

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

TATIANE BAGAGÍ FARIA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO:
UM DIREITO PENAL DE TERCEIRA VELOCIDADE**

MARÍLIA
2016

TATIANE BAGAGÍ FARIA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO:
UM DIREITO PENAL DE TERCEIRA VELOCIDADE**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. José Eduardo Lourenço Dos Santos

MARÍLIA
2016

Faria, Tatiane Bagagí

Direito Penal do Inimigo: um Direito Penal de Terceira Velocidade/ Tatiane Bagagí Faria; orientador: Prof.º Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos. Marília, SP: 2016.

68 páginas;

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Direito Penal. 2. Direito Penal do Inimigo. 3. Sociedade de Risco

CDD: 341.597



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Tatiane Bagagi Faria

RA: 51863-8

Direito Penal do Inimigo: Um Direito Penal de Terceira Velocidade.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 100

ORIENTADOR(A):

José Eduardo Lourenço dos Santos

1º EXAMINADOR(A):

Mário Furlaneto Neto

2º EXAMINADOR(A):

Caio César Tenório Garé

Marília, 28 de novembro de 2016.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pelo dom da vida e por todas as graças até hoje recebidas, e pela oportunidade de vivenciar esse sonho e alcançar essa conquista tão importante.

Agradeço aos meus familiares, em especial e de todo o meu coração, aos meus pais, José e Roseli, e minha irmã Dani, pessoas que amo infinitamente, por estarem comigo em todos os momentos e fazerem o possível e o impossível para que eu chegasse até aqui, me apoiando nos momentos difíceis, com palavras de motivação e conforto, e dividindo sorrisos nos momentos de alegrias ao longo destes 5 anos. Essa conquista não seria possível se não fosse vocês ao meu lado.

Agradeço a todos os meus amigos fora da faculdade e amigos de trabalho, que de algum modo foram importantes durante esse processo de aprendizagem.

Um agradecimento aos meus amigos da faculdade, com os quais tive a honra de conviver durante essa jornada, pessoas iluminadas que, apesar da correria dos estudos, exame da OAB, trabalho de conclusão de curso, provas e afins, dividiram comigo momentos inesquecíveis, que para sempre serão lembrados com muito carinho, em especial a minha amiga Ana Paula, com a qual selei uma verdadeira história de amizade.

Por fim, agradeço ao professor José Eduardo, pelos muitos ensinamentos ao longo do curso e pela atenção dedicada à orientação deste trabalho.

“Julgue seu sucesso pelas coisas que você teve que renunciar para conseguir”

(Dalai Lama)

“Não tenha medo do sofrimento, pois nenhum coração jamais sofreu quando foi em busca dos seus sonhos”.

(Paulo Coelho)

FARIA, Tatiane Bagagi. **Direito Penal do Inimigo: um Direito Penal de Terceira Velocidade**. 2016. 68 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2016.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto de estudo a teoria do Direito Penal do Inimigo, trazida à tona pelo jusfilósofo alemão Günter Jakobs como uma opção diversa de atuação do Direito Penal clássico. Esta teoria se baseia na classificação entre cidadãos e inimigos da sociedade, apresentando um modelo de política criminal mais rigoroso para aquele considerado “inimigo”, uma vez que seu objetivo principal na prática da conduta criminosa é atentar contra o Estado Democrático de Direito. Busca-se uma análise desta teoria com base na realidade social atual, bem como nas mudanças interpessoais que ocorreram nos últimos tempos, em especial no âmbito jurídico, como o surgimento da sociedade de risco e do sentimento de insegurança frente ao aumento da criminalidade. Para o desenvolvimento do presente trabalho utilizou-se o método dedutivo e pesquisa bibliográfica, realizando um levantamento principiológico do Direito Penal, passando por uma abordagem das mudanças sociais e sua influência no âmbito jurídico-penal e, por fim, a ênfase no Direito Penal do Inimigo e suas peculiaridades. Ao final, conclui-se pela inaplicabilidade deste modelo de atuação criminal, tendo em vista o desrespeito aos princípios constitucionais efetivados em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Sociedade de Risco

FARIA, Tatiane Bagagi. **Criminal Law of the Enemy: a Criminal Law of third pace.** 2016. 68 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2016.

ABSTRACT

This research has as object of study the theory of the Criminal Law of the Enemy, brought out by the German philosopher and jurist Günter Jakobs, as a different option to operate as the classic Criminal Law. The present theory is based on the classification among citizens and enemies of the society, showing a criminal policy stricter for the "enemy" since its main goal in the practice of the criminal behavior is to attack the Democratic State of Law. It searches an analysis of this theory based on the current social reality, just as well in the interpersonal changes that have happened, particularly in the legal framework, as the emergence of a risk society and the feeling of insecurity according to the increase in crimes. In this present job the deductive method and the bibliographic research have been used, performing a survey the Criminal Law, passing through a approach of the social changes and its influence in the legal criminal frameworks and, finally, the focus on the Criminal Law of the Enemy and its peculiarities. It appears from then inapplicability of this modelo of criminal operation, bearing in mind the disrespect to the constitutional values hired in our legal order.

Keywords: Criminal Law; Criminal Law of Enemy; Risk Society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1: DIREITO PENAL: DESDE OS PRIMÓRDIOS ATE A ATUALIDADE	10
1.1 Origem e evolução histórica do Direito Penal	10
1.2 Direito Penal no Brasil	12
1.3 Conceito de Direito Penal	13
1.4 As acepções do Direito Penal	14
1.5 Princípios básicos do Direito Penal	15
1.5.1 Princípio da Legalidade.....	15
1.5.2 Princípio da Intervenção Mínima.....	16
1.5.3 Princípio da Lesividade	18
1.5.4 Princípio da Humanidade	19
1.5.5 Princípio da Culpabilidade	20
1.6 Direito de punir	21
CAPÍTULO 2: O DIREITO PENAL ATUAL: DA CRISE ÀS MODERNAS TENDÊNCIAS DE CONTROLE SOCIAL.....	23
2.1 A expansão do Direito Penal frente à insegurança jurídica.....	23
2.2 Alguns reflexos da sociedade de risco no Direito Penal	28
2.2.1 O nascimento da sociedade de risco e a contribuição de Ulrick Beck.	29
2.2.2 A sociedade de risco na visão de Giddens e Luhmann.	33
2.3 Modernas tendências de controle social frente aos novos paradigmas criminais.....	35
2.3.1 A flexibilização do Direito Penal.....	38
2.3.2 A setorização do Direito Penal	39
CAPÍTULO 3: O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O INIMIGO DA SOCIEDADE	43
3.1 A terceira velocidade do Direito Penal e o Direito Penal de emergência	43
3.2 Sobre o Direito Penal do Inimigo	45
3.2.1 Evolução do conceito de Direito Penal do Inimigo	47
3.2.2 Características da teoria Jakobsiana.....	50
3.2.3 Implicações do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.....	53
3.3 O terrorismo como risco do século X o Direito Penal do Inimigo como solução	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O Direito Penal, desde os primeiros rastros de convívio social, é o ramo do Direito que mais evoluiu de acordo com as mudanças sociais. No tempo antigo, criaram-se mecanismos de punição no intuito de regular as relações interpessoais e a convivência coletiva, a fim de estabelecer a paz social dentro de um grupo de indivíduos.

Com o passar do tempo, a coletividade se viu na necessidade de estabelecer regras mais precisas, que pudessem ser seguidas por todos de maneira igualitária e justa. Desta maneira, o poder de controle social passou a ser legitimidade do Estado, que tinha o dever de punir àquele que infringisse as normas. A partir deste marco, instalou-se no âmbito jurídico a ideologia de missão do instituto penal, que consiste na manutenção da paz social, preservando os bens jurídicos tutelados pelas leis penais, e na repressão por meio de uma pena em abstrato, como forma de confirmar a validade da norma.

Todavia, apesar da grandiosidade deste instituto, as relações sociais tendem a sofrer mudanças constantemente em razão de muitos fatores internos e externos. A sociedade, com um todo, está sempre em evolução e este fato interfere diretamente na maneira de atuação do Direito Penal. Atualmente, têm-se vivenciado situações peculiares em âmbito internacional, fazendo os indivíduos questionarem a atuação jurídico-penal, tendo em vista o alastramento da sensação de insegurança presente na vida em coletividade nos últimos anos.

Nesse contexto, diante da vivência da sociedade de risco, a fragilidade do Direito Penal frente aos novos perigos, em especial, o aumento da criminalidade, foram fatores que desencadearam novos estudos a respeito da atuação penal, buscando maneiras eficazes de se alcançar a paz social.

Tais questionamentos foram responsáveis por trazer à tona os estudos a respeito da Sociedade de Risco, teoria criada por Ulrich Beck, que demonstra a vulnerabilidade da coletividade em relação aos novos perigos existentes no mundo globalizado, que demanda uma atuação estatal muito mais rigorosa e punitiva. Na mesma esteira, frente à necessidade de modernas tendências de política criminal, eis que surge a teoria do Direito Penal do Inimigo, difundida no âmbito jurídico pelo sociólogo alemão Gunther Jakobs, com a finalidade de dividir o Direito Penal em duas classes distintas: um modelo de atuação para os indivíduos considerados “cidadãos”, com respeito às garantias constitucionais; e uma política criminal totalmente punitiva em relação aos indivíduos tidos como “inimigos”, com a relativização de direitos e garantias processuais.

Esta teoria, ainda que tida como radical e extremista por muitos doutrinadores, têm sido tema de muitas discussões no âmbito jurídico-penal, motivo pelo qual se justifica o estudo mais aprofundado por meio desta pesquisa. No desenvolvimento do presente trabalho fora utilizado o método dedutivo de pesquisa bem como a pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a teoria do Direito Penal do Inimigo, com uma abordagem desde sua origem e características, até as implicações deste modelo de política criminal no ordenamento jurídico brasileiro. Visa analisar, também, as mudanças sociais ocorridas nos últimos anos e a vivência da Sociedade de Risco, instalando o medo e a insegurança na coletividade, trazendo, assim, a tona discussões sobre novas propostas de atuação, como é o caso do Direito Penal do Inimigo.

No primeiro capítulo, aborda-se a parte histórica e principiológica do Direito Penal, com um estudo da evolução do instituto penal até chegar aos dias atuais, ou seja, o Direito Penal clássico, bem como dos principais princípios que norteiam este ramo jurídico.

Ademais, no segundo capítulo, discorre-se sobre a crise instalada na sociedade em razão da ineficácia do Direito Penal frente aos novos perigos do século, trazendo à tona a sociedade de risco e suas características, bem como, as novas formas de política criminal surgidas com o avanço da sociedade no mundo globalizado.

Por fim, no terceiro e último capítulo, há uma abordagem específica sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, a evolução do conceito de “inimigo” e suas características, além das implicações desta política criminal no ordenamento jurídico brasileiro, bem como uma análise sobre o terrorismo vivenciado nos últimos anos.

CAPÍTULO 1. DIREITO PENAL: DESDE OS PRIMÓRDIOS ATÉ A ATUALIDADE

1.1 Origem e evolução histórica do Direito Penal

Quando tratamos de estudar determinada matéria jurídica, é necessário fazermos um estudo sobre a evolução das normas e da sociedade no decorrer do tempo, a fim de compreendermos a situação fática atual. Não há um tempo exato para o surgimento do *direito positivo*, no caso em tela, mais precisamente, do Direito Penal, porém sabe-se que foi o primeiro ramo do Direito a ser criado a partir do momento que os indivíduos passaram a conviver em grupos. Desta maneira, foi necessária a criação de regras para reger a vida social do homem primitivo.

Nos primórdios civilizatórios, a punição tinha caráter de vingança, baseada em tradições e costumes adotados pelos grupos de convívio. Nesta época histórica, conhecida pela fase da *vingança privada*, as regras serviam como normas de comportamento, sendo que, quando o direito de um indivíduo era violado, a maneira de punição aplicada era revidar da mesma forma a agressão sofrida.

Este período ficou marcado pela presença da Lei de Talião, que serviu de instrumento moderador da pena. Consistia em delimitar a aplicação do castigo, aplicando ao ofensor a mesma proporção do mal que ele gerou no ofendido, com base na expressão “*sangue por sangue, olho por olho, dente por dente*”.

O Talião foi espelhado por muitos povos, sendo considerado um grande avanço no Direito Penal da época, por impor limites à abrangência da ação punitiva. Desta maneira, o Código de Hamurabi e o Código de Manu recorreram a esta prática no período antigo.

Posteriormente, surgiu a fase da *vingança divina*, uma vez que a religião possuía influência decisiva na vida dos povos, confundindo-se, muitas vezes, com o Direito. Sendo assim, os preceitos de cunho religioso se sobrepunham às leis da época. A administração da aplicação da pena ao ofensor ficava a cargo dos sacerdotes, vistos pelos povos como mandatários dos deuses e símbolo da justiça.

Com o avanço da sociedade, atingiu-se a fase da *vingança pública*, que consistia em dar maior credibilidade ao Estado. Nesta época, o soberano ficava encarregado de aplicar a pena ao agressor, libertando o contexto religioso que existia por trás da punição, trazendo à tona a humanização dos costumes penais que vigoravam no período.

No final do século XVIII, iniciou-se o chamado Período Humanitário do Direito Penal, que consistia na ideia de que o homem deveria conhecer a justiça, conforme defendia o filósofo Marquês de Beccaria. Neste contexto, o homem moderno foi capaz de tomar consciência do problema penal, encarando-o como problema filosófico e jurídico. Esta época ficou marcada pela criação de princípios básicos do Direito Penal Moderno, inspirados nas idéias do Contrato Social, elaborado pelo filósofo Rousseau.

Após este período revolucionário para o Direito Penal, na primeira metade do século XIX, surgiram doutrinadores que, baseando-se nos ideais de Beccaria, criaram novas bases para o Direito Penal. Este período possuía a denominação de *Escola Clássica* e tinha como maior expoente o jurista Francisco Carrara. Para ele, o delito é um ente jurídico, constituído por duas forças: a força física, que consiste no movimento corpóreo e no dano causado pela prática do crime; e a força moral, constituída da vontade livre e consciente do criminoso em praticar o delito. Tal ideologia corresponde, atualmente, o elemento objetivo e o elemento subjetivo do crime.

O crime era definido por Carrara (2002, p.59) como “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”. Com base neste entendimento, o crime é um “ente jurídico”, pois é um fato em que se viola a tutela do Estado, infringindo-se a lei. Para a Escola Clássica, o Direito Penal é uma ciência jurídica e desta forma o método utilizado para compreendê-lo é o dedutivo ou lógico abstrato. Em relação à pena, entendiam que se tratava de uma tutela jurídica, protegendo os bens jurídicos resguardados penalmente.

A partir do século XIX, instaurou-se o Período Criminológico e a Escola Positiva, onde se entendia que a justiça deveria conhecer o homem, implantando a ideia de sociologia criminal e criminologia, considerando o crime e o criminoso como patologias sociais que deveriam ser tratados. O movimento criminológico teve início com os estudos do médico italiano Cesar Lombroso, com a publicação do livro *o Homem Delinquente* (1885-1909) que estudava o delinqüente do ponto de vista biológico, abrindo um novo caminho na evolução das ideias penais. Tais conceitos básicos de crime e criminoso serviram de diretrizes para o estudo da Criminologia. A Escola Positiva teve sua maior notabilidade em Henrique Ferri, que publicou, na época, o livro *Sociologia Criminal*, ressaltando a importância de três fundamentais aspectos para o estudo do crime: fatores antropológicos, sociais e físicos.

Com todos estes vastos estudos, surgiram, paralelamente, escolas mistas que aproveitavam as ideais de clássicos e positivistas, visando reformular pontos do Direito Penal.

As escolas mistas pregavam a reforma social como dever do Estado no combate a criminalidade, além de possuir um caráter mais humanitário em relação ao condenado, reforçando a ideia de adaptação do delinqüente ao convívio social.

1.2 Direito Penal no Brasil

Quando se deu a colonização do Brasil, já existiam a muitos anos tribos indígenas que viviam no nosso território. A forma de convivência entre os índios estavam ligadas ao direito costumeiro, com resquícios da vingança privada, da vingança coletiva e do talião. Acentua José Henrique Pierangelli (1980, p.06), que “dado o seu primarismo, as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o nosso país em nenhum momento influíram na nossa legislação”.

No Brasil Colônia, estiveram em vigor diversas ordenações e códigos, oriundos dos tempos medievais. A interpretação da época confundia o crime com o pecado e com a ofensa moral, baseando-se principalmente nos costumes da época. As penas eram severas e cruéis, cominando até mesmo a pena de morte, executada pela força, pela tortura e pelo fogo, visando propagar o temor através dos castigos.

Uma vez proclamada a Independência, a Constituição de 1824 previu a elaboração de uma legislação penal, de modo que em 16 de dezembro de 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império. Tal diploma penal foi elaborado pelo Parlamento e vigorou no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo.

Com a proclamação da República, em 11 de outubro de 1890 foi editado o novo estatuto básico, denominado Código Penal. Entre várias mudanças, aboliu a pena de morte e instalou o regime penitenciário, fato que constituiu um grande avanço na legislação penal brasileira. Apesar de inovador, o Código possuía muitas falhas e foi modificado por inúmeras leis, de modo a trazer confusão à aplicabilidade do diploma legal. Visando esclarecer as dúvidas, todas as mudanças foram reunidas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº 22.213, de 1932.

Em 1942, entrou em vigor o Código Penal, através do Decreto nº 2.848 de 1940, que é, até hoje, a legislação penal em exercício no nosso ordenamento jurídico. Teve como parâmetro pontos das escolas Clássica e Positiva, tendo como base os códigos italiano e suíço, que possuíam orientação liberal.

Magalhães Noronha (1978, p.10) comenta que "é o Código obra harmônica: soube valer-se das mais modernas idéias doutrinárias e aproveitar o que de aconselhável indicavam as legislações dos últimos anos".

Em 1984, o Código Penal sofre sua primeira grande reformulação, com a alteração da Parte Geral, onde se encontram regras básicas que servem de orientação para a interpretação e para a aplicação da Parte Especial, que prevê os crimes e suas penas. Entre as mudanças, a criação da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210 de 1984) foi que a mais se sobressaiu, pois prevê a forma de cumprimento da sentença.

Com o passar do tempo, houve a necessidade de novas mudanças na esfera penal, uma vez que a lei deve acompanhar o avanço da sociedade, de forma a ser eficaz no que se propõe. Desta maneira, após a edição da lei em 1984, ocorreram muitas alterações na Parte Geral e Parte Especial do Código Penal em vigor, tanto como a inclusão de novos artigos, como revogação dos mesmos. No mesmo sentido, ocorreram mudanças significativas no Código de Processo Penal, de forma a se adequar ao direito material. Ademais, leis extravagantes também foram promulgadas no sentido de acompanhar os avanços sociais.

1.3 Conceito de Direito Penal

De forma vasta, pode-se conceituar o Direito Penal como sendo o ramo do direito capaz de controlar e planejar a vida em comum, ou seja, resumindo em poucas palavras, o instrumento empregado para fins de preservação e manutenção da tranquilidade jurídica que o indivíduo carece para conviver de forma pacífica na sociedade.

Noronha (1978, p.12) conceitua o Direito Penal como "o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica."

No viés jurídico, representa o aglomerado de normas e disposições legais que regulam o devido exercício do poder sancionador do Estado, onde estabelece o conceito de crime como pressuposto para a posterior ação estatal, ou seja, para a aplicação da pena, bem como a responsabilidade do sujeito, e conseqüentemente a sanção aplicada ao indivíduo em razão da infração da normal penal.

Para Luiz Régis Prado (2015, p.51):

Direto Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas

consequências jurídicas _ penas ou medidas de segurança (conceito formal). Enquanto sistema normativo, integra-se por normas jurídicas (mandatos e proibições) que criam o injusto penal e suas respectivas consequências. De outro lado, refere-se, também, a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (conceito material).

Reforçando o conceito de Direito Penal, Jesus (2011, p.47) define o instituto:

como o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.

Após este processo de definição do conceito, entende-se que o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, o resguardo dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, paz pública etc.). Além disso, o Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico brasileiro que possui o encargo de selecionar os comportamentos humanos mais graves e lesivos à coletividade, capazes de atentar contra os valores fundamentais da vida em sociedade, e descrevê-los como infrações penais, conferindo-lhes, em consequência, as atinentes sanções, em harmonia com as regras complementares e gerais indispensáveis à sua apropriada e justa aplicação na prática.

Ante as variadas definições de Direito Penal, não se pode deixar de reconhecer a aplicação ética deste instituto, ainda que em caráter secundário, uma vez que ele almeja evitar o cometimento de crimes que atinjam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente protegidos. Esse propósito ético é a razão da prevenção penal, da tutela da lei penal aos bens jurídicos preeminentes.

1.4 As acepções do Direito Penal

O Direito Penal possui três acepções: em sentido objetivo, em sentido subjetivo e em sentido ciência. Com os avanços nos estudos deste instituto, foi possível perceber que a expressão “*direito penal*” é empregada, no mesmo contexto, com três significações distintas.

Segundo Batista (2007, p.50), entende-se por direito penal em sentido objetivo o conjunto das normas jurídicas que, mediante a cominação de penas, estatuem os crimes, bem como dispõem sobre seu próprio âmbito de validade, sobre a estrutura e elementos dos crimes e sobre a aplicação e execução das penas e outras medidas nelas previstas.

O direito de estabelecer e aplicar as sanções é conferido tão somente ao Estado, que possui a função primordial de promover o bem comum e combater a criminalidade, sendo o singular e exclusivo titular do “direito de punir” (*jus puniendi*), configurando a acepção do Direito Penal subjetivo. O direito de punir é restrito pelo próprio Estado, uma vez que ele elabora as normas que formam o Direito subjetivo de liberdade, que versa sobre o fato do indivíduo não ser punido senão de acordo com a lei definida pelo Estado.

Por fim, em alguns casos, a expressão “*Direito Penal*” pode ser empregada no sentido intelectual, ou seja, no estudo aprimorado sobre o conjunto de normas jurídicas. O Direito Penal é observado como uma ciência, portando é interpretado de tal forma pelos estudiosos da área jurídica.

1.5 Princípios básicos do Direito Penal

A existência de princípios básicos do Direito Penal manifesta o empenho para caracterizar e delimitar este instituto. Kaufmann (2012, p.57) entendia que “toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do direito”. Os princípios tidos como base para o ordenamento jurídico penal possuem como características a natureza axiomática e a amplitude de sua expansão lógica, reunindo, em uma só esfera, princípios de origem, estrutura e objeto diversificados.

Segundo Zaffaroni (1986, p.134), “o princípio da humanidade integra um conjunto de cânones a serem observados na interpretação da lei penal”. Desta maneira, para a aplicabilidade eficaz da lei, deve-se analisar o Direito Penal à luz dos seus princípios básicos.

Para a doutrina majoritária, são cinco os princípios básicos do Direito Penal: 1.princípio da legalidade (reserva legal ou da intervenção legalizada); 2.princípio da intervenção mínima; 3.princípio da lesividade; 4.princípio da humanidade; 5.princípio da culpabilidade.

1.5.1 Princípio da Legalidade

O supracitado princípio raiou de maneira histórica com a revolução burguesa, demonstrando o mais respeitável estágio do movimento ocorrido no rumo da positividade jurídica e da publicidade da reação penal. Também é conhecido por “*princípio da reserva legal*” e baseado na expressão em latim “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, possui suma

importância, pois é um norteador de leis e dispositivos, em especial no âmbito penal, uma vez que constitui a chave mestra de todo sistema penal que se ambiciona ser coerente e justo.

Este princípio está expresso na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que se trata de um garantia constitucional geral informadora da ordem jurídica nacional:

Art.5º, inc.XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Além de estar expresso na Carta Magna, o princípio da legalidade encontra-se disciplinado no Código Penal, em seu artigo 1º, além de estar inscrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre Direito Humanos, tendo em vista que se trata da pedra angular de todo o Direito Penal que almeje à segurança jurídica, que compreende não somente a previsibilidade da intervenção do Estado em relação à punição, mas também, traz à tona uma perspectiva subjetiva do anseio de segurança jurídica, possibilitando ao cidadão o precedente conhecimento dos crimes e das respectivas sanções, não podendo ele ser submetido à coerção distinta daquela prevista anteriormente em lei.

O abarcamento deste princípio compreende a pena imposta pela lei, a pena aplicada pelo juiz no julgamento do processo e a pena executada pela administração, vedando-se a retroatividade da lei penal, tanto no que se refira aos crimes, quanto às penas. Vale ressaltar que é válida a retroatividade da lei penal sempre que esta favorecer o acusado.

Sobre o Princípio da Lesividade, disserta Mirabete (2012, p. 40):

Exige o princípio ora em estudo que a lei defina abstratamente um fato, ou seja, uma conduta determinada de modo que se possa reconhecer qual o comportamento considerado como ilícito. Infringe, assim, o princípio da legalidade a descrição penal vaga e indeterminada que não possibilita determinar qual a abrangência do preceito primário da lei penal e possibilita com isso o arbítrio do julgado.

Verifica-se, com base neste breve estudo, que o princípio supracitado pode ser designado como “função de garantia penal”, uma vez que assegura a ordem criminal (*nullum crimen sine praevia lege*) e a ordem penal (*nulla poena sine praevia lege*).

1.5.2 Princípio da Intervenção Mínima

Princípio criado para reagir contra o sistema penal do absolutismo na época do grande movimento social burguês; tem o escopo de restringir a atuação do Direito Penal que

deve intervir somente nos casos de agressões graves aos bens jurídicos tutelados, sendo as perturbações mais leves objeto de outros ramos do direito.

Sobre o princípio da intervenção mínima, é o entendimento de Jesus (2011, p.53):

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.

Desta forma, o princípio da intervenção mínima traz à tona o entendimento de que o Estado não deve apelar ao Direito Penal e sua gravíssima medida repressiva se existir a possibilidade de assegurar uma proteção suficiente com outros instrumentos legais não-penais, uma vez que a pena é um meio extremo e consiste na intervenção mais radical na liberdade do indivíduo.

O princípio da intervenção mínima está relacionado diretamente com duas características do Direito Penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. Por fragmentariedade pode-se pontuar que se trata de um escopo para estilhaar o Direito Penal, ou seja, o Direito Penal tem a faculdade de indagar a necessidade, a eficiência e a oportunidade de cominar a pena para determinada ofensa. Trata-se então de um “*sistema descontínuo de ilicitude*”, conforme se apura na parte especial do Código Penal, onde são disciplinadas as condutas consideradas ilícitas e suas respectivas sanções. Desta forma, o caráter fragmentário confere uma seleção seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das maneiras de ofensas.

Por seu turno, a subsidiariedade do Direito Penal emana de sua consideração como “*remédio sancionador extremo*” ou “*ultima ratio*”, que deve ser utilizado somente quando qualquer outro meio se mostrar ineficaz. Quanto à atuação do Direito Penal, Batista entende (2007, p.87) que “sua intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito.”

No mesmo sentido, é o entendimento de Roxin (1993, p.31):

(...) a utilização do direito penal onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica não dispõe da legitimação da necessidade social e perturba a “paz jurídica”, produzindo efeitos que afinal contrariam os objetivos do direito.

Sendo assim, é injustificável aplicar o instituto penal em casos que outros ramos do direito poderiam atuar, obtendo o mesmo resultado, porém por meio de um método menos

agressivo. Esta utilização errônea contraria o próprio sentido do Direito Penal, que foi criado com o intuito de proteger os bens jurídicos mais relevantes e aplicar penas mais severas, atingindo a liberdade do agressor. Tendo em vista que, para tornar a aplicação da lei eficaz, necessário se faz a violação do direito alheio, a utilização do Direito Penal, nos termos do princípio da intervenção mínima, se daria apenas em situações onde os outros ramos do ordenamento jurídico não pudessem impor a justiça almejada.

1.5.3 Princípio da Lesividade

Por este princípio entende-se que o Direito Penal só deve ser empregado quando a conduta do agente ofender um bem jurídico, não sendo suficiente a conduta imoral ou pecaminosa. O princípio da lesividade (*nullum crimen sine injuria*), em poucas palavras, requer a existência material do crime de forma a produzir uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem jurídico tutelado pelo Direito.

De acordo com Batista (2011, p. 91), a conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime).

Desta maneira, a lesividade é um fator importante, pois ela irá legitimar a intervenção do Estado, ou seja, somente após a violação do bem jurídico, de forma a causar lesão concretizada ou gerar perigo sólido, é que ocorrerá a intervenção estatal no sentido de punir o autor do crime.

Para a eficácia deste princípio básico penal, indispensável se faz o conceito de bem jurídico, pois ele se põe como indicativo da lesividade do crime que o nega, revelando e demarcando a ofensa. A solidificação da ofensa coopera para a limitação legal da intervenção estatal, além de legitimar sua interferência. Em suma, o bem jurídico se localiza no limite entre a política criminal e o Direito Penal.

O bem jurídico, por fim, decorre da criação política do crime, mediante a imposição de pena para determinada conduta do agente. Em uma sociedade de classes, como é a que estamos inseridos, exprimem os interesses do grupo dominante e o sentido genérico de sua seleção será o de assegurar a reprodução das relações de dominação vigente, em especial as relações econômicas.

Embora não esteja expresso na Carta Magna, o Princípio da Lesividade detêm base constitucional, uma vez que, ainda que implicitamente, possui fundamentação jurídica. O

Código Penal, em seu artigo 13, ensina que o resultado de que depende a existência de um delito somente é imputável ao agente que lhe deu causa. Em outras palavras, isso significa que, não basta apenas a conduta criminosa do agente, mas sim o resultado e a lesão ao bem jurídico.

1.5.4 Princípio da Humanidade

O princípio em questão tem a finalidade de trazer à tona a racionalidade e a proporcionalidade da pena aplicada ao autor do crime. O princípio da humanidade está vinculado à justa proporção das penas com os crimes, de modo a causar o menor dano possível à sociedade (danosidade social).

Em 1793, com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, este princípio já se fazia presente, uma vez que o artigo VX citava que “as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis a sociedade”. O fundamento deste princípio é reconhecer o réu como pessoa humana e aplicar a ele a pena de forma justa, sem causar qualquer tipo de sofrimento.

Neste aspecto, Mirabete (2012, p. 41) ressalta que:

(...) na execução das sanções penais deve existir uma responsabilidade social com relação ao sentenciado, em uma livre disposição de ajuda e assistência sociais direcionadas à recuperação do condenado.

Segundo o entendimento de Batista (2011, p. 99), a pena não visa fazer sofrer o condenado, nem desconhecer o réu como pessoa humana, sendo que esta ideologia é o embasamento do princípio da humanidade. Sua aplicação na interpretação e execução da lei é fundamental no sentido de que o Direito Penal cumpra com seu papel no ordenamento jurídico, que consiste em punir os agressores dos bens jurídicos tutelados na medida dos atos praticados por eles, de forma justa, evitando, ao máximo, danos à sociedade.

Devido à sua suma importância, a Constituição Federal reconhece esse princípio em vários dispositivos (arts. 1.º, III, 5.º, III, XLVI e XLVII). Deve ser observado antes do processo (art. 5.º, LXI, LXII, LXIII e LXIV), durante este (art. 5.º, LIII, LIV, LV, LVI e LVII) e na execução da pena (proibição de penas degradantes, cruéis, de trabalhos forçados, de banimento e da sanção capital — art. 5.º, XLVII, XLVIII, XLIX e L), ou seja, este princípio intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena dirigida ao réu.

A fim de reforçar o entendimento, Capez (2011, p.27) entende que:

Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é a dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-se à categoria de Direito Penal Democrático.

Desta forma, ante ao que foi brevemente exposto, o princípio da humanidade regula a aplicação da pena, reforçando o prisma da humanidade na seara penal, efetivando os ideais constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana.

1.5.5 Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade é um assunto que norteia a vida em sociedade desde os primórdios da civilização. Nos dias atuais, o princípio da culpabilidade deve ser decodificado como requisito de que a pena aplicada ao réu não seja imposta senão quando a conduta por ele praticada seja tida como ato ilícito, ou seja, reprovável pelo ordenamento jurídico.

O termo em latim *nullum crimen sine culpa* significa, traduzindo para a interpretação penal, que a pena só deve ser imposta a quem tenha cometido um fato típico e antijurídico, seja na forma culposa ou doloso, de modo que sua conduta mereça um juízo de reprovação.

Sobre o princípio em tela, estuda Mirabete (2012, p.41):

(...) em virtude do princípio da culpabilidade, além da exigência de dolo ou culpa na conduta do agente, afastada a responsabilidade objetiva, é indispensável que a pena seja imposta ao agente que por sua própria ação (culpabilidade pelo fato) e não por eventual defeito de caráter adquirido culpavelmente pela sua vida pregressa (culpabilidade pela forma de vida).

O princípio da culpabilidade confere, em primeiro turno, a subjetividade da responsabilidade penal, uma vez que a culpa do réu não se presume. Em segundo turno, atribui a personalidade da responsabilidade penal, da qual emanam duas consequências: a intranscendência da pena, que obsta que a pena aplicada extrapole a pessoa do autor do crime. Por este viés, compreende-se que a responsabilidade penal é sempre pessoal, recaindo tão somente sobre o autor do fato considerado como crime pela legislação, não havendo no Direito Penal responsabilidade coletiva; e a individualização da pena, que nada mais é que a aplicação concreta da pena à pessoa a qual se destina.

Para melhor ilustrar esse viés da culpabilidade, anota Cirino (1979, p.219) que “o direito realmente igual é o que considera desigualmente indivíduos concretamente desiguais.”

Desta forma, a individualização da pena consiste na interpretação concreta de cada conduta reprovável, levando-se em consideração fatores externos ao da prática do delito, a fim de atribuir a pena ao agente de forma justa.

1.7 O Direito de Punir

Quando se fala a respeito do propósito do Direito Penal, surge o seguinte questionamento: qual a finalidade do Direito Penal antes do crime? E qual a finalidade do Direito Penal após a prática do crime? Diante desta indagação, verifica-se que a missão do instituto penal antes da prática do delito está relacionada com a sociedade e conseqüentemente com a visão de um criminoso antes de infringir a lei; entretanto, quando se fala em missão do Direito Penal após o crime, a ideia que surge está diretamente relacionada com a pena imposta ao infrator e logo, com a imagem que a sociedade terá do criminoso após a violação das normas legais. Em síntese, a missão do Direito Penal é defender a sociedade, protegendo os bens jurídicos tutelados, assegurando, após a prática de crimes, a segurança jurídica e confirmando a validade das normas no momento em que se aplica a pena ao infrator.

Sobre a missão do instituto penal, Batista entende (2011, p.116) que “a missão do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena.”

O direito punitivo conferido ao Estado é universal e impessoal, pois é direcionado à coletividade como um todo e não, especificamente, a um indivíduo. Em linhas gerais, a punição do qual o Estado é o titular é um poder abstrato de punir quem vier a violar a lei, convertendo-se em poder real quando houver, na prática, a violação do preceito legal, surgindo para o poder estatal a pretensão concreta de punir.

A intenção de punir, no Direito Penal, está diretamente ligada com a ideia de repressão, sendo uma ação estatal voltada a reagir contra o indivíduo que praticou determinado ato tido como crime, visando a proteção do bem jurídico por ele violado.

O indivíduo é coagido a respeitar as leis impostas pelo Estado, uma vez que tem ciência que, caso a viole, irá sofrer uma repressão através da pena imposta. Este é o entendimento teórico que norteia a vida em sociedade. Esta ideologia é originária de Rousseau, que idealizou o contrato social visando manter a ordem cívica. Caso não houvesse essa obediência às normas e ao Estado, que figura como garantidor da paz social, o poder

estatal estaria falido e o indivíduo retornaria aos tempos primitivos, promovendo um caos social. Daí a necessidade de observância das leis criadas pelo Estado, visando à proteção de bens jurídicos e a manutenção da paz da coletividade.

Entretanto, nos tempos atuais, a direito de punir do Estado tem sido questionado pelos estudiosos da área, uma vez que a função da pena que, em tese, seria aplicar a sanção e recuperar o indivíduo de modo que este possa retornar à vida em sociedade, não vem sendo seguida conforme deveria.

A pena privativa de liberdade é considerada extremamente falha em todos os seus propósitos, levando-se em conta a situação carcerária do Brasil, a desigualdade social elevada e o aumento constante da criminalidade em nível descontrolado. Estes aspectos, somados à outros questionamentos sobre a atuação do Direito Penal na sociedade atual, vem sendo objeto de indagações a fim de se buscar uma solução para a crise que o Direito Penal enfrenta, fato que veremos nos capítulos adiante.

Para finalizar o entendimento, desde muito tempo atrás se discute a respeito da paz social. Em especial, Sun Tzu, general e filósofo chinês do período da história da China, escreveu a obra *A Arte da Guerra*, que nada mais era que um tratado que deveria ser seguido para haver a harmonia em sociedade. Em um de seus capítulos, Sun Tzu (2006, p.30) proferiu que “o objetivo da guerra é a paz”. Ainda que pareça um clichê, da mesma forma é o Direito Penal, uma vez que sua atuação ao punir o indivíduo que comete crimes, muitas vezes considerada errônea ou falha, busca alcançar a paz social. Em poucas palavras, o direito de punir, visto como uma guerra entre Estado e sociedade, busca a paz social para todos.

CAPÍTULO 2. O DIREITO PENAL ATUAL: DA CRISE ÀS MODERNAS TENDÊNCIAS DE CONTROLE SOCIAL

Com o passar do tempo a sociedade se modificou muito em decorrência de diversos fatores, especialmente em razão do desenvolvimento tecnológico. A modernização acelerada ao redor do mundo foi um fator crucial para transformar a vida em sociedade, e conseqüentemente, alterar o conceito de segurança jurídica. Afinal, vivemos amparados pela mesma segurança de anos atrás? Ou somos reféns de um sistema falho diante da modernização?

No entendimento de Neves (2006, p.284), “existe, neste momento, a possibilidade de substituição de um paradigma mais antigo por um novo, incompatível com o anterior, podendo-se dizer que o Direito Penal está diante de uma possível revolução científica”.

A constante mudança que a sociedade vem passando, ao longo dos anos, afetou, dentro outros ramos, o Direito Penal, que viu na necessidade de tentar se adequar frente às novas situações que passamos a ficar expostos.

Para Alexandre de Moraes (2006, p.15), vivemos novos tempos e, cumulativamente, o Direito Penal passa por um processo de transformação, especialmente em razão da tutela de novos bens jurídicos e visando alterar a dogmática clássica, até então tida como eficaz para o que se era proposto. Conclui-se que, ao se mudar a sociedade, muda-se também o Direito.

2.1 A expansão do Direito Penal frente à insegurança jurídica

Os avanços tecnológicos foram, nos últimos anos, a grande conquista da humanidade, pois tais modernidades foram responsáveis por aproximar o que se encontrava, até então, distante. Além disso, a instantaneidade é a palavra do século, onde é possível saber e ver tudo ao redor do mundo em questões de segundos, diante da rapidez de informações que se obtém através das tecnologias presentes no mercado.

Cunha e Rocha (2013, p.351) lecionam que “a partir dos anos 80 o capitalismo avançou significativamente, o que acarretou a integralização da economia mundial, sempre visando à maximização dos lucros”. Este fenômeno foi responsável pela integração política e econômica entre os povos, estreitando as relações.

Todavia, apesar de trazer inúmeros benefícios, a globalização também foi responsável pelo aumento desenfreado da criminalidade moderna, que se utiliza dos próprios

meios tecnológicos para o cometimento de crimes de grande proporção ao redor do mundo. Os crimes hoje em dia, por sinal, têm caráter global, com indeterminação de suas vítimas e até mesmo de seus autores.

Neste sentido, entende Ana Beatriz Pérez Cepeda (2007, p. 309) que “em parte, é devido ao avanço tecnológico o aumento de criminalizações presenciado atualmente, pois traz novos riscos à sociedade, característica da sociedade pós-industrial”.

Acoplada à modernidade, vieram uma gama de direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, em virtude dos acontecimentos que ficaram marcados com a II Guerra Mundial. Para Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2008, p. 273), foi chegado o momento de efetivação dos direitos fundamentais conquistados com a chegada da modernidade.

A globalização ao redor do mundo foi vista como uma conquista da humanidade no século atual, porém, para os criminosos, se tornou uma grande ferramenta para delinquir, uma vez que a criminalidade moderna tem reinventado seus meios de atuar, de modo a estarem sempre à frente do sistema. Caminhando paralelamente com o desafio de concretizar as garantias fundamentais conquistadas, está o incremento da criminalidade em uma sociedade cada vez mais liberal e permissiva.

Logo, diante dessa insegurança que paira sobre a sociedade, em decorrência da criminalidade desenfreada, há a necessidade de uma atuação mais efetiva do Direito Penal, de modo a expandir seu campo de atuação a fim de atingir o seu objetivo principal, qual seja, proteger os bens jurídicos tutelados e punir quem os tenha violado.

Essa concepção foi responsável pela criação da teoria chamada de Síndrome do Titanic:

(...) tudo é líquido no mundo moderno, logo as pessoas se encontram imersas na sensação de que, a qualquer momento, serão tomadas por uma catástrofe imprevisível que porá abaixo a estrutura de convívio social, instaurando uma ordem de pânico. (ZYGUMUNT BAUMAN, 2008, p.21)

A existência da insegurança já é um fato incontestável na sociedade pós-industrial, que já se acostumou a viver o sentimento de medo nas últimas décadas, tendo em vista a dimensão subjetiva que os riscos propagaram na sociedade. Para Sánchez (2013, p.40), “um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos”.

Tal análise se deve, em especial, à atuação dos meios de comunicação de massa, uma vez que a mídia tem grande parcela de responsabilidade pelo sentimento de insegurança

propagado através do noticiário violento. Com a sensação de intranquilidade se disseminando com facilidade e rapidez na atual sociedade, as pessoas vêem no Direito Penal o único e exclusivo responsável por mudar esse paradigma e se inicia a exigência contínua ao Estado por políticas de combate à criminalidade.

Silva Sánchez disserta sobre o papel da mídia em relação à vivência dos riscos na sociedade contemporânea:

(...) a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança. A revolução da comunicação dá lugar a uma perplexidade derivada da falta, sentida e possivelmente real de domínio do curso dos acontecimentos. A vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos. Expressado de outro modo, existe uma elevadíssima “sensibilidade ao risco. (SÁNCHEZ, 2013, p. 41-42).

Fatores como a imprevisibilidade, a insegurança e a falência de um estado de bem-estar social conduzem o crescimento de um pensamento de que as soluções de todos os problemas sociais e políticos instaurados na sociedade hodierna estão no Direito Penal, servindo a ciência criminal como um instrumento de preservação universal, acionado em todos e quaisquer casos que os indivíduos tivessem seus direitos violados ou até mesmo, seus direitos ameaçados pelo risco presente no cotidiano (CUNHA; ROCHA, 2013, p. 353).

Silva Sanchez (2002, v. 11) também disserta sobre os modernos propulsores da demanda por segurança:

(...) ainda que os níveis objetivos de segurança tenham aumentado, a vivência da insegurança não corresponde a uma proporcional diminuição, pois são vários os fatores da sociedade pós-moderna, que juntos levam à uma sensação crescente de insegurança (que faz permanente uma demanda social por segurança).

Para muitos doutrinadores penais, os riscos modernos se manifestam, principalmente, nos limites onde se exerce a modernização, ou seja, campos que estão em contínua expansão e não são, até o momento, dominados por completo pela dogmática jurídico-penal, como, por exemplo, o meio ambiente, entorpecentes, sistema monetário, processamento de dados, crimes pela Internet. Diante da primariedade destes sistemas, que são considerados os novos riscos da sociedade contemporânea, a sensação de imprevisibilidade dissemina o sentimento de insegurança nos indivíduos.

Diante dessa situação, o Direito Penal se vê obrigado a agir, na maioria das vezes de forma incompatível com o seu devido papel perante o ordenamento jurídico. A este fenômeno dá-se o nome de expansionismo do Direito Penal, atuação que ocorre muitas vezes em razão do clamor por segurança de uma sociedade que vive à deriva do caos criminal. Inicialmente, quando se clama por uma atuação efetiva do Estado, a população espera que a violência seja combatida rigorosamente. De outro ponto, o Direito Penal se vê em uma encruzilhada e atua de forma impensada no intuito de conceder uma resposta à coletividade. Tal relação, entretanto, não resulta em benefícios para nenhuma das partes.

Este é o entendimento de Callegari e Linhares (2014, p.126):

Para a maior parte da sociedade, o Direito Penal é considerado a solução necessária ao tratamento do fenômeno da violência, assim se iniciando a motivação para uma inflação desse ramo do Direito, com a criação de novos tipos penais e o agravamento dos já existentes. Porém, é fácil perceber que esse movimento expansionista do Direito Penal não resulta em efeitos benéficos como se costuma imaginar, verificando-se um uso meramente simbólico.

A resposta ao clamor social é vista pela maioria da doutrina como uma utilização exclusivamente para fins políticos, expondo à sociedade um Direito Penal simbólico, onde os agentes políticos têm o objetivo de oferecer apenas uma impressão tranqüilizadora às pessoas. Todavia, os efeitos práticos e legítimos da esfera penal são colocados em cheque e tratados sem a devida importância, visto que tal atuação não atende os objetivos conferidos ao sistema punitivo.

O Estado visa controlar os sentimentos sociais relativos à criminalidade, apresentando “soluções” momentâneas para uma situação caótica que, na realidade, aparenta não possuir uma solução definitiva. Neste contexto, Bauman aponta que “os perigos que mais tememos são imediatos: compreensivelmente, também desejamos que os remédios o sejam – doses rápidas, oferecendo alívio imediato, como analgésicos prontos para o consumo” (BAUMAN, 2008, p.149).

Essa analogia feita pelo autor retrata a conjuntura social em que vivemos: diante da criminalidade que assola a sociedade, se busca uma resposta rápida, ainda que ineficaz, ao invés de se buscar uma solução concreta para um problema tão devastador. Diante dessa necessidade de “mais Direito Penal”, os legisladores agem de forma impulsiva, sem analisarem a real consequência da expansão deste ramo jurídico.

A expansão do Direito Penal segue a tendência punitivista, através de uma demanda por aprovação de leis penais e pelo agravamento das normas já existentes, fato este que ocorre de maneira muito fácil e crescente no cenário político. Sobre este fato, Husak (2013, p.57) opina:

Isso resulta da inexistência (ou existência insignificante) de oposição à política repressivista. A oposição à ideologia de repressão ao crime, em nosso meio político, é majoritariamente indesejável, considerando-se os negativos efeitos provavelmente ocasionados pelo estigma da defesa do “lobby do crime”.

Como se vê, a motivação política se encontra presente em todas as atuações do Estado, inclusive no âmbito penal, onde há o interesse da mídia e da sociedade em receber respostas aos seus apelos. Logo, defender um Direito Penal mínimo, não é interessante para os agentes políticos, tendo em vista que preferem se empenhar na criação de leis que, provavelmente, não irão solucionar o problema da criminalidade, porém aparentará uma solução para o clamor social.

De acordo com Amaral (2007, p.68) “essa situação que recai sobre o Direito Penal (e processual penal) o leva a assumir um papel que não lhe pertence exclusivamente, nem prioritariamente, por força do princípio da subsidiariedade.”

Todo esse movimento ideológico e político em torno da expansão do Direito Penal como resposta à criminalidade também é responsável por fatores que se revelam no ordenamento penal e processual penal, como por exemplo, a flexibilização de garantias processuais e, até mesmo, de princípios basilares deste ramo do direito.

A principal característica da expansão penal é a tutela de direitos coletivos, em especial à proteção do meio ambiente e do sistema econômico, por meio de normas mandamentais. Como se vê, o Direito Penal, na prática, se torna o instrumento mais utilizado para administrar os problemas da coletividade, enquanto que deveria ser a *ultima ratio* do Estado para proteger os bens jurídicos.

Sobre este cenário, Silva Sanchez (2002, p.131) chama de “administrativização do direito Penal” e entende ser um dos principais dificuldades da política criminal moderna, uma vez que, nas sociedades pós-industriais, o Direito Penal assume o papel do direito administrativo.

A atuação administrativa do Direito Penal gerou consequências político-criminais que hoje estão sendo encaradas pelo Poder Judiciário, como por exemplo, a tutela de bens

coletivos e funções estatais, bem como da antecipação de tutela penal frente aos crimes de perigo abstrato tipificados em nosso ordenamento jurídico.

Em outra manifestação do expansionismo penal encontra-se presente novas formas de criminalidade, característica pertencente à denominada sociedade de risco, onde se vê a prática de crimes sócio-econômicos, bem como infrações contra bens jurídicos coletivos e transindividuais, como por exemplo, o meio ambiente e o terrorismo disseminado ao redor do mundo.

2.2 Alguns reflexos da Sociedade de Risco no Direito Penal

A sociedade contemporânea possui o risco social como um elemento muito característico nestes últimos anos, que nasceu em razão da sensação de insegurança disseminada diariamente. Nesta seara, Busato (2007, p.5) compreende que “a média de sobrevida é muito superior à do homem medieval, mas também é verdade que temos muito menos controle sobre as fontes dos riscos”. Este entendimento se baseia no fato de que, hoje em dia, a expectativa de vida do homem média é muito mais elevada do que antigamente, entretanto, se está exposto a muitos mais riscos do que nos tempos antigos.

Isso se deve à criação de perigos jamais antes imaginados, gerados principalmente pela atuação humana, capazes de suscitar danos de grande monta e irreversíveis para a coletividade, superando até mesmo as catástrofes naturais. Neste sentido:

São, assim, perigos criados, cujas dimensões são crescentemente maiores que as dos perigos naturais, no sentido de que ameaçam –cada vez mais- um número indeterminado e bastante elevado de pessoas, chegando mesmo a pôr em risco a própria vida no planeta. (AMARAL, 2007, p.62)

Desta maneira, os riscos são encarados como problema global e inesperado, em especial quando se fala do desenvolvimento tecnológico nuclear, genético e químico. Tais perigos são reais, porém sua existência amedronta a coletividade, pois se sabe que, uma decisão vinculada a estes riscos pode causar a eliminação da raça humana. Diferentemente dos crimes tipificados no nosso ordenamento jurídico, onde as autoridades competentes visam prevenir as condutas criminosas, os perigos existentes na sociedade contemporânea se explanam de maneira silenciosa e não há uma forma de prevenir essa manifestação, uma vez que o medo já se encontra espalhado pelo mundo.

A globalização foi vista, pelo viés negativo, como a principal ferramenta para a propagação do sentimento de medo em razão dos riscos existentes, pois os perigos globais são caracterizados pela transnacionalização, uma vez que quebram fronteiras entre estados e países. Além disso, os crimes contemporâneos são tidos como “organizados” e praticados por “poderosos”, pois em sua grande maioria envolvem a ordem econômica, política e social, além de atingirem direitos coletivos, como por exemplo, o meio ambiente ou o mercado financeiro. Silva Sánchez (2013, p. 103) esclarece que “os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica dão lugar à conformação de modalidades novas de delitos clássicos, assim como à aparição de novas formas delitivas”.

Diante da repercussão mundial sobre o assunto “sociedade de risco”, o Direito Penal se viu na necessidade de buscar respostas para saber se há a possibilidade de controlar os riscos e perigos da sociedade pós-industrial ou se estamos expostos a eles de maneira completamente vulnerável.

2.2.1 O nascimento da sociedade de risco e a contribuição de Ulrick Beck

As primeiras discussões a respeito deste tema se iniciaram na década de 90, em razão da publicação do livro “Sociedade de Risco”, escrito pelo sociólogo alemão Ulrick Beck, nome renomado nas discussões penais contemporâneas. Os apontamentos feitos pelo autor foram considerados o marco inicial da teoria da Sociedade de Risco, que atualmente é visto pela sociedade acadêmica como um assunto de grande importância.

A noção de risco surgiu a partir da abordagem do acidente nuclear de Chernobyl, ocorrido na União Soviética no ano de 1986, onde se pretendia realizar um experimento químico, porém o procedimento adotado violou inúmeras regras de segurança indispensáveis pela usina, causando a liberação de uma grande quantidade de material radioativo que contaminou uma enorme região atmosférica. Na época, houve milhares de mortes e anomalias causadas pela tragédia nuclear.

Sobre isso, Beck (2011) apud Cunha e Rocha (2013, p.347), “afirmou que, neste caso, a admissão de uma contaminação nuclear perigosa equivale à admissão da inexistência de qualquer saída possível para regiões, países ou continentes inteiros”. Neste contexto, é válido observar que, da década de 80 em diante, muitos outros recursos nocivos para a sociedade foram criados, em especial armas de grande porte, aumentando os riscos sociais e a sensação de insegurança.

Nos dias atuais é nítido que a produção de riquezas e o desenvolvimento tecnológico escoltam a produção de riscos na sociedade, logo, quanto mais se criam riquezas, geram-se mais perigos. Na mesma proporção que se criam riquezas, também se instituem mais desigualdade social ao redor do mundo, com milhões de pessoas a mercê da miserabilidade. Esta cadeia hereditária é, ao longo dos anos, a responsável pela situação em que as nações se encontram atualmente, vivenciando situações trágicas em virtude da desigualdade social. Neste sentido, Prado (2007, p.69) observa que:

(...) na sociedade de risco, seja qual for a classe social objetivada, haverá riscos que não se repartem conforme a distribuição da riqueza. Enquanto nos países pobres buscam-se condições mínimas de dignidade (por exemplo, acabar com a fome), nos países ricos são gerados perigos advindos do superabastecimento (por exemplo, o esgotamento dos solos para o cultivo, a contaminação dos alimentos com agrotóxicos, a obesidade). Dito de outra forma, a porção de países economicamente débeis preocupa-se com o aumento da velocidade da modernização, enquanto as nações mais abastadas enfrentam os perigos decorrentes da modernização. Em ambos os tipos de Estado a geração de risco é um processo inerente ao seu funcionamento.

Logo, a concentração de riqueza e a falta dela geram riscos vividos por ambas as classes sociais, em razão do desenvolvimento pós-industrial que ocorreu de forma muito surpreendente, sem ao menos ser analisado as consequências destes avanços para as gerações futuras. A produção de riquezas e a industrialização são responsáveis pela produção dos maiores riscos do século, sendo que o Estado, garantidor da paz social, ao invés assegurar a paz e estabilidade, não possui mais controle frente aos avanços econômicos.

Reforçando este entendimento, Navarro (2005, p.68) entende que o processo de industrialização caminha lado a lado com o processo de produção de riscos, tendo em vista que o principal fator de exposição da sociedade a riscos e perigos nunca antes mencionados é o desenvolvimento científico e tecnológico realizado de forma inconsciente e frenética.

Ainda sobre a ligação entre riqueza e riscos, o pioneiro no assunto compreende que:

Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade de escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos-tecnologicamente produzidos. (BECK, 2010, p.23).

Na mesma linha de raciocínio, o renomado autor explica que a sociedade pós-industrial priorizou o avanço das tecnologias, sem, contudo, analisar os impactos que ocorreriam em longo prazo na sociedade moderna:

A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade de processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente estes últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade industrial. (BECK, 1997, p. 16).

Como pioneiro desta teoria, Ulrich Beck esquematizou dois períodos da sociedade de risco, sendo a primeira modernidade, caracterizada por movimentos políticos e industriais ocorridos principalmente nos países europeus. Neste período, houve uma intensificação dos atos nas indústrias e também o início do crescimento tecnológico, porém nada que pudesse causar grandes preocupações para a realidade da época. A segunda modernidade, também chamada de modernidade reflexiva pelos estudiosos, foi o momento em que a sociedade passou a perceber a manifestação das consequências do desenvolvimento da tecnologia. É nesta fase que surge realmente a sociedade de risco e o sentimento de insegurança:

No sentido de uma teoria social e de um diagnóstico de cultura, o conceito de sociedade de risco designa estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial (BECK, 1997, p.17).

A respeito desta transição histórica, Beck (1998) apud Cunha e Rocha (2013, p.348) nos ensina que:

(...) os riscos e perigos de hoje se diferenciam essencialmente dos da Idade Média pela globalidade de suas ameaças, e por suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto global da maquinaria do progresso industrial e são aumentados sistematicamente com seu desenvolvimento posterior.

Nas últimas décadas, a sociedade tem vivido de forma intensa a experiência do “mal”, que se dissemina por meio de guerras e atos de destruição em todos os continentes. Além dos resquícios deixados pelas duas guerras mundiais, no final do século XX e início do século XXI, o mundo passou a enfrentar outros problemas ligados às guerras locais e atuação de grupos terroristas, como vemos com grande frequência no Oriente Médio.

Logo se conclui que, nos últimos tempos, os riscos tomaram grandes proporções em razão da sensibilidade da sociedade frente aos novos perigos instaurados no cotidiano, conforme o entendimento de Sánchez:

(...) é inegável que a aparição de novos riscos está, de certa forma, compensada pela radical redução dos perigos procedentes de fontes naturais (assim, as consequências lesivas de enfermidades ou catástrofes). Por tal motivo, é razoável sustentar que, por múltiplas e diversas causas, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência subjetiva dos mesmos. (SÁNCHEZ, 2013, p. 46).

O idealista da teoria, Ulrich Beck (2013, p.246) pensa da mesma forma, trazendo à tona o questionamento de que teria se elevado a preocupação da sociedade com os riscos já existentes e não propriamente o aparecimento de novos perigos. Além disso, o autor possui o entendimento de que, no mundo globalizado, qualquer pessoa está vulnerável aos riscos, seja ela de classes inferiores ou superiores, uma vez que eles se encontram em vários campos do cotidiano social. Nesta seara, argumenta:

Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um *efeito bumerangue*: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente “latentes efeitos colaterais” rebatem também sobre os centros de produção. Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com as quais lucram. (BECK, 2010, p.44).

No mesmo curso é o entendimento de Neves (2006, p.286):

Os riscos são, pois, produto da ciência tecnológica e da industrialização, dando origem, em potencial, à sociedade de risco. E são distribuídos intencionalmente, de maneira desigual, entre as nações, causando danos sistemáticos e irreversíveis. Apesar de a produção da riqueza e de os riscos andarem juntos, os últimos não se restringem a uma determinada classe. E mais, possuem efeito *bumerangue*, eis que afetam, inclusive, aqueles que o produzem.

A contribuição do autor alemão foi muito importante para os estudos da criminologia moderna, pois marcou um novo período de padrões sociais. Seus questionamentos mostraram que a sociedade moderna está exposta a vários riscos, criados pelos próprios seres humanos, em razão do desenvolvimento tecnológico e da globalização. O medo disseminado na coletividade gerou mudanças em questões de segurança, controle social e, até mesmo, sistema

jurídico ao redor do mundo, visando coibir atos atentatórios contra os direitos individuais e coletivos, como o meio ambiente, por exemplo.

O impulso dado por Ulrich Beck a respeito do estudo aprofundado sobre a sociedade pós-moderna incentivou outros autores a abordarem o assunto e apresentarem outros questionamentos pertinentes sobre a teoria da “sociedade de risco”.

2.2.2. A Sociedade de Risco na visão de Giddens e Luhmann

O sociólogo britânico Anthony Giddens, assim como Beck, segue seus estudos baseando-se na modernidade reflexiva, apresentando uma visão própria da sociedade contemporânea. Para Giddens, a expressão sociedade pós-modernidade não é totalmente correta, pois ele entende que estamos em um momento transitório, vivenciando ainda a modernidade que nos foi concedida com a globalização. Logo, vivemos um período de desenvolvimento, onde a nova ordem social é tida como “pós-moderna”, não se confundindo com a “pós-modernidade”, como chamam muitos estudiosos. Este pensamento de Giddens se distancia um pouco da ideia de Beck neste ponto, uma vez que o alemão entende que após a globalização se iniciou uma nova era.

De acordo com os estudos de Giddens, Cunha (2013, p.349) explica “que o risco social está incorporado na maneira de ser do mundo moderno, devido à complexidade que atingiu”.

O sociólogo também delinea uma interpretação descontínua da ordem social em que vivemos atualmente, onde as instituições modernas são tidas como únicas. Neste curso, identificam-se as descontinuidades como:

a) “ritmo de mudança (enorme velocidade de transformação que a modernidade acarreta); b) “o escopo da mudança” (conforme diversas áreas do planeta são colocadas em conexão, desencadeiam-se ondas de transformação social); e c) “a natureza intrínseca das instituições modernas” (algumas das atuais instituições não existiam ao tempo das ordens sociais tradicionais precedentes, como, por exemplo, a dependência em grande escala das fontes de energia inanimadas). (CUNHA, 2013, p.13).

Na sociedade contemporânea, apesar de “risco” e “perigo” possuírem significados muito próximos, para Giddens são noções diferentes quando se fala da criminologia. O perigo é uma conjuntura que permite definir o que é risco na situação, sendo que, dentro de um contexto, quando se está exposto a algum risco, pressupõe o perigo iminente, mas não

obrigatoriamente, a consciência deste perigo. Em outras palavras, muitas vezes indivíduos possuem consciência do risco, mas não do perigo que corre.

A existência do risco se caracteriza por meio de sete formas diversas, de acordo com Giddens (1990, p.111):

- 1) Globalização do risco no sentido de intensidade: por exemplo, a guerra nuclear pode ameaçar a sobrevivência da humanidade;
- 2) Globalização do risco no sentido de expansão da quantidade de eventos contingentes que afetam todos ou ao menos grande quantidade de pessoas no planeta: por exemplo, mudanças na divisão global do trabalho;
- 3) Risco derivado do meio ambiente criado, ou natureza socializada: a infusão de conhecimento humano no meio ambiente material;
- 4) O desenvolvimento de riscos ambientais institucionalizados afetando as possibilidades de vida de milhões, por exemplo, mercado de investimentos;
- 5) Consciência do risco como risco: as “lacunas de conhecimento” nos riscos não podem ser convertidas em “certezas” pelo conhecimento religioso ou mágico;
- 6) A consciência bem distribuída do risco: muitos dos perigos que enfrentamos coletivamente são conhecidos pelo grande público,
- 7) Consciência da limitação da perícia: nenhum sistema perito pode ser inteiramente perito em termos de consequências da adoção de princípios peritos.

O aspecto ameaçador da sociedade contemporânea pode se manifestar de diversas maneiras e atingir diversas pessoas, independente da classe social em que está inserida. Um exemplo claro disto é a guerra nuclear, que é considerada, por unanimidade, o perigo mais real e catastrófico da contemporaneidade.

A sociedade atual também despertou o interesse do sociólogo alemão Niklas Luhmann, que acompanhou o processo de desenvolvimento pós-industrial e interpretou a coletividade como um sistema complexo, estruturado por relações entre elementos que se comunicam entre si. Para este autor, a complexidade da sociedade se encontra no livre arbítrio do indivíduo, que consiste na escolha livre de suas atitudes, gerando um sistema social determinado pelas ações humanas.

Amaral (2007, p.100) com base nos estudos do sociólogo, ensina:

O risco é o produto certo da liberdade e do saber modernos. O que caracteriza genuinamente o risco moderno frente à vivência antiga dos perigos é o fato de que a causa última de sua produção deve ser buscada na decisão ou decisões de sujeitos individuais.

Os estudos de Luhmann são baseados na teoria autopoietico, formado por um sistema complessivo que engloba os demais sistemas sociais. Luhmann sugere a distinção de risco e perigo como uma maneira eficaz de desenvolver o tema “risco” nas sociedades complexas. De

acordo com seus ensinamentos, o risco é um elemento inevitável atualmente e devem-se desenvolver planos de ação visando administrá-los.

Apesar de sua grande contribuição, a teoria de Luhmann recebeu diversas críticas no sentido de que o sociólogo minimizou o fato de haver, na sociedade, desigualdades objetivas entre os indivíduos. Logo, ainda que detenha do livro arbítrio, muitos indivíduos são levados a determinar suas condutas em razão da classe social na qual estão inseridos, sendo este, um fator determinante para a produção dos riscos no cenário atual.

2.3 Modernas tendências de controle social frente aos novos paradigmas criminais

O Direito Penal, nos últimos tempos, tem enfrentando muitos questionamentos desde o surgimento da sociedade de risco, uma vez que, para a maioria da doutrina, a situação que vivenciamos hoje exprime uma desordem do sistema de controle social diante das novas manifestações criminais e do anseio da sociedade por uma atuação mais repressiva e efetiva.

A sensação de insegurança em face do ordenamento jurídico pede uma dogmática penal voltada para a realidade social atual, onde não se tem apenas direitos básicos individuais em questão, mais sim uma gama de direitos coletivos e supraindividuais que necessitam de uma proteção estatal mais complexa, capaz de trazer novamente o bem-estar social aos indivíduos.

Nesta seara se estabeleceu na sociedade uma política criminal caracterizada por identificar os sujeitos ativos dos crimes como inimigos do sistema penal. Para Busato (2007, p.02), o crescimento descomedido da violência urbana tem razão na política criminal adotada pelo Estado, que age de maneira violenta para reprimir os crimes. Desde os anos 90, os legisladores, acreditando estarem diante da solução para o Direito Penal, começaram a aumentar as penas dos delitos e reduzir, na mesma proporção, as garantias processuais, adotando um discurso nitidamente político e superficial para minimizar os riscos que já se encontravam evidentes, oferecendo à sociedade apenas um Direito Penal simbólico em detrimento da emergencialidade do caos social.

Sobre o discurso minimizador adotado pelo Estado, Cunha e Rocha (2013, p.353) disserta:

Percebe-se, pois, a intimidação do legislador ao criar tipos penais cujas sanções são graves e incapazes de punir verdadeiramente os autores da

conduta, permitindo, assim, a criação de um direito penal próprio de forma desmesurada e simbólica, característica esta marcante nas sociedades pós-industriais, valorizando a importância penal de acordo com o apelo social, ou seja, atingindo os seus efeitos na opinião pública.

Implantar um Direito Penal simbólico, para simplesmente atender a um clamor social, afasta totalmente a base da dogmática penal. A realidade em que vivemos trouxe muitas conseqüências para a sociedade e é nítida a presença da tendência expansionista do Direito Penal visando relativizar tais resultados negativos. Amaral (2007, p.117-118) explica que há propostas de setorização do Direito Penal, aumentando sua atuação para alcançar os novos fatos presentes em nossa sociedade. Além disso, há também estudos que tendem a flexibilizar as garantias penais materiais e processuais.

Busato (2007, p.2-3) traz um ensinamento muito válido para explicar a situação atual da dogmática penal:

Chegamos possivelmente ao limite. A chamada opinião pública absolutamente dominada pelos meios de comunicação de massa pede por mais Direito Penal e recebe do governo exatamente isso. Por outro lado, se vê claramente o incremento do delito que ultrapassa as medidas tomadas, mas, nem as pessoas comuns, nem as autoridades responsáveis parecem dar-se conta de que isso resulta justamente do aumento das medidas penais e não de que estas tenham sido insuficientes. Resulta de tal desconhecimento a produção de mais Direito Penal, formando um círculo vicioso.

A falência do sistema penal ocorreu por diversos motivos cumulativos, porém o clamor social por mais segurança em detrimento da criminalidade escancarada pelos noticiários foi um dos principais ensejos para a busca de novos sistemas dogmáticos, tema este discutido no cenário jurídico brasileiro.

Essa transformação do Direito Penal, entretanto, apresenta contradições com a sua real missão, que é a proteção de bens jurídicos, instalando um sentimento de certeza quanto a real efetividade das ações do Direito Penal moderno. Salvador Netto (2006, p.57) doutrina:

De um lado, a dogmática como categoria científica de juízos certos, precisos e orgânicos parece cada vez mais distanciada da realidade social enquanto aparato teórico apto à efetivação do controle e previsibilidade de comportamentos, na medida em que se restringe ao universo do positivismo ou idealismo. De outro lado, as decisões, no anseio desesperado deste mesmo controle, assumem um julgamento tanto mais arbitrário quanto lastreado em uma tida e suposta “opinião pública” que, de forma ambivalente, ao mesmo tempo em que critica a ciência penal, por entendê-la distante e diletante, a utiliza como mero argumento de convencimento para decisões pré-determinadas, dissimulando-a e descontextualizando-a.

A pretensão de que o Direito Penal seja o meio para se obter a solução eficaz para a sensação de insegurança social é deficiente, tendo em vista que este instituto jurídico atua somente após o fato danoso ter produzido efeitos, sendo incapaz de promover qualquer espécie de ultimato contra a criminalidade. (BUSATO; MONTES HUAPAYA, 2003, p.182).

Além disso, eclodiram novos bens jurídicos e, conseqüentemente, novas formas de incriminação. Crimes de perigo abstrato tomaram o cenário penal com o advento do século XXI, em decorrência de novas formas de delinquir, onde se leva em conta a potencialidade do dano que determinada conduta pode gerar na sociedade, como por exemplo, o terrorismo espalhado pelas nações.

De acordo com Masi e Moraes (2013, p.95), “a primeira marca do expansionismo penal contemporâneo é, sem dúvida, a crescente proliferação de novos bens jurídicos supraindividuais ou institucionais, com a preponderância dos delitos de perigo abstrato. Os bens jurídicos que se propõe proteger são coletivos e abstratos”. Em consequência desta mudança de paradigma, o instituto penal se expandiu a novos setores de atuação, guiado por uma tendência de heterogenização dos sistemas penais internos. Um exemplo nítido disto é a atuação do Direito Penal na reprimenda de crimes ambientais, assumindo um caráter “administrativo”, admitindo pessoas jurídicas como sujeitos ativos dos delitos. Essa tutela penal, para a maioria da doutrina, é temerária no sentido de imputar ao sistema penal a vanguarda do caos ecológico.

Reforçando este raciocínio, Silva Sánchez (2013, p.149) leciona:

Tem-se produzido certamente a culminação do processo: o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um ato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está “administrativizado”.

Ao longo de toda essa mutação do instituto penal, novas alternativas de atuação foram surgindo como válvula de escape para o sistema falido incapaz de conter os avanços sociais, admitindo um Direito Penal “moderno” como instrumento de controle social.

Houve uma mudança de pensamento no tocante ao efeito que se buscava com a aplicação da pena, onde as teorias de prevenção geral positiva enxergam a finalidade almejada da pena cominada não mais na intimidação negativa, mas sim na manutenção positiva, que se obtém em longo prazo, por meio da confiança da inviolabilidade da ordem jurídico-penal. (MASI; MORAES, 2013, p.97).

Antes disso, a prisão sempre foi enxergada como a maneira mais eficaz de repreender a prática delituosa e alcançar a melhora do criminoso, reabilitando-o e cumprindo as finalidades da pena. Todavia, tal concepção logo se perdeu em detrimento da realidade prisional da maioria dos países, que não conseguem alcançar a finalidade que lhe é outorgada pelo sistema criminal.

Diante desta situação, surgiu, entre os operadores e estudiosos do Direito, a necessidade de se buscar outros meios de atuação, no anseio de retomar a missão da Política Criminal, que consiste na prevenção, controle, tratamento e reabilitação. Estes quatro pilares do sistema criminal se encontram totalmente perdidos diante da realidade social, que vivencia um dos períodos mais incertos da humanidade, em razão da criação de riscos potencialmente lesivos à raça humana. Além de tudo, a realidade prisional também é encarada com pessimismo, uma vez que é incapaz de cumprir seu objetivo, que é reabilitar um criminoso:

A convicção predominante da Política Criminal contemporânea é de que o encarceramento, a não ser para os denominados “presos residuais”, é uma injustiça flagrante, sobretudo porque, entre eles, não se incluem os agentes da criminalidade não-convencional (os “criminosos do colarinho branco”). Visualiza-se, então, a busca pela substituição da pena privativa de liberdade, tida como ultrapassada, por penas reparatórias e restritivas de direitos, introduzidas diretamente nos tipos penais, transformando-as em penas principais. (MAIS; MORAES, 2013, p.98).

Frente a este novo paradigma do sistema penal, novas alternativas foram conferidas à dogmática penal a fim de alcançar as transformações ocorridas ao longo do tempo na sociedade pós-industrial.

2.3.1 A flexibilização do Direito Penal

Essa alternativa apresentada à dogmática penal evidencia um enorme retrocesso, uma vez que ocorreria a flexibilização das garantias materiais e processuais asseguradas pelas leis vigentes. Para a maioria da doutrina penalista, a adoção desta forma de atuação consiste em agir de acordo com o período pré-revolucionário absolutista, onde não se levavam em conta garantias legais. Prado Amaral (2007, p. 120) enfatiza:

Em tema de flexibilização de garantias penais, registre-se somente, quão impressionante é o fato de que a modificação do paradigma da criminalidade ocasionada pela sociedade de risco – para os seus adeptos – agiu, e com tal

força que os fez perder de vista o marco político-criminal recente, que tinha gerado uma notável evolução positiva na humanização do direito penal.

Essa opção recrudesciente é baseada na teoria das “velocidades do Direito Penal”, que consiste na aplicação de mais ou menos garantias de acordo com a gravidade da conduta praticada pelo indivíduo.

Logo se vê que essa forma de atuação não é aceita pela maioria da doutrina, uma vez vivemos em uma sociedade garantista, com uma Constituição Federal que assegura diversos direitos materiais e processuais, que na prática devem ser respeitados. Levou-se muito tempo para se alcançar essas garantias asseguradas pela lei, sendo que não é plausível adotar uma política criminal que caminhe em sentido diverso.

2.3.2 A setorização do Direito Penal

A alternativa de setorizar o Direito Penal incide no desdobramento do Direito Penal com base na pena aplicada, na atitude assumida pelo sujeito ativo na sociedade ou na inevitabilidade dos danos prováveis às condutas modernas. Nesta seara, há a possibilidade de mais de um Direito Penal atuando simultaneamente na esfera criminal, operando de acordo com o comportamento de cada caso concreto.

Assim sendo, tendo em vista que a forma de agir do Direito Penal “clássico” não consegue corresponder às novas formas de criminalidade, surgiram propostas de um Direito Penal “de velocidades”, “do risco” e do “inimigo”, apresentando novos sistemas jurídicos de imputação. (AMARAL, 2007, p.120-121).

De acordo com este entendimento, estariam presentes duas políticas criminais: o Direito Penal clássico, utilizado em crimes “comuns”, com sujeitos ativos de comportamento “aceitável”, e um Direito Penal “acessório”, empregado quando se falar em crimes de perigo abstrato ou de novas modalidades de criminalidade surgidas com a sociedade pós-industrial, além de sujeitos ativos com comportamentos que não se adéquam à realidade social.

De acordo com este entendimento, o Direito Penal “de velocidades” surgiu como uma alternativa entre o Direito Penal mínimo e o Direito Penal máximo. A proposta compreende uma “primeira velocidade” quando houver a possibilidade real de aplicação de pena privativa de liberdade, respeitando as garantias materiais e processuais, bem como a política criminal clássica. Bottini (2007, p.98) corrobora:

Desta forma, o autor mantém no âmbito do direito penal tanto as condutas que afetam bens jurídicos tradicionais (ataques à vida, à saúde, à propriedade), como aquelas ações que afetam bens coletivos, ou que apenas apontam para uma periculosidade em relação aos interesses protegidos pela norma penal. No primeiro caso, valeriam as regras e os instrumentos dogmáticos do sistema penal atual, com seus princípios rígidos e suas penas ancoradas na privação de liberdade.

A proposta de um Direito Penal de “segunda velocidade” se amolda aos delitos com previsão de pena restritiva de direitos ou pena pecuniária, ou seja, delitos menos gravosos. Nestas hipóteses, estaria permitido flexibilizar as garantias penais, fixando sanções de caráter administrativo aos indivíduos que cometerem tais crimes.

Sobre esse fenômeno teórico, Silva Sanchez ensina:

O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (convertido em um indesejável *soft Law*) e um Direito Penal mínimo e flexível- certamente impossível- deve achar assim uma solução do “ponto médio” da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do “Direito Penal mínimo”. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo. (...) Assim, trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assimila uma pena de prisão. Em contrapartida, a propósito do Direito Penal econômico, por exemplo, caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro, etc.), como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o princípio da culpabilidade). (SÁNCHEZ, 2013, p.189-190).

Esta proposta, ainda que vista por muitos estudiosos como um meio alternativo frente à crise do sistema, é recebida por muitas críticas por parte dos doutrinadores penais. O entendimento predominante é que, ao se utilizar velocidades para operar o Direito Penal, estaria ocorrendo uma divisão entre classes dentro da dogmática jurídico-penal, sendo que, para as castas menos favorecidas, que praticam, em sua grande maioria, crimes “comuns”, haveria a sanção de pena privativa de liberdade, enquanto que, para as classes mais abastadas, onde se encontram a maioria dos sujeitos ativos dos crimes de “colarinho branco”, ocorreria a aplicação de penas não detentivas (AMARAL, 2007, p.122).

Além deste fator, a redução de garantias também é visto com muito receio por grande parte da doutrina penalista, que entendem pelo retrocesso de direitos duramente consagrados na Constituição Federal. A ideia de “segunda velocidade”, com flexibilização de garantias penais e processuais diante de crimes infrações menos gravosas é interpretada como a

“administrativização” do Direito Penal, fato que não deveria ocorrer no cenário atual em que estamos inseridos. Busato (2007, p. 19) argumenta:

O fato de estar diante de uma infração que não cobra relevância social a ponto de exigir uma intervenção dura, não significa estar com uma situação de Direito penal que não pode transigir com garantias, mas sim estar diante de uma situação que, por muito que a lei diga o contrário, não pode e não deve ser considerada Direito penal, e nesse caso, nada resta a discutir a respeito de flexibilização de garantias.

Logo se depreende que, apesar de surgir na dogmática contemporânea como uma opção de atuação visando solucionar o caos do sistema, esta proposta de setorização do Direito Penal recebeu diversas críticas quanto à sua aplicabilidade em nosso sistema jurídico.

Outro sistema de imputação eclodido pela proposta de setorização foi o Direito Penal do risco, dividindo a dogmática em: Direito Penal comum e Direito Penal do risco. De acordo com esta concepção, haveria tratamento diverso para o Direito Penal clássico e para os riscos contemporâneos surgidos na sociedade pós-industrial.

Todavia, tal sugestão também não foi bem aceita pelos críticos penais, uma vez que, no entendimento majoritário, os riscos sempre existiram na vida em coletividade, não sendo uma novidade característica do século XXI. Logo, todos os indivíduos sempre estiverem expostos aos riscos silenciosos presentes no dia-a-dia, porém, não se tinha conhecimento da proporção que tais riscos afetariam a sociedade quando manifestados. Este sentimento de insegurança frente aos riscos surgiu nos últimos anos, com a disseminação das tragédias pela mídia, instaurando o conhecimento dos riscos e de suas conseqüências no subconsciente da população. (AMARAL, 2007, p.123).

Por fim, juntamente com a ideologia de dividir o Direito Penal em setores, aportou a teoria do Direito Penal do Inimigo, por meio dos estudos de Günther Jakobs, marcado por seu caráter antecipatório em relação aos atos praticados. A grande maioria dos estudiosos entendeu esse sistema de imputação como um meio preventivo de punir, antes mesmo da prática da conduta criminosa, em razão do enorme risco que determinado comportamento pode produzir na sociedade.

O Direito Penal do Inimigo é, para a maioria da doutrina, a “terceira velocidade” do Direito Penal, que se manifesta quando há a identificação de inimigos do Estado Democrático de Direito, ou seja, pessoas que, de acordo com seus comportamentos, se afastam do padrão da coletividade, uma vez que suas condutas trazem insegurança para a maioria das pessoas.

Amaral (2007, p. 126) define inimigo:

O inimigo é um sujeito que, por meio de seu comportamento, sua atividade profissional ou mediante sua ligação a uma organização, assumiu uma postura duradoura ao abandono do direito. O “inimigo” é alguém cujo modo de vida não permite qualquer segurança cognitiva sobre seus comportamentos pessoais e manifesta tal característica por meio de seus atos.

Por conseguinte, este sistema de imputação apresenta um certo radicalismo em sua atuação, recebendo críticas por parte de estudiosos garantistas. Todavia, o estudo mais aprofundado deste assunto será tratado no capítulo posterior.

Deste modo, a proposta de setorização do Direito Penal, ainda que se mostre como uma moderna tendência frente ao paradigma jurídico-penal no qual estamos inseridos, não atende a finalidade que se busca atualmente, qual seja, prevenção e repressão de forma efetiva, contudo, sem supressão de garantias materiais e processuais, que foram conquistadas através de muita luta ao longo dos anos.

CAPÍTULO 3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O INIMIGO DA SOCIEDADE

3.1 A terceira velocidade do Direito Penal e o Direito Penal de emergência

No capítulo anterior abordou-se o tema das “duas velocidades” do Direito Penal, dentro da sistemática da setorização deste instituto. Vimos que a “primeira velocidade” representa a punição através do encarceramento, onde se devem respeitar todas as garantias constitucionais, sejam estas de ordem material ou processual, mantendo em vigor os princípios político-criminais. Por outro viés, a “segunda velocidade” compreende a flexibilização de garantias em detrimento de sanções de privação de direitos e/ou sanção pecuniária.

Todavia, nos últimos tempos, houve uma crescente corrente doutrinária no sentido de admitir uma “terceira velocidade” do Direito Penal, onde haveria uma junção das outras velocidades, na qual o Direito Penal aceitaria uma pena de prisão concomitantemente com uma vasta relativização de princípios político-criminais e garantias processuais. (SANCHÉZ, 2013, p. 193).

A aceitabilidade de um Direito Penal de privação de liberdade com garantias processuais reduzidas é encarada com certo receio pela maioria da doutrina penalista, todavia, a sua existência no cenário criminal não pode ser ignorada diante da manifestação de diversos fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta, a criminalidade organizada e, principalmente, o terrorismo.

Com efeito, a humanidade, desde muito tempo, vem caminhando no sentido de instituir dentro da sociedade a figura do “inimigo”. Em especial, após o ataque de 11 de setembro, no ano de 2001, em Nova Iorque, ficou firmada uma nova era no combate àquele que visa atentar contra a ordem do Estado. Diante desta situação, instalou-se na sociedade a necessidade de uma legislação de “emergência”, a fim de combater esta nova sistemática de criminalidade.

Sobre tal modelo de legislação, Moraes (2006, p.149) destaca suas principais características:

- a) existência de um reclamo da opinião pública para reagir à sensação de insegurança; b) adoção de sanção com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal-clássico (vulnerando-se princípios de

intervenção mínima, de legalidade - com redação de normas ambíguas ou tipos penais em branco ou de perigo abstrato, de culpabilidade, de proporcionalidade das penas, de ressocialização do condenado, etc) e c) adoção de um Direito Penal meramente “simbólico”.

O nascimento da denominada “terceira velocidade” do Direito Penal é discutido pela maioria da doutrina, que concorda que, a partir do momento que houve uma flexibilização das garantias de ordem material e processual nos crimes de menor potencial ofensivo, em evidência na Lei nº 9.099/95, abriu-se caminho para modificar o modelo clássico de atuação penal.

A “terceira velocidade” do Direito Penal encontra respaldo nos estudos do doutrinador alemão Gunther Jakobs, idealizador da teoria do Direito Penal do Inimigo, onde se estabelece uma política criminal dividida entre “cidadãos” e “inimigos” da sociedade, com uma punição com base no autor do delito e não no fato em si praticado.

Silva Sánchez (2013, p.196) ressalta que o Direito Penal de terceira velocidade deve ser invocado como instrumento de abordagem em situações “de emergência”, onde a conduta delitativa não somente desestabiliza uma norma em concreto, mas sim o Direito Penal como um todo. A sensação de emergência, todavia, se encontra cada vez mais presente no nosso cotidiano, uma vez que, diante de novos tipos penais e riscos sociais, a coletividade clama por uma atuação mais rigorosa do instituto penal, menosprezando o princípio constitucional da intervenção mínima do Direito Penal.

Segundo Leonardo Sica (2002, p.82), o Direito Penal de emergência “representa a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo emocionalismo e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas”. Este fenômeno se resume na atuação legislativa movida pelo clamor social, afastando, desta maneira, a real finalidade da política criminal.

O incremento de regras originadas pelo clamor social e pela emergência da tutela penal é alvo de diversas críticas:

Essa técnica de normatização casuística amplia indiscriminadamente a área de criminalização para a tutela de interesses cada vez mais particulares, tendo em vista que somente as classes dominantes detentoras de poder econômico e político deste país são capazes de influir no processo legislativo, distanciando o direito penal de sua característica fragmentária. Há, portanto, uma falsa sensação de tranquilidade social e de um legislador atuante. (GUIMARÃES, 2013, p.6).

Nesta seara, resta claro que este modelo de atuação do instituto criminal atua de forma desigual em relação às classes sociais, onde indivíduos menos favorecidos seriam os primeiros a sofrer os efeitos da sensação de emergência, prejudicando um dos principais princípios constitucionais, qual seja da igualdade.

Esta política criminal de emergência praticada nos últimos tempos é sintetizada por Cancio Meliá:

1) hipertrofia legislativa irracional (caos normativo); 2) instrumentalização do Direito Penal; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executivas); 7) prisionização (explosão carcerária). (CANCIO MELIÁ, 2003, p. 57).

Diante do cenário em que vivemos atualmente, muitas teorias surgiram no sentido de trazer uma solução para a crise da política criminal do Direito Penal em razão da criminalidade violenta vivenciada. A ideologia de operar Direito Penal em velocidades, analisando cada caso concreto, abriu espaço para muitas discussões no cenário penal, em especial, em relação à teoria do doutrinador alemão Gunther Jakobs, responsável por difundir os ensinamentos à respeito do discurso do Direito Penal do Inimigo, que tem sido alvo de muitas discussões doutrinárias ao redor do mundo.

3.2 Sobre o Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal em si, evoluiu consubstancialmente nos últimos anos em virtude de muitos acontecimentos na sociedade. Em suma, é válido destacar que a norma deve sim, dentro de sua finalidade, acompanhar o desenvolvimento social e se adequar às modificações que ocorrem nas relações interpessoais. Além disso, a sociedade jurídica se deparou com a falência do sistema penal, ou seja, a política criminal clássica já não mais atendia sua finalidade.

Desta maneira, muitas teorias foram difundidas no sentido de trazer para o instituto penal um novo modelo de atuação que se adequasse com a realidade social, se destacando, dentre elas, a teoria do doutrinador alemão Gunter Jakobs a respeito dos estudos sobre “inimigo” da sociedade, que ganharam notoriedade com a apresentação do artigo “*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*” (Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo).

Com o surgimento de novos “inimigos”, que na maioria das vezes agem de maneira silenciosa, a sensação de medo é intrínseca à sociedade atual, que se encontra completamente vulnerável a qualquer ataque. Diante destes fatos, a expansão do Direito Penal foi uma válvula de escape encontrada para tentar minimizar os “riscos” do século:

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 intolerável de controle social, transformando-se de um Direito penal do risco em um Direito penal do inimigo (BUSATO, 2014, p. 7).

Jakobs entende que toda sociedade “tem o direito a manter sua identidade e um mínimo de segurança, que consiste na “segurança cognitiva” e, para isso, afirma, inevitável que se utilize outra classe de Direito Penal, em casos de grave perigo para essa sociedade” (MUNOZ CONDE, 2009, p. 55).

Em síntese, os estudos do renomado penalista consistem em partilhar o Direito Penal em dois preceitos distintos, que englobam duas qualidades de seres humanos, também diversas: os cidadãos e os inimigos, firmando uma atuação de política criminal em razão do autor e de sua periculosidade para com a sociedade, e não mais em virtude do fato e da culpabilidade, que é o modelo adotado pelo Direito Penal clássico.

De acordo com Jakobs, o Direito Penal atuaria de forma distinta para o cidadão e para o inimigo, onde para o primeiro, haveria a intenção de reprimir fato já praticado, enquanto que, para o segundo, prevenir possível conduta criminosa. Nestes moldes, Juarez Cirino dos Santos (2012, p.02) ensina:

A pena para o cidadão seria uma reação contra-fática dotada do significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende reprimir. A pena para o inimigo seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir.

Logo, resta demonstrado que a pena possui, dentro deste contexto, duas finalidades distintas, sendo utilizada contra fatos passados e fatos futuros de acordo com o autor da conduta. Jakobs (2003, p.21) afirma que “no Direito Penal do Inimigo há uma leve defesa frente a riscos futuros”, onde antes mesmo da prática da conduta tida como criminosa, já haveria uma responsabilização penal frente ao comportamento do indivíduo, voltado para confrontar o Estado Democrático de Direito.

Neste modelo de política criminal clássica, que, em regra, consiste no Direito Penal positivado em nosso ordenamento jurídico, o sujeito ativo da conduta tipificada como crime será punido em virtude dos atos por ele praticados no caso concreto, sendo levado em conta circunstâncias de periculosidade e características pessoais no momento da dosimetria da pena, após a verificação da culpabilidade do agente. Por outro lado, quando se passa a adotar uma política criminal com punição em razão do autor do crime, o fato em si praticado não se mostra tão relevante, mas sim a periculosidade do sujeito que cometeu o crime ou que tinha planos de cometê-lo. De acordo com esta interpretação do Direito Penal do autor, leva-se em consideração o comportamento do réu na sociedade em que está inserido e o seu nível de periculosidade.

Sobre o Direito Penal do autor, Greco (2015, p. 54) explica que:

(...) o direito penal do autor, que se manifesta na forma de um direito penal de risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e até mesmo preparatórios, fato este que aumentaria a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta do indivíduo, mas também a sua lealdade ao ordenamento jurídico.

A ideologia de existência de um “inimigo” dentro da sociedade como um todo é presente na nossa realidade atual, todavia este conceito já vinha sendo trabalhado pela doutrina penalista há muitos anos, em especial após a II Guerra Mundial.

3.2.1 Evolução do conceito de Direito Penal do Inimigo

A discussão a respeito do denominado “inimigo” do Direito Penal surgiu em 1985, quando o jurista Gunter Jakobs apresentou essa proposta como forma de endurecimento das legislações penais no Congresso dos Penalistas Alemães, difundindo, assim, a teoria dentro do âmbito acadêmico. Inicialmente, o trabalho do penalista era voltado no sentido de demonstrar o autor do crime como inimigo do bem jurídico. Neste sentido:

Para definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição do autor como cidadão. O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os bens da vítima, como deve ser definido também, de antemão, por seu direito a uma esfera isenta de controle; e será mostrado que do status de cidadão podem se derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações de punibilidade. (JAKOBS, 2003, p. 111).

Para a doutrina penalista da época, o Direito Penal do Inimigo objetivava aperfeiçoar a proteção dos bens jurídicos, que vinham sendo violados em escalas alarmantes, principalmente em razão do aumento da criminalidade. Nesta época, surgiam ações contra a segurança do Estado, a constituição de associações criminosas e movimentos terroristas.

Em um primeiro momento, a doutrina não se ocupou em discutir esse tema, sendo que o penalista alemão Jakobs, na época, criticava a adoção de um Direito Penal diferenciado, exceto em casos considerados excepcionais.

Em 1999, todavia, Jakobs apresentou, na Conferência de Milão, em Berlim, posição contrária a respeito do assunto, passando a fundamentar a legitimação do Direito Penal do Inimigo, na qual entendia pela necessidade de existência de um Direito Penal destinado ao cidadão e um Direito Penal destinado ao inimigo, com um enfoque voltado para os crimes mais gravosos praticados em detrimentos de bens jurídicos coletivos, de modo especial, em relação ao terrorismo. A partir desta oportunidade, o penalista seguiu com seus fundamentos favoráveis à teoria, sempre defendendo a sua legitimidade, principalmente em artigos científicos publicados sobre o tema.

Após todo esse processo de apresentação de estudos da teoria, atualmente o conceito de inimigo se encontra consolidado na doutrina. Vejamos:

Por direito penal “do inimigo” Jakobs designa um direito penal com o qual o Estado confronta pessoas que não são consideradas seus cidadãos, mas “inimigos” do Estado Democrático de Direito. O inimigo é um sujeito que, por meio de seu comportamento, sua atividade profissional ou mediante sua ligação a uma organização, assumiu uma postura duradoura de abandono do direito. O “inimigo” é alguém cujo modo de vida não permite qualquer segurança cognitiva sobre seus comportamentos pessoais e manifesta tal característica por meio de seus atos. (AMARAL, 2007, p.126).

Como se vê, o inimigo será definido em razão de sua conduta tida como anormal dentro da coletividade, ou seja, em outras palavras, o comportamento criminoso que atente contra a ordem social será interpretado como um ato isolado de um indivíduo que não será, a partir desse momento, considerado “cidadão”. Neste esteio, o professor alemão explica:

(...) quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS, MELIÁ, 2005, p.49-50).

A posição de Jakobs é muito firme no sentido de definir que, a partir do momento que o indivíduo opta por agir contra o sistema social, receberá as consequências de sua escolha, que acarreta, de acordo com seu entendimento, da exclusão do sujeito da vida em sociedade, para assim, ser tratado como inimigo. Além disso, o indivíduo será privado dos direitos constitucionalmente assegurados, recebendo um tratamento completamente rigoroso e punitivo. Nesta seara, Zaffaroni argumenta:

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*. (ZAFFARONI, 2006, p. 18).

O fator predominante para definição de “inimigo” se encontra no comportamento de abandono em relação às normas de convívio social, apresentando condutas que contrariam a ordem social pré-estabelecida de convivência. Estudando a teoria de Jakobs, Sánchez (2002, p. 149) realça que:

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

Reforçando o entendimento, Jakobs traz a seguinte assertiva:

Além da certeza de que ninguém tem o direito de matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma relação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário. (JAKOBS, 2003, p. 55).

Para ser tratado como cidadão, basta que o indivíduo se amolde ao sistema social em que vive e presente, ainda que de modo singelo, uma conduta de fidelidade ao Estado Democrático de Direito. O cidadão é o sujeito que pratica crimes considerados “normais”, uma vez que seu comportamento não visa desafiar a ordem social e jurídica, pelo contrário, o indivíduo conserva uma atitude considerada aceitável pela comunidade. Por outro lado, o inimigo adota um comportamento de insubordinação jurídica, produzindo um estado de guerra contra a sociedade, desejando, como objetivo principal, desafiar o sistema social.

3.2.2 Características da teoria Jakobsiana

Jakobs trabalha, dentro de sua teoria, um conceito muito delimitado da personalidade do cidadão e do inimigo, de modo a esclarecer suas condutas, seus direitos e as consequências de seu comportamento. Para ele, o cidadão apresenta um *modus vivendi* comum, mantendo uma relação cidadão/sociedade, enquanto que o inimigo, chamado de adversário do princípio da organização do poder social, apresenta um comportamento totalmente desviado do aceitável, fugindo à normalidade das relações interpessoais e adotando uma vínculo inimigo/sociedade.

A teoria Jakobsiana se apresenta de forma clara, com características esclarecidas quanto à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico. Todavia, possui elementos próprios de um Direito de guerra, objetivando combater os perigos da forma mais eficiente possível. Nesta seara, Amaral (2007, p.127) elenca as principais peculiaridades do Direito Penal do inimigo:

- a) o inimigo não pode ser punido com pena, mas, sim, com medida de segurança; b) deve ser punido de acordo com sua periculosidade, e não conforme sua culpabilidade; c) as medidas contra o inimigo não objetivam prioritariamente o passado (o que o indivíduo fez), e sim, o futuro (o que o indivíduo representa de perigo futuro); d) é um direito penal prospectivo e não um direito penal retrospectivo; e) o inimigo não é sujeito de direitos, mas, sim, objeto de coação; f) o cidadão, mesmo após a prática de um delito, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status*, na medida em que importante é só sua periculosidade; g) o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, enquanto o direito penal do inimigo visa preponderantemente combater perigos; h) o direito penal do inimigo usa do adiantamento do âmbito de proteção da norma – por meio da antecipação da tutela penal – para alcançar os atos preparatórios; i) ainda que a pena seja intensa e desproporcional, ela acaba por justificar a antecipação da proteção penal; j) o direito penal “do cidadão” (por exemplo, autor de um homicídio ocasional) aguarda pelo resultado, isto é, espera-se que o agente exteriorize um fato para que somente então incida a reação, isto é, a sanção que

confirma a vigência da norma; já no direito penal “do inimigo” (um terrorista, por exemplo), promove-se a pronta interceptação da conduta, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade; k) a função da pena no direito penal “do cidadão” é contrafática, enquanto no direito penal “do inimigo” visa à eliminação de um perigo, que deve ser neutralizado pelo maior tempo possível, havendo nisso um significado físico, pois a pena impede que o sujeito pratique crimes fora do cárcere, ou seja, enquanto “o inimigo” está preso, há prevenção do delito (em relação a delitos que poderiam ser cometidos fora do presídio).

O inimigo, nos moldes dos estudos de Jakobs, precisa ser combatido desde logo, antes mesmo de praticar o ato criminoso em si, haja vista que, a sua característica de adversário do sistema social, já é capaz de propagar o medo e desestabilizar as relações interpessoais.

Uma característica muito peculiar desta teoria é a punição dos atos preparatórios, onde ocorreria uma antecipação da pena em razão de fatos que sequer se consumaram. Isto se faz muito presente em relação a atos terroristas que têm ocorrido nos Estados Unidos e em alguns países europeus, que ao determinarem algum comportamento desviado, agem no sentido de evitar uma tragédia maior, ainda que, até o momento, se trate apenas de evidências de um possível crime contra a ordem social.

Diante destas características próprias do Direito Penal do Inimigo, podemos perceber que “o inimigo”, além de não ser tratado como pessoa, também não é visto como sujeito processual, ignorando-se as garantias constitucionais e os princípios do devido processo legal. Neste sentido:

O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual. Daí, também, não pode estar garantido por direitos processuais, como, por exemplo, o de se comunicar com seu advogado constituído, Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, ainda que de modo juridicamente ordenado. Contra ele não se justifica um procedimento penal legal, isto é, “normal”, e sim um procedimento de guerra. Aquele que não oferece segurança cognitiva de seu comportamento pessoal não deve ser tratado como pessoa, tampouco deve esperar da sociedade e do Estado o tratamento de pessoa. Do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (AMARAL, 2007, p. 126).

O fato de atentar contra o Estado Democrático de Direito faz do indivíduo um ser totalmente excluído da vida em sociedade, ignorando seu *status* de cidadão e todos os direitos a ele assegurados. A partir do momento que um sujeito de direitos assume um comportamento diverso da normalidade, nos termos da teoria de Jakobs, ele assume o risco de sua escolha e passa a ser visto e tratado pelo ordenamento jurídico de forma diversa.

Jakobs (2005, p.30) ensina que “o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, enquanto o Direito Penal do Inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”. A postura adotada pelo Estado, frente ao inimigo, é de guerra e de total ataque, deixando de lado certos princípios e assumindo uma política criminal absolutamente repressiva e, até mesmo, utilizando-se de meios violentos em sua atuação.

De acordo com a doutrina de Juarez Cirino dos Santos (2012, p.8), são considerados fatos do inimigo a criminalidade econômica, organizada ou sexual e, sobretudo, nos últimos anos, ações de terrorismo político, fundando afrontas duradouras da validade da norma, além de demonstrar a evidente incapacidade de orientação normativa do sujeito que pratica tais condutas. Nestas hipóteses de estado de exceção, o Direito Penal do Inimigo atuaria no sentido de aplicar uma pena de forma antecipatória como medida de segurança contra fatos futuros, com função de neutralizar a periculosidade do indivíduo.

Na mesma esteira é o ensinamento do alemão Jakobs:

A reação do Direito a tal criminalidade (...) não se dirige, primariamente, para a compensação de um dano à validade da norma, mas para a eliminação de um perigo: a punibilidade é antecipada amplamente no âmbito da preparação, e a pena serve para segurança de fatos futuros, não para castigo de fatos realizados. (JAKOBS, 2004, p. 92).

Com a introdução de um duplo sistema de imputação, no caso da adoção de um Direito Penal do cidadão e de um Direito Penal do Inimigo, o sistema penal seria composto por uma imputação direcionada para a culpabilidade do agente, quando este for considerado cidadão, respondendo apenas pelos fatos passados por ele praticados. Por outro viés, haveria um sistema de imputação voltado para a periculosidade do indivíduo, adotando uma postura preventiva frente a perigos futuros.

Jakobs, como responsável por difundir a teoria no âmbito jurídico, apresenta inúmeros argumentos no sentido de legitimar a possibilidade de um tratamento diferenciado ao sujeito que objetiva atentar com a ordem social. Nesta seara, o autor explica a forma de atuação do Estado em relação aos “inimigos”:

O Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode ver neles pessoas que delinqüem, pessoas que cometeram um erro, ou indivíduos aos que se deve impedir mediante coação que destrua o ordenamento jurídico. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também pode ser usadas em um lugar equivocado. [...] Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um

comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se denomina Direito penal de inimigo; com isto, não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã. (JAKOBS, 2003, p. 41-42).

Conforme se depreende pelas características deste modelo de política criminal, adota-se uma postura de tolerância zero para com o inimigo, a partir do momento que ele é identificado na sociedade. Todos os atos do Estado são voltados no sentido de coibir qualquer ação deste sujeito, punindo-o antes mesmo da execução do crime.

Apesar de, no momento atual, a sociedade internacional vivenciar tempos de tragédias, em razão principalmente do terror espalhado pelo mundo, a teoria do Direito Penal do Inimigo é repreendida pela maioria da doutrina, que entende que, este tipo de política criminal não encontra legitimidade e afronta princípios supremos de todo cidadão. Para alguns estudiosos, adotar este sistema de imputação é o mesmo que desprezar a raça humana, tendo em vista o discurso de que, quem se encontra na situação de “inimigo”, pode ser excluído e eliminado da sociedade. (BUSATO, 2007, p.24).

Além disso, o fato de suprimir garantias constitucionais é muito criticado pela doutrina majoritária, que entende que, apesar do *status* de inimigo, ninguém deve ser combatido, mas sim julgado pelos seus atos como todos os demais cidadãos, em respeito ao princípio da igualdade e do devido processo legal.

Todavia, ainda que a sociedade jurídica critique a adoção da teoria Jakobsiana, implicações do Direito Penal do Inimigo se encontram presentes em muitos ordenamentos jurídicos, que, apesar de não aceitarem explicitamente este modelo de política criminal, têm aprovado leis mais duras no sentido de combater o crime organizado e o terrorismo.

3.2.3 Implicações do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro manter em atuação a política criminal clássica, com regras de imputação em razão da culpabilidade e respeitando todos os princípios e garantias materiais e processuais, é fato que, as leis aprovadas nos últimos anos de caráter penal, possuem, em sua maioria, resquícios do Direito Penal do Inimigo, se analisadas sob a ótica dos estudos de Gunter Jakobs.

Isso se deve ao fato dos legisladores brasileiros tentarem, em tese, inibir crimes mais gravosos e apresentar uma resposta frente à criminalidade violenta presente em nosso cotidiano. O clamor público por segurança, que se baseia especialmente na mídia jornalística e televisiva, é um fator primordial para movimentar o Poder Legislativo, que tenta mostrar, através de criação de novas leis e endurecimento das já em vigor, punição aos delinquentes.

Sobre este entendimento, a doutrina explica que:

De fato, a legislação brasileira em matéria penal e processual penal refletiu nos anos de 1990 uma política criminal de recrudescimento, extremamente punitivista e derivada da opinião pública, exemplos claros são as leis nº 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e lei nº 9034/95 (Lei da Criminalidade Organizada), ou seja, o Direito Penal, servindo de panacéia para problemas sociais seríssimos, pois mais fácil alterar-se um artigo de lei que informar bem e educar a sociedade, daí a profusão de leis penais simbólicas. (BUSATO, 2011, p. 129).

Na mesma esteira, Gomes e Cervini alertam:

(...) como teoria de um Direito penal de terceira velocidade, duas vinham sendo as premissas básicas dessa política puramente repressiva no Brasil: a) incremento de penas (penalização); b) restrição ou supressão de garantias do acusado. A lei dos crimes hediondos, e, agora, a lei de combate ao crime organizado, dentre outras, são expressões desse modelo exclusivamente 'dissuasório', isto é, modelo que confia na "força ameaçadora da lei". (GOMES; CERVINI, 1995, p.28-29).

As leis de caráter penal promulgadas nos últimos anos têm como principal objetivo apresentar um tratamento diferenciado aos indivíduos que cometam crimes relacionados a essas normas. São exemplos desse Direito Penal simbólico a Lei de Drogas, a Lei de Combate ao Crime Organizado e a Lei de Crimes Hediondos, além da recente lei promulgada, qual seja, a Lei Antiterrorismo.

A Lei de Drogas, por exemplo, não traz tipificação para novos fatos, embora traga disciplinado um procedimento especial (leia-se mais rigoroso) para as condutas típicas, que consiste em diminuição de garantias processuais.

O artigo 44 da Lei nº 11.343/06 especifica que:

Art.44: Os crimes previstos nos arts. 33, §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de Direito.
Parágrafo único: Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico (BRASIL, 2006).

A norma é auto-explicativa no sentido de que, caso o sujeito se amolde às condutas típicas, será privado de determinados direitos processuais que outros sujeitos ativos fazem jus. Este tipo de norma visa endurecer a punição para determinadas condutas tidas como crimes mais graves, o que é caso do tráfico de drogas.

Ademais, o Brasil se uniu à política criminal antiterror internacional da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, submetendo uma proposta de tipificação do terrorismo ao Congresso Nacional, que, por sinal, se tornou uma lei aprovada e promulgada (Lei n.º 13.260/2016). Tal fato se deve a uma pressão internacional no sentido dos países aderirem uma legislação baseada no Direito Penal do Inimigo para repressão de atos terroristas, seguindo, desta maneira, uma tendência que se mostra global, tendo em vista ser o terrorismo o maior risco do século.

Além destas principais leis, há em nosso ordenamento jurídico-penal outras leis criadas para atender às novas demandas penais e combater a criminalidade organizada instalada em nossa sociedade. Vejamos, por meio de uma abordagem histórica, alguns exemplos:

- Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional) - Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências.
- Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Preconceito Racial) - Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor (alterada pela Lei n.º 9.459, de 13/05/97)
- Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)
- Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990 - Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.
- Lei n.º 8.176, de 08 de fevereiro de 1991 - Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis.
- Lei n.º 9.034, de 03 de maio de 1995 - Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (alterada pelas Leis n.º 9.303/96 e n.º 10.217, de 11.04.01)
- Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 - Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências (alterada pela Lei n.º 10.455, de 13 de maio de 2002 e Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal).
- Lei n.º 9.296 de 24 de julho de 1996, é a que regulamentou o inciso XII do artigo 5º, CF, prevendo a forma pela qual o judiciário deveria autorizar a interceptação telefônica.
- Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997 - Define os crimes de tortura e dá outras providências.

- Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 - Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências (alterada pela Lei n.º 9.985, de 18.07.00).
- Lei n.º 9613, de 03 de março de 1998 - Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.
- Lei n.º 10.217, de 11 de abril de 2001, publicada no Diário Oficial de 12 de abril do corrente, que autoriza a infiltração de agentes policiais, para o fim de se obter prova em investigação criminal, desde que com autorização judicial, além de outras poucas disposições. Essa lei nova modificou os artigos 1º e 2º da Lei n.º 9.034 de 3 de maio de 1995 e dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, inserindo, ainda, a possibilidade de captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, com autorização judicial.
- Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003 - Altera a Lei n.º 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências, instituindo o regime disciplinar diferenciado.
- Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do desarmamento) - Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm -, define crimes e dá outras providências.
- Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Estas legislações, ainda que criadas com o objeto de manter o controle social e atender ao clamor social, possuem resquícios de um Direito Penal do Inimigo, uma vez que trazem, ainda que subjetivamente, uma política criminal diversa do modelo clássico.

Seja em questões processuais, com restrição de direitos e garantias, seja em questões materiais, com tipificação de novas condutas que não eram consideradas práticas criminosas, o legislador se utilizou, de fundamentos básicos de Jakobs, para tentar, pelo menos na prática, combater a criminalidade e punir com mais vigor os "inimigos" da sociedade.

Tal conduta legislativa nem sempre se mostra eficaz no que se propõe, tendo em vista que aumentar penas e endurecer normas não têm acabado, efetivamente, com a violência urbana e crimes graves praticados diariamente. Aparentemente, analisando sob o viés da efetividade das normas, a maioria das leis criadas sob a pressão popular possuem caráter meramente simbólico perante a sociedade que clama por uma atuação estatal mais rigorosa. Todavia, na prática, esta postura não interfere, diretamente, no nível de criminalidade vivenciado diariamente, tendo em vista que, para isso, seriam necessárias, além de normas realmente eficazes, políticas públicas voltadas efetivamente para solucionar a criminalização

da sociedade. No mesmo sentido, o sistema prisional necessita de reformulação, pois a função educativa da pena não é alcançada, haja vista a realidade carcerária, que ao invés de reeducar o condenado, na maioria das vezes, é o estopim para torná-lo reincidente.

3.3 O terrorismo como risco do século X o Direito Penal do Inimigo como solução

A existência de riscos e perigos na sociedade atual é evento incontestável, seja em razão do aumento da criminalidade, seja em virtude da manifestação de novos tipos penais até então desconhecidos. Fato é que, dentre todos os perigos manifestados nos últimos anos, em especial a partir do século XX, o terrorismo tem atingido a posição de maior intimidação na sociedade, ameaçando de maneira consistente a paz social e, até mesmo, a existência da raça humana, tendo em vista a existência de riscos nucleares.

Para a doutrina, definir terrorismo consiste em um estudo aprofundado do tema, levando-se em conta diversas acepções da palavra. Todavia, todos os estudiosos concordam, unanimemente, que o que melhor define esse fenômeno social é o discurso do terror e do medo. Nesta seara, terrorismo significa “um estado psíquico de grande medo ou pavor” (WILKINSON, 1976, p.13).

Ainda sobre a definição de terrorismo, Lauker (1996, p. 62), apresenta a seguinte acepção:

Emprego sistemático da violência ou ameaça de usá-la por parte de entidades menores que um Estado, com a finalidade de semear o terror na sociedade para debilitar e inclusive dismantelar os detentores do governo e, assim, produzir uma mudança política.

O objetivo principal do terrorismo é o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito por meio de condutas planejadas que, se executadas, atingirão um elevado número de pessoas, ficando o Estado vulnerável a isso, além de exaltar a potencialidade e a periculosidade destes indivíduos. Este fato não é próprio do século atual, pois é fato que muitos países já enfrentavam tais situações antes mesmo da conceituação de “terrorismo”. Um exemplo disto é a batalha do governo colombiano para acabar com os narcotraficantes na década de 90, que tomavam conta do país e aumentavam seus negócios ilegais em grande escala. Com o passar dos anos, chegou-se a conclusão que tais indivíduos não eram criminosos comuns, mas sim sujeitos que buscavam dismantelar a ordem social com suas

condutas. No mesmo caminho estão os grupos terroristas, que ganharam notoriedade nos últimos anos, porém sempre figuraram na sociedade:

Basta uma breve retomada histórica para se constatar que existe(iam) uma diversidade de grupos terroristas pelo mundo. A *Al Qaeda*, que significa “A Base”, é a organização criminoso mais conhecida do mundo, surgida em 1980, no Afeganistão, a partir da influência da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). (LIRA; CALLEGARI, 2015, p.721).

Como se vê, a propagação do terror, já existe, em tese, há muitos anos. Todavia, em 11 de setembro de 2001, aviões terroristas atacaram as Torres Gêmeas (*World Trade Center*) em Nova Iorque, mostrando ao mundo o verdadeiro significado de medo e terror. A partir desta data, a acepção terrorismo tomou conta do mundo e a sensação de insegurança se encontrava alastrada por toda a sociedade.

Ao longo dos anos novos ataques ocorreram, não apenas nos Estados Unidos, mas em diversos países europeus e América do Sul, deixando toda a comunidade internacional vulnerável a novos atos de violência em grande escala. Buscou-se, durante estes anos, encontrar uma forma de combater esse fenômeno de modo a evitar a morte de mais pessoas inocentes. A doutrina majoritária chegou à conclusão que não se pode tratar um terrorista com um Direito Penal de paz, uma vez que, baseando-se na teoria Jakobsiana, este indivíduo representa a figura de um inimigo para a sociedade.

Atualmente, a sociedade está repleta de “adversários” que, silenciosamente, agem contra o poder estatal e caminham em sentido contrário do comportamento social tido como adequado. Estes indivíduos se encontram como integrantes de organizações criminosas estruturalmente organizadas de narcotráfico, de tráfico internacional de pessoas, crimes econômicos, grupos terroristas, dentre outros.

Todavia, a figura do “inimigo” é diferente para cada sociedade, uma vez que, eles podem estar revestidos de características diversas, não cabendo um conceito genérico para todo o tipo de criminoso que visa afronta contra o Estado Democrático de Direito. Um exemplo disto, é a guerra dos países sul-americanos contra os narcotraficantes e a onda de violência disseminada por eles, encarando-os como verdadeiros “inimigos” sociais. De outro lado, nos deparamos com estruturados grupos terroristas atuando em nome de uma opinião religiosa, realizando ataques em países europeus e na América do Norte.

Embora ambos visem, de alguma maneira, desestruturar o Estado Democrático de Direito, suas características são diversas e não é possível generalizar o conceito de “inimigo” e sugerir uma modelo de atuação diferente e mais rigoroso à todos estes criminosos.

Para Jakobs (2010, p. 70), “a guerra ao terror não pode ser executada pelo Direito Penal, pois esse ramo do direito é próprio de um Estado de Direito, que trata seus inimigos como pessoas e não como fonte de perigo como cuida o Direito Penal do Inimigo”.

No mesmo sentido, entende o estudioso Zaffaroni:

O Direito Penal não pode ser aplicado aos terroristas, como acontece na América do Norte e na Europa, uma vez que as reformas legislativas penais de corte inquisitorial, além de provocarem um avanço do Estado de polícia ou autoritário – com o conseqüente debilitamento do Estado de direito -, costumam ter efeitos paradoxais, visto que criar tipos penais de *terrorismo* pode dar origem à impunidade. (ZAFFARONI, 2011, p. 186).

As formas de repressão do terrorismo, todavia, devem ser analisadas com determinada cautela, tendo em vista que, os considerados “inimigos” visam atentar contra o Estado Democrático de Direito, objetivando, desta maneira, atingir diversos bens jurídicos e em grandes escalas, sendo que, por agirem de maneira silenciosa, a repressão deve seguir a mesma conduta adotada pelo “adversário”.

Callegari e Linhares (2014, p. 129) explicam:

(...) o terrorismo é, efetivamente, beneficiado com a política de guerra ao próprio terrorismo. Considerando que seu objetivo é a difusão do terror para alcance de um objetivo político final, o terrorismo tem na ideologia agressiva de seu combate um fator aliado à criação de uma atmosfera de pânico. Ao ser considerado um inimigo do Estado e da sociedade, merecedor de medidas tão drásticas quanto aquelas próprias de uma guerra declarada (perceptível na política de combate ao terrorismo dos Estados Unidos da América), o terrorismo adquire status de ente dotado de um poder que na verdade não tem e o sentimento de medo se difunde com maior facilidade nas pessoas, que se vêem sujeitas a esse poder.

A elevação do terrorista a um patamar muito alto de periculosidade concede à ele status de ser mais perigoso do que, verdadeiramente, é. Além do mais, a mídia de uma forma geral transmite uma imagem distorcida de muitos fatos relacionados ao terrorismo, que nem sempre condizem com a realidade.

Todavia, Luigi Ferrajoli (2007, p. 354) admite que “sozinho, o Direito Penal não é suficiente ao combate de uma forma de criminalidade tão complexa como é o terrorismo, sendo necessárias medidas de política internacional bem coordenada”.

O terror presente no Oriente Médio é um exemplo claro da atuação destemida destes “inimigos”, que por questões totalmente distorcidas em relação a ideologias políticas e religiosas, atuam de modo a propagar o medo pelo mundo.

A forma de agir destes grupos também é um elemento muito difícil de ser tratado pelo Direito Penal clássico, uma vez que os “terroristas” não possuem uma forma pré-estabelecida de atuação, vedando, desta maneira, a repressão por parte do Estado. Neste sentido:

Além de não reconhecer a democracia, também o terrorismo, visando atingir seus objetivos, se vale da clandestinidade, isso porque o agente terrorista sabe que está em condição de desigualdade em relação ao poder e não pode fazer um enfrentamento aberto e explícito. E, nesse anonimato, o terrorista orienta sua finalidade – terror – contra pessoas inocentes, indiscriminadamente, buscando uma responsabilidade objetiva e coletiva, assumindo o ato violento características próprias de operação primitiva. (ORDÓÑEZ, 2004, p. 60).

Diante desta realidade, o Direito Penal do Inimigo caminha, justamente, no sentido de inibir a atuação de grupos que atentem contra a ordem social. Levando-se em conta a gravidade dos atentados terroristas ao redor do mundo, deixando milhares de pessoas mortas, feridas e desabrigadas, necessário se faz uma punição mais rigorosa frente a estas condutas terroristas.

Esta postura adotada pela nova ordem de política criminal é explicada por Dieter (2008, p. 303):

Definir formalmente o conceito *terrorismo* para depois avaliar indiscriminadamente situações concretas, prioriza-se a identificação do *terrorista*, para só depois qualificar tais atos como *terrorismo*, não porque esses atos correspondem à definição, mas porque são obra *dele*.

Um exemplo muito claro da presença da teoria do inimigo em relação ao terrorismo se encontra na promulgação recente Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/2016), que trouxe inovações para o cenário jurídico brasileiro, como a punição dos atos preparatórios. A criação desta lei reforçou a ideologia de que, para deter o “inimigo” não basta apenas uma política criminal comum, mas sim algo realmente voltado para crimes estruturalmente organizados e cometidos por indivíduos que mantêm um único objetivo: atentar contra a paz social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que atualmente vivemos uma fase crítica em relação ao Direito Penal, tendo em vista que, muitas vezes, este instituto se apresenta falho diante das mudanças sociais ocorridas e, principalmente, em relação ao aumento desenfreado da criminalidade, que além de violenta, se manifesta também, por outros meios, chamados de novos riscos penais.

Essa realidade, acoplada à atuação da mídia, muitas vezes feita de forma inconsequente, é responsável por espalhar o terror e o medo por todo o mundo, que vive vulneravelmente exposto aos riscos silenciosos do século atual. Tais fatores, como vimos, desencadearam estudos sobre novas teorias de política criminal que pudessem surtir algum efeito diante do caos instalado no âmbito jurídico.

Este sentimento de insegurança é o motivo pelo qual se clama por um Direito Penal de emergência, que na realidade apresenta um valor simbólico e não eficaz ao que se propõe. A necessidade de um ordenamento jurídico expansionista e eficiente, voltado para os novos riscos e para os novos “criminosos” do século atual foi o ápice para o surgimento da teoria do Direito Penal do Inimigo, criado por Günther Jakobs como instrumento de atuação dentro da sociedade de risco em que vivemos.

A política criminal do Direito Penal do Inimigo, se baseia, resumidamente, em uma flexibilização dos direitos e garantias fundamentais em relação aos indivíduos determinados como “inimigos” como forma de manter a validade da norma e restabelecer a paz social. Isto implica em uma divisão dentro do Direito Penal, com uma política criminal voltada para os indivíduos considerados “cidadãos” e outra voltada para o “inimigo”, que poderá ser punido até mesmo pelos atos preparatórios.

A teoria encontra muita resistência no âmbito jurídico por seu caráter extremista, além de relativizar direitos básicos do ser humano, marcando um verdadeiro retrocesso em relação aos princípios básicos do Direito, conquistados tão arduamente ao longo do processo de evolução da sociedade. Entretanto, seja de maneira simbólica ou não, implicações do Direito Penal do Inimigo já se encontram presentes em muitas legislações ao redor do mundo, inclusive no Brasil. Embora não reconheçam a teoria como uma forma válida de política criminal, o endurecimento de leis já existentes e tipificação de novos crimes se baseiam, exclusivamente, na teoria Jakobsiana, de forma a se amoldar aos novos perigos e sujeitos ativos de crimes.

Em contrapartida, a atuação de organizações criminosas cada vez mais estruturadas e de grupos extremistas terroristas tem feito os doutrinadores analisarem o Direito Penal do Inimigo sob uma nova ótica, tendo em vista que, nestes casos, resta claro que os sujeitos criminosos visam, unicamente, atentar contra o Estado Democrático de Direito e espalhar o medo e o terror, devendo ser combatidos de forma mais rigorosa do que crimes comuns.

Assim, após o estudo mais aprofundado a respeito da teoria do Direito Penal do Inimigo, conclui-se que, realmente, é uma política criminal expansionista que tende a enfraquecer a corrente garantista, relativizando direitos e garantias processuais e punindo de forma mais rigorosa àquele que atentar contra o Estado, adotando uma postura de retrocesso se comparada à árdua luta pelo respeito da vida humana.

Desta maneira, resta claro que adotar este modelo de política criminal, nos dias de hoje, seria um instrumento a mais de desrespeito às garantias e direitos individuais, que, na prática, já são muito ignorados em caráter internacional. Além disso, sendo o Estado o detentor do poder de discriminar cidadão de inimigo, a finalidade que a teoria traz poderia ser desviada diante de interesses ocultos por detrás da atuação estatal, como motivos econômicos e políticos.

Além do mais, a figura do inimigo ainda é um tema muito discutido na doutrina, não encontrando um amparo conceitual para tratar este tipo de criminoso, tendo em vista que, cada sociedade, de acordo com o contexto em que está inserida, possui um inimigo em particular para combater, não podendo generalizar todos estes criminosos a um mesmo patamar.

Logo, apesar da criminalidade violenta e da sensação de insegurança, os direitos e garantias individuais jamais devem ser relativizados em detrimento de um poder estatal punitivo, tendo em vista que a vida e a dignidade da pessoa humana se sobressai a qualquer outro direito ou interesse social.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal da Sociedade de Risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal**. Trad. De Juarez Cirino dos Santos. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade del riesgo**. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibperica, 1998.

_____. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. De Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva – política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>.

Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Lei n. 10.792, de 1 de dezembro de 2003.** Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016.** Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

BUSATO, Paulo César. **Modernas Tendências de Controle Social.** Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2007/ModernasTendencias-RECJ-04.03-07.pdf>. Acesso em 01 jun. 2016.

_____, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____, Paulo César. **O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão.** IN: MUÑOZ CONDE, F. Crítica ao direito penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal.** Direito & Justiça. Porto Alegre, v.40, n. 2, p.125-132, jul./dez. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**: volume 1. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas (São Paulo): LZN, 2002.

CIRINO, Juarez dos Santos. **A criminologia da repressão**. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 1979.

COSTA, Fernanda Otero. **Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do Direito Penal do Inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 20, n.94, 2012.

CUNHA, Juliana Falei Sousa Rocha; ROCHA, Virgínia Afonso de Oliveira Morais da. **A Sociedade de Risco e o Direito Penal**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, v.26, p.343-360, 2013.

DIETER, Maurício Stegemann. **"El terrorismo internacional"**. In: RBCCRIM 75 – 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia**. Itália. Editora Laterza, 2007.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 6ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GOMES, Luiz Flávio - **Muñoz Conde e o Direito Penal do Inimigo** – Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/admin/clc_search/begin/index.php?query=direito+penal+do+inimigo. Acesso em 26 mar.16.

GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raul. **Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** - v. 1. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GUIMARÃES, Alisson Gomes. **O Direito penal de emergência e suas implicações nas políticas criminais contemporâneas do Brasil**. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo9-poderviolenciaepoliticaspUBLICAS/odireitopenaldeemergenciaesuasimplicacoesnaspoliticascriminaiscontemporaneasdobrasil.pdf>. Acesso em: 08 out.2016.

JAKOBS, Günther. **Bases para una teoria funcional del derecho penal**. Trad.Manuel Cancio Meliá. Lima: Palestra. 2000.

_____, **Derecho Penal del enemigo**. Madrid: Thomson: Civitas. 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Org./Trad. André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli, 2005, p. 55; no mesmo sentido, traduzido para o espanhol: MELIÁ, Manuel Cancio. ‘Derecho penal’ del enemigo, publicado em: JAKOBS; MELIÁ, Derecho penal del enemigo. Madri: Civitas, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em: 08 out. 2016.

_____,. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

KAUFMANN, Artur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à filosofia do direito e a teoria do Direito contemporâneas**. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002

LAQUEUR, Walter. **Terrorismo posmoderno**. Foreign Affairs, v. 75, n.5, 1996.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa; CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal antiterror: necessidade de definição jurídico-penal para a tipificação de terrorismo no Brasil**. Fortaleza: Pensar; set./dez. 2015.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Barcelona: Antrophos, 1992.

MACIENTE, Roberta Oliveira. **Direito Penal do Inimigo - Punição alternativa frente à evolução do crime**. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1031>. Acesso em 28 mar.16.

MASI, Carlo Velho; MORAES, Voltaire de Lima. **O “moderno” direito penal e a política criminal expansionista**. Sistema Jurídico-Penal Contemporâneo. Porto Alegre, v.5, n.1, jan./jun.2013.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do Inimigo**. 1ºed. Editora Juruá, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **As origens ideológicas do direito penal do inimigo**. Revista Justiça e Sistema Criminal. Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n.2, jul./dez. 2009.

NAVARRO. Marli B. M. De Albuquerque; CARDOSO, Telma Abdalla de Oliveira. **Percepção de risco e cognição: reflexão sobre a sociedade de risco**. Ciências & Cognição (UFRJ), Rio de Janeiro, v. 06, 2005.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. **A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do Direito Penal**. Revista dos Tribunais Online: Ciências Penais, v.5/2006, p.284-304, Jul-Dez/2006.

NORONHA. E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ORDÓÑEZ, Ulises Schmill. **Terrorismo y democracia**. In: OLLOQUI, José Juan de (Coord.). Problemas jurídicos e políticos del terrorismo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004

PÉREZ CEPEDA Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno**. Madrid: Editora Iustel. 2007.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru : Jalovi, 1980.

PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 47, 2004.

_____, **O Direito penal em uma encruzilhada: abolição, diversificação, retornar a razão ou entrar em razão?**. Revista de Ciências Criminais: UEM, v.7, nº1, jan./jun.2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Direito, complexidade e risco**. Revista Sequência – Revista do Curso de pós-graduação da UFSC. Florianópolis, ano 15, n.28, jun.1994.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Veja Limitada, 1993

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª edição rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013,

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Tzu, Sun. **A arte da guerra** / Sun Tzu; tradução de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAIM, Miguel Juarez R. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.legocursos.com.br/artigos-detalle.php?id=5>. Acesso em 01 jun. 2016.