e os Direitos Humanos. É uma exigência do Direito (Hegel) e da própria sociedade (Luhmann) que a norma há de preponderar frente ao ilícito. Seja qual for a concepção da função da pena, o Direito penal, num Estado Constitucional de Direito, há de orientar-se por critérios de “proporcionalidade e de imputação” (Mélia), preservando as garantias constitucionais e a essência do ser humano, ou seja, sua consideração como pessoa, como ser humano, como cidadão, e não como um irracional. (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.17).

³⁹⁸ “[...] a influência da ideologia da *guerra ao crime*, para a qual a sociedade americana foi sendo crescentemente mobilizada. Isto é particularmente nítido a partir 1965, data em que o presidente Johnson proclamou, perante o 89.º Congresso, a necessidade de <<travar e inverter a tendência para a ilegalidade>>. Em 1968 seria a vez de o *Omnibus Crime Control and Safe Street Act* ampliar a <<guerra>>, à custa da compressão das liberdades e das garantias dos cidadãos. Ora, esse permanente <<estado de sítio>> contra o crime, excessivamente oneroso em termos materiais e humanos, veio tornar mais patente a falência da criminologia tradicional, de índole causalista-positivista, e mais instante à procura de alternativas”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminôgena*. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 48).

³⁹⁹ “O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na ‘military order’, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, e que autoriza a ‘indefinitive detention’ e o processo perante as ‘military commissions’ (não confundir com os tribunais militares previstos pelo direito da guerra) dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas. Já o *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, permite ao *Attorney general* ‘manter preso’ o estrangeiro (*alien*) suspeito de atividades que ponham em perigo a ‘segurança nacional dos Estados Unidos’; mas, no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação da lei sobre a imigração ou de algum outro delito”. (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. Col. Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 14).

Decorre que querer simplesmente a subversão desse sistema punitivista encerra a forma mais incoerente de reafirmação da dignidade da pessoa humana, incoerência baseada na tese de que existem *os amigos* do Estado (que estão a favor dele) e de que os demais são *os inimigos*. Para garantir a dignidade da pessoa humana, o que se faz necessário é outra providência, qual seja, a supressão das células cancerosas e descontroladas dentro do sistema controlado pela dominação punitiva, imbricado pela coerção.

O foco do presente trabalho não é propriamente a rejeição do direito penal do inimigo em si, a rejeição das políticas penitenciárias de Primeiro Mundo ou a crítica absoluta visando a um modelo totalmente libertário, pois liberdade, como afirmava Thomas Hobbes, relembra a ideia de ausência de oposição⁴⁰⁰, em que não pode haver dominação, nem coerção. Logo, um Estado totalmente libertário, que consolida a própria anarquia, é impraticável e utópico.

Se há a necessidade de sermos dominados, mas não coagidos, de sermos disciplinados, mas não massificados, educados e não anarquizados, deve haver um ponto de equilíbrio entre o *garantismo absoluto* e o *punitivismo vil*. A postura desconstrutiva do direito penal do inimigo deve ser baseada no campo do possível, do capaz de ser pensado e não no romantismo abstrato da razão humana. Assim, deve ser alcançado um sistema penal de equilíbrio, não libertário, mas também não dominado pelas misérias da pena e por todos os seus reflexos nefastos.

Para a compreensão da concepção de *dominação* se faz necessária a reconstrução do que viria a ser *soberania*, pois a existência desta noção contém aquela. A análise de soberania também depende da verificabilidade do que seria Estado, poder, institucionalização e liberdade, pois tais conceitos abarcam toda a gama que depois irá se instrumentalizar por intermédio da *dominação* ou do *controle social punitivo*.

Sob a perspectiva de Aristóteles, a *polis* (a cidade) deve ser uma associação voltada ao alcance do bem comum. Logo, a afirmação aristotélica não é explicitamente de uma coletividade dominada, mas organizada, o que seria, em uma

⁴⁰⁰ “Conforme o significado próprio da palavra, por liberdade entende-se a ausência de impedimentos externos, que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não pode proibir a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 101).

análise genérica, a reafirmação da existência da institucionalização da violência legal, em que a guerra nada mais é que a afirmação da paz com base no poder coercitivo⁴⁰¹.

Consolidando um entendimento contratualista, Thomas Hobbes assevera que a finalidade da condição humana é amar a liberdade e o domínio sobre os outros, sendo a introdução de restrições entre si é o que desconstrói o estado de beligerância ou de todos contra todos. A própria capa do livro “Leviatã”, em sua publicação original, demonstra um monstro marinho mitológico, segurando uma espada em uma das mãos, reafirmando o Poder do Estado e, em outra, um instrumento próprio do *pastor*, significando o Poder Eclesiástico. Sob a figura mitológica, transcrita no livro de Jô – proveniente da bíblia – existem pequenos homens, que seriam os súditos, dominados pela força do Estado Leviatânico⁴⁰².

Afora a mensagem trazida na própria capa do livro de Thomas Hobbes, o mesmo, em seu contexto, explicita que as leis naturais, por serem desprovidas de coerção legalizada, não detêm o grau de efetividade necessário para resguardar a segurança cidadã⁴⁰³.

Reafirmando tal entendimento, Jean Jacques-Rousseau, com a sua teoria do contrato social, admite, como primado, que o estado de natureza é condição da liberdade e da igualdade, bem como a condição da afirmação da

⁴⁰¹ “XV. As virtudes da paz (a cultura intelectual, a temperança, a justiça) são as mais necessárias para as cidades e para os indivíduos; a guerra não é mais nada além de um meio para assegurar a paz. Mas a educação deve seguir a ordem natural do desenvolvimento humano, ocupando-se primeiramente com o corpo, lidando em seguida com os apetites, e deixando para o final o treinamento do intelecto. [...] ele deve ter uma força armada, e essa força deve ser tal, que seja o rei mais poderoso que cada cidadão em particular ou que certo número de cidadãos reunidos, e também que seja mais fraca que o povo. Os antigos observavam esse princípio quando designavam guardas a serviço de governantes da cidade, chamados por eles de *aisimnetas* ou tiranos, e assim, quando Dioniso pediu uma guarda pessoal, um circusiano disse que deveriam dar a ele naquela proporção. (ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 49 e 142).

⁴⁰² “Esse enorme homem artificial que tanto fez estremecer todos os partidários da ordem estabelecida do direito e da filosofia, o ogro estatal, a enorme silhueta que se destaca na vinheta que abre o *Leviatã* e que representa o rei com a espada erguida e o báculo na mão, no fundo ele pensava bem.” (FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 113).

⁴⁰³ “As leis naturais – como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam – por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. Os pactos, sem a força, não passam de palavras sem substância para dar qualquer segurança a ninguém. Apesar das leis naturais – que cada um respeita quando tem vontade de respeitar e fazer isso com segurança, se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros. (HOBBS, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2005. p.127-129).

dignidade da pessoa humana e da própria pessoa humana como sujeito de todo direito e, portanto, fonte e norma de toda a lei.

Aristóteles entende a cidade como associação de homens inteligentes para buscar o bem-estar coletivo. A ideia do contrato social é, justamente, a de que a vontade comum deve ser precedida de um tratado político, trato ao qual os associados devem prestar obediência. Essa obediência, bem entendida, não se trata de um método de dominação, mas uma profilaxia para que as injustiças e as desigualdades não ocorram, caso contrário todo o indivíduo será submetido à alienação do Estado e, em consequência disso, à dominação pelos tiranos⁴⁰⁴.

A ideia de dominação detém permeabilidade, ou seja, por ser um conceito aberto, que admite os anseios sociais de determinada época, poderá acarretar a dominação injusta, imbricada pela coerção. Pode-se levar, como base, que em 2001, no pós-11 de setembro, o governo estadunidense aprovou diversas medidas de segregação de estrangeiros, fazendo-o sob o enfoque da soberania nacional.

No Brasil, na época do regime militar, imperava a lei de soberania nacional, a Lei Federal n.º 7.170/1983, que, basicamente, permitia, ao aplicador do direito, adimplir lacunas nos tipos penais incriminadores, assim caracterizando qualquer ato subversivo como contrário aos interesses da nação. A sensibilidade entre o conceito de cidadão e o de inimigo era flagrante, podendo sua conversão ocorrer em qualquer época, em qualquer situação. Logo, o sistema era extremamente permeável pela vontade política momentânea, sem se ater ao princípio da taxatividade⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Nunca o mais forte o é tanto para ser sempre senhor, senão converte a força em direito, e em dever a obediência; eis donde vem o direito do mais forte, direito que, irônica e aparentemente, se tomou e, na realidade, se estabeleceu em princípios; mas nunca nos explicaram essa palavra? A força é um poder físico, não imagino que moralidade possa resultar de seus efeitos; ceder à força é ao preciso, e não voluntário, ou quando muito prudente: em que sentido pode ser uma obrigação? [...] Se o homem não em poder natural sobre seus iguais, se a força não produz direito, restam-nos as convenções, que são o esteio de toda a autoridade legítima entre os homens". ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios de direito político*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 26.

⁴⁰⁵ "O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Daí a sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5.º, XXXIX e XL, *in verbis*: 'não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'; 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'. O princípio da legalidade costuma ser enunciado por meio da expressão latina *nullum crimen, nulla*

Assim, a possibilidade de se adimplirem politicamente as lacunas legais restaura a ideia política criminal da lei e da ordem.

Com a globalização, que consiste na massificação dos meios de comunicação, bem como a massificação dos meios de criminalidade, os sistemas penais modernos pretendem adotar uma política criminal próxima da *law and order*, ensejando esta neutralização das não-pessoas submetidas à situação de quase-pessoas ou do critério da abnegação ontológica do ser humano.

Desse modo, a visão maniqueísta de mundo retorna, retorno em que a batalha cósmica entre o bem e o mal agora encerra seu expediente na forma dos *amigos* e dos *inimigos* do Estado. A tolerância zero, forma de exteriorização da política criminal repressora, vem, acima de tudo, corroborar a prática estatal da coerção institucionalizada da classe dominante sobre os segregados sociais dominados.

O processo globalizador verifica os inseridos no mercado, atrelados ao sistema e alienados da realidade que os cerca. A dominação da mente humana, sob a égide do processo massificante, insere ideologias de repressão e de contenção social pelo governo do cárcere. Esta é a dominação ideológica e social mediante a segregação penal.

No mesmo foco, a dominação com o uso do sistema penal – de violência institucionalizada e legalizada – não é, *a priori*, legítima, pois, para que legítima fosse, a democracia deveria orientar o direito penal e não ser direcionada à vontade política dos meios de comunicação de massa. Somente com o uso da eficácia social e da correção material, pressupostos de averiguação da validade do

poena sine lege, esta última construída por Feuerbach, no começo do século XIX. Significa, em outras, que a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei. [...] Aos brasileiros que, nos dias de hoje, assistem atônitos à edição em série dessas medidas provisórias, é bom lembrar que, por decreto-lei, já tivemos 'leis' de segurança nacional, o que poderá sugerir, a qualquer momento, uma tentativa de recaída nessa linha de orientação, desta feita obviamente por 'medida provisória'." (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 11. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21-25). No mesmo sentido: "O Direito Penal Moderno se assenta em determinados princípios fundamentais, próprios do Estado de Direito democrático, entre os quais sobreleva o da legalidade dos delitos e das penas, da reserva legal ou da intervenção legalizada que, enunciado neste artigo, tem base constitucional igualmente expressa (art. 5.º, XXXIX, CF, e art. 1.º, CP). A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal), nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (stricto sensu). Isto vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta lex praevia et lex certa*). (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.74-75).

direito, pode-se chegar ao patamar de respeito da necessidade, da dignidade e do merecimento da tutela penal.

4.3 Controle social punitivo e a tolerância zero de hoje

Como dito anteriormente, a política criminal da lei e da ordem volta a dominar o Estado Democrático e Social de Direito, em que a tolerância zero é o seu maior reflexo. Antes, porém, de adentrarmos nesta própria concepção, vale analisar a substância da política criminal em questão.

A filosofia maquiavélica de *ontem*, que consiste em legitimar os meios através dos fins alcançados, parece fundamentar a política criminal de *hoje*, em que suprimimos os direitos humanos em nome da segurança e tranquilidade social. Esse *conflito* ou *colisão* de *princípios* ou *regras* fundamentais⁴⁰⁶ não atinge a legitimidade em razão de que o núcleo irrenunciável do Estado Social e Democrático de Direito humanitário detém sua base construída em reafirmação do valor-fonte da dignidade da pessoa humana⁴⁰⁷.

Não pode ser admitido o *Estado de Exceção* como *Regra* e o direito penal não pode mais ser concebido como instrumento de terror. A admissibilidade de que o direito penal do inimigo é legítimo remonta à fórmula *hobbessiana* de que o homem é o lobo do homem, e de que nenhum instrumento de direitos humanos detenha legitimação frente a esse axioma.

Basta apresentar a questão nesses termos para constataremos que não é mais possível tratar esse tema à antiga maneira “escolástica” do bem comum – orgânico, supraindividual, coletivo, especial – a que todos devem submeter-se e ao qual tudo é permitido (até mesmo privar alguém da própria vida). Compreendemos imediatamente que o bem individual, com

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-99.

⁴⁰⁷ “A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET. Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 60).

tudo o que o conceito comporta, adquiriu um novo valor e uma dimensão que jamais tivera antes, pois tudo está disposto e organizado precisamente a favor do indivíduo. O lema não é mais “o homem é o lobo do homem” (homo homini lupus), mas sim homo homini frater (o homem é irmão do homem). Porque é justamente a favor e em benefício do frater – ou seja, de cada indivíduo considerado “irmão”, semelhante – que a sociedade tem empregado todos os esforços da ciência e concentrado suas atenções, impondo-se ao antigo modo fatalista ou providencial característico das culturas tradicionais. O indivíduo em primeiro plano, portanto. Mas isso não comporta uma posição polêmica contra o “social” e o coletivo; ao contrário, implica a sua aceitação.⁴⁰⁸

Talvez a principal raiz da tolerância zero seja a concepção da suspeita. A partir da concepção da suspeita, o limite das garantias intransponíveis, em um Estado Democrático de Direito, converte-se em exceção, destinando à tutela penal aos sociais e que agora são segregados institucionalizados do sistema penal beligerante⁴⁰⁹.

A tolerância zero se refere, em novidade operacional, às políticas de segurança pública. O medo social é fator predominante para essa espécie de atitude Estatal se desenvolver⁴¹⁰. O Estado não assegura os direitos, contém os crimes,

⁴⁰⁸ MEREU, Ítalo. *A morte como pena: ensaio sobre a violência legal*. Trad. Cristina Sarteschi. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XIV-XV.

⁴⁰⁹ “Dizendo respeito *ora*, ainda que raramente, ao próprio texto da Constituição, *ora* à Declaração dos Direitos Humanos – assim, revigorada de forma inesperada, uma declaração de filosofia política que se tornou categoria jurídica -, *ora* aos diversos princípios de valor constitucional (*‘princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da república’* e *‘princípios particularmente necessários ao nosso tempo’*, enunciados pelo Preâmbulo da Constituição de 1946), certas regras foram, assim, estabelecidas, ou consideradas como aplicáveis, em direito penal”. (DELMAS-MARTY, Mireille. *A Imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos*. Barueri: Manole, 2005. p. xxxiv). Sobre o processo de exclusão dos seres humanos não-ontológicos: “1. O problema dos seres humanos supérfluos que Hannah Arendt coloca, na sua análise da cidadania, está numa esfera que, lógica e praticamente, põe-se acima das nações e dos Estados. Diz respeito ao mundo como um todo e, portanto, à humanidade. É por essa razão que, numa reflexão sobre os direitos humanos, outra importante dimensão que surge num diálogo com o seu pensamento diz respeito ao genocídio como crime contra a humanidade, que assinala a especificidade da ruptura totalitária, que pôs o mundo às avessas. 2. A qualificação técnico-jurídica do genocídio como crime contra a humanidade é uma das conseqüências da ruptura totalitária. A base inicial da tipificação deste crime, em texto internacional, encontram-se no ato constitutivo do Tribunal de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945”. (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 167).

⁴¹⁰ “A emergência do medo do crime como um tema cultural proeminente é confirmada pela pesquisa de opinião pública, que revela a existência de uma presunção consolidada em boa parte do público norte-americano e britânico, no sentido de que as taxas de criminalidade estão piorando, independentemente dos níveis atuais, e no sentido de que há pouca confiança pública na capacidade da justiça criminal de fazer algo a respeito. A percepção de um público amedrontado e revoltado teve grande impacto no tipo e no conteúdo de políticas, nos anos recentes. O crime foi redramatizado. A imagem aceita, própria da época do bem-estar, do delinquente como um sujeito necessitado, desfavorecido, agora desapareceu. Em vez disto, as imagens modificadas para acompanhar a nova legislação tendem a ser esboços estereotipados de jovens rebeldes, de predadores perigosos e de criminosos incuravelmente reincidentes. Acompanhando estas

encarcera as classes excluídas e devolve, como um placebo político, a ideia utópica de segurança⁴¹¹.

A ideia principal das classes dominadas, dos subalternos, alvo da exclusão massificante do capitalismo originário de um país periférico, detém suas raízes no processo ideológico imposto pelo regime nacional-socialista do nazismo. Logo, consistia, naquela ocasião, na raça, força motriz que categorizava os seres humanos relevantes contra os seres humanos supérfluos, submetidos à *libertação pelo trabalho alienado*. Isso era, em verdade, a raiz da dogmática da *underclass*⁴¹².

De onde vem essa underclass? Em termos escritos, o nome surgiu naquela zona sombria situada na interseção do campo político com o campo das ciências sociais, de onde se propagou inicialmente pela mídia antes de retornar, de forma triunfante, à sociologia. Tomado pelos jornalistas do economista sueco Gunmar Myrdal, que o empregava para designar algo completamente diferente – às frações do protelariado marginalizadas no mercado de trabalho por um estigma racial ou ético e pelas revoluções tecnológicas no sistema de produção -, o termo se tornou virtualmente sinônimo não só de “pobre desmerecedor”, mas também de “negro pobre desmerecedor”. Curiosamente, parece não existir uma underclass branca ou, se existe, é tão insignificante que não merece menção. [...] E definia underclass com base nas normas desviantes e nas práticas patológicas de seus membros: “Seu ambiente lúgubre nutre valores que são, em geral, radicalmente opostos aos da maioria – até mesmo da maioria dos pobres”.⁴¹³

imagens projetadas, e em reação retórica a elas, o novo discurso da política criminal insistentemente invoca a revolta do público, cansado de viver com medo, que exige medidas fortes de punição e de proteção. A morte aparente da política é agora mais a revolta coletiva e o justo reclamo por retribuição do que um compromisso com a construção de soluções sociais justas. A temperatura emocional da elaboração das políticas mudou de fria para quente”. (GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2008. p. 54).

⁴¹¹ “O argumento por um modelo político policêntrico decorre ainda da constatação de que questões relevantes da atualidade não se enquadram em dualismos tradicionais com ‘indivíduo contra Estado’ ou ‘classe contra classe’ e não são passíveis de solução no âmbito restrito das medidas estatais ou econômicas. Exemplos dessas pautas que mobilizam o debate político são: a formulação de modelos emancipatórios de desenvolvimento, os direitos do consumidor, os riscos ambientais, os limites morais ao progresso técnico-científico, a legitimidade de novos modelos familiares e as inúmeras formas de violência e exclusão da ‘nova pobreza’.” (DIAS NETO, Theodomiro Dias. *A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana*. Verso e Reverso do Controle Social: (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. Vera Regina Pereira de Andrade (Org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 174).

⁴¹² RIVERO, Jean; MOUTOUTH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 87-102.

⁴¹³ WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Trad. Paulo Cesar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 44-45.

A ideia punitivista vem a ser a legitimação da neutralização do criminoso em prol dos *socialmente úteis*. A subversão do preceito é justamente denegar a condição humana da pessoa do delinquente, e institucionalizá-lo como ente daninho à sociedade. Assim, o valor-fonte da Constituição Federal, consagrado no artigo 1.º, inciso III, também denominado de *princípio da dignidade da pessoa humana*, não é aplicado aos marginais. A concepção contemporânea é a reafirmação de que o sistema normativo foi abdicado pelo criminoso *não-pessoa*, assim não mais devendo ser aplicados a ele os direitos e as garantias fundamentais do cidadão, pois, como o próprio rótulo diz, são direitos e garantias do cidadão e não dos inimigos dos cidadãos.

Ocorre, então, que essa concepção suprime do sistema a verdadeira natureza ontológica do imputado. O processo de penalidade deve ser atribuído sob critérios de proteção da dignidade da pessoa humana em adequação aos fins da pena. Mais adiante trataremos do assunto das teorias dos fins das penas.

A tolerância zero⁴¹⁴ consiste, desse modo, em um conjunto de práticas governamentais de segregação e de exclusão dos incômodos sociais que o círculo etnorracial apartado oferece para a classe dominante⁴¹⁵.

O objeto de atuação do controle social punitivo (ou seja, o sistema de contenção fundamentada na segregação penal) se dá mediante o processo seletivo da criminalização. Em um primeiro momento, o que ocorre é a atribuição,

⁴¹⁴ Para maior aprofundamento: FONSECA, Tatiana da. *Intolerância zero*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 73, p. 14, dez. 1998. / MONDIN, Mauro Monteiro. *Tolerância zero, discriminação máxima*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 53, p. 14, abril 1997. / MONDIN, Mauro Monteiro. *Insegurança e Tolerância zero*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 10, n. 119 Esp., p. 9-11, out. 2002. / WACQUANT, Lôic. *Inimigos cômodos: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa*. In: *Discursos sediciosos*, ano 5, n.º 9 e 10, 2º semestre de 2000, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 121. / WACQUANT, Lôic. *A globalização da "Tolerância Zero"*. In: *Discursos sediciosos*, ano 5, n.º 9 e 10, 2º semestre de 2000, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p.111.

⁴¹⁵ "De Nova York, a doutrina da 'tolerância zero', instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência –, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica da guerra ao crime e da 'reconquista' do espaço público, mendigos e outros marginais a invasores estrangeiros". (WACQUANT, Lôic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 30). No mesmo aspecto: "Percebe-se, pois, nítida simetria entre as propostas político-criminais propugnadas pelos MLOs e as oferecidas pelos defensores das políticas de Tolerância Zero. Todavia, enquanto os modelos de Tolerância Zero primam pela repressão à criminalidade de rua e bagatela, por processos de higienização social a partir de normas penais sancionadoras de comportamentos individuais (behaviorismo penal), MLOs reivindicam alta punibilidade às graves ofensas dos bens jurídicos interindividuais, sobretudo os delitos contra a pessoa e contra o patrimônio. Nesta fusão de perspectivas, entende-se a intolerância como o único mecanismo de prevenção do caos e da desordem social". (CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris e ITEC, 2006. p. 92).

aos socialmente vulneráveis, da categoria de destinatários da tutela penal, pois eles detêm os comportamentos socialmente negativos aptos à criminalização e essenciais para a sua neutralização em decorrência da funcionalidade real do sistema penal na política capitalista de criminalização e de estigmatização pelo cárcere⁴¹⁶.

Foi no contexto de que surgiu a guerra contra as drogas e se converteu em uma possibilidade alternativa para controlar a população perigosa. Porém permita-me acrescentar algo: detrás deste ponto de vista não havia nenhuma teoria conspiradora. Vários argumentos racionais apoiavam o desejo de controlar de alguma maneira a importação e o uso de drogas, ainda se poderia discutir sobre os meios. Que a guerra contra o narcotráfico também oferece uma oportunidade para controlar as classes perigosas em geral não desacredita nas razões originais e nos atores desta guerra.⁴¹⁷

Desse modo, inicialmente a razão da classe dominante era somente deter, na classe desviante da marginalidade, aquilo que fosse ofensivo ao poder econômico de produção e de reprodução de riquezas, ou ofensivo aos seus interesses obtusos e egoístas. Assim, o processo de exclusão social, pelos delitos e pelas penas, o processo heterogêneo entre dominação e dominados prossegue em evidente modelo de *apartheid* social. A bandeira que se ergue no pensamento liberal e neoliberal é a de separar os indivíduos com comportamento socialmente negativo.

Em tese, Alessandro Baratta oferece quatro estratégias para uma política criminal das classes subalternas. A primeira condiz com o fato de que, nos *comportamentos socialmente negativos* das classes dominadas, devem ser observados os critérios da exclusão do processo de produção e de distribuição de renda, ou seja, a criminalidade patrimonial não é exclusivamente praticada pela classe pobre, subalterna (imbuída, muitas vezes, pelo fator da pressão da fome), não sendo igual ao crime de colarinho branco da classe dominante (detentora de toda a capacidade econômica existente e imaginável, que o sistema injusto e ignóbil do capitalismo periférico permite acumular). Como segundo enfoque, mas não distante desta análise, deve-se dirigir a tutela penal aos bens jurídico-penais, cuja magnitude detenha o fator da *macro-ofensividade* – em outras palavras, não são os

⁴¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 197.

⁴¹⁷ Tradução livre do mestrando: CHRISTIE, Nils. *La industria del controle del delito*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993. p. 70.

furtos famélicos que devem ser punidos, mas, sim, os grandes desvios de verbas públicas, desvios que assolam, de maneira difusa, toda a sociedade. Já o terceiro fator, mais radical, preconiza que a classe operária, verdadeira destinatária da tutela penal, demonstrou que o cárcere não oferece empiricamente o que a teoria dos fins da pena pretende. Logo, deve ser abolida. Por último, pretende-se o distanciamento ideológico-social da comunicação política de base na construção da tutela penal, pois a interferência midiática na criminalização é o reflexo do ideário da classe dominante em excluir a classe subalterna e estigmatizá-la com o uso da tutela penal⁴¹⁸.

4.3.1 Das leis de lutas legítimas e ilegítimas: para um ponto de diferenciação

Com o declínio dos postulados schmittianos, inspiradores de uma soberania centrada no Reich, bem como com a percepção no pós-guerra de que legitimidade e a legalidade são dois conceitos que nem sempre são coincidentes, nota-se a existência de leis ilegítimas, ou injustas.

Não raras vezes, o clamor público, a ideologia de massa, o fetiche criminalizante, supera o *legítimo*, ou seja, a eficácia social dos postulados de determinada lei penal. Logo, em decorrência disso passam a ocorrer leis de luta que pretendem combater os inimigos cômodos da sociedade.

Como critério, para a determinação de leis de lutas legítimas e ilegítimas, cabe utilizar os postulados de Gustavo Zagrebelsky e de Robert Alexy. O primeiro assevera, no enfoque do neoconstitucionalismo, que os juízes detêm capacidade de interpretação constitucional, em especial os juízes que integram aquelas cortes internacionais, cuja legitimidade e fundamentação de cada decisão variam em conformidade com o tempo em que a constituição vive. Por isso esse autor denomina esse postulado de *constituição vivente*⁴¹⁹.

⁴¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2002. p. 200-204.

⁴¹⁹ Tradução livre do pesquisador: "A constituição vivente é a experiência cotidiana das cortes. Na prática, posições originalistas são, com efeito, sustentadas (por exemplo, através da remissão dos <<trabalhos preparatórios>>), porém isto é somente uma retórica argumentativa, entre outras, para sustentar esta ou aquela interpretação da constituição, conforme a expectativa no mundo que foi, senão do mundo de hoje, segundo a visão do intérprete. Aqui não interessa à colaboração político-judicial. Como regra geral, a constituição vivente prefere mais a quem trabalha para a extensão dos direitos e menos a quem opera em direção oposta, e ao contrário vale para a constituição originária. São, porém, afirmações relativas. Os tempos podem mudar e a reinterpretação pode ser invocada para limitar direitos e vice-versa. O significado originário pode

A convivência de valores e de princípios, ou seja, a existência da eficácia material de determinada lei, é necessária para alcançar o pacifismo (o projeto político inspirador) de toda a sociedade democrática constitucionalizada. Desse modo, se vivemos em uma era de violência, a constitucionalidade das leis e sua aplicação não devem provocar um retribucionismo-decisionismo, mas, sim, veicular a constituição vivente do Estado Democrático de Direito, para a efetiva concretização do postulado da dignidade da pessoa humana.

Para Robert Alexy, o direito deve ser avaliado sob diversos enfoques, mas um dos mais importantes é a existência ou a inexistência de validade. O direito é isento de validade quando não detiver, em seu conceito, validade e não é isento de validade quando o possuir⁴²⁰. Se a intervenção na segurança pública atende aos critérios de legalidade, de eficácia social e de correção material, a mesma detém, em seu conceito, a validade. Afora esta argumentação, o jusfilósofo articula que a negação da liberdade – não garantir a segurança pública – enseja a *não-liberdade*⁴²¹.

O critério de valoração de determinada relevância de um objeto (ou seja, a lei que protege o bem jurídico) pode ou não estar simétrica para com a validade, pois aquilo que é bom para o indivíduo pode não o ser para a coletividade, porém, “no direito, o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios.”⁴²² O conteúdo axiomático possui relevância para com o respectivo postulado constitucional de constatação.

ser útil a quem resiste ao intento de limitação (pensemos na atitude das cortes contra a legislação antiterrorismo). Em suma, a direção não está de fato assegurada. Não é esta, portanto, uma questão da política judicial e, menos ainda, de direita e esquerda. É um tema de teoria da interpretação e da Constituição.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Coord). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 97).

⁴²⁰ “A primeira distinção é entre conceitos de direito isentos de validade e não isentos de validade. *Não isento de validade* é um conceito de direito que inclui o conceito de validade. *Isento de validade* é um conceito de direito que não inclui o conceito de validade. É fácil perceber que existe um motivo para essa distinção. Assim, pode-se afirmar, sem incorrer em contradição: ‘N é uma norma jurídica, mas N não é válida/ainda não é válida.’ Além disso, é possível conceber um sistema jurídico ideal e, desse modo, sem incorrer em contradição, afirmar: ‘Esse sistema jurídico nunca será válido.’ Contrariamente, aquele que se refere ao direito vigente não precisa falar de validade. Pode simplesmente afirmar: ‘O direito exige isso.’ Desse modo, fica claro que é possível tanto um conceito de direito que inclua o conceito de validade quanto um que não o inclua.” (ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 28).

⁴²¹ Idem. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 227.

⁴²² Idem, *ibidem*, p. 153.

Um exemplo de disposição jurídica inválida é o caso da contravenção de vadiagem, em que o mendigo praticava essa infração penal até o advento da Lei Federal n.º 11.983/2009, que revogou o artigo 60 do Decreto-Lei n.º Federal 3.688/1941. Existe também, de uma forma diferente, a lei de crimes hediondos, que acaba sendo uma lei de luta ilegítima, pois as regras ali determinadas vão contra o princípio da isonomia, bem como foram edificadas em momentos de clamor público e do espírito trágico dos meios de comunicação de massa.

Por outro lado, existem outras leis cuja participação democrático-pluralista, suas reformas, o modo de elaboração e outros elementos coincidentes com a dignidade da pessoa humana, determinam sua simétrica adequação com a eficácia social e a correção material (constitucionalidade). Como exemplo, pode-se asseverar a lei de biossegurança, a lei antidrogas, a lei Maria da Penha – porém esta última detém validade, no aspecto social, de forma transitória, já que pretende uma modificação social ou forma diferente de agir nas relações de gênero – e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.4 Ideologia penal e exclusão dos inimigos

Seguindo o método disposto no materialismo histórico dialético, para tratar da violência legal institucional-estatal, bem como a análise de sua finalidade, se faz necessária a própria concepção de ideologia. A teoria crítica do direito, segundo Luiz Fernando Coelho, articula a ideologia como aparência que substitui o real, vela a racionalidade, consolidando um instrumento de dominação e, como superestrutura, noções fragmentárias, frequentemente distorcidas, que só podem ser compreendidas em seu significado autêntico quando ligadas àquele entendimento originário da inversão⁴²³.

⁴²³ “Esta necessidade de inverter a dialética traduz a noção da ideologia como *falsa consciência*, implicação gnoseológica da teoria da inversão. Ao questionar o ponto de vista ideológico, propõe Marx a adoção de um ponto de vista contrário, que é o seu método científico. À *falsa consciência* vem juntar-se a tese da ideologia como aparência. Em “O Capital”, pressupõe Marx a distinção entre aparência e essência, esta equiparada ao real. Não se trata da distinção metafísica entre forma e matéria, a forma ou aparência como propriedade da matéria, mas, sim, da distinção entre o que realmente é no âmbito social e o que parece ser, em virtude do pensar ideológico. Marx exemplifica com as relações entre o valor e a mercadoria, que a economia política clássica toma

Em sentido não diverso, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade expõem que, no *pós-guerra*, a massa populacional recebeu auxílio material, acesso aos bens essenciais, política também determinada como a “[...] ideologia do consenso, integração e estabilidade, em síntese, por uma ideologia do *fim da ideologia* -, sucedeu um período de extensas e intensas áreas de conflito interno, com repercussões sensíveis no plano das representações e culturais”⁴²⁴.

A necessidade de pena se fundamenta em uma questão primária, sob o argumento da *prevenção*. Nesse foco, Juarez Cirino dos Santos indaga: “Por que o *sistema de controle social*, cuja instituição central é a prisão – e agentes principais são a *polícia* e a *justiça criminal* –, esconde os *objetivos reais* de repressão política das classes dominadas, sob a aparência ideológica de proteção geral, correção pessoal, prevenção e repressão de crimes?”⁴²⁵. Ocorre que o alcance da finalidade da pena, tanto sob o seu aspecto preventivo geral ou especial, negativo ou positivo, é utópico, pois detém carga ideológica própria de uma sociedade massificada e com construção dos tipos penais de natureza vingativa do ser humano. Para esse fenômeno se dá o nome de inflação legislativa.

Sobre a multiplicação das incriminações, Mireille Delmas-Marty⁴²⁶ afirma que se trata do ato de definir um crime, transpondo-o do espaço social do lícito para o ilícito, reduzindo a esfera da liberdade em razão da nova interdição ou do mandamento ativo, no caso em que o delito for comissivo. Desse modo, a classe dominante decide rotular – em uma visão maniqueísta – o bem e convertê-lo no mal, em estrita adequação ao poder de punir do Estado, detentor do monopólio da violência e do controle sob as classes excluídas, sequestrando as classes subalternas aos cárceres. Esse fenômeno é recebido por Eugênio Raul Zaffaroni⁴²⁷ como um verdadeiro sistema de contenção social.

como uma relação objetiva, o valor como uma propriedade material da mercadoria. Nesse contexto, o caráter social do trabalho, quando, na realidade, é uma relação entre indivíduos. ‘Não é mais nada que determinada relação social entre os próprios homens, que para eles aqui assume a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas’”. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 124).

⁴²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminôgena*. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 44.

⁴²⁵ SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. 3. ed. Rio de Janeiro e Curitiba: Lumen Juris e ICPC, 2008. p. 90.

⁴²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *A Imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Bauru: São Paulo, 2005. p. 12-13.

⁴²⁷ “Dito em termos mais claros: aproximadamente $\frac{3}{4}$ dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva). Desses, quase $\frac{1}{3}$ serão absolvidos. Isto significa que em $\frac{1}{4}$ dos casos os infratores são condenados formalmente e são

Em um sentido mais próprio da *teoria dos fins das penas*⁴²⁸, as mesmas pretendem justificar a violência institucional e o sequestro judicial dos *desviantes*. Na verdade, a pena, paradoxalmente, é *polifuncional-ideológica*⁴²⁹ e *unifuncional-real*, ou seja, ideologicamente pretende os preceitos de prevenção geral e especial, negativa e positiva. Destas modalidades, a *prevenção geral positiva*⁴³⁰ é a que tem recebido maiores adeptos, em razão da construção da dogmática do direito penal de exceção (inimigo), para o funcionalismo penal transposto por Günther Jakobs, mas originalmente construído por Niklas Luhmann. No que consiste a nova perspectiva da *prevenção geral preventiva*?

Apesar de o fundamento e o limite da pena se fundar na intensidade delitiva cometida, perfilhada na proporcionalidade edificada na magnitude do injusto e na culpabilidade⁴³¹, o seu significado e a sua finalidade se diferenciam. O primeiro, ou seja, o significado da pena é a contestação da contestação à norma, enquanto que a finalidade é a pena como método de reafirmação da contestação em uma visão dialética, também denominando-a como *alicerçamento cognitivo*⁴³².

obrigados a cumprir apenas o resto da pena; na metade do total de casos verifica-se que o sujeito é infrator, mas se considera que a pena a ser cumprida foi executada com o tempo da prisão preventiva ou medida de mera contenção; no que diz respeito a ¼ restante dos casos, não se pode verificar a infração e, por conseguinte, o sujeito é liberado sem que lhe seja imposta pena formal alguma. Cabe precisar que existe uma notória resistência dos tribunais em absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva, de modo que, nesses ¼ de casos de absolvição, a arbitrariedade é evidente e incontestável, pois só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação” (ZAFFARONI, Raúl Eugênio. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia – ICC, 2007. p. 71).

⁴²⁸ “Quando acontece um ato nocivo, um delito, dois pensamentos se devem oferecer ao espírito do Legislador ou do magistrado: o modo de prevenir o crime para que não torne a acontecer e o meio de reparar quanto for possível o mal, que tem causado” (BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 24). Vide: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 230-260.

⁴²⁹ “Nos anos que se seguem à segunda guerra, o movimento internacional de reforma penal mostrou-se particularmente ativo, realizando, com efeito, maiores resultados legislativos no setor das conseqüências sancionatórias. E vale acentuar-se, de logo, que os intensos impulsos reformistas provinham do afirmar-se, continuamente, a *ideologia da função reeducativa da pena*, adesão que parecia então constituir a fundamental e renovadora opção de política criminal”. (PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 61).

⁴³⁰ POSSAS, Mariana Thorstensen. O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 267-276.

⁴³¹ CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e fins da pena*. Revista de Ciências Penais. n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 123.

⁴³² “O significado da pena seria a contestação da contestação da norma. A finalidade seria a pena como reforço (alicerçamento cognitivo) desta contestação. permaneçamos por um momento na ‘teoria do significado’ da pena. Ela menciona como problema o fato de que só se pode falar de significado quando existe um destinatário que *compreende* o significado. Aqui ocorre a passagem da teoria da vigência normativa para a teoria da *pessoa*”. (BUNG, Jochen. *Direito penal do inimigo*

A teoria da prevenção-integração nasceu ao final do século XIX, com Durkheim. Jakobs é um dos defensores dessa prevenção geral positiva e, fundado na concepção do sociólogo Luhmann, sobre o papel das normas jurídicas, diz que o direito penal tem a missão de estabilizar a convivência social e preservar a orientadora das normas jurídicas. O delito apresenta-se como frustração de expectativas, ou seja, a confiança institucional veio a substituir a confiança pessoal nos sistemas complexos (já que considera que apenas em uma comunidade de organização elementar, de formas jurídicas rudimentares, existem mecanismos espontâneos de confiança recíproca entre os indivíduos). Assim, Jakobs sustenta que “se o direito garante uma graduação indispensável de orientação da ação e da estabilização das expectativas, sua função resulta, sem embargo, independente do conteúdo específico das normas”. Consiste em uma teoria sistêmica levada a sua máxima consequência, pois, para Jakobs, a pena só tem finalidade de “reafirmar a confiança na norma”. Para ele, a ressocialização, por exemplo, é apenas um efeito desejável.⁴³³

A justificação da existência da sanção já se consagrava na obra de Jean-Marie Guyau, em que, sob o aspecto moral, o homem que faz mal para outros acaba atraindo o mal para si. Por outro lado, a afirmativa não é de todo verdadeira, pois não podemos contar com a ideia de sanção natural. Isso ocorre já que, no caso do ser humano que abusa dos outros, que explora e viola certas leis sociais e humanas, pode sofrer represália. Quando essa represália social (pena ou sanção) não ocorrer, sob o aspecto moral, é possível que a consciência desse indivíduo – se tiver alguma –, pode cobrá-lo. Não é, porém, através do castigo humano ou de castigos divinos que deverá ser pautada a prevenção dos delitos, mediante o medo das penas, mas, sim, pela moralidade da natureza humana. Apesar de ser utópica esta análise, trata-se do *dever-ser da sociedade*⁴³⁴.

A violência ilegal denominada de delito é punida com a violência legalizada denominada pena⁴³⁵ e esta é fundamentada pela teoria dos fins da pena.

Calcada no utilitarismo, a justificação punitiva detém sua matriz na condição de intimidação geral abstrata, em que a mediação do medo é o flagelo do cárcere, seja impedindo que a pessoa quase desviante alcance o patamar de delinquente, seja através do temor reverencial perante o Estado. Em outras palavras, as “[...] doutrinas da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe

como teoria da vigência da norma e da pessoa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 121).

⁴³³ REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 288-289.

⁴³⁴ GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da idéia de sanção*. Trad. Regina Schöpke e Mauro Baladi. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 11.

⁴³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 230-297.

conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui”⁴³⁶.

Da mesma forma, a política criminal da lei e da ordem, a dominação instituída pelo cárcere, as classes subalternas neutralizadas pela ideologia penal subversiva e construída pela classe dominante e minoritária, isto encerra todas as formas de contenção social pela segregação criminal, um modo operativo de fazer existir a prevenção geral positiva, ou seja, de manter a classe dominada controlada pelas leis do mercado e do capitalismo periférico, tornando os indivíduos rebanho obediente ao sistema, em que somente a classe abastada pode exercer o Poder em sua multifacetária ordem.

Em uma visão proveniente de Jesus-Maria Silva Sanchez, o Direito Penal, das sociedades pós-industriais globalizadas e cujos limites geográficos e políticos se encontram mitigados pela integração supranacional, acabará por necessitar de uma modificação da estrutura básica da teoria do delito. Trata-se de uma modificação em especial no que concerne às garantias formais e materiais do Direito Penal adjetivo e substantivo e deverá acarretar flexibilização das regras de imputação e do sistema de garantias fundamentais que consagram o neoconstitucionalismo, contradição própria da neocriminalização (expansão)⁴³⁷.

Por outro lado, o fenômeno em questão reporta-se à conclusão de seus liames de uma conexão lógico-objetiva para com o direito penal do risco⁴³⁸: “na evolução atual, tanto do Direito Penal material, como do Direito penal processual, pode constatar-se tendências que, em seu conjunto, fazem aparecer no horizonte

⁴³⁶ Idem, ibidem, p. 245.

⁴³⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas. 1999. p. 63-64.

⁴³⁸ “Como é a realidade deste direito penal do risco? O que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal *expansivo*. Isto não é necessariamente assim em teoria, mas *empiricamente* comprovável. A insinuação de tridimensionalidade etimologicamente próxima e intencional obtida com o conceito expansão caracteriza do que se trata: de admitir *novos candidatos no círculo dos direitos* (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a *fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis* – deslocamento este considerado, em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço de *reduzir as exigências de censurabilidade*, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos (PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 47. São Paulo, 2004, p. 38-39).

político-criminal os traços um <<Direito penal da colocação em risco>> de características antiliberais”⁴³⁹.

Inimigo não pode ser caracterizado somente como aquele que não detém qualidade de homem médio ou como aquele não qualificado como bom cidadão ou como cidadão exemplar, mas, sim, aquele que continua no papel de um membro da sociedade. Por outro lado, Jochen Bung assevera que “[...] quem se comporta constantemente como o satã, quem se comporta recorrentemente de modo anômico é muito provavelmente doente e merece ajuda, mas não que se lhe pendure uma etiqueta de inimigo, por causa do não atingimento da garantia mínima cognitiva”⁴⁴⁰.

Assim, as finalidades político-criminais dos tipos penais não se reduzem ao utilitarismo-neutralizante calcado em preceitos de clamor social, mas encerra um *janus bifronte* em que um lado está voltado à dignidade da pessoa humana e o outro para com os direitos fundamentais do indivíduo, preservando, dessa forma, a condição de pessoa humana do cidadão.

4.5 Ponderação entre segurança pública e direitos humanos: cultura do medo e dignidade da pessoa humana

Tanto a dominação pelo cárcere como a dominação ideológica pelo medo, esta última inserida pelo espírito trágico da cultura de massa, são maneiras de controle social, de contenção da classe subalterna (de nossos inimigos cômodos, do pobre, do mendigo, da prostituta) e de todos os que não são satisfatórios nem úteis para a *sociedade*.

O medo, que retoma a ideia de choque ou de ruptura de algo estável e, para assim dizer, de receio de instabilidade, se coaduna com a própria eclosão de paradigma, ponto inicial do presente trabalho. O ser humano é condicionado a aceitar a continuidade de paradigma e a sua ruptura ocasiona choque, também

⁴³⁹ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2005. p. 56-57.

⁴⁴⁰ BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006, p. 124.

denominado de trauma. Assim, o receio de mudança de paradigma cria um ambiente propício ao medo.

Em contrapartida, tal receio de mudança de paradigma diz-se ideológico, pois que “[...] a insegurança cultivada no âmbito da sociedade afasta o olhar da multidão para seus reais problemas.”⁴⁴¹ Dessa forma, a dominação é a mesma do cárcere, porém já não é física, mas, sim, psicológica.

A lógica de *escambo* entre segurança pela liberdade e, assim por diante, da dignidade da pessoa humana, detém seu primado em outra cultura inspirada pelo sistema estadunidense, o *trading-off*, ou seja, existe a possibilidade – não de anulação – mas, sim, de sobreposição da segurança pública em relação à dignidade da pessoa humana, pois o sacrifício de alguns direitos em prol da coletividade seria admissível.

O clamor pela segurança remonta à insegurança generalizada, consistindo no medo de todos contra todos, a crise do Estado, a fragmentação e degeneração dos direitos humanos. O aprisionamento voluntário (segurança privada) ou o aprisionamento involuntário (segurança coletiva) por ocasião de prática de crime atende a uma satisfação do espírito trágico, ou ao clamor do meio midiático de criminalizar e de punir.

Cabe destacar, cada vez mais, que a segurança pública como Direito têm se convertido – ou subvertido, por assim dizer – no aforismo da *Cedant Arma Togae*, ou seja, a substituição das armas pelo Estado, a opressão, a exclusão e a separação, os preconceitos e o etiquetamento, a vida despida de Direitos Humanos em prol da satisfação fictícia e ideológica de instrumentos antidemocráticos de comunicação.

Ao contrário, a segurança não é autônoma, pois trata-se de um direito dependente de outros pressupostos, ou seja, “[...] a segurança não pode ser medida em si mesma, senão com base na liberdade e na igualdade, todo este conjunto de circunstâncias apontam uma relação com estes valores, eles atribuem medida do equilíbrio preciso, da justiça”⁴⁴².

Segundo o direito penal constitucionalizado, para se edificar uma tutela penal não basta que se tenha uma insegurança pública, um clamor midiático,

⁴⁴¹ PASTANA, Débora Regina. *op. cit.* p. 19.

⁴⁴² RAMIREZ. Juan Bustos. *In-seguridad y lucha contra el terrorismo*, p. 404 In LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco. *El derecho ante la globalización y el terrorismo <<cedant arma togae>>*. Valencia: Tirant la Blach, 2003.

uma cultura de massa e do medo, que retoricamente pretende a estigmatização da classe mais frágil da população. Coaduna-se a este pensamento a doutrina de Alice Bianchini, perfilhando os pressupostos mínimos de tutela penal, em que se faz necessários o *merecimento*, a *necessidade* e a *adequação da tutela penal*. O primeiro desses pressupostos é a existência de um bem jurídico a ser protegido e não um estado prévio de lesão. Por sua vez, a *necessidade* acaba utilizando do mandato constitucional de criminalização, um imperativo que comanda o legislador a criminalizar. Por fim, a *adequação* da tutela penal seria a simetria para com os princípios constitucionais, tais como a proporcionalidade, a humanização⁴⁴³. Sobre a interação do bem jurídico com a edificação constitucional da tutela penal, preconiza Jorge Figueiredo Dias:

Se, na concepção teleológico-funcional e reacional que vimos ensaiando, não pode haver criminalização onde se não divise o propósito de tutela de um bem jurídico-penal, já a asserção inversa se não revela exacta: a asserção, isto é, segundo a qual sempre que exista um bem jurídico digno de tutela penal aí deve ter lugar a intervenção correspondente. O que significa, no fim, que o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal; mas que a esta noção tem de acrescer ainda um qualquer outro critério que torne a criminalização legítima. Este critério adicional é – como, de resto, uma vez mais directamente se conclui do já tantas vezes referido art. 18.º -2. da CRP – o da necessidade (carência) de tutela penal. A violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desvendar a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária.⁴⁴⁴

A insubsistência dos preceitos da edificação da tutela penal referenda a ilegitimidade do direito penal do inimigo, e o faz para satisfazer o espírito trágico da insegurança coletiva, ideologicamente incutida pelos instrumentos de massa. Assim, ao contrário, a busca dos paradigmas de tutela penal legítimos pretende a coadunação entre dignidade da pessoa humana e segurança pública.

Por esse motivo, se a tutela penal é edificada com base nos pressupostos materiais mínimos de sua construção, não há possibilidade de um

⁴⁴³ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. Série: As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁴⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I – questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 120-121.

procedimento racional de sobreposição da segurança pública frente à dignidade da pessoa humana. Cita Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o “alfa e omega” do sistema de liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais.⁴⁴⁵

Considerando que o fundamento e o fim da sociedade e do Estado estão calcados na dignidade da pessoa humana, a sobreposição ilegítima, pautada no choque, ou em um trauma contínuo e coletivo, não pode ser legitimada, pois a segurança pública detém conteúdo axiológico inferior ao valor-fonte em apreço. Sendo esse axioma univalente, em que todos os demais direitos se desdobram, o mesmo axioma não pode sofrer sobreposição.

4.6 O controle judicial da segurança pública como transição: o equilíbrio transitório entre a segurança pública e a dignidade da pessoa humana

A segurança pública é uma regra de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, desde que defendida e controlada por órgãos detentores do poder de exigir e de aplicar os direitos humanos. A título de exemplo, se a dignidade da pessoa humana, aqui tida como a sigla *P* e a regra da proteção deste princípio, mediante o controle judicial da segurança pública *R*, o mesmo não irá afrontar este postulado⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 3. ed. Porto Alegre, RS: 2004. p. 77.

⁴⁴⁶ No mesmo sentido, em sede de nota de rodapé n. 24: “é necessário distinguir dois casos de restrição à realização ou à satisfação dos princípios por meio de regras: (1) A regra *R*, que restringe o princípio *P*, vale estritamente. Isso significa que vale uma regra de validade *R'*, que diz que *R* tem precedência em relação a *P*, independentemente de se saber o quão importante é a realização de *p* e o quão desimportante é a realização de *R*; (2) *R* não vale estritamente. Isso significa que vale um princípio de validade *P'*, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, pois isso faria com que *P'* não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre *P* e *PR*. *P'* desempenha um papel se, para a determinação da precedência de *P*, não somente se exija que *P* preceda o princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, mas também que *P* seja mais forte que *PR* em

Se, contudo, tiver de ocorrer a regra de exceção da segurança pública, sem controle e limitações, aqui tida pela regra *R'* (direito penal do inimigo), então deve ser interpretada de forma restritiva somente em caso de guerra declarada, conforme dispõe o artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁴⁷.

O uso descontrolado da segurança pública extrapola os limites de validade que o ordenamento jurídico deve possuir, englobando este os elementos *legalidade*, de *eficácia social* e de *correção material*. Segundo Robert Alexy, em sua obra “Conceito e Validade do Direito”:

Pergunta-se qual conceito de direito é correto ou adequado. Quem pretende responder a essa pergunta deve relacionar três elementos: o da *legalidade* conforme o ordenamento, o da *eficácia social* e o da *correção material*. Conforme os pesos entre esses três elementos é repartido, surgem conceitos de direito completamente diferentes. Quem não atribui importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural e jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social, chega a um conceito de direito puramente positivista. No espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias.⁴⁴⁸

A fragmentação de políticas públicas voltadas à segurança, o processo globalizante de privatização, a redução dos direitos sociais, tudo isso acarreta a impossibilidade de se alcançar o pacifismo. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli, em sua obra “*Raziones Jurídicas del Pacifismo*”, declara:

conjunto com o princípio *P'*, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente *R*.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, 2008. p. 90-91).

⁴⁴⁷ Cita o dispositivo em apreço: “Art. 27 - Suspensão de garantias: 1. Em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança do estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.” (BRASIL, Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. O Vice-Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 84, VIII da Constituição, Decreta a internalização do Pacto de San José da Costa Rica, publicada em 9 de setembro de 1992, p. 15562 do Diário Oficial da União).

⁴⁴⁸ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 15.

O Estado, com efeito, se tem voltado demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes. É demasiado grande para levar adiante grande parte das funções administrativas que requerem formas de autonomia opostas aos elhos modelos centristas. Porém, sobre tudo, é demasiado pequeno com respeito às funções de governo e de tutela exigida por cada vez mais estritas interdependências que hoje condicionam, de maneira irreversível, a vida de todos os povos do mundo. Nenhum dos problemas dramáticos de nosso tempo – a paz, a tutela dos direitos e das comunicações, a segurança contra a criminalidade, a defesa do ambiente – pode ser característica global de suas dimensões, senão também, porque no mundo contemporâneo <<viver>> não é mais (ou é cada vez menos) um fato puramente natural, confiado à capacidade de sustento do indivíduo ou incluído em sua comunidade política, posto que as condições econômicas, ambientais, tecnológicas e culturais do mundo atual são cada vez menos naturais e mais artificiais e heterodeterminadas.⁴⁴⁹

O método entre os meios e os fins determina o controle e a limitação do poder punitivo, em especial da segurança pública, com os fins de evitar as guerras endógenas (internas). Por outro lado, os excessos, a proteção constitucional e o respeito aos princípios e aos valores que devem permear a sociedade pós-moderna, para que o projeto acima mencionado aconteça, dependem de uma regra de transição. A regra de transição não é, porém, o direito penal do inimigo, mas, sim, o controle social contido por instrumentos democráticos, tal como a atuação de órgãos protetivos e legitimados a essa instrumentalidade⁴⁵⁰.

Nesse foco é que se fundamentaria como regra de transição, não de exceção, muito menos de opressão, o controle judicial da segurança pública, em que se pretende reafirmar os paradigmas axiomáticos da constituição. Cabe, porém, destacar que não pode ser aceita essa excepcionalidade como regra ou estaremos rompendo a separação dos poderes e convertendo o Estado em um governo de juízes. Segue esta linha de raciocínio Gustavo Zagrebelsky:

O Estado, de ser algo a <<a margem>> e <<por cima de>> da lei, como era concebido pelo absolutismo monárquico, se situava agora <<dentro de>> e <<submetido a>> da lei, e se configurava assim como um dos muitos sujeitos disciplinados pelo direito. Não se reconhecia *a priori* nenhuma supremacia, porque todos os sujeitos jurídicos, incluindo o estatal, deveriam ser disciplinados pela lei e a posição jurídica de cada um dos respeitos a dos demais dependia somente da lei. Deste modo, entre o <sujeito-

⁴⁴⁹ Tradução livre do pesquisador: FERRAJOLI, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo*. Trad. Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004. p. 92.

⁴⁵⁰ No caso do Brasil, o Ministério Público.

Estado>> e os indivíduos poderiam configurar-se relações recíprocas reguladas pelo direito e controladas por juízes independentes.⁴⁵¹

O descontrolo da criminalidade, em verdade, é a projeção social do descontrolo político, violação do pluralismo, do multiculturalismo, da inclusão e da melhor distribuição de rendas. A contenção, por sua vez, através da segregação punitiva, ou do sequestro institucionalizado, vai contrária à necessidade de eficácia social pleiteada pelo macroconceito de validade do direito, mais que um direito penal de exceção como regra, tal como é o direito penal do inimigo.

O medo e a insegurança foram apontados como fatores de construção da tutela penal de luta, sabendo-se que a ideologia velada pela realidade distorcida ou a busca por segurança e estabilidade sempre foi, e sempre será uma utopia constante do homem.

A generalização da violência, a difusão do mal, a construção do espírito trágico, enquanto opção do legislador e dos meios de comunicação de massa, bem como a ausência de políticas públicas aptas à própria prevenção e à repressão ao crime é que favorecem o direito penal do inimigo.

O Estado Democrático de Direito, ao contrário do Estado meramente de Direito, deve inspirar a participação pluralista da sociedade em seus interesses, especialmente no que condiz respeito aos postulados de segurança pública. Nesse aspecto, Valter Foleto Santin cita que “todas as pessoas têm direito constitucional à participação no processo de fixação e alteração da política de segurança pública do Estado. A participação popular pode ser por meio de propostas individuais ou por entidades da sociedade civil”⁴⁵², o que reafirma o pluralismo jurídico no que concerne ao direito humano fundamental à segurança pública.

Desse modo, O Estado Democrático de Direito se estabelece contrariamente à edificação inválida⁴⁵³ da tutela penal (Robert Alexy), inspirada no medo generalizado e nos meios antidemocráticos de difusão cultural de massa. Estabelece-se, portanto, considerando o postulado da interdependência dos poderes

⁴⁵¹ Tradução livre do pesquisador: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: leis, direitos, justiça*. 8.ed. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 47-48.

⁴⁵² SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 267.

⁴⁵³ A terminologia *inválida* aqui é tida como ausência de eficácia social e correção material como dispõe Robert Alexy: ALEXY, Robert. *Conceito e validade de direito*.

como adequação ao Estado Democrático de Direito, bem como para se evitar a violação ao acesso ao Poder Judiciário, principalmente no que condiz com o artigo 5.º, inciso XXXV e o direito à segurança como elemento de consideração de direito humano fundamental, conforme determina o artigo 144, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, simétricos ao artigo 5.º do mesmo postulado político.

Ainda, quanto ao aspecto de que a questão da segurança pública e também pessoal como categoria de direito humano fundamental, isso vem disposto em diversos tratados internacionais relativos a direitos humanos, tal como a) o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴⁵⁴, b) artigos 1º e 28 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁴⁵⁵, c) artigo 9º, na parte inicial, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁴⁵⁶, d) bem como no artigo 7º, inciso I, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)⁴⁵⁷.

As técnicas neoconstitucionais de propensão da desconstrução do sistema punitivo de exceção como regra necessitam, em contrapartida, de uma possibilidade, de uma via legítima, não constitutiva de um sistema de opressão, mas, sim, ressocializante, para alcançar esse postulado e evitar que o Estado de Exceção como Regra (caos beligerante) chegue ao seu ápice, pois é possível a intervenção jurisdicional, tal como é o controle judicial da eficiência do serviço de segurança pública, não invadindo, mas equilibrando o sistema punitivo do Estado simétrico aos anseios e aos projetos políticos de equilíbrio entre os poderes.

O neoconstitucionalismo pretende a reafirmação de políticas públicas via ativismo judicial, já que as mesmas não são efetivadas pelo Poder

⁴⁵⁴ “Art. 3º - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” (ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

⁴⁵⁵ Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. [...] Artigo XXVIII. Os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 3.214, de 2000 (Do Sr. Marcos Rolim). Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências.).

⁴⁵⁶ Art. 9º - Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 24 de abril de 1992.

⁴⁵⁷ “Art. 7º - Direito à liberdade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. [...]” (BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969).

Executivo. Este controle recíproco detém, como principal foco, a efetividade da estabilidade social e a pacificação.

Ocorre que, em todas as sociedades com diferenças sociais ríspidas, diferenças flagrantemente impostas pelo neoliberalismo, os problemas de segurança pública alcançaram uma generalização própria de metástase social. Em decorrência, o espírito trágico e o discurso da opressão, da criminalização (pelo poder legislativo), mas não da efetivação (pelo poder executivo), acaba legitimando a possibilidade da exclusão de nossos inimigos cômodos, em vez de, ao contrário, buscar alcançar os postulados efetivos da harmonia entre os poderes e da dignidade da pessoa humana.

O desenvolvimento como liberdade já fora abordado pelo vencedor do prêmio Nobel de Economia, Amartya Sen:

Como seres humanos competentes, não podemos nos furtar à tarefa de julgar o modo como as coisas são e o que precisa ser feito. Como criaturas reflexivas, temos a capacidade de observar a vida de outras pessoas. Nosso senso de responsabilidade não precisa relacionar-se apenas às aflições que nosso próprio comportamento eventualmente tenha causado (embora isso também possa ser importantíssimo), mas também pode relacionar-se de um modo mais geral às desgraças que vemos ao nosso redor e que temos condições de ajudar a remediar. Essa responsabilidade evidentemente não é a única consideração que pode requerer nossa atenção. Contudo, negar a relevância dessa exigência geral seria deixar de lado algo fundamental em nossa existência social. Não é tanto uma questão de ter regras exatas como exatamente devemos agir, e sim de reconhecer a relevância de nossa condição humana para fazer as escolhas que se nos apresentam.⁴⁵⁸

A reconstrução social para se evitar a chegar a um colapso punitivista do direito penal do inimigo necessita da institucionalidade do direito penal enquanto meio permeado de direitos e de garantias fundamentais, assim como valores e princípios. Esse colapso impõe, na ordem do dia, a construção difusa de tipos penais cada vez mais abertos e de eliminação de nossos inimigos cômodos, o que inspira órgãos de índices oficiais a criarem um novo índice, também denominado de índice do medo. O reflexo do índice do medo é a camada opaca em

⁴⁵⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 319.

que ele se traveste como opinião da exclusão pelo governo do cárcere, ou do punitivismo de exceção como regra absoluta.

O apoio, no presente trabalho, não se refere ao punitivismo-garantista, muito menos ao eficientismo da segregação, mas, sim, à desconstituição em estado difuso que a criminalidade alcança, no choque, na ruptura paradigmática de um Estado Democrático de Direito para um Estado de Exceção, com instrumentos de guerra ou de política (continuação da guerra⁴⁵⁹), mas, sim, por uma regra de transição não opressiva pela coerção (direito penal do inimigo).

A regra de transição – controle judicial da segurança pública – acima mencionada pode ser considerada legítima, desde que legalizada, eficaz socialmente e correta materialmente (constitucional). No caso do controle judicial da segurança pública, visando à luta contra as arbitrariedades estatais, pode ser elencado que a legalidade existe no Brasil com base na Lei Federal n.º 7.374/1995, em que a eficácia social é a defesa dos direitos difusos e a correção material é a própria proteção dos direitos e das garantias fundamentais. Assim, a intervenção por órgãos que visam à atuação plural da sociedade é simétrica para com o postulado do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

⁴⁵⁹ CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. Trad. Maria Tereza Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transmutação do mero Estado de Direito para o Estado Social e Democrático de Direito originou-se do choque contínuo de conflitos que se iniciaram no antigo regime até o declínio da Segunda Guerra Mundial, quando se instalou, em alguns países europeus, o *welfare-state*. Esse paradigma da atualidade também sofre erosão, isso em razão da líquida forma das garantias estatais e do retorno do decisionismo renascido das cinzas do 11 de setembro de 2001. Também por isso a dignidade da pessoa humana passa a ser entendida como amorfa.

Novamente passa, então, a ocorrer a divisão entre pessoas do Estado e inimigos do Estado, estes últimos entendidos como delinquentes de crime lesa-majestade pós-modernos, como ervas daninhas, como *outros*, como subprodutos da globalização ou do capitalismo neoliberal-democrático, sinônimos (para um só fenômeno e resultado) de exclusão social.

Rompendo-se o paradigma dos direitos e das garantias fundamentais – como de fato se rompeu –, a estrutura científica punitiva passou a estruturar-se, durante a pós-modernidade, no medo e na insegurança, controlando a sociedade com essa cultura do pavor difuso e do discurso punitivo de exceção como regra absoluta, regra também denominada de direito penal do inimigo.

Nessa esteira, o direito penal do inimigo, ou o método de aplicação do funcionalismo sistêmico, deteve as suas raízes na filosofia política. A teoria do contrato social possuiu uma matriz essencial, já que o desobediente deste documento político não deterá as mesmas garantias nem os mesmos direitos que o obediente.

A doutrina do inimigo do Estado retorna com força no pós-11 de setembro de 2001. Ou seja, a partir da doutrina instituída como reação ao 11 de setembro, aquele que não oferecer garantia cognitiva mínima, será denominado inimigo e a ele somente são destinadas duas coisas: a coação como pena e a inocuização como resultado. Trata-se, evidentemente, de uma cirurgia social, em que a célula cancerosa do sistema é extraída dele, o que faz lembrar os campos de concentração nazistas e o *status* de *homo sacer*, conforme doutrina de Giorgio Agamben.

O uso do terror estatal contra os inimigos ocasiona o Estado de Exceção, mas, conforme expõe Walter Benjamin, a tradição dos oprimidos é serem tratados na regra inclusive no Estado de Exceção e isso consolida a titulação do presente trabalho: Punitivismo de Exceção como Regra.

Quanto ao reflexo que o direito penal do inimigo provoca, é justamente a ideia de inserção dos riscos e dos perigos no processo de criminalização (quando punir) o que gera uma falta de segurança jurídica, pois, segundo o princípio da legalidade, o delito deve ser certo, estrito, escrito e prévio. Já o direito penal do inimigo, ao contrário, totaliza a forma de delito incerto, amplo, muitas vezes não escrito ou com força punitiva retroativa, afrontando, assim, o Estado Democrático do Direito.

Outro efeito colateral é a falência da intervenção mínima, atribuindo a possibilidade de estarmos em uma primeira razão de ser do punitivismo e maximizar ou expandir a tutela penal, sem que o princípio da ofensividade seja respeitado, já que a lesão do bem jurídico não é mais uma prioridade do sistema, muito menos as pessoas, mas, sim, os entes daninhos (não-pessoas).

Ocorre, porém, que não são os princípios que sofrem a erosão desse *sistema*, mas também os critérios de atribuição de um delito, e a consequência jurídica da prática do delito para com a atribuição desta prática, a pena, denominada de coação pelo direito penal do inimigo. Quanto aos critérios de imputação, visualiza-se que o ser humano perde esta qualidade (de ser humano) perante a teoria da vigência da norma, construindo-se um conceito de *homem cognitivo*, em que o mesmo deve ser orientado a praticar todos os atos de sua existência pautados na segurança cognitiva em relação ao sistema. Deve-se assegurar que não praticará qualquer ato que crie ou que realize um risco não permitido, apto a ensejar a violação ou o perigo de violação da vigência da norma.

Quanto à pena, a legitimação de penas proporcionais, o retorno da suspeita sobrepondo-se ao princípio da presunção da inocência, o espetáculo dos suplícios das penas, esses são todos elementos que ocasionam a erosão da proporcionalidade e a erosão da humanização das penas.

Como ocorre, porém, com toda tese, existe uma antítese. Obviamente o processo de desconstrução de um sistema totalitário é mais difícil do que a erosão de um sistema de garantias. Isto ocorre porque o primeiro é edificado pelo ódio, pelo medo, pela insegurança, pelo espetáculo alienante e midiático

transposto pelos meios de comunicação e que massificam, senão ao menos amplificam os efeitos da violência. A afirmação em comento ocorre porque são encarceradas cada vez mais pessoas. Esse é um efeito do processo civilizatório, que permite que a própria indústria da segurança seja retroalimentada pela violência, mas a principal violência é a estatal, pois esta efetivamente subtrai a liberdade.

Assevera-se que é mais fácil desconstruir um sistema de garantias, pois este é racional, enquanto que o sistema totalitário é emocional, alienado pela ideologia, ou seja, trata-se de um sistema em que ninguém sabe o que faz, mas faz; ninguém sabe por que pune, mas pune; ninguém sabe por que tortura, mas tortura; ninguém sabe a representação do *outro* na sociedade, mas defende uma política de esquerda que parece mais de direita. Já o sistema de garantias, racionalmente construído, é efetivado pela própria coexistência pacífica entre os homens, determinando que nenhuma guerra poderá ser feita senão com estrita legitimidade, o que não ocorreu no pós-11 de setembro de 2001.

Assim, como antítese ao sistema totalitário, defende-se, no presente trabalho, o neoconstitucionalismo, que seria um conjunto sistêmico de direitos e de garantias fundamentais, direitos e garantias próprios de Constituições voltadas para a realização da coesão social pacífica. A coexistência dos princípios e dos valores morais dentro de um sistema constitucional e a sua invasão perante a infraconstitucionalidade é a máxima da ductibilidade do direito e o declínio do positivismo duro hartiano que imperava até o ativismo judicial de Ronald Dworkin.

Os métodos utilizados por este sistema de Ronald Dworkin, que invadem, permeiam e irradiam a infraconstitucionalidade de humanismo, são: a) a força normativa da Constituição; b) a hermenêutica constitucional; e c) a ductibilidade do direito. Os valores de justiça e de pacificação devem ser o norte para esta bússola de navegação.

O paradoxo extraído entre segurança pública e dignidade da pessoa humana pode ser solucionado, primeiramente, pelos motivos da edificação da tutela penal, calcadas em um preceito midiático, esporádico, e sem relevância da real segurança pública, para a efetiva proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, com base nos critérios da dignidade, merecimento e da adequação da tutela penal, a segurança pública fundamentada pelos meios

antidemocráticos ou alienantes autpoiéticos de exclusão social, enseja a sua ilegitimidade frente à dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, por sua vez, consiste em valor-fonte fundante univalente de todos os preceitos protetivos da sociedade, inclusive da segurança pública, não devendo esta jamais se sobrepor àquela por motivos esporádicos.

REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICOS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AFLEN SILVA, Pablo Rodrigo. *Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 46. janeiro/fevereiro. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2004, p. 73-93.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. Trad. Iraci D. Poleti. Col. Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade de direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

AMBOS, Kai. Direito penal do inimigo. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Panoptica*, n.º 02, 2008, p. 1-45.

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Direito penal simbólico e finalidade da pena*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 171, p. 2-3, fev. 2007.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 51, 2004, p. 9-43.

ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*. Palestra proferida no 1.º Congresso Paranaense de Criminologia, realizado em novembro de 2005, em Londrina.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ARROYO, Miguel Rafael Pérez. La funcionalización del derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral um margen. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales – ADPCP*. Vol. LII. Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de la Presidencia, 1999, p. 497-525.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. Raízes sociológicas do funcionalismo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2008, p. 9-47.

BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas 1: magia e técnica, arte e política*. 10. ed. Brasília: Brasiliense, 1996.

BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais*. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. Série: As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida*. Trad. Roberto Muggiati. São Paulo: Jorge Zahar, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 61. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2006, p. 44-121.

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2006, p. 107-133.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2008, p. 315-372.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL, Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. O Vice-Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 84, VIII da Constituição, Decreta a internalização do Pacto de San José da Costa Rica, publicada em 9 de setembro de 1992, p. 15562 do Diário Oficial da União.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 3.214, de 2000 (Do Sr. Marcos Rolim). Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Punibilidade e fins da pena. *Revista de Ciências Penais*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2005, p. 123-146.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Direito constitucional positivo. 15. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil* (estudos criminológico e dogmático). 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CHRISTIE, Nils. *La industria del controle del delito*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993.

CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. Trad. Maria Tereza Ramos. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. ¿Es el Derecho penal internacional um <<Derecho penal del enemigo>>? *Revista Penal*. N. 21. España: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla, enero 2008, p. 93-102.

_____. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da 'tolerância zero' ao 'direito penal do inimigo'. *Revista de Ciências Penais*. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2006, p. 53-82.

_____. De nuevo el <<derecho penal del enemigo>>. *Revista Penal*. N. 16. Espana: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. p. 123-137.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. *Revista de Ciências Penais*. N. 1. julho-dezembro. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2004, p. 9-37.

_____. Del <<derecho penal liberal>> al <<derecho penal del enemigo>>. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2.^a Época. N.º 14. Julio 2004. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 47-76.

CUSSAC, José L. González. El renacimiento del pensamiento totalitário em el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo. *Revista Penal*. N. 19. España: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. p. 52-69.

_____. Réplica del Derecho Penal del Enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho. *Revista Penal*. N. 20. España: Universidades de Hulva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla. julio-2007, p. 89-100.

DANTON, Gian. *O filósofo da contracultura*. Discutindo Filosofia [especial]. N. 6. São Paulo: Escala Cultural, 2008, 9. p. 26.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito: do código penal dos direitos humanos*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Bauru, SP: Manole, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral – questões fundamentais e a doutrina geral do crime. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

_____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Razones jurídicas del pacifismo*. Trad. Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminôgena*. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1997.

FONSECA, Tatiana da. *Intolerância zero*. Boletim IBCCRIM. Sao Paulo, n. 73, p. 14, dez. 1998.

FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

_____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalhete. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

FREITAS, Ricardo de Brito A. Globalização e sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165-186.

GARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. Série: As Ciências Criminais no Século XXI. Vol. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Revan, 2008.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. 5. reimpressão. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GIACOIA, Gilberto. O poder disciplinar e a lei: um exemplo e uma interpretação. *Argumenta (FUNDINOPI)*, v. 1, p. 96-105, 2007.

_____. Justiça e dignidade. *Argumenta Revista Jurídica*, Jacarezinho, v. 2, n. 1, p. 11-31, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. Coleção de Direito e Ciências Afins. Vol. 1. São Paulo: Máxima Premier, 2008.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. Série As Ciências Criminais no Século XXI. N. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BIANCHINI, Alice. Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal. *Revista Ultima Ratio*. Ano 1. n.º 0. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 329-356.

GÖSSEL, Karl Heinz. Replica del derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho. *Revista Penal*. N. 20. Julio/2007. Madrid: Universidad de Huelva, Salamanca, Pablo Olavide y Castilla-la Mancha, pp. 11-36.

GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Érika Mendes de Carvalho e Luiz Regis Prado. Série: Ciência do Direito Penal Contemporânea. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luis. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 56. São Paulo, 2005, p. p. 80-116.

GÜNTHER, Jakobs. *Sobre la normativación de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da idéia de sanção*. Trad. Regina Schöpke e Mauro Baladi. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 3. ed. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1999.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia: entre a factibilidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Passado como futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1990.

_____. *Técnica e ciências como "ideologia"*. Trad. Artur Morão. Série: Biblioteca de Filosofia Contemporânea. Lisboa: Edições 70.

HANNAH, Arendt. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *Homens em tempos sombrios*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____. *A condição humana*. Trad. Denise Bottmann. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. Col. Debates 64. 5. ed. Rio de Janeiro: Perspectiva, 2000.

_____. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. São Paulo: Civilização Brasileira, 2009.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HASSEMER, Winfred. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre, Rs: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n.º 18, p. 144-157.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Col. Fundamentos do Direito. Ícone: São Paulo, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao código penal*. Vol I. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

IGNATIEFF, Michael. *The lesser evil: political ethics in an age of terror*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Autoria mediata e sobre o estado de omissão*. Col. Estudos de Direito Penal. Vol. 5. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoria de la imputacion*. 2. ed. Marcial Pons, 1997.

_____. *Direito penal do inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.

_____. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Melia e Bernardo Feijó Sanchez. Madrid: Civitas, 2003.

_____. *Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional*. Trad. Cancio Melia e Bernardo Feijó Sanchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2008.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Col. Fundamentos do Direito. 2. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *A paz perpétua: um projecto filosófico*. Trad. Artur Morão. Covilhão: LusofiaPress, 2008.

_____. *Crítica da razão prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. *Crítica da razão pura*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1992.

_____. *Doutrina do direito*. Col. Fundamentos do Direito. 2. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid e Barcelona: Marcial Pons, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpr. São Paulo: Campanhia das Letras, 2006.

LIMA, Flávio Augusto Fontes. *Direito penal do inimigo*. *Direito penal do século XXI*. *Revista ESMAFE*. V. 11. n. 24. Recife, PE: ESMAFE, 2006.

LIZST, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Campinas: Russel, 2002.

LLINARES, Fernando Miró. *Democracias em crise y derecho penal del enemigo*. *Política criminal frente al terrorismo em los Estados Democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001*. *Cuadernos de Política Criminal: Segunda Época*. N. 87. III. Madrid: CESEJ – Centro de Estudios Superiores de Especialidades jurídicas, 2005, pp. 185-227.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à escola histórica*. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____.; CONDE, Francisco Muñoz. *El derecho ante la globalizacion y el terrorismo* << Cedant Arma Togae>>. Valência: Alexander von Humboldt e Tirant lo Blanch, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. trad. Gustavo Byer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do direito II*. trad. Gustavo Byer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LYNETT, Eduardo Montealegre (coordenador). *El funcionalismo en derecho penal*. Vol. I. BOGOTÁ: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

_____. *El funcionalismo en derecho penal*. Vol. II. BOGOTÁ: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. *Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 73. São Paulo: Revista dos Brasileiros e IBCCrim, 2008, p. 83-106.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MEREU, Italo. *A morte como pena: ensaio sobre a violência legal*. Trad. Cristina Sarteschi e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MONDIN, Mauro Monteiro. *Insegurança e tolerância zero*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n.119 Esp., p. 9-11, out. 2002.

_____. *Tolerância zero, discriminação máxima*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 53, p. 14, abril 1997.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MORAES, Vinicius Borges. *Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2008, p. 9-34.

NETO, Theodomiro Dias. *A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana. Verso e Reverso do Controle Social: (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*. Vera Regina Pereira de Andrade (Org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Trad. Antonio Martins. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 69. São Paulo, 2007, p. 156-178.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. *A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do direito penal*. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. N.º 5. ano 3. julho-dezembro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 284-303.

OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado Capitalista*. Trad. Barbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. Monografia XXVII. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 2003.

PAZ, Maria Isabel Sanchéz. *El moderno derecho penal y la antecipación de la tutela penal*. Série: Derecho: 41. Salamanca: Valladolid - Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999.

PETTIT, Philip. *Teoria da liberdade*. Coleção Del Rey Internacional. Vol. 5. Trad. Alexandre Travessoni. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007.

POSSAS, Mariana Thorstensen. O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2007, p. 267-307.

PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Revista de Ciências Penais*. V.00. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2000, p. 143-158.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; BITTENCOURT, Cezar Roberto. Princípios fundamentais do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 15, 1996, p. 81-88.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, 2004, p. 31-45.

PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el Estado Social Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos....*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2007. p. 271-314.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. Defesa social, ideologia do tratamento e o direito penal do inimigo. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. Ano 3. n. 3. julho-dezembro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2006, p. 188-213.

RIVERO, Jean; MOUTOUTH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

_____. *Política criminal y sistema derecho penal*. 2. ed. Trad. Francisco Muñoz Conde. Coleção: Claves del Derecho Penal. Volume 2. Buenos Aires: Hammurabi. 2002.

RUSCHE, Georg; KIRCHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Revan, 2004.

SANCHEZ, Bernardo Feijó. El derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Vol. 18. Lima: IDEMSA, 2006, p. 115-158.

SANCHEZ, Jesús-María da Silva. *Normas y acciones em derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

_____.; ROXIN, Claus. *Política criminal en la dogmática*: algumas cuestiones sobre su contenido y limites: la evolución de la política criminal, el derecho penal y el processo penal. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valência: Tirant lo Blanch Alternativa, 2000.

_____. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública*: eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris e ICPC, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 5. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Identidade e violência*: a ilusão do destino. Lisboa: Tinta-da-China, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Ivan Luis Marques da. The land of the free, the home of the human rights. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 195, p. 18, fev. 2009.

SILVA, Tadeu A. Dix. Globalização e direito penal: acomodação ou indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 1998.

STRATENWERTH, Günther. ¿Qué aporta la teoria de los fines de la pena?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2007, p. 53-76.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TAPAJÓS, Ana. Resenha do Livro: IGNATIEFF, Michael. *The lesser evil*: political ethics in an age of terror. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004. In: *Revista Brasileira de Bioética*. Volume 2. N. 2. Brasília: 2006, p. 254-256.

TAYLOR, Ian; YOUNG, Jock; WALTON, Paul. *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*. Trad. Yvonne Jean. Col. Pensamento Político. Vol. 10. Brasília: Editora UNB, 1982.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 11. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VÁSQUEZ, Manuel Banto. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal econômico. *Revista Peruana de Ciências Penales*. N. 18. Lima: IDEMSA, 2006, p. 17-65.

WACQUANT, Lôic. *A globalização da "Tolerância Zero"*. In: *Discursos Sediciosos*, ano 5, n° 9 e 10, 2° semestre de 2.000, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 111-119.

_____. *As duas faces do gueto*. Trad. Paulo Cesar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 30

_____. Inimigos cômodos: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa. *Discursos Sediosos: Crime, Direito e Sociedade*. N. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 121-127.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]*. 3. ed. Coleção: Pensamento Criminológico n. 6. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

WALZER, Michael. *Da tolerância*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (Aspectos Fundamentais)*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico n. 19. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derechos, justitia*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.

_____. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.