

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

MARCOS VINÍCIUS MASSAITI AKAMINE

A EXCEÇÃO NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA CRÍTICA À TEORIA JAKOBSIANA

MARÍLIA

2016

MARCOS VINÍCIUS MASSAITI AKAMINE

A EXCEÇÃO NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA CRÍTICA À TEORIA JAKOBSIANA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador: Prof^o. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos

MARÍLIA

2016

Akamine, Marcos Vinícius Massaiti Akamine

A exceção na sociedade de risco: uma crítica à teoria jakobsiana / Marcos Vinícius Massaiti Akamine; orientador: José Eduardo Lourenço dos Santos. Marília, SP: [s.n.], 2016.

126 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

1. Direito Penal do Inimigo 2. Estado de Exceção 3. Construção do Saber Jurídico

CDD: 340.1

DEDICO ESTE TRABALHO A FAMÍLIA E AMIGOS, ESTEIO DE TODA A MINHA VIDA.

AGRADECIMENTOS

Tecer agradecimentos é algo difícil e gratificante de se fazer. Difícil porque podemos, sem querer, esquecer pessoas importantes: culpa de nossa memória, decorrente de um cérebro cheio de afazeres do dia-a-dia, ocupado, que nos faz ignorar desde as mais singelas atitudes cotidianas de alguém, como negligenciá-las. Assim, de modo geral e que possa alcançar a todos, meu “muito obrigado” as queridas pessoas, que direta ou indiretamente, me ajudaram nessa árdua jornada situada em Marília, interior do Estado de São Paulo. Desde aqueles que me deram estadia até os professores e funcionários da UNIVEM que foram atenciosos comigo a todo tempo. Essa cidade me traz ótimas recordações e será para sempre lembrada em meus pensamentos.

Sem dúvida nenhuma, a minha família teve fundamental importância para que eu conseguisse concluir este Mestrado. Desde o início me apoiou e me ajudou, principalmente no âmbito psicológico, para que o ânimo não diminuísse – mesmo com os quase 600 quilômetros percorridos quase toda semana, da partida até a volta à Três Lagoas, Mato Grosso do Sul. Com certeza, se não tivesse toda essa atenção e amparo de vocês: meu pai Marcos, minha mãe Sueli, minha irmã Bia e meus avós Tomiti e Hatsue Akamine, eu não chegaria nem na metade dessa trajetória e, muito menos, onde me encontro hoje. Amo todos vocês de forma incondicional.

Agradeço a todos os amigos, começando pelos de Três Lagoas que, apesar de todas as viagens a Marília, fazia de nossos encontros um meio de espairer e perceber que mesmo com o decorrer do tempo, nossos laços de amizade não diminuam, ao contrário, só aumentavam. Para nominar alguns, sem ordem alguma: Jabá, nascido e criado em Tucuruí-PA mas que já podemos considerar um treslagoense nato do tereré; Rodolfo, aquela pessoa calma e tranquila (hehe), profissional e pai exemplar; Gabriel, nosso médico carioca, que sonha ser urologista; Neto, cervejeiro de mão cheia, mas que na verdade queria ser padeiro (ou confeitador?); Charles, pessoa de coração grande que condiz com sua altura, logo logo prefeito, vereador ou deputado do Mato Grosso do Sul; Pepeu, eterno universitário da UFMS-CPTL e cantor da bateria da atlética; Pereba, o estagiário “super” da Eldorado, agora advogado responsável e a todos que me fazem companhia nessa cidade que tenho um imenso carinho e admiração.

Sem esquecer, por óbvio, de Natalia Menezes, minha companheira que me apoiou e deu broncas para que terminasse o texto da dissertação. Me aguentou nos dias difíceis, me deu ânimo, não só no âmbito acadêmico profissional, mas principalmente no âmbito pessoal. Me tornei melhor com sua companhia, mesmo com esse seu jeito expressivo, de fala alta, mas com um coração imenso e atenção fora do comum. Você foi um presente da vida e que agradeço todos os dias por ter a oportunidade de conviver dia-a-dia.

Aos amigos de Marília, o agradecimento de poder conviver esses últimos anos com vocês, por tornar a estadia e o programa de Mestrado em um ambiente saudável e longe da solidão. Com debates e pensamentos, por vezes, divergentes, mas com ótimas lembranças e saudades eternas de nossas disciplinas: Fernando Almeida, filósofo (de esquerda) que admiro tanto; Norton, pessoa de um conhecimento e receptividade fora do comum; Roberto, um quase senhor de idade com cara de menino; Geovane, discípulo do Fer e vegano gordo e tantos outros que tive o prazer de conhecer.

Agradeço ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM, especialmente ao coordenador professor Dr. Lafayette e também ao professor Dr. Teófilo, vice-coordenador, e estendo a todo o corpo docente. Agradeço a Leninha, por toda atenção que me fora dispensada, e que encurtava a distância de Três Lagoas a Marília via telefone, me dando informações, ajuda nos trâmites dos trabalhos acadêmicos, sempre com zelo e entusiasmo.

Ao professor Dr. Mário Furlaneto Neto por me dar instruções tão valiosas em meu trabalho, com indicações pontuais e muito pertinentes. Agradeço por compor a banca e admiro o seu trabalho acadêmico que é de grande importância.

A professora Dra. Gisele Mendes de Carvalho, pessoa a qual acompanho desde os tempos de minha graduação em seus textos, livros e palestras. Foi um prazer conhecê-la pessoalmente e notar que a sua sabedoria é proporcionalmente igual à sua afabilidade: imensa.

Por fim, mas não menos importante, resta agradecer ao meu orientador professor Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos que me acolheu e me deu valiosas lições no decorrer desses anos. De uma benevolência e hospitalidade que me deixam contente em ser seu orientando. Desculpas por qualquer atitude ou ato meu que possa ter lhe aborrecido. Será, para mim, sempre um exemplo de mestre a ser seguido.

MUITO OBRIGADO A TODOS.

“Aprendemos a voar como os pássaros,
a nadar como os peixes;
mas não aprendemos a simples arte de
vivermos juntos como irmãos.”

KING, Martin Luther

AKAMINE, Marcos Vinícius Massaiti Akamine. **A exceção na sociedade de risco: uma crítica à teoria jakobsiana** 2016. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Erípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

RESUMO

O Direito penal, em razão das mudanças que acontecem na sociedade, acaba por se transformar e evoluir de tempos em tempos. Nos últimos anos, surgiu uma certa teoria de regulação do Direito positivo que aparenta ser diferente do Direito penal geral em virtude de suas características peculiares de classificar alguém como inimigo, excluindo-o. Este conceito, que tem como expoente o jusfilósofo Günther Jakobs, ganhou mais destaque, principalmente após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, data dos ataques ao World Trade Center, em Nova Iorque. Este pensamento culmina na produção de normas jurídico-penais em que não vigoram princípios e garantias, nem regras de imputação ou postulados como elementos irrenunciáveis num Estado de Direito aos infratores caracterizados como inimigos. Todavia, quando se explora a História da sociedade, num olhar filosófico e teórico-político, vê-se que este modo de tratamento penal diferente aos "inimigos", é uma constante histórica e que influencia - direta ou indiretamente - a ideia do filósofo alemão. Será utilizado o método de pesquisa hipotético-dedutivo no objeto deste projeto de pesquisa e o meio utilizado é o de pesquisa bibliográfica de livros, de artigos científicos, dados jornalísticos, entre outros neste trabalho que se dedica a examinar a teoria do Direito penal do inimigo, seus conceitos, influências, aplicabilidade e justificativas, como a de que os tempos atuais não são de normalidade, mas de consolidação do estado de exceção como paradigma de governo e, ainda, verifica-se a sua possível existência na legislação brasileira. E, ao final, conclui-se que a negação de condição de pessoas a determinados indivíduos não é compatível com a exigência do respeito à dignidade humana e um Estado de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo; Günther Jakobs; Estado de Direito; Estado de Exceção; Sociedade de Risco.

AKAMINE, Marcos Vinícius Massaiti. **The exception in the risk society : a critique of the jakobs's theory** 2016. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eripides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

ABSTRACT

The Criminal Law, because of the changes that take place in society, transforms and evolves from time to time. In recent years, emerged a certain theory of regulation of Positive Law that appears to be different from the general Criminal Law by virtue of its peculiar characteristics of classifying someone as an enemy, excluding him/her. This concept, which has as exponent the philosopher Günther Jakobs, gained more prominence, especially after the events of September 11st, 2001 - date of the attacks on the World Trade Center, in New York. This thought culminates in the production of legal-criminal norms in which principles and guarantees are not applied and neither are allocation rules or postulates, as indispensable elements in a Rule of Law to the ones now characterized as enemies. However, when exploring the history of society in a philosophical and theoretical-political way, it is possible to see that this different criminal treatment to the "enemies" is a historical constant and has influence - directly or indirectly - over the idea of the German philosopher. The method of hypothetical-deductive on the subject of this research project will be used, trough books, scientific articles, journalistic data, among others in this work is dedicated to explore the theory of Criminal Law of the Enemy, its concepts, influences, applicability and justifications, such as that the contemporary times are not ordinary, but the moment of consolidation of the State of Emergency as the Government Paradigm and also there is its possible existence in the Brazilian legislation. And, in the end, it is concluded that the negation of the “people condition” to certain individuals is not compatible with the requirement of respect for Human Dignity and the Rule of Law.

Keywords: Criminal Law of the Enemy; Günther Jakobs; Rule of law; State of Exception; Risk Society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	11
CAPÍTULO 1: DOS DIREITOS E A PROTEÇÃO DO SER HUMANO -----	14
1.1. Os direitos fundamentais e sua importância para o Estado de Direito -----	14
1.2. Mecanismos de proteção à pessoa -----	26
1.3. Direito Penal: Controle Social -----	35
1.4. O biopoder em Foucault -----	40
CAPÍTULO 2: DOS SISTEMAS PENAIIS -----	44
2.1. Considerações históricas -----	44
2.1.1. Vingança privada, divina e pública -----	45
2.1.2. Direito penal romano -----	46
2.1.3. Direito penal germânico -----	47
2.1.4. Direito penal canônico -----	48
2.1.5. Direito penal comum -----	49
2.1.6. Período humanitário -----	50
2.1.7. Período criminológico -----	52
2.2. Fins da pena -----	53
2.2.1. Teorias absolutas-----	54
2.2.2. Teorias relativas-----	55
2.2.3. Teorias unitárias, mistas ou ecléticas -----	58
2.3. Direito Penal Mínimo -----	59
2.4. O Abolicionismo do Direito Penal -----	64
2.5. Direito Penal Máximo -----	67
CAPÍTULO 3: DIREITO PENAL DO INIMIGO – GÜNTHER JAKOBS -----	77
3.1. O inimigo no Direito penal -----	77
3.2. Exposição histórica jusfilosófica e teórico-político -----	81
3.3. A sociedade de risco -----	84
3.4. O Estado de exceção -----	89
3.5. A expansão e flexibilização do Direito penal: uma situação de anormalidade -----	94
3.6. A presença do Direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro -----	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS-----	113
REFERÊNCIAS -----	117

GLOSSÁRIO

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AE: Aparelhos do Estado

AIE: Aparelhos Ideológicos do Estado

FBI: Federal Bureau of Investigation

RDD: Regime Disciplinar Diferenciado

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TPI: Tribunal Penal Internacional

INTRODUÇÃO

O Direito penal, com a evolução histórica e o surgimento de garantias e deveres constitucionais, foi moldando-se a partir de princípios que regem o Direito em busca de um Estado Democrático, culminando no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Todavia, com o aumento do índice de criminalidade nas sociedades atuais, surge um sentimento generalizado de insegurança, que cobra das instituições estatais uma solução imediata para essa incômoda crescente. No entanto, faz-se concretizar teorias que, a princípio, colidem com as bases do Estado de Direito.

Este sentimento de insegurança surge em razão do medo que a sociedade tem do desconhecido. A sociedade se encontra em um estágio em que as ameaças produzidas no momento industrial tornam-se cada vez mais claras e passam a demonstrar que alguns assuntos precisam de uma nova limitação e de padrões como a segurança, controle, os danos, e, também, o sistema jurídico, como o Direito penal.

Nos últimos anos, se destaca a teoria do Direito penal do inimigo, criado pelo alemão Günther Jakobs, onde – resumidamente – se divide a matéria em estudo em duas: O Direito penal do cidadão e o Direito penal do inimigo. Aquele é o ordenamento jurídico-penal que é conhecido, em que se incluem os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos perante o poder estatal. Já, este é um Direito penal alternativo em que o indivíduo não é mais reconhecido como pessoa, assim, não tem como proteção o Direito do cidadão, mas, um ordenamento próprio em que é considerado um inimigo.

A partir dessa premissa de sociedade de risco pós-industrial e as possíveis exceções às garantias e direitos constitucionais, dedica-se esta dissertação ao tema e utiliza como meio de pesquisa o recurso bibliográfico, de livros, artigos científicos, leis, jurisprudência, entre outros e o método hipotético-dedutivo será adotado para que, ao final, conclua-se que o Direito penal do inimigo não é compatível com o Estado Democrático de Direito e que existe legislação deste caráter no ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho se concentrará na teoria do Direito e do Estado para a construção do saber jurídico com uma análise sobre os novos direitos, novos riscos e o controle social.

Será fundamental discutir acerca dos princípios acolhidos pelo sistema penal, principalmente, o da legalidade é o reitor do Direito penal, princípio este que foi o marco do qual surgiu o modelo liberal que reagiu à tirania do Estado absolutista, sendo utilizada como

termômetro para a qualidade de um Estado totalitário ou democrático juntamente com o da intervenção mínima, que demonstra o quanto um Estado reprime sua população.

O Direito penal do inimigo fora apresentado por Günther Jakobs na década de 1980, primeiramente como uma constatação de uma legislação acerca do “inimigo” e depois como uma teoria adotada pelo professor alemão da Universidade de Bonn, que no trabalho se verá que nesta teoria a pena não é a contradição do fato cometido, mas, de eliminação de um perigo. Aonde, quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal e é combatido como inimigo. Para esta teoria a “guerra ao terror” tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança. Porém, corre-se o risco de se afrontar as garantias e direitos constitucionais.

Assim, Günther Jakobs sustenta que, na verdade, o Direito penal do inimigo já existe nos ordenamentos jurídicos de vários países, quando se encontra penas desproporcionais à ação delituosa praticada, à antecipação do cumprimento de pena, entre outros fatores.

Exemplificando, a legislação norte-americana chamada *USA Patriot Act* pode ser um dos principais, além da, no âmbito brasileiro, a lei de drogas, lei de crimes hediondos, alguns artigos acerca da execução penal, lei sobre as organizações criminosas e outras que este estudo se debruçará.

É nítido que o Direito penal está sofrendo transformações, tanto em relação à percepção social da relevância do delito e do ordenamento penal, como sua utilização nos processos políticos. Principalmente após os ataques de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, observa-se o surgimento de setores de regulação direcionados ao combate ao “crime organizado” e, sobretudo, ao terrorismo, nos quais estas alterações político-criminais confirmam o chamado Direito penal do inimigo: normas jurídicas-penais, nas quais já não vigoram princípios de garantia e nem regras de imputação, postulados como irrenunciáveis em um Estado de Direito aos infratores de preceitos penais.

O presente trabalho tem como objetivo analisar esta teoria denominada Direito penal do inimigo, suas influências e embasamentos, as suas aplicações na sociedade atual e fazer um paralelo com o chamado Estado de exceção, além de estudos filosóficos e teórico-político. Além de um diagnóstico à luz dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, principalmente com a dignidade da pessoa humana, os modelos de controle social que são utilizados, a utilização do Direito penal de modo mínimo ou máximo e, também, um estudo de sua abolição no sistema jurídico, mas, principalmente na figura do inimigo.

A dissertação se fará, em um primeiro momento, debruçada sobre os princípios constitucionais de direitos e garantias individuais e suas dimensões, com enfoque

principalmente na dignidade da pessoa humana. Com a análise, questionará sua universalidade – se todos os cidadãos que compõem a humanidade teriam o direito de serem considerados como tal – ou se, em algumas exceções, certos indivíduos poderiam ser vistos como “não-pessoas”, desprotegidos do mínimo de direito. Ainda no primeiro capítulo será mostrado os mecanismos de proteção à pessoa e como o Direito penal pode ser utilizado neste âmbito e, ao final, uma breve análise sobre o biopoder relatado por Michel Foucault.

No segundo capítulo, uma análise sobre as teorias naturalista e contratualista social e qual será a adotada neste trabalho, após a introdução da importância do Direito penal, discutir-se-á sobre os seus modelos de aplicação, seja de maneira mínima ou máxima, seja de modo a aboli-la. Como extremos existem o Direito penal mínimo (ou Direito penal do equilíbrio) e o Direito penal do inimigo (ou Direito penal de terceira velocidade) onde, cada qual à sua maneira, é regido por seus próprios princípios e será verificado qual deles é compatível com um Estado de Direito.

Frise-se que o inimigo no Direito penal não foi definido contemporaneamente, ao contrário, a sua conceituação é antiga, todavia, o seu alvo foi modificado várias vezes a partir de inúmeros pontos de partida que foram utilizados, tais como, religião, localidade, comunidade, situação econômica, entre outros.

No derradeiro capítulo será melhor observado o Direito penal do inimigo, teoria elaborada por Günther Jakobs e, a partir dela, verificar quem é o inimigo e sua origem jurídica e filosófica. Após, será feita uma análise sobre a sociedade contemporânea pós-industrial e, sua possível denominação como sociedade de risco, bem como a investigação do Estado de exceção na atualidade e sua provável existência no mundo ocidental com a incidência da expansão e flexibilização do ordenamento jurídico dos países. No último dos tópicos, será feita a pesquisa sobre a possível presença na legislação penal brasileira, se é de forma expressa ou omissa, e sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e seus princípios.

O Direito penal do inimigo é uma teoria que ganha força e merece atenção especial, pois Günther Jakobs soube argumentar e embasar seu pensamento, em que recorre a filósofos antigos como também a dados atuais, em que articula a existência não-declarada de sua tese nos ordenamentos jurídicos, em que falta somente o reconhecimento formal e a aceitação da separação que sugere de Direito penal do cidadão e do inimigo.

Porém, mesmo diante de um Estado de emergência em razão dos riscos modernos se verificará neste trabalho que diante dos princípios de um Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana a teoria do Direito Penal do inimigo é ilegítima.

1 DOS DIREITOS E A PROTEÇÃO DO SER HUMANO

1.1 Os direitos fundamentais e sua importância para a humanidade

Contemporaneamente, o homem é resguardado por direitos e garantias que o protegem contra os malefícios de uma injustiça praticada por um indivíduo ou até mesmo contra um Estado. Assim, atualmente se fala em dignidade da pessoa humana, direito à liberdade, à igualdade e até outros decorrentes da fraternidade, todavia, estes direitos considerados fundamentais ao ser humano não foram sempre previstos e disponíveis a todas as pessoas. Com o passar dos séculos, a ideia de proteção ao ser humano e a expansão desses direitos e garantias com a finalidade de dar a todos um mínimo de dignidade é fruto de evoluções históricas e que recentemente conseguiu, ao menos, dar reconhecimento universal a todos.

Mas, o que seriam os direitos fundamentais? Discorre sobre o tema Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 36), onde pode-se definir os direitos fundamentais como:

[...] a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional. A Constituição de 1988 incorporou esta terminologia para designar sua generosa carta de direitos. Embora incorporados pelo direito positivo, os direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.

Para Gilmar Mendes (2006, p. 2), em razão da complexidade do sistema de direitos fundamentais, tem-se que ter esforço para entendê-lo, principalmente nos seus elementos essenciais, que seriam a identificação dos âmbitos de proteção e a imposição de restrição ou limitações gerais do Estado. Ainda, conceitua que:

[...] os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais de ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Faz-se uma análise histórica onde se colocam os direitos naturais e o próprio cristianismo como influências para a origem dos direitos fundamentais do homem, isto se dá, por uma razão: a revolução francesa e, posteriormente, a Declaração Francesa dos Direitos do

Homem e do Cidadão de 1789 são o ponto de maior destaque para o reconhecimento destes direitos e são influenciados diretamente pelo jusnaturalismo e o pensamento cristão.

Porém, conceituar os direitos fundamentais, como dito acima, se torna algo hermético, como leciona José Afonso da Silva (2009, p. 175):

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdade fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem*.

Dentre estas várias expressões, continua, a que melhor define o objeto de estudo é de *direitos fundamentais do homem*, porque "é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna livre e igual de todas as pessoas." (SILVA, 2009, p. 178).

Sobre a definição e a utilização da denominação de direitos fundamentais, Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 36) leciona que é

[...] a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional. A Constituição de 1988 incorporou esta terminologia para designar sua generosa carta de direitos. Embora incorporados pelo direito positivo, os direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.

A terminologia direitos humanos e/ou direitos fundamentais podem ser consideradas distintas, onde aqueles são reconhecidos pela ordem internacional com pretensão de validade universal. Já estes são os positivados na esfera do direito constitucional (dentre os quais se destacam os direitos humanos)¹. (SARLET, 2012, p. 251).

Quanto a um conceito, então, de direitos fundamentais compatível com as características da Constituição brasileira, Ingo Sartet (2012, p. 269) define que são

[...] todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram expressa e implicitamente integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes

¹ Mesmo sentido: COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo, 2010, p.70-71.

constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

Quanto a natureza desses direitos, afirma José Afonso da Silva (2009, p. 179) que são "situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana."

Ao analisar seus objetivos, a previsão de direitos é estritamente ligado a busca pela paz por meio da democracia. A sua positivação e seguridade estão presentes nas Constituições democráticas modernas, e a paz é o resultado da aplicabilidade e proteção destes direitos de cada homem, em âmbito local e internacional. E, segundo Bobbio (2004, p. 2):

Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da "paz perpétua", no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima do Estado. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Para Fábio Comparato (2010, p. 31), houveram várias fases acerca do conceito de pessoa, aquele que desfruta desses direitos fundamentais, onde a primeira discussão foi no concílio ecumênico, reunido em Niceia em 325, porém, "não ocorreu a respeito do ser humano, e sim da identidade de Jesus Cristo", e que chegaram a seguinte conclusão:

Os padres conciliares recorreram, para a solução da controvérsia, aos conceitos estoicos e *hypóstasis e prósoyon*, dividindo, como dogma de fé, que a *hipóstasis* de Jesus Cristo apresentava uma dupla natureza, humana e divina, numa única pessoa, vale dizer, numa só aparência. (COMPARATO, 2010, p. 31).

Já para a segunda fase para a formação do conceito de pessoa se deu no início do século VI, por Boécio. Seus estudos influenciaram todo o pensamento medieval ao rediscutir o dogma proclamado em Neceia. Definiu que *persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia* ("diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional"). Assim, a pessoa não é somente uma exterioridade, mas a própria substância do homem, no sentido aristotélico, quer dizer, a forma (fôrma) que molda a matéria e que se dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade. Esta definição, por exemplo,

foi adotada por Santo Tomás de Aquino na *Summa Theologiae*, onde, para ele, o homem seria um composto de substância espiritual e corporal. (COMPARATO, 2010, p. 32).

Na terceira, em que traz um sujeito de direitos universais, atemporal, por todo o ordenamento jurídico, adveio com a filosofia kantiana em que

a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. (COMPARATO, 2010, p. 34).

A quarta etapa teve a contribuição de pensadores como Lotze, Brentano e Nietzsche, na segunda metade do século XIX, que consistiu que o homem é o único que toma rumos em sua vida em função de preferências valorativas. Então, a pessoa é ao mesmo tempo legislador universal, em razão dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas. (COMPARATO, 2010, p. 37-38).

Por fim, na quinta e última fase do conceito de pessoa, que ocorreu no século XX, em formação pela filosofia da vida e ao pensamento existencialista, em que a pessoa é única, dotada de personalidade própria, em evolução biológica e cultural e que não se confunde com as demais, que tornou - esta etapa - a mais importante de todas:

Por derradeiro, não se pode deixar de observar que as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa humana, conjugadas à comprovação do fundamento científico da evolução biológica, deram sólido fundamento à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos, tornando portanto sem sentido a tradicional querela entre partidários de um direito natural estático e imutável e os defensores do positivismo jurídico, para os quais fora do estado não há direitos. (COMPARATO, 2010, p. 44).

Após analisar as etapas para que se chegue a conceituação de pessoa, aquele que é o sujeito de direitos, pode-se falar em gerações dos direitos, esculpidas pelos três princípios revolucionários do século XVIII: liberdade, igualdade e fraternidade.

Sobre a terminologia geração, Sarlet (2012, p. 251) se expressa desfavorável, pois:

[...] não se cuida de noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões cada vez mais relacionadas entre si, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positividade, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.

Como também ensina Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva (2015, p. 12-13) sobre a nomenclatura a ser adotada:

Essa evolução histórica, materializada em documentos jurídico-normativos de relevante importância, permitiu a identificação de fases evolutivas dos direitos fundamentais. Passou-se a falar, então, em gerações de direitos fundamentais. A terminologia mais usual – gerações – passou a ser criticada pela doutrina, pois tinha o inconveniente de sugerir a ideia de que uma nova geração substituiu a anterior, desaparecendo aquela em virtude do nascimento de uma nova. O problema terminológico precisava ser superado. Era necessário compreender, com clareza, que o surgimento de novos direitos (compondo nova dimensão) não significava o desaparecimento de direitos já consolidados (dimensões anteriores). Em outras palavras, em situações assim, não estava ocorrendo substituição, mas acréscimo de direitos fundamentais. A doutrina, então, passou a falar em dimensões, para substituir o vocábulo gerações.

Com estas considerações, para que não haja nenhum desvio de interpretação será adotado, a partir de agora, o vocábulo dimensão por se entender mais apropriado.

Em sua obra *Era dos Direitos*, Norberto Bobbio (2004, p. 32) analisa a contribuição histórica para o reconhecimento de tais dimensões, então, tem-se uma relação intrínseca entre um e outro:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais - concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia - tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências - podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio do* Estado.

Apesar da terminologia ser diferente, ambas contêm o mesmo conteúdo, assim, em relação aos direitos de primeira dimensão que são os direitos ligados à liberdade, destaca Paulo Bonavides (2008, p. 563) que eles são "os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente."

Contribui para esta análise Ingo Sarlet (2012, p. 260) que diz ser os direitos da chamada "primeira dimensão":

[...] produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.

Por conta deste motivo, os direitos atinentes as liberdades são de caráter negativo, ou seja, limitam o poder do Estado, “enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, 2008, p. 564).

Já, os direitos de segunda dimensão são definidos por Paulo Bonavides (2008, p. 564) como:

[...] os direitos sociais, culturais, econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Historicamente, com as consequências da Revolução Industrial do século XIX, sendo elas os graves problemas sociais e econômicos, as doutrinas socialistas e a constatação de que a liberdade e igualdade apesar de sua positivação não eram aplicadas, culminou com movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, "atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social." (SARLET, 2012, p. 261).

Com a busca do proletariado pelo gozo do "bem-estar social" e, com isso, o surgimento do socialismo, que buscavam os bens que os homens vão acumulando com o tempo surgiu deste momento histórico os direitos ligados à igualdade. Celso Lafer (1991, p. 127), sobre este assunto diz que:

[...] é por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previsto pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos - como o direito ao trabalho, à saúde, à educação - têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los.

Para a chamada terceira dimensão, que é um acréscimo da liberdade e igualdade, são direitos de caráter coletivo e humanista, já que não beneficiam apenas indivíduos, mas sim de um grupo ou de um Estado. Decorrente da chamada fraternidade, "emergiram eles da reflexão

sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade." (BONAVIDES, 2008, p. 569).

Com a chegada destes direitos também denominados terceira dimensão, decorrentes de uma fraternidade ou solidariedade, tem o objetivo de cuidar:

[...] do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 262).

Contribui sobre este apontamento, Celso Lafer (1991, p. 131):

[...] no processo de asserção histórica, dos direitos humanos, aqueles que, na linguagem da ONU, têm sido contemporaneamente denominados direitos de terceira e até mesmo de quarta geração e que, como as gerações anteriores, têm servido com ponto de apoio para as reivindicações jurídicas dos privilegiados. Estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.

Além destas três dimensões alguns pensadores apontam existir outras além dessas, que vem em consequência dos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, a que se chega em quarta e quinta dimensão, como por exemplo relatado por Norberto Bobbio em “A era dos direitos” (2004).

A quarta dimensão seriam, segundo Norberto Bobbio (2004, p. 5-6), os direitos “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. Quer dizer, os direitos relacionados à engenharia genética.

Com uma outra visão, Bonavides (1998, p. 571) defende a existência de direitos de quarta dimensão decorrentes da universalização dos direitos fundamentais “à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para o qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Já a quinta dimensão vem definido por Paulo Bonavides (1998, p. 590) como o direito à paz:

Estuário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei da justiça,

fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases de pacto social, estabelecer e conservar, por intangíveis, as regras, princípios e cláusulas de comunhão política.

O direito à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant.

Além desta posição, de quarta e quinta dimensões, há outras propostas como a de José Alvebiades de Oliveira Junior (*apud* SARLET, 2012, p. 265), para quem, com base em influências tecnológicas na sociedade, a quarta dimensão dos direitos incluiria os direitos relacionados ao domínio da biotecnologia e bioengenharia, os quais, por tratarem de questões ligadas à vida e à morte, requerem uma discussão ética prévia, ao passo que a quinta geração diz respeito ao campo da cibernética e da tecnologia de informação e comunicação de dados, em razão de sua superação de fronteiras e distâncias com o uso da internet e outras ferramentas.

Recentemente há o estudo sobre a sexta dimensão de direitos fundamentais, a saber: a água potável (FACHIN; SILVA, 2012, p. 74). Elemento componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado de essencial importância para a humanidade e que deve ser visto como uma nova etapa de garantias:

O estudioso cientificamente comprometido – sempre atento ao passado e pronto a descortinar o futuro – precisa ser fiel intérprete do seu tempo. E as circunstâncias concretas do tempo atual justificam a construção de uma nova dimensão de direitos fundamentais. A escassez de água potável o mundo gera uma grave crise, a comprometer a subsistência da vida no Planeta. Em outras palavras, a escassez de água potável é um problema crucial. Logo, essa carência gera a necessidade de novo direito fundamental. Em outro dizer, tais circunstâncias têm força suficiente para partejar novos direitos fundamentais, visto que estes nascem gradativamente, no curso natural da História, mas como resultado de lutas travadas pelo esforço humano. (FACHIN, SILVA, 2015, p. 20-21).

Com a análise sobre o tema, percebe-se que os direitos fundamentais têm caráter universal e o seu objetivo é o de proteger o homem e sua dignidade. As incessantes lutas e revoluções acerca desses direitos foram conseqüências da busca pelo próprio homem a ter a sua liberdade, igualdade e fraternidade. Atualmente, se dá a esses direitos uma importância ímpar, grandiosa, e não é sem razão: a busca por uma harmonia social e o respeito a dignidade dos homens, sem distinção de raça, credo, cor, ou outra característica é a finalidade da humanidade para que se alcance a paz, a união, ou seja, a utopia imaginada por todos.

Sobre a universalidade, em seu trabalho *La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional*, Antonio-Enrique Pérez Luño (2002, p. 48-49) conclui que:

[...] los derechos o son universales o no son. No son derechos humanos, podrán ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación.

E existe uma hierarquia normativa sobre os direitos fundamentais decorrentes de direito internacional e as conseqüentes de direito interno? Seriam iguais, uma superior a outra ou, dependeria de cada caso? Esclarece Fábio Comparato (2010, p. 74) acerca do assunto que verifica ser a "tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico do Estado." A dignidade do homem, em seu início, não era considerada um direito fundamental, pois em sua origem histórica, a ideia de dignidade - *dignitas* - esteve ligada a noção de posição social ou de determinadas funções públicas. Assim, havia uma noção aristocrática ou de poder, todavia, ao longo do tempo a dignidade incorporou à teoria dos direitos fundamentais, se democratizou e assumiu uma dimensão igualitária. (BARROSO, 2010, p. 39).

Apesar de uma definição de dignidade humana ser de difícil conceituação, a sua existência é admitida, porém, uma das principais dificuldades

reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade - como já restou evidenciado - passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa. (SARLET, 2006, p. 40).

A dignidade da pessoa humana é prevista em muitas Constituições, como por exemplo a brasileira (art. 1º, III) e a portuguesa (artigo 2.º), todavia, qual seria o propósito ou uma república assentada neste princípio? Canotilho (1999, p. 221) aventa que:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou

metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (artigo 24.º) e a prisão perpétua (artigo 30.º/1). A pessoa ao serviço da qual está a República também pode *cooperar* na República, na medida em que a pessoa é alguém que pode assumir a condição de *cidadão*, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida.

No entanto, em âmbito brasileiro, afirma Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 63) que:

A Constituição Brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundadores da nossa República, por intermédio de seu art. 1º, III. A expressão não volta mais a aparecer no texto como um direito subjetivo expressamente reconhecido. Talvez essa tenha sido uma posição sábia de nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais e bem-estar etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais - estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988. Isso não deve significar, no entanto, que a dignidade não tenha um sentido autônomo, e juridicamente relevante, como um direito que imponha deveres ao Estado e aos demais membros da sociedade. [...]

Nas últimas décadas, a dignidade da pessoa humana vem ganhando adesão e apoio consensual na parte ocidental do planeta, onde é mencionada em documentos, leis, Constituições, decisões judiciais e em outros inumeráveis locais. Assim, quanto a utilização da dignidade da pessoa humana no âmbito jurídico e afins, Roberto Barroso (2010, p. 2-3) diz que "no plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime" e continua "tal fato, todavia, não minimiza - antes agrava-as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade". E, termina exemplificando:

Não por acaso, pelo mundo agora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção de gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial *post mortem*, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões seqüestrados, proteção contra a auto-incriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa.

Contudo, apesar de tanta dificuldade em sua definição, Ingo Sarlet (2006, p. 60) propõe formular uma definição de conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana, que reúne várias dimensões, portanto multidimensional, considerando sua dimensão ontológica, histórico-cultural, função negativa e positiva e objetiva e subjetiva, sendo ela:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para a aceção contemporânea da dignidade da pessoa humana, ela tem origem religiosa, bíblica: o homem é feito à imagem e semelhança de Deus. Com o antropocentrismo, decorrente do Iluminismo, ela migra para a filosofia, fundamentada na razão, na capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, sendo buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª Guerra Mundial, tem sua positivação no mundo jurídico, com sua inclusão em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Como, por exemplo:

[...] em documentos jurídicos, a começar pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha de Weimar (1919). Antes de viver sua apoteose como símbolo humanista, esteve presente em textos com pouco *pedigree* democrático, como o Projeto de Constituição do Marechal Pétain (1940), na França, durante o período de colaboração com os nazistas, e em Lei Constitucional decretada por Francisco Franco (1945), durante a longa ditadura espanhola. Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada aos principais documentos internacionais, como a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e inúmeros outros tratados e pactos internacionais, passando a desempenhar um papel central no discurso sobre direitos humanos. Mais recentemente, recebeu especial destaque na Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000, e no Projeto de Constituição Europeia, de 2004. (BARROSO, 2010, p. 4-5).

Ainda, o que se pode determinar como uma concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com a Declaração Universal de 1948 e ratificada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, tem - de acordo com Flávia Piovesan (2015) – influência:

Do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos,... O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência a determinada raça - a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político industrial².

Um dos principais marcos, portanto, para a importância da dignidade humana se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³ adotada em 10 de dezembro de 1948, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções. Trouxe a consolidação de uma ética universal ao consagrar valores de cunho universal a serem seguidos pelos países. O seu objetivo, de acordo com Piovesan (2010, p. 142) é:

[...] delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduza absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ao discorrer sobre direitos fundamentais, direitos humanos e/ou dignidade da pessoa humana, fica evidente a relevância que se deve dar a estes valores que são idealizados há tempos, contudo, sua importância tem se desenvolvido nas últimas décadas, principalmente após a 2ª Guerra Mundial culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim, relata Antônio Augusto Cançado Trindade (2010, p. XLI-XLII) sobre o assunto:

O direito dos Direitos Humanos não rege relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa de interesses

² Cf. SACHS, Ignacy. **O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos**. In: Estudos Avançados 12, (33), 1998, p. 149.

³ Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/> >

superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.

A dignidade da pessoa, portanto, unida e integrada aos direitos fundamentais faz com que o homem, ou melhor, todos os cidadãos que compõem a humanidade tenham o direito de serem respeitados como tal, sem distinção de qualquer característica pessoal, econômica ou de outra natureza. Os direitos humanos trazem uma segurança para que todos tenham o mínimo necessário para viver e conquistar a paz tão desejada por toda a sociedade nacional e internacional. E, juntamente com estes direitos, existem meios de proteção à pessoa para que todos vivam harmonicamente, sem o risco de guerras civis, mundiais ou em momentos cotidianos. Estes mecanismos atuam de forma, principalmente, interna e regulam o convívio de todos os cidadãos de cada nação.

1.2 Mecanismos de proteção à pessoa e o controle social

Após a exposição dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, tem-se que servem para uma proteção à pessoa, porém, como elas seriam aplicadas na sociedade? Uma das formas é o direito, que com seu enfoque específico dá eficiência na utilização desses direitos, ou seja, por meio do âmbito civil até a esfera penal, que é a mais extrema e, portanto, terá de ser empregada em última análise, dada a interferência nos próprios direitos fundamentais, a exemplo, da liberdade.

O homem não consegue viver ilhado em si mesmo, necessitando de outras pessoas para que consiga alcançar seus objetivos e satisfazer suas necessidades. Ou seja, "em uma palavra, a existência do *ego* supõe necessariamente a existência do *alter*, a existência humana supõe sempre a coexistência ou convivência." (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 8). Importante ressaltar as teorias da sociedade: o naturalismo e o contratualismo e seus principais teóricos para prosseguir com o presente trabalho e, após, qual corrente será adotada.

O naturalismo tem como um de seus maiores ícones Aristóteles (1985, p. 15) que, em sua obra Política traz consigo o movimento citado, o porquê que o homem é naturalmente um ser social e político:

[...] o homem é por natureza uma (sic) animal social, e um homem que, por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria

desprezível ou estaria acima da humanidade (como o “sem clã, sem leis, sem lar” de que Homero fala com escárnio, pois ao mesmo tempo ele é ávido de combates), e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de gamão. Agora é evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social. Como costumamos dizer, a natureza nada faz sem um propósito, e o homem é o único entre os animais que tem o dom da fala. [...]

Aristóteles influenciou fortemente, com suas ideias naturalistas, o napolitano Santo Tomás de Aquino. Ainda, Sófocles, Aristóteles e Cícero, neste contexto, apontam ao enfoque da juridicidade segundo parâmetro da natureza, compreendendo-se os primórdios do humanismo jurídico, na cultura greco-romana, segundo uma concepção orgânica e hierarquizada, na qual o homem é cidadão educado para a vida coletiva. Ou seja, a passagem da cultura clássica (antiga, naturalística e cósmica) ao humanismo jurídico medieval (verticalismo espiritual e dogmatismo canônico), delimitada a partir de pensadores como Santo Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua, se assentaria na formulação de uma concepção transcendental da dignidade humana, em flagrante influência do cristianismo, do que decorreria, como bem maior, não o Estado, mas o ser humano integrado à sociedade. (VENTURI, 2016, p. 7).

Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 23) explana sobre a sociedade natural:

Esses, em linhas gerais, os argumentos que sustentam a conclusão de que a sociedade é um fato natural, determinado pela necessidade que o homem tem da cooperação de seus semelhantes para consecução dos fins de sua existência. Essa necessidade não é apenas de ordem material, uma vez que, mesmo provido de todos os bens materiais suficientes à sua sobrevivência, o ser humano continua a necessitar do convívio com os semelhantes. Além disso, é importante considerar que a existência desse impulso associativo natural não elimina a participação da vontade humana. Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorece-la, o que não ocorre com os irracionais, que se agrupam por mero instinto e, em consequência, de maneira sempre uniforme, não havendo aperfeiçoamento. Em conclusão: a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana.

Já para o conceito contratualista sustenta que a sociedade é produto de um acordo de vontades, quer dizer, de um contrato hipotético elaborado e acordado pelos homens. Quer dizer:

Há uma diversidade muito grande de contratualismos, encontrando-se diferentes explicações para a decisão do homem de unir-se a seus semelhantes e de passar a viver em sociedade. O ponto comum entre eles, porém, é a negativa do impulso associativo natural, com a afirmação de que só a vontade humana justifica a existência da sociedade, o que vem a ter influência

fundamental nas considerações sobre a organização social, sobre o poder social e sobre o próprio relacionamento dos indivíduos com a sociedade. (DALLARI, 2011, p. 28).

Três grandes pensadores modernos adotaram a teoria contratualista, sendo eles: Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau e. A teoria a ser adotada neste trabalho a partir deste tópico é a corrente contratualista, pois, como se verá futuramente, Günther Jakobs se utiliza desse conceito de sociedade para embasar o conceito de inimigo.

Assim, não se pode dizer que a convivência será sempre pacífica, senão conflituosa para o primeiro filósofo. Se se acompanhar a ideia de Hobbes (p. 113-114) quanto a natureza do homem, esta convivência deverá ser regulada por um contrato (onde há uma transferência mútua de direitos), pois se este não existir, a própria condição do homem é conflituosa, ou seja,

é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. Consequentemente é um preceito ou regra geral da razão, *Que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de conseguí-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra.*

Ao contrário de Hobbes, John Locke (2006) não atribuía o “estado de guerra” a natureza humana, mas sim a necessidade de preservar direitos basilares de um governo: a vida, a liberdade e a propriedade. Essa proteção se faria por meio do Estado, que serviria como o juiz, para que um homem não adquira um poder sobre o outro.

Para Rousseau, em razão da necessidade da conservação do gênero humano, os homens em comum acordo fazem um pacto social para que não pereçam diante dos obstáculos que apareceram e não iriam superá-los a não ser se reunindo-se, já que "como os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia." (2007, p. 29).

Assim, para a regulação desta convivência entre os homens, há a disposição de normas que devem ser respeitadas enquanto membros desta comunidade, que se torna algo indispensável a ser obedecida, portanto, limitando ou sacrificando os instintos do ser humano. Essa regulação é um processo de comunicação ou interação dos membros que se consuma

através de uma relação estrutural: qualquer um pode esperar que o outro se comporte conforme uma norma, e vice-versa. Porém, estas expectativas podem não ser obedecidas, e qual seria a consequência? O sistema eleito é a sanção, ou seja, uma declaração de que aquela pessoa frustrou as expectativas esperadas e deverá receber uma resposta. A norma tem caráter contrafático, isto é, sua vigência não será modificada em razão do seu não cumprimento, ao contrário, o seu cumprimento e a sanção confirmam sua necessidade e vigência. Esta pode ser de caráter social em que a sociedade é a titular, num primeiro nível, e secundariamente por normas jurídicas em que figura o Estado como titular. E que são necessárias para a convivência de uns com os outros. (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 8-10).

Dentro deste pacto social ou contratual, existem as vias de controle social, que visam a proteção à pessoa, se encontra o Direito Penal, que não é o único: a família, a religião, o aspecto do regime econômico, entre outros exercem influência no comportamento social. Sobre o assunto, Sérgio Salomão Shecaira (2011, p. 66) explicita:

Toda sociedade (ou grupo social), desde que Max Weber introduziu a ideia de "monopólio da força legítima", necessita de mecanismos disciplinares que assegurem a convivência interna de seus membros, razão pela qual se vê obrigada a criar uma gama de instrumentos que garantam a conformidade dos objetivos eleitos no plano social. Este processo irá pautar as condutas humanas, orientando posturas pessoais e sociais.

Seriam, assim, de acordo com Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, "todos os recursos que uma sociedade determinada dispõe para convir sobre a submissão de determinados comportamentos de seus membros a um conjunto de regras e princípios estabelecidos e estabelecer suas respostas em caso de transgressão." (2003, p. 76-77)

Com isso, o controle social é o mecanismo que "adestra" o indivíduo de acordo com os modelos e normas comunitários por meio, inclusive, de sanções sociais. Para tanto, as organizações sociais têm à sua disposição dois sistemas articulados entre si, que de um ângulo "tem-se o controle social informal, que passa pela instância da sociedade civil: família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, clubes de serviço etc." E, continuando, além do âmbito implícito, nas inter-relações, de outro lado "a do controle social formal, identificada com a atuação do aparelho político do Estado. São controles realizados por intermédio da Polícia, da Administração Penitenciária e de todos os conseqüentários de tais agências, como controle legal, penal etc." (SHECAIRA, 2011, p. 66)

O bom adestramento é feito por um poder disciplinar que não retira ou se apropria um direito, ele se manifesta de modo individual, celular e que se multiplica em um todo. Atua de

modo sorrateiro e de processos de decomposição até às singularidades necessárias e suficientes, 'adestra' as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais - pequenas células separadas, autonomias orgânicas, identidades e continuidades genéticas, segmentos combinatórios. (FOUCAULT, 2013, p. 164.)

Assim, para Michel Foucault (2013, p. 164), estes recursos para o bom adestramento, que atuam de forma - de certo ângulo - invisível, servem com a finalidade de disciplinar:

A disciplina "fabrica" indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente. Humildes modalidades, procedimentos menores, se os compararmos aos rituais majestosos da soberania ou aos grandes aparelhos do Estado. E são eles justamente que vão pouco a pouco invadir essas formas maiores, modificá-lhes os mecanismos e impor-lhes seus processos. O aparelho judiciário não escapará a essa invasão, mal secreta. O sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame.

Ora, e esta doutrinação acerca dos modelos sociais, em que se dá forma aos indivíduos começa desde a tenra idade, Louis Althusser . (1980, p. 21) aponta estes ensinamentos, que, se de um lado, ensina elementos técnicos para serem utilizados nos diferentes lugares da produção como ler, escrever, contar, para os operários e algo mais avançado para os técnicos e engenheiros ou para outro quadro de superiores, para ele,

[...] por outro lado, e ao mesmo tempo que ensina estas técnicas e estes conhecimentos, a Escola ensina também as <<regras>> dos bons costumes, isto é, o comportamento que todo o agente da divisão do trabalho deve observar, segundo o lugar que está destinado a ocupar: regras da moral, da consciência cívica e profissional, o que significa exactamente regras de respeito pela divisão social-técnica do trabalho, pelas regras da ordem estabelecida pela dominação de classe. Ensina também a <<bem falar>>, a <<redigir bem>>, o que significa exactamente (para os futuros capitalistas e para os seus servidores) a <<mandar bem>>, isto é, (solução ideal) a <<falar bem>> aos operários, etc

Recorrer as instâncias sociais informais objetivam operar no âmbito da educação e a socialização do indivíduo. Com o seu carácter sutil, ele atua ao longo da vida de cada indivíduo, passando - por vezes - imperceptível. E, para a sua assimilação de valores e normas, sem uma coerção estatal, o controle social informal se dá melhor em ambientes reduzidos, sendo melhor utilizado em sociedades pouco complexas. (SHECAIRA, 2011, p. 66-67).

A instância informal é chamada por Althusser como Aparelho Ideológico do Estado (AIE), este se apresenta ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas que atuam no domínio privado; já o Aparelho de Estado (AE) são as atuações repressivas do Estado, que atuam no domínio público, como: o Governo, a Administração, o Exército, a Polícia, os Tribunais, as Prisões, etc. Louis Althusser (1980, p. 43-44) enuncia como Aparelhos Ideológicos de Estado as seguintes instituições:

- O AIE religioso (o sistema das diferentes igrejas), - o AIE escolar (o sistema das diferentes escolas públicas e particulares),
- o AIE familiar⁴,
- o AIE jurídico⁵.
- o AIE político (o sistema político de que fazem parte os diferentes partidos),
- o AIE sindical, - o AIE da informação (imprensa, rádio-televisão, etc.),
- o AIE cultural (Letras, Belas Artes, desportos, etc.)

Bauman (2003, p. 16) esclarece que as diferenças são toleradas se houver um entendimento compartilhado, homogeneizado, por todos os membros da comunidade, revelando um "círculo aconchegante". E, continua:

As lealdades humanas, oferecidas e normalmente esperadas dentro do "círculo aconchegante", "não derivam de uma lógica social externa ou de qualquer análise econômica de custo-benefício". Isso é precisamente o que torna esse círculo "aconchegante": não há espaço para o cálculo frio que qualquer sociedade em volta poderia apresentar, de modo impessoal e sem humor, como "impondo-se à razão". E essa é a razão por que as pessoas afetadas por essa frialdade sonham com esse círculo mágico e gostariam de adaptar aquele mundo frio a seu tamanho e medida. Dentro do "círculo aconchegante" elas não precisam provar nada e podem, o que quer que tenham feito, esperar simpatia e ajuda.

Todavia, esta homogeneidade (chamada também de "mesmidade" por Bauman) foi perdida com o surgimento da tecnologia e, decorrente disso, a rápida passagem de informações globalizadas de um canto ao outro do planeta. E, conseqüentemente, a distância, uma das principais defesas da comunidade perdeu grande parte de seu significado. Assim, a fronteira que divide as comunidades some, e "essa mesmidade encontra dificuldade no momento em que suas condições começam a desabar: quando o equilíbrio entre a comunicação 'de dentro' e 'de

⁴ A Família desempenha manifestamente outras funções para além das de um AIE. Intervém na reprodução da força de trabalho. E, segundo os modos de produção, unidade de produção e (ou) unidade de consumo.

⁵ O <<Direito>> pertence simultaneamente ao Aparelho (repressivo) de Estado e ao sistema dos AIE.

fora', antes inclinado para o interior, começa a mudar, embaçando a distinção entre 'nós' e 'eles'." (BAUMAN, 2003, p. 18).

Esta dificuldade de "fronteiras" traz uma problemática apontada por Shecaira (2011, p. 68):

Ora, se é difícil distinguir entre o de dentro e o de fora, perdendo-se, pois, a noção de círculo aconchegante, como saber com exatidão quais as normas sociais que devem reger um comportamento? O que esperar do "próximo" se não se sabe o que ele pensa, quem ele é, de onde vem, se permanecerá ou prontamente se irá?

As forças das instâncias informais se tornam fragilizadas com a perda dos laços comunitários, ou seja, em sociedade mais complexas. Com as informações rápidas, a impessoalidade cada vez mais reinante e com as fronteiras praticamente inexistentes, a noção de comunidade se esvai, ela que funciona como um freio natural que "muitos indivíduos aderem por com eles se identificarem, a rotina artificial, coativa e ligada a um trabalho sem sentido produz um tipo de controle igualmente artificial". (SHECAIRA, 2003, p. 69).

Com isso, Bauman (2003, p. 67) explica que se formam comunidades estéticas, que se constituem ao redor de ídolos ou em torno de um problema comum, porém, não produz os efeitos do controle social informal:

Uma coisa que a comunidade estética definitivamente não faz é tecer entre seus membros uma rede de responsabilidades éticas e, portanto, de compromissos a longo prazo. Quaisquer que sejam os laços estabelecidos na explosiva e breve vida da comunidade estética, eles não vinculam verdadeiramente: eles são literalmente "vínculos sem conseqüências".

Em consequência a esta insuficiência das chamadas comunidades estéticas, assim, da fragilidade dos efeitos sociais informais, o resultado é que se recorra aos mecanismos formais de controle. Aquele que não se adequa as normas sociais informais, estará sujeito a ações coercitivas e, sobre este controle formal, esclarece Shecaira (2011, p. 71):

Este controle social formal é seletivo e discriminatório, pois o *status* prima sobre o merecimento. Ademais, é ele estigmatizante, desencadeando desvios secundários e carteiras criminais [...]. A efetividade do controle social formal é muito menor do que aquela exercida pelas instâncias informais. É isso que explica, por exemplo, ser a criminalidade muito maior nos grandes centros urbanos do que nas pequenas comunidades (onde o controle social informal é mais efetivo e presente. De outra parte, nas grandes cidades, onde os mecanismos de controle informais não são tão presentes, há de se buscar uma melhor integração das duas esferas de controle.

Alessandro Baratta (1999, p. 172) faz uma análise entre a escola (controle informal) com o sistema penal (controle formal) e verifica que ambos realizam a mesma função de reprodução das relações sociais e da manutenção da estrutura vertical da sociedade, onde se encontram os mesmos elementos de discriminação nas duas esferas:

O sistema escolar, no conjunto que vai da instrução elementar à média e à superior, reflete a estrutura vertical da sociedade e contribui para criá-la e para conservá-la, através de mecanismos de seleção, discriminação e marginalização. As pesquisas na matéria mostram que, nas sociedades capitalistas, mesmo nas mais avançadas, a distribuição de sanções positivas (acesso aos níveis relativamente mais elevados de instrução) é inversamente proporcional à consistência numérica de estratos sociais, e que, correspondentemente, as sanções negativas (repetição de anos, desclassificação, inserção em escolas especiais), aumentam de modo desproporcional quando se desce aos níveis inferiores da escala social, com elevadíssimos percentuais no caso de jovens provenientes de zonas de marginalização social (*slums*, negros, trabalhadores estrangeiros).

E continua que o nexo funcional entre os dois sistemas, no âmbito de um mecanismo global de reprodução das relações sociais e de marginalização, está provado pela existência de uma ulterior série de mecanismos institucionais que asseguram a continuidade e, através de filtros sucessivos transmitem uma certa zona da população (marginalizada) a prisão (sistema penal). (1999, p. 181).

Aprofundando no assunto, por um outro ângulo, sobre o controle social, Michel Foucault (2002, p. 8) tem em parte de suas obras um estudo sobre a influência das relações de poder no próprio sujeito, sem que este tenha sequer ciência deste domínio, no início de seu livro *A verdade e as formas jurídicas*, o filósofo francês faz suas considerações:

Assim, gostaria particularmente de mostrar como se pôde formar, no século XIX, um certo saber do homem, da individualidade, do indivíduo normal ou anormal, dentro ou fora da regra, saber este que, na verdade, nasceu das práticas sociais, das práticas sociais do controle e da vigilância. E como, de certa maneira, esse saber não se impôs a um sujeito de conhecimento, não se propôs a ele, nem se imprimiu nele, mas fez nascer um tipo absolutamente novo de sujeito de conhecimento. [...]

Para Foucault (2002, p. 11), com uma análise histórica, o principal ponto de novas formas de subjetividade seriam as práticas jurídicas, ou melhor, as práticas judiciárias:

As práticas judiciárias - a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se

concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história - me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividades, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecer ser estudadas.

Quando a eficiência do controle social informal se torna questionável, a utilização de meios diferentes da escola, família, cultural é substituída pelo aparato estatal formal, ou seja, um dos exemplos trazidos por Airto Chaves Junior e Fabiano Oldoni (2014, p. 87) em sua obra *Para que(m) serve o Direito Penal?* é "o sistema penal que é composto de diversos seguimentos: a) a legislação penal; b) a polícia; c) Ministério Público; d) Poder Judiciário e e) o sistema de execução penal." E seguem com suas considerações acerca do assunto: "Devemos perceber que o sistema penal é apenas uma fração do controle social formal; o Direito Penal é um dos inúmeros segmentos que compõe esse sistema.[...]"

E que o Direito penal como controle social não se atém apenas à norma, como explicita Winfred Hassemer e Francisco Muñoz Conde (1989, p. 115):

El ámbito propio de la Administración de Justicia penal no es, por tanto, sólo la norma, aunque ésta sea la base para constatar la infracción, sino también la sanción y el proceso. El contenido de estos elementos se desarrolla a través del Derecho penal material (por la vía de la imputación), del Derecho sancionatorio (a través de las penas y medidas) y del Derecho procesal penal (contenido en la Ley de Enjuiciamiento criminal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial).

A pena realizará a reafirmação da autoridade entre quem reprova (Estado) e quem é reprovado. Em razão do ato considerado delituoso, o primeiro considera o segundo culpado, e este aquiesce e anui à sua culpa, reconhecendo o vínculo de autoridade. Por essa característica, Shecaira (2011, p. 73) define o direito penal como diferente das outras formas de controle social, pois

As outras formas de sanção - como o controle ético - manifestam-se informal e espontaneamente. As de direito penal, ao contrário, ajustam-se a um procedimento determinado, limitado por parâmetros definidos pela consagração do princípio da legalidade, e só atuam quando todas as outras instâncias de controle social não atuarem.

Não basta, assim, apenas o controle social espontâneo e informal para a manutenção da ordem social, então, de acordo com Busato e Huapaya (2003, p. 79), é em razão disso "que se faz necessário uma ordem jurídica, que formalmente se impõe de modo mais intenso. Dentro desse marco jurídico é o Direito penal quem se ocupa da parte mais grave dos desvios de conduta."

O controle social penal é, portanto, um subsistema do sistema global do controle social, pelos seus fins de prevenção ou repressão ao delito e pelos meios de que se serve. Será visto no próximo tópico um estudo específico sobre o controle social feito pelo Direito penal, que é o instrumento intervencionista de poder de coerção pela pena ou medida de segurança.

1.3 Direito Penal: Controle Social

Quando se concentra no estudo das relações sociais, percebe-se que há um controle social que influencia a conduta das pessoas, e isso se dá por via das escolas, famílias, mídia, religião e outros. Todavia, mesmo com a existência destes meios, existem pessoas que não se adequam as normas e regras de conduta previstos em cada sociedade, estas já preexistentes por sua evolução histórica, seus costumes. Assim, qual a consequência para aqueles que desobedecem o comportamento aceitável nestas comunidades? Um dos meios e objeto deste tópico é o Direito Penal, ele que é utilizado para que se puna os desobedientes e que reafirma a autoridade do próprio Estado. Porém, como se desenvolverá a seguir, as suas atitudes são de caráter extremo, onde se restringe um dos direitos individuais mais importante: a liberdade.

Francisco Muñoz Conde (2005, p. 10) traz que as sanções, primeiramente, por meio de regras e normas sociais, que segregam, isolam, leva a uma perda de prestígio social, mas, em relação a convivência. Estas normas sociais formam a ordem social. Mas, como visto anteriormente, este controle social informal não é, por si só, suficiente para garantir uma boa convivência a todos. Nasce assim, então, secundariamente, a norma jurídica que através da sanção jurídica que se propõe a modificar a ordem social. O conjunto destas normas jurídicas constitui a ordem jurídica. A primeira tem como titular a sociedade e a última o Estado, eles recorrem a um meio de repressão para que se possa existir uma convivência na sociedade.

Como, eventualmente, é necessária a utilização de meios de repressões mais intensas para manter a ordem social, que se mostra de modo formal no controle social, ou seja, "dentro desse marco jurídico é o Direito Penal quem se ocupa da parte mais grave dos desvios de conduta." (BUSATO; HUAPAYA, 2003, p. 79).

Esta formalização é justificada pelo caráter repressivo e intenso que tem o Direito penal no âmbito social, conforme o entendimento de Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde (1989, p. 116):

Es misma importancia de las infracciones normativas de las que se ocupa el Derecho penal obliga, no sólo a dotarlo de un poder sancionatorio especialmente intenso, sino también de una forma especial de actuación que, al mismo tiempo, constituye la pieza clave para determinar su misión; esta pieza clave no es otra que la formalización (o si quiere la judización). A través del Derecho penal el control social se formaliza.

O sistema penal compõe o controle social que é institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo. Mas, a intervenção do Direito penal em um Estado Social e Democrático de Direito se produz de forma subsidiária, ou seja, "em situações de emergência, de alta danosidade social, identificadas como os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para a vida do indivíduo em sociedade." (BUSATO; HUAPAYA, 2003, p. 80).

Complementando o pensamento de que o controle social do Direito penal é acessório e deve ser utilizado em última medida, Muñoz Conde (2005, p. 23) expõe que:

Dentro do controle social, a norma penal, o sistema político-penal, ocupa um lugar secundário, puramente confirmador e assegurador de outras instâncias muito mais sutis e eficazes. A norma penal não cria, efetivamente, novos valores nem constitui um sistema autônomo de motivação de comportamento humano em sociedade. É inimaginável um direito penal completamente desconectado das demais instâncias de controle social. Um direito penal que funcionasse assim seria absolutamente insuportável e a mais clara expressão de uma sociedade de escravos. A norma penal, o sistema político-penal, o direito penal como um todo, só tem sentido se considerado como continuação de um conjunto de instituições públicas e privadas (família, escola, formação profissional, etc.), cuja tarefa consiste igualmente em socializar e educar para convivência entre os indivíduos através da aprendizagem de determinadas pautas de comportamento.

O Direito penal, assim, protege os bens jurídicos mais importantes para a vida do cidadão. Mas, o que seriam bens jurídicos? Para Claus Roxin (2009, p. 16-17), o conceito de bem jurídico é:

Eu parto de que as fronteiras de autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetam em menor medida a liberdade

dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então de uma fundamentação teórica mais ampla.

Então, em um Estado democrático de Direito, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma boa convivência a todos, por isso, o Estado deve garantir não somente as condições individuais necessárias - a proteção da vida e do corpo, da liberdade, da propriedade, entre outros -, mas também as instituições estatais adequadas para este fim, como por exemplo uma administração de justiça eficiente, administração livre de corrupção, etc. (ROXIN, 2009, p. 17-18).

Será um objetivo declarado do Direito penal a proteção de bens jurídicos, ou seja, aqueles valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena. Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 7) define a noção de bem jurídico sendo que:

Os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal são selecionados por critérios político-criminais fundados na Constituição, o documento fundamental do moderno Estado Democrático de Direito: realidades ou potencialidades necessárias ou úteis para a existência e desenvolvimento individual e social do ser humano - por exemplo, a vida, a integridade e saúde corporais, a honra, a liberdade individual, o patrimônio, a sexualidade, a família, a incolumidade, a paz, a fé e a administração públicas constituem os bens jurídicos protegidos contra várias formas de lesão pelo Código Penal.

Para os pensadores Hassemer e Muñoz Conde (1989, p. 105) existiu a clara adoção das influências Iluministas, e determinam a missão do Direito penal:

*la determinación de la misión del Derecho penal con ayuda del concepto de bien jurídico -un ensayo que tiene sus raíces en la Ilustración *-***-, ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones y, al mismo tiempo, un criterio externo de comprobación de la justicia de esas decisiones. Este criterio, al mismo tiempo que utilizable, debe ser fácilmente aprehensible a fin de evitar que el legislador pueda amenazar con una pena todo "lo que, en su opinión, deba ser mantenido intacto y sin alteración alguna" *-•". La idea del bien jurídico conduce, por tanto, a una Política criminal racional: el legislador penal debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos, al mismo tiempo, para su justificación y crítica. Todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos debe ser excluido del ámbito del Derecho penal.*

Por causa da inerente violência que existe no Direito penal, ele deve ser utilizado de forma mínima, ou seja, de forma subsidiária em respeito à dignidade da pessoa humana, valor basilar de um Estado Democrático de Direito. Eugênio Raúl Zaffaroni (2011, p. 78) faz uma análise local da América Latina sobre estas considerações:

No nosso contexto latino-americano, apresenta-se um argumento de reforço em favor da *mínima intervenção do direito penal*. Toda a América está sofrendo as consequências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos de *injusto jushumanista*), que afeta o nosso *direito ao desenvolvimento*, que se encontra consagrado no art. 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos.[...] Se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto jushumanista a que continuamente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio.

Prezam pela eficácia do princípio da intervenção mínima, especialmente na América Latina, pois, "não somente pelas razões que se apresentam como válidas nos países centrais, mas também em face da nossa característica de países periféricos, que sofremos efeitos do injusto jushumanista de violação do direito ao desenvolvimento". (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 79).

Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2014, p. 115) definem o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade como:

decorrente das ideias de necessidade e de utilidade da intervenção penal, presentes no pensamento ilustrado, estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais. Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade - como *ultima ratio legis* -, ficando reduzida a um *mínimo* imprescindível. E, de preferência, só deveria fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Decorrente do princípio da intervenção mínima e da reserva legal que é utilizado para delimitar o conteúdo da norma e sua real função, Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 55) traz à tona o princípio da fragmentariedade, que é consequente daquele, porque

nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrente daí o seu *caráter fragmentário*, uma

vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

Pois, então, para proteger tais bens jurídicos por meio da norma, faz-se um desencadeamento de processos psicológicos nos indivíduos que os induzem a respeitar tais bens. Mecanismos estes que fazem parte de um complexo processo de "motivação". (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 17).

Todavia, este processo de motivação não se dá de forma somente com o Direito penal, com a norma penal, mas com um conjunto de valores e instituições a se complementarem, pois

a função motivadora da norma penal só pode ser eficaz se precedida ou acompanhada da função motivadora de outras instâncias de controle social. Um direito penal sem base social prévia seria tão ineficaz como insuportável, e ficaria vazio de conteúdo e constituiria a típica expressão de um direito penal puramente repressivo que só teria eficácia como instrumento de terror. Também a função motivadora emanada de outras instâncias de controle social seria ineficaz se não fora confirmada e assegurada, em última instância, pela função motivadora da norma penal. [...] (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 26).

Apesar de previsto em nosso Direito, o âmbito penal quando intervém na vida social é violenta e carregada de efeitos indesejáveis. Por isso sua característica fragmentária, afinal, ele deve intervir somente quando a convivência se torne insuportável, e haja o ataque de bens jurídicos essenciais para a sobrevivência do cidadão e desenvolvimento pessoal serem atacados por alguém. (BUSATO, 2015, p. 16).

Como o Direito penal tem a sua utilização para proteger e prevenir que bens jurídicos sejam prejudicados, há correntes sobre como deve ser a sua abrangência: se a sua atuação deve ser máxima, ou seja, utilizada para reprimir e, assim, diminuir a criminalidade na sociedade, portanto, ser utilizada em primazia, esta chama de Direito penal máximo. Ou, ser utilizada como *ultima ratio*, ou seja, somente em casos extremos em que não há outro modo de punir o cidadão, pois a via administrativa, civil, ou outra área do Direito não possa mais responder contra o ato da pessoa, esta chamada de Direito penal mínimo. E, por último, existe uma corrente que pretende abolir o Direito penal da sociedade: a corrente abolicionista que parte "da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais." (BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR, 2003, p. 648).
Todavia, um estudo aprofundado sobre estas três correntes sobre o Direito penal será apresentado em capítulo seguinte desta dissertação.

1.4 O biopoder em Foucault

Quando se menciona a questão do poder na sociedade, ou melhor, da soberania que paira diante da sociedade, tem-se dois momentos distintos para Michel Foucault: a soberania clássica - com poderes disciplinares - onde o soberano é quem tem o poder de fazer morrer ou deixar viver o seu súdito, ou seja, este é neutro, não tem a soberania sobre sua própria vida, afinal, é subordinado ao soberano. Já em outro momento, o biopoder que já não se dirige ao individual, mas sim a massa populacional, com a normalização aos processos da vida e ao controle de condutas se torna soberano.

Na definição de Foucault (2005, p. 286) sobre a teoria clássica da soberania, ensina o filósofo francês que:

Ora, o direito de vida e de morte é um direito que é estranho, estranho já no nível teórico; com efeito, o que é ter direito de vida e de morte? Em certo sentido, dizer que o soberano tem direito de vida e de morte significa, no fundo, que ele pode fazer morrer e deixar viver; em todo caso, que a vida e a morte não são desses fenômenos naturais, imediatos, de certo modo originais ou radicais, que se localizariam fora do campo do poder político. Quando se vai um pouco mais além e, se vocês quiserem, até o paradoxo, isto quer dizer no fundo que, em relação ao poder, o súdito não é, de pleno direito, nem vivo nem morto. Ele é, do ponto de vista da vida e da morte, neutro, e é simplesmente por causa do soberano que o súdito tem direito de estar vivo ou tem direito, eventualmente, de estar morto.

Todavia, após as grandes guerras, tornou-se a vida não mais um evento somente de disciplina, de soberania, ela se insere "na trama das relações e dos cálculos explícitos do saber-poder na sociedade ocidental" (GIACÓIA JUNIOR, 2004, p. 10), ou, nos dizeres de Michel Foucault (1999, p. 134) no final do primeiro volume da História da Sexualidade:

Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder. Este não estará mais somente a voltas com sujeitos de direito sobre os quais seu último acesso é a morte, porém com seres vivos, e o império que poderá exercer sobre eles deverá situar-se no nível da própria vida; é o fato do poder encarregar-se da vida, mais do que a ameaça da morte, que lhe dá acesso ao corpo. Se pudéssemos chamar "bio-história" as pressões por meio das quais os movimentos da vida e os processos da história interferem entre si, deveríamos falar de "bio-política" para designar o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana; não é a que a vida tenha sido exaustivamente integrada em técnicas que a dominem e gerem; ela lhes escapa continuamente. Fora o mundo ocidental, a fome existe numa escala maior do que nunca; e os riscos biológicos sofridos pela espécie são talvez maiores e, em todo caso, mais graves do que antes do nascimento da microbiologia. Mas, o que se

poderia chamar de "limiar da modernidade biológica" de uma sociedade se situa no momento em que a espécie entra como um jogo em suas próprias estratégias políticas. O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão.

E esta transformação que Foucault denomina biopoder que é uma nova tecnologia de poder, terá seu aparecimento no século XVIII, mas que não abole a antiga, quer dizer, ela se congrega, ou melhor, "trata-se antes de uma modificação e de um novo ajustamento nas engrenagens do poder-saber." (GIACÓIA JUNIOR, 2004, p. 10).

Ora, durante a segunda metade do século XVIII, eu creio que se vê aparecer algo de novo, que é uma outra tecnologia de poder, não disciplinar dessa feita. Uma tecnologia de poder que não exclui a primeira, que não exclui a técnica disciplinar, mas que a embute, que a integra, que a modifica parcialmente e que, sobretudo, vai utilizá-la implantando-se de certo modo nela, e incrustando-se efetivamente graças a essa técnica disciplinar prévia. Essa nova técnica não suprime a técnica disciplinar simplesmente porque é de outro nível, está noutra escala, tem outra superfície de suporte e é auxiliada por instrumentos totalmente diferentes. (FOUCAULT, 2005, p. 288-289).

O poder disciplinar, para transformar os sujeitos em pessoas úteis e dóceis, não deixa de existir, ele está em um plano individual, porém, aparece um novo poder, que Foucault chama de biopoder, onde este se dirige sobre a massa populacional, o coletivo, onde há interferência em processos e ciclos biológicos, como por exemplo: a natalidade, a morbidez, a mortalidade.

Para Oswaldo Giacóia Junior (2005, p. 620), com relação a este novo modo de normalização:

Dizer que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, é dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra. Portanto, estamos num poder que se incumbiu tanto do corpo quanto da vida, ou que se incumbiu, se vocês preferirem, da vida em geral, com o pólo do corpo e o pólo da população. Bio-poder, por conseguinte, do qual logo poderemos localizar os paradoxos que aparecem no próprio limite de seu exercício.

O novo poder não se baseia apenas na segregação, sob a forma de banimento, será um poder normalizador, ou seja, pela inclusão/exclusão de indivíduos e grupos nos processos econômicos, pelo ajustamento dos corpos aos aparelhos de produção, por meio de novas estratégias de gestão e administração de recursos, do capital, dos meios de produção,

procedimentos e métodos de intensificação e majoração da força produtiva, que consequentemente incidem também sobre o corpo.

A partir deste prisma de acumulação de riqueza, os proprietários de maquinários, os empregadores necessitavam de uma proteção acerca de seus bens que já não permaneciam em suas mãos, mas sob a posse de seus empregados, e para assegurá-los de possíveis furtos, danos ou perdas, houve a delimitação sobre a delinquência, que, segundo Foucault (1979, p. 132-133), é a principal função do aprisionamento a produção desta:

A partir do momento em que a capitalização pôs nas mãos da classe popular uma riqueza investida em matérias-primas, máquinas e instrumentos, foi absolutamente necessário proteger esta riqueza. Já que a sociedade industrial exige que a riqueza esteja diretamente nas mãos não daqueles que a possuem mas daqueles que permitem a extração do lucro fazendo-a trabalhar, como proteger esta riqueza? Evidentemente por uma moral rigorosa: daí esta formidável ofensiva de moralização que incidiu sobre a população do século XIX. Veja as formidáveis campanhas de cristianização junto aos operários que tiveram lugar nesta época. Foi absolutamente necessário constituir o povo como um sujeito moral, portanto separando-o da delinquência, portanto separando nitidamente o grupo de delinquentes, mostrando-os como perigosos não apenas para os ricos, mas também para os pobres, mostrando-os carregados de todos os vícios e responsáveis pelos maiores perigos. Onde o nascimento da literatura policial e da importância, nos jornais, das páginas policiais, das horríveis narrativas de crimes.

Complementa esta visão Giacóia Junior (2004, p.13), onde a figura do poder não se manifesta apenas no individual, mas penetra no âmbito social, na massificação:

A forma moderna do encarceramento corresponderia, de acordo com essas análises, à instituição de uma figura histórica de poder que caracteriza a sociedade disciplinar. Não se trata mais, doravante, da figura solene da antiga soberania, mas de um poder exercido minuciosamente e distribuído de modo capilar por todo o tecido social, que exerce por ‘mecanismos contínuos, regulares e corretivos’, ou seja, não mais do império da lei, mas da introjeção da norma, do controle, da vigilância, da punição. Aquilo que estará efetivamente em jogo nas relações de poder consistirá, doravante, em qualificar, medir, apreciar, hierarquizar as forças vivas, sobretudo investindo sobre seu suporte biológico, os corpos. Antes de tudo são indispensáveis corpos dóceis e úteis.

E, para concluir este raciocínio quanto as consequências deste novo poder e o modo como se manifesta na sociedade, diz José Eduardo Lourenço dos Santos (2014, p. 174). que:

Diverso do poder soberano, o biopoder trata de formas de gestão da vida, substituindo o “fazer morrer ou deixar viver” pelo “fazer viver e deixar morrer”: o poder tem a função de gerar a vida, tendo por suporte as ciências do homem, como a demografia e a medicina social, uma tecnologia da população (passa-se de um Estado territorial a um Estado de população). Tem-se a substituição do “fazer morrer

ou deixar viver” pelo “fazer viver e deixar morrer”, como já observado: a vida passa a ser a forma de atuação dessa forma de poder.

Ou seja, a vida indigna de ser vivida não é um conceito ético, que concerne às expectativas e desejos legítimos do indivíduo: é, sobretudo um conceito político, no qual está em questão a metamorfose da vida matável e insacrificável do *homo sacer*, sobre a qual se baseia o poder soberano. (AGAMBEN, 2014, p. 137).

Assim, o controle que existia somente no âmbito biológico passa a ser dominado pelo Estado, como forma de atuação social, conforme se verifica no pensamento de Oswaldo Giacóia Junior (2005, p. 622), que relata que "todo esse grande agenciamento incluía tanto o corpo global da população como os corpos dos indivíduos, na forma de biopoder que constituiu um elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo."

Com estudos feitos na época moderna se percebeu que a sociedade é controlada pelo bio-poder e bio-política, a qual é uma forma de controle social, pois atua em diferentes campos: escola, família, trabalho e muitos outros âmbitos. Como se pôde perceber, em razão da regulamentação, aqueles que são considerados inseridos, os “normais”, são admitidos na sociedade, porque estão no mercado de trabalho, consomem, tem maior qualificação e poder econômico.

Diante do biopoder, a delinquência é decorrente do próprio sistema penitenciário, e serve como ferramenta para determinar quem pode ser considerado fora dos padrões, ou seja, que deve ser excluído do convívio social. O controle social é utilizado sobre a vida e sua manutenção, em que determinados grupos são privilegiados e outros sofrem com a exclusão por não se adequarem aos padrões sociais.

2 DOS SISTEMAS PENAIIS

2.1 Considerações históricas

O controle social é feito através de várias formas e é de fundamental importância para o convívio social. Preferencialmente são utilizadas as maneiras que menos deem prejuízo aos indivíduos envolvidos, como – já analisado – a escola, o âmbito familiar, a fábrica e outros, para que haja a “normalidade” dos cidadãos conforme a teoria contratualista adotada neste trabalho, ou seja, obedecendo todas os limites determinados pelo contrato. Porém, invariavelmente podem acontecer desvios que, para o controle social, devem ser sancionados de alguma maneira. O Direito age em todas as ações da população, seja pelo chamado “contrato social”, como no direito privado (exemplo do Direito civil), ao Direito Público, como o âmbito tributário, administrativo, e, em última instância, o penal, que é a área analisada neste trabalho.

O Direito penal tem uma relação histórica, pois de várias maneiras se manifestou nas sociedades antigas até as mais modernas. Durante um período a característica era de terror, e em outro o liberal, pois a primeira traz penas cruéis e de totalitarismo e repressão, ou seja, pelo medo. Já a segunda demonstra uma preocupação científica, e é chamado de liberal porque "põe como centro a pessoa humana, preocupando-se com o fundamento do direito de punir e com a legitimidade da pena." (BRANDÃO, 2010, p. 23).

Esta área se inicia como uma vingança, que pode ser dividida em várias fases, que não tem uma progressão sistemática com princípios e épocas bem limitadas. Assim, pode ser considerado doutrinariamente como uma tríplice divisão: a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública, todas elas com raízes bem fortes na religião e na espiritualização. (BITENCOURT, 2013, p. 72).

Durante este tópico será analisado os aspectos históricos deste âmbito tão relevante no Direito que, apesar de suas inúmeras discussões, se torna cativante por ser, ainda, indispensável para o controle da sociedade. É claramente uma das maneiras mais antigas de se “adestrar” e manter a paz nas comunidades, todavia, teve como característica principal a violência, o medo e a desproporcionalidade. E, após, se verificará as finalidades da pena e quais suas formas no Direito penal.

2.1.1 Vingança privada, divina e pública

A primeira delas, a vingança privada, é a reação à agressão. Primeiramente, seria de um indivíduo contra outro indivíduo, depois de um grupo contra um indivíduo, e posteriormente, de conglomerado social contra aquele. Uma resposta claramente pessoal, sem intervenção de estranhos. (NORONHA, 1982, p. 28).

Nas sociedades primitivas observa-se a rigidez das penas, cruéis e aflitivas. Mas, isto não demonstra a ausência de normas, ao contrário, é a forte obediência a elas, pelo seu caráter religioso, ou seja, a vingança divina. Como leciona Cláudio Brandão (2012, p. 25):

Na sociedade primitiva, o Direito Penal tinha um caráter sacerdotal e teocrático. Essa confusão entre Direito Penal e religião é própria da cultura da época, na qual todos os valores, quer políticos quer religiosos, bem como todas as normas da ética e da honorabilidade popular formavam um conjunto entrelaçado. Isto posto, a aplicação da pena era feita pelos sacerdotes, visto que o crime era sempre a violação das normas sagradas. Deve-se salientar que o sacerdote gozava de ampla competência penal, porque funcionava como intermediário entre os homens e a divindade; ao aplicar a pena o sacerdote evitaria a ira desta, elidindo o seu castigo sobre o grupo humano.

Pode-se destacar como um exemplo deste castigo aplicado em que a finalidade maior era a intimidação "o Código de Manu, embora legislações com essas características tenham sido adotadas no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia." (BITENCOURT, 2013, p. 73).

Assim, seu caráter divino reinou durante vários séculos e muitas localidades, cada qual com sua peculiaridade, sua religião e deuses, sempre com a referência suprema de uma figura que é criadora e destruidora da vida e do mundo, como ensina Magalhães Noronha (1982, p. 29-30) que:

Já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido.

É o Direito Penal religioso, teocrático e sacerdotal. Um dos principais Códigos é o da Índia, de Manu (Mânava, Dharma, Sastra). Tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. Era a dos brâmanes a mais elevada; a última, a dos *sudras*, que nada valiam.

Revestido de caráter religioso era também o de Hammurabi. Aliás, podemos dizer que esse era o espírito dominante nas leis dos povos do Oriente antigo. Além da Babilônia, Índia, Israel, o Egito, a Pérsia, a China etc.

Ao lado da severidade do castigo, já apontada, assinalava esse Direito Penal, dado seu caráter teocrático, o ser interpretado e aplicado pelos sacerdotes.

Posteriormente, com a organização social, abandona-se o caráter de vingança por vingança (olho por olho e dente por dente) e também o religioso (o endeusamento e punição para diminuir a ira destas figuras) necessitava-se de um meio de proteção para o Estado e, conseqüentemente, do príncipe ou do soberano, através de penas cruéis e aflitivas com clara finalidade intimidatória, que se pode classificar como fase da vingança pública: que quer dizer reafirmar o ordenamento lesado, demonstrando que a legislação vigente tem força e não deve ser desobedecida.

No entanto, resquícios da *vindita* privada e da divina existiam, mesmo com a retirada de justificativas teleológicas ou da individualização da pena e a adoção de filosofia baseadas no antropocentrismo:

Na Grécia Antiga, em seus primórdios, o crime e a pena continuaram a se inspirar no sentimento religioso. Essa concepção foi superada com a contribuição dos filósofos, tendo Aristóteles antecipado a necessidade do livre-arbítrio, verdadeiro embrião da ideia da culpabilidade, firmado primeiro no campo filosófico para depois ser transportado para o jurídico. Platão - com as Leis - antecipou a finalidade da pena como meio de defesa social, que deveria intimidar pelo rigorismo, advertindo os indivíduos para não delinquir. [...]

Na Roma Antiga, a pena também manteve seu caráter religioso e foi, igualmente, palco das diversas formas de vingança. Mas logo os romanos partiram para a separação entre direito e religião. [...] De qualquer sorte, em nenhuma dessas fases de vingança houve a liberação total do caráter místico ou religioso da sanção penal, tampouco se conheceu a responsabilidade penal individual, que somente a partir das conquistas do Iluminismo passou a integrar os mandamentos mais caros do Direito Penal. (BITENCOURT, 2013, p. 74).

Após estes períodos de vingança, surge a época "histórica", onde a pena deixou de se basear sobre o fundamento religioso, e baseou-se na moral e no civil, ainda que existissem ligações com as fases passadas. (GRECO, 2015, p. 19).

Seus maiores expoentes são o Direito penal romano, germânico e canônico que serão brevemente suscitados e que com a separação entre Direito e religião, tentaram retirar todo o caráter místico da pena e baseando-se apenas no caráter de intimidação por meio das leis.

2.1.2 Direito penal romano

Uma das maiores influências que o Brasil tem em seu Direito vem desta origem: a romana. Muito em razão de sua positivação, além disso deu importância a vários conceitos hoje

concretizados como nexos causal, dolo, culpa, entre outros, e que até os dias de hoje tem estudos aprofundados sobre os temas.

Quanto ao primeiro, tem-se que no período, de acordo com Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2014, p. 76):

Roma apresenta uma verdadeira síntese da sociedade antiga - servindo de liame entre o mundo antigo e o moderno-, e o Direito oferece um ciclo jurídico completo. Bem cedo, e de forma louvável, o positivismo romano dissociará o *faz do jus*, elidindo a confusão entre o religioso e o laico, o que vai possibilitar a afirmação do caráter público da pena.

Com a separação do religioso e do Direito, nesse período, os romanos finalmente remontam a origem de inúmeros institutos penais que continuam a integrar a moderna dogmática-penal moderna, como: conheceram do conceito de nexos causal, dolo, culpa, caso fortuito, inimizabilidade, menoridade, concurso de pessoas, penas e o seu cálculo. Infelizmente não houve a preocupação dos romanos em defini-las, apenas trabalhavam casuisticamente com elas, isoladamente, sem se dedicarem a criação de uma Teoria Geral do Direito Penal, por exemplo. (BITENCOURT, 2013, p. 76).

Além da influência romana, foi de grande importância a germânica, que inclusive teve influência daquele. Uma das principais contribuições fora o conceito de multa, que até hoje é adotado em muitos Códigos Penais, a exemplo do Brasil, e que se verá a seguir.

2.1.3 Direito penal germânico

Para o Direito penal germânico, basicamente consuetudinário, surgiu em uma extensa zona que se estendia ao leito do rio Reno e ao norte do Danúbio, até a região conhecida hoje como Rússia. Estavam divididos em uma série de povos e tribos, cada qual com sua organização própria. As sociedades germânicas eram constituídas por nobres, homens livres, semilivres e escravos, denominadas pela concepção religiosa de que os deuses dirigem o destino humano. (PRADO, 2014, p. 79).

Sofreram grande influência de talião e a composição, dependendo da gravidade do delito. Sobre os institutos que se utilizavam estava o *Wehrgeld*, indenização do dano, que significava um ato de submissão do ofensor ao ofendido; a *Busse*, preço pela qual o agressor comprava o direito de vingança do agredido ou de sua família; e o *Fredus ou Friedgeld*, devido ao soberano, ao chefe tribal, tribunal ou Estado, como preço da paz. Os dois primeiros distinguiam-se em que aquele se destinava em que aquele se destinava aos crimes mais graves.

Pena de caráter severo era a da perda da paz (*friedlosigkeit*), em que, proscrito o condenado, fora da tutela jurídica do clã ou do grupo, podia ser morto não só pelo ofendido e seus familiares, como por qualquer pessoa. (NORONHA, 1982, p. 31).

A perda de paz (*friedlosigkeit*) é a autorização para que se cometessem atrocidades com o condenado, ou seja, a retirada da cidadania do indivíduo que pode ser morto pelo ofendido ou seus familiares, como uma vingança privada, por qualquer pessoa que tivesse interesse ou oportunidade. O condenado para este tipo de pena é o excluído, o *homo sacer*.

Outra característica relevante do Direito germânico foi a sua objetividade. Para esta escola a importante o resultado causado, quer dizer, uma análise meramente objetiva do comportamento humano e a ilicitude. O aspecto subjetivo é dispensável, portanto, não é punida a tentativa. A responsabilidade penal é objetiva, pelo evento (*Erfolgshaftung*) ou pela simples causação material (*Causalhaftung*). Daí a máxima: o fato julga o homem. Importa, tão somente, o efeito danoso da ação, e a pena não sofre nenhuma oscilação se o resultado se produz voluntariamente ou não, ou por caso fortuito. (PRADO, 2014, p. 81).

Com o esclarecimento dos direitos penais romanos e germânicos, há um terceiro que é o canônico: de grande influência e vinda da Igreja, ela contribuiu, principalmente, no que diz respeito a penitenciária, advinda do vocábulo "penitência".

2.1.4 Direito penal canônico

Diversamente trilhou o Direito canônico que "quer se opondo à influência da força como prova judiciária, quer salientando o elemento subjetivo do crime." (NORONHA, 1982, p. 32). Historicamente ela se iniciou, de acordo com Rogério Greco (2015, p. 22):

O ano de 313 d.C. foi fundamental para o Cristianismo. Depois de um longo período de perseguições, o imperador Constantino, o Grande, proclamou a liberdade de culto, com a expedição do chamado *Édito de Tolerância*, após sair vencedor na batalha de Monte Milvio, em 28 de outubro de 312, quando, na noite anterior, sonhou com uma cruz, onde nela estava escrito em latim: *in hoc signo vinces* (sob este símbolo vencerás). Se, por um lado, a suposta conversão de Constantino, interrompendo um ciclo de perseguição aos cristãos, pode ter sido seu mérito, por outro, a igreja cristã primitiva, pura, viu-se impregnada de rituais pagãos, que não foram abolidos pelo Imperador e que permanecem até os dias de hoje, já que Constantino, até seus últimos dias de vida, continuou sendo um "adorador do deus sol". Em 27 de fevereiro de 380, por meio do *Édito de Tessalônica*, o Imperador Teodósio I determinou que o cristianismo fosse a única religião autorizada em todo o Império Romano, ao contrário de Constantino que, embora o tolerasse, não o colocou acima de outras religiões. A partir de então, o poder da Igreja, mesmo impregnada de rituais pagãos, foi crescendo.

O Direito canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere as ideias sobre a reforma do delinquente. "Penitenciária" advém do vocábulo "penitência". Influência que tem predomínio teleológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito penal, como o crime sendo um pecado contra as leis humanas e divinas. (BITENCOURT, 2014, p. 79).

Além do elemento subjetivo do crime, a finalidade que empresta à pena, objetivando a regeneração ou emenda do criminoso, pelo arrependimento ou purgação da culpa. Houve punições rudes ou severas, mas com o fim superior da salvação da alma do condenado. Ainda, trouxe o princípio da ordem e da moral, ditado pelo Cristianismo, pois, até então, predominava o princípio social do Direito romano ou o individual do germânico. (NORONHA, 1982, p. 31).

Complementando as influências Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 79) disserta que:

[...] afirma-se que as ideias de fraternidade, redenção e caridade da Igreja foram transladadas ao direito punitivo, procurando corrigir e reabilitar o delinquente. Os mais entusiastas manifestam que, nesse sentido, as conquistas alcançadas em plena Idade Média não têm logrado solidificar-se, ainda hoje, de forma definitiva, no direito secular. Entre ela, menciona-se a *individualização* da pena conforme o caráter e o temperamento do réu. Seguindo a tradição canônica, na qual se fazia distinção entre a pena vindicativa e pena medicinal, pode-se encontrar as iniciativas penitenciárias de Filippo Franci e as reflexões de Mabillon durante o século XVII. As realizações dos Papas Clemente XI e Clemente XII.

Assim, estes três Direitos, embora tenham fundamentos diversos, juntamente contribuíram para a formação do Direito penal comum, que predominou durante toda a Idade Média, e mesmo posteriormente, em vários países europeus. (NORONHA, 1982, p. 32).

Cada escola influenciou para a construção de um Direito penal como é conhecido atualmente. Com os conceitos de dolo, culpa, inimputabilidade, de proporção de pena, da prevenção geral positiva e outras. Portanto, apesar de suas diferenças, todas elas contribuíram da sua maneira para o que se conhece atualmente como a área penal. E, a próxima, é a influência Europeia anterior a revolução Francesa.

2.1.5 Direito penal comum

O Direito penal comum é a fusão das influências romanas, germânicas e canônicas, e cada qual com o seu direito nacional, com a prevalência do primeiro especialmente após o século XII. O renascimento dos estudos romanísticos dá lugar ao fenômeno chamado *recepção*,

em que o efeito principal era restaurar na Europa o sentimento do Direito, de sua dignidade, de sua importância para assegurar a ordem e o progresso. (PRADO, 2014, p. 84).

Para Bitencourt (2013, p. 80-81), o Direito penal comum teve como contribuições:

Nesse período histórico, por influência dos glosadores e pós-glosadores, surgiram importantes diplomas legais que aspiram alcançar o *status* de Direito comum, com o consequente fortalecimento do poder político entre os povos germânicos, especialmente a partir do século XII. Entre os mais importantes destacam-se a *Contitutio Maguntina*, de Frederico II (1235), e a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), de Carlos V, sobre a qual desenvolveu-se o Direito Penal medieval na Alemanha. A importância da *Carolina* reside na atribuição definitiva do poder punitivo do Estado, que, na época, apresentava-se profundamente enfraquecido, estabelecendo a denominada *cláusula salvatória*. Outros diplomas legais, posteriormente, reforçaram o Direito local, como o *Codex Iuris Bavarici* (1751), na Baviera, a *Contitutio Criminalis Theresiana* (1768), na Áustria. Na Itália, nos séculos XVII, XV e XVIII, as *Constitutiones Sicilianas* (1231), a *Pragmatica Napolitana* (séc. XV) e as *Constitutiones Piamontesas* (1770), respectivamente. Na França, também a partir do início do século XVIII, os diplomas legais se multiplicaram.

Reconhece-se que as penas dessa época eram de grande crueldade, pois eram corporais e aflitivas, e que se baseavam na vingança social e na prevenção por meio da intimidação. E que, "tem-se um Direito gerador de desigualdades, cheios de privilégios, heterogêneo, caótico; construído sobre um conglomerado incontrolável de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes; arbitrário e excessivamente rigoroso." (PRADO, 2014, p. 85).

Essa característica de pena será transformada após a Revolução Francesa que trará um humanismo para o Direito penal, o afastamento de penas aflitivas e, normalmente, físicas.

2.1.6 Período humanitário

A crueldade era algo comum nas penas que eram sentenciadas aos réus, eram físicas, aflitivas e de caráter intimidatório. Para reafirmar a vigência do soberano, principalmente, torna-se recorrente a utilização de violência e humilhação ao que cometem crimes para que se controle socialmente a comunidade a sua volta. Como no Brasil a história de Tiradentes, seu esquartejamento e o espalhamento de suas partes do corpo para demonstrar aos possíveis revolucionários as consequências de uma rebelião, também pode utilizar como exemplo o relato de pesquisas feito por Michel Foucault (2013, p. 09):

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa

carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça da Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas...

Afirma-se que, embora sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: "Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me". Os espectadores ficaram todos edificadas com a solicitude do cura de Saint-Paul que, a despeito de sua idade avançada, não perdia nenhum momento para consolar o paciente.

Com o advento do Iluminismo, no chamado século das Luzes (XVIII), trouxe o período humanitário desta corrente filosófica que se caracterizou para ampliar o racionalismo em todas as áreas da experiência humana e, principalmente, a influenciar o respeito à condição humana e a sua liberdade, igualdade e fraternidade entre a sociedade:

Esse movimento de ideias, definido como *Iluminismo*, atingiu seu apogeu na Revolução Francesa, com considerável influência em uma série de pessoas com um sentimento comum: a reforma do sistema punitivo. O Iluminismo, aliás, foi uma concepção filosófica que se caracterizou por ampliar o domínio da razão em todas as áreas do conhecimento humano. O Iluminismo representou uma tomada de posição cultural e espiritual de parte significativa da sociedade da época, que tinha como objetivo a difusão do uso da razão na orientação do progresso da vida em todos os seus aspectos. Em outros termos, esse movimento, também conhecido como a era da Ilustração, é resultado da concorrência de duas correntes distintas. Não esquecendo o grande destaque que tiveram os filósofos franceses, como Montesquieu, Voltaire, Rousseau, entre outros, que pugnam contra a situação reinante na defesa veemente da liberdade, igualdade e justiça, na seara político-criminal, fizeram coro com esse movimento, particularmente, Beccaria, Howard e Bentham, seguidos por Montesinos, Ladirzábal e Concepción Arenal. (BITENCOURT, 2013, p. 82).

A figura que mais simboliza esta humanização nas punições é do italiano César Bonesana, Marquês de Beccaria, que nasceu em Milão, em 1738, que apesar de sua mocidade, se aplicou aos estudos daqueles que sofriam os rigores e arbitrariedades da Justiça daqueles tempos. Este filósofo lançou seu livro *Dei delitti e delle Pene* (Dos delitos e das penas) em 1764, discípulo de Rousseau e Montesquieu. (NORONHA, 1982, p. 32).

Luiz Regis Prado, Gisele Mendes de Carvalho e Érika Mendes de Carvalho (2014, p. 86) elucidam a importância que teve a obra de Cesare Beccaria no âmbito criminal:

As ideias contidas na famosa obra de Beccaria, verdadeiro breviário de política criminal, além de causar grande repercussão, marcaram o nascimento do Direito Penal moderno. Sem dúvida, foi ele o autor que em primeiro lugar desenvolveu a ideia da estrita legalidade dos crimes e das penas, operando uma verdadeira sistematização, dominada por três postulados fundamentais: legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária. Assim, resumidamente: a) a afirmação do princípio fundamental da legalidade dos delitos e das penas: só as leis podem fixar as penas em relação aos delitos e essa autoridade não pode residir senão no legislativo; b) a afirmação de que a finalidade da pena é a prevenção geral e a utilidade: a pena deve ser necessária, aplicada com presteza, determinada, suave e proporcional ao delito; c) a abolição da tortura e da pena de morte; d) a infalibilidade na execução das penas; e) a clareza das leis; f) a separação das funções estatais; e g) a igualdade de todos perante a lei penal.

Ou seja, nas próprias palavras de Beccaria, em suas conclusões do citado livro ele finaliza que "para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei." (BECCARIA, 2003, p. 97).

Além de Beccaria, outros autores que contribuíram para a reforma foram Servan (Discurso sobre a administração da justiça criminal), Marat (Plano de legislação criminal), Lardizábal (Discurso sobre as penas) e Howard (O estado das prisões na Inglaterra e Gales), onde este último lutou pela renovação do sistema penitenciário. (PRADO, 2014, p. 86).

Após o período humanitário, surgiu o criminológico - que será alvo de estudos no próximo tópico.

2.1.7 Período criminológico

Surgiu com mais intensidade no século XIX, que, embora seja de difícil definição, pode-se atribuí-la como uma ciência interdisciplinar que tem como o objeto de estudo do comportamento delitivo e a reação social. Se ocuparia "do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito e, para tanto, lança mão de um objeto empírico e interdisciplinar." (SHECAIRA, 2011, p. 49).

Para Magalhães Noronha (1982, p. 35), sobre o assunto:

Quem primeiro os apontou foi um médico. César Lombroso. Em 1875, escreve seu livro *L'Uomo Delinquente*, que bastante repercussão tem, granjeando adeptos e provocando opositores.

Ao invés de considerar o crime como fruto do livre arbítrio e entidade jurídica, temo qual manifestação da personalidade humana e produto de várias causas. A pena não possui fim exclusivamente retributivo, mas, sobretudo, de defesa social e recuperação do criminoso, necessitando, então, ser individualizada, o que evidentemente supõe o conhecimento da personalidade daquele a que será aplicada. O ponto nuclear de Lombroso é a consideração do delito como fenômeno biológico e o uso do método experimental para estudá-lo. Foi o criador da *Antropologia Criminal*. A seu lado surgem Ferri, com *Sociologia Criminal*, e Garofalo, no campo jurídico, com sua obra *Criminologia*, podendo os três ser considerados os fundadores da Escola Positiva.

A criminologia se ocupa das causas e efeitos do delito, ou seja, do seu lado empírico. Assim, é evidente a sua importante contribuição para o desenvolvimento da Ciência do Direito Penal e a sua relação com a política criminal e dogmática jurídico-penal. E, ainda mais:

[...] A Criminologia deve buscar uma resposta à infração que não seja somente estatal (penal, administrativa ou civil). Devemos potencializar os mecanismos informais de controle social, que são os que mais demonstraram ao largo da história sua eficácia preventiva, como a escola, a família, o entorno etc. E, sobretudo, deve-se colher das modernas tendências criminológicas, como lição principal, que ao reconhecimento das falhas do sistema se deve mesclar a ideia de sua indispensabilidade. (BUSATO, HUAPAYA, 2015, p. 16-17).

Após analisar, brevemente, o histórico do Direito penal na sociedade - seu desenvolvimento e períodos – passemos as formas e as finalidades da pena.

2.2 Fins da pena

A partir do momento em que é destacada a violação do ordenamento jurídico, o Estado deve tomar partido e buscar soluções para essa infração, recorrendo as áreas menos gravosas do Direito - por exemplo, o âmbito civil e administrativo – e se não houver outra saída, se punirá criminalmente. “Porque a pena é a sanção mais violenta que o Estado pode impor, ela deve ser a menos aplicada. Só haverá pena, dessarte, quando houver a violação de bens jurídicos que o Estado considere dignos de uma proteção mais enérgica.” (BRANDÃO, 2010, p. 315).

O Código Penal brasileiro elenca como consequências jurídico-penais dos delitos as penas, que são “Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.”. E a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito, pois [...] Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal. [...] (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2013, p. 444).

A pena é considerada um mal porque acarreta perda de bens jurídicos, por exemplo, quem comete um delito sofre a perda do bem jurídico liberdade, patrimônio. A pena pode ser definida como a consequência jurídica do crime, traduzida em um mal, imposta pelo Estado. A ideia de pena está vinculada à de legalidade, porque o Estado somente poderá impor esse mal a partir do instrumento que se utiliza para impor seus comandos penais: a lei. (BRANDÃO, 2010, p. 316).

Cabe agora analisar quais as finalidades da pena, que são divididas em três grandes grupos: teorias absolutas, teorias relativas e teorias unitárias (ou ecléticas).

2.2.1 Teorias absolutas

A característica essencial das teorias absolutas ou também chamadas de retributivas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo pelo mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado (*punitur quia peccatum est*). (BITENCOURT, 2013, 133).

Dois autores e sobressaem nesse grupo Kant e Hegel, sobre o primeiro:

Kant, no seu livro **Princípios Metafísicos do Direito**, expõe suas ideias sobre os fins da pena. Para o autor, a pena é um sofrimento, e deve ser aplicada por uma questão de justiça, independentemente de qualquer finalidade, porque cada um deve responder por seus atos. Kant fala na *poena forenses*, que é distinta da pena natural. A pena forense, que é a do Direito Penal, não visa a nenhum outro fim, a não ser causar um mal ao delinquente, por uma questão de justiça. (BRANDÃO, 2010, 318).

Contribui sobre o filósofo alemão o professor Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 422) esclarecendo que “KANT (1724-1804) define a justiça retributiva como *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pela qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um *receba o valor de seu fato* e a *culpa de sangue* não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados.”

Kant não ignorou a espécie e medida da pena, depois de se perguntar pelo grau e espécie de castigo, chegou a conclusão que a justiça pública devia impor como princípio e como regra o *ius talionis*. (BITENCOURT, 2013, p. 137).

Já sobre o outro expoente da teoria absoluta, Hegel:

Para ele, o direito é a realização da liberdade de espírito. A negação do direito pelo delito não representa a destruição do direito, porque o direito é

invulnerável; o que há é apenas uma aparência de destruição. Ante essa aparência de destruição o direito reage com a pena. A pena nega a realidade que aparentemente anulava o direito, a pena mostra que o delito é impotente para destruir o direito. Ela é, portanto, a lesão da lesão do direito. (BRANDÃO, 2010, p. 318).

Esclarecendo “HEGEL (1770-1831) define crime como *negação do direito* e pena como *negação do crime* – portanto como *reafirmação* do direito – e considera a justiça retributiva a única digna do ser humano. (SANTOS, 2012, p. 422).

A teoria de Hegel tem em comum com a de Kant a ideia essencial de retribuição e o reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade. A diferença entre elas repousa no fato de que a teoria hegeliana se aprofunda mais na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição penal e na renúncia à necessidade de uma equivalência empírica no contexto do princípio da igualdade. Pode-se dizer que o pensamento de Hegel continua tendo certa influência na atualidade (v.g., Jakobs), mas convém lembrar que a “função repressiva da pena não é mais vista como retribuição pelo fato, mas sim como compensação de culpabilidade (*Schuldausgleich*) e como expiação (*Sühne*)”. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2013, p. 445).

A crítica jurídica sobre essas teorias absolutas é que

A função jurídica da função *retributiva* tem por objeto a natureza expiatória ou compensatória da pena criminal: retribuir, como método de expiar ou ocompensar *um mal* (o crime) com *outro mal* (a pena), pode corresponder a uma *crença* – e, nessa medida, constituir um *ato de fé* -, mas não é democrático, nem científico. (SANTOS, 2012, p. 423).

Atualmente o crime deve ser penalizado proporcionalmente a sua gravidade. Assim, não se tem mais o sentimento de vingança social como fundamento da pena, sendo livre de toda consideração relativa a seus fins. A ideia de retribuição em seu sentido clássico é indemonstrável e tem base ética e metafísica despida de racionalidade. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2013, p. 446).

2.2.2 Teorias relativas

As teorias relativas têm a finalidade da pena transcendente ao mal, significando a prevenção de delitos futuros. A teoria relativa da pena se divide em teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial.

Quanto ao modo de alcançar seu fim, a prevenção geral é classificada em duas versões: a prevenção geral negativa ou intimidatória que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça das penas ou predicando com o exemplo do castigo eficaz; e, de outro lado, a prevenção geral positiva que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem. (BITENCOURT, 2013, p. 145). Quanto a primeira pode-se conceituar:

Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social. É a denominada prevenção geral intimidatória, que teve clara formulação em Feuerbach (teoria da coação psicológica), segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus destinatários. Como doutrina utilitarista, refuta as bases metafísicas da teoria retributiva, e, nesse sentido, representa um avanço. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2013, p. 446).

A crítica jurídica sobre essa teoria é de que é ineficaz a ameaça penal para inibir comportamentos criminosos, conforme indicam a inutilidade das cruéis penas corporais medievais e a nocividade das penas privativas de liberdade do Direito penal moderno. Além disso, a prevenção geral negativa têm dois defeitos graves: primeiro a falta de critério limitador da pena transforma a ameaça penal em terrorismo estatal, como indica a lei de crimes hediondos; segundo, a natureza exemplar da pena como prevenção geral negativa viola a dignidade da pessoa humana porque acusados reais são punidos de forma exemplar para influenciar a conduta de acusados potenciais, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais. (SANTOS, 2012, p. 427)

Já a segunda, a teoria da prevenção geral positiva propõe uma mudança de perspectivas quanto ao alcance dos fins preventivos: estes já não estariam projetados para reeducar aquele que delinuiu, nem estariam dirigidos a intimidar delinquentes potenciais:

A finalidade preventiva seria agora alcançada através de uma mensagem dirigida a toda a coletividade social, em prol da “internalização e fortalecimento dos valores plasmados nas normas jurídico-penais na consciência dos cidadãos”. A pena passa, então, a assumir uma *finalidade pedagógica* e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico. (BITENCOURT, 2013, p. 147).

Ou seja, a prevenção geral positiva como aquela a qual afirma que a função do Direito penal é dar afirmação aos valores, e pela afirmação dos valores os sujeitos se abstêm da prática de delitos. (BRANDÃO, 2010, p. 319). E três são os efeitos principais que se vislumbram: primeiro, o efeito de aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; segundo, o efeito da reafirmação da confiança no Direito penal; e, terceiro e último, o efeito da pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução ao conflito gerado. (BITENCOURT, 2013, p. 147).

A crítica se dá pelo caráter formal-cerebrino do discurso da teoria relativa geral positiva, também chamada de integração/prevenção, ou seja, parece descrever um mundo irreal. (SANTOS, 2012, p. 427).

Para Günther Jakobs e sua corrente funcionalista sistêmica, a culpabilidade é concebida como mero derivado da ideia de prevenção geral, quer dizer, “uma ação culpável seria aquela que se expressa pela falta de fidelidade do Direito, às normas jurídicas que regulam a convivência”. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2013, p. 448). Ainda, nesse procedimento permite-se a aplicação de pena desvinculada da culpabilidade do autor, o que legitimaria a imposição de pena inclusive a inimputáveis e aos que tenham agido em erro de proibição, visto que teriam desestabilizado a vigência da norma. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2013, p. 449). Postura denominada como teoria da prevenção direta ou absoluta⁶, ou de prevenção geral positiva fundamentadora⁷ e que é refutada porque

[...] a teoria da prevenção geral positiva na versão fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também a sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado social e democrático de Direito. É igualmente questionável a eliminação dos limites do *ius puniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática. (BITENCOURT, 2013, p. 151).

Ou seja, uma pena fundada nos preceitos da teoria da prevenção geral positiva poderia afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que utiliza o indivíduo como meio para a consecução de fins sociais meramente utilitários de eficácia duvidosa. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2013, p. 450).

⁶ PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2013, p. 448.

⁷ BITENCOURT, 2013, p. 149.

Noutro giro, a teoria da prevenção especial, dominante nos séculos XIX e XX, tem como finalidade o tratamento individual do criminoso. A execução do programa de prevenção especial ocorre em dois processos simultâneos, pelos quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado: por um lado, a prevenção especial negativa de neutralização (ou inocuização) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena; e, por outro lado, a prevenção especial positiva que corrige e ressocializa o condenado, realizada por meio de trabalhos psicológicos, sociológicos, com assistência social e outros funcionários do estabelecimento prisional. (SANTOS, 2012, p. 424).

A obrigação forçada de correção do apenado é claramente uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2013, p. 451).

2.2.3 Teorias unitárias, mistas ou ecléticas

As teorias unitárias da pena criminal conjugam as teorias isoladas com o objetivo de superar as deficiências particulares de cada teoria, mediante a fusão das funções declaradas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena. Então, a pena representaria: a) retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade; b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, alpmem de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, por último; c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção da ordem jurídica. (SANTOS, 2012, p. 428-429).

Luiz Régis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2013, p. 452) observam que “o termo técnico apropriado, mais consentâneo para exprimi-la, vem a ser *neorretribuição* ou *neorretribucionismo*, e não propriamente retribuição, já que tem fundamento *próprio*, diverso da noção clássica, e *relativizado*.”

Assim, congregam dois aspectos, isto é: “combinam a retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena, por isso é a corrente onde todos os fins da pena alcançam uma relação equilibrada, sendo a que melhor traduz o que é a pena.” (BRANDÃO, 2010, p. 319).

Assim, impõe-se reconhecer que a adoção de uma teoria unitária da pena coaduna-se, de modo incontestado, com as exigências de um Estado democrático e social de Direito, na medida em que fornece o sólido amparo à necessidade de proporcionalidade dos delitos e das penas, barreira infranqueável ao

exercício do *ius puniendi*. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2013, p. 455)

No Brasil, O Código Penal em seu artigo 59, adota as teorias unitárias ao determinar aplicação da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. As espécies de pena são três: penas privativas de liberdade; penas restritivas de direito e pena de multa. Frise-se que no art. 5º. da Constituição Feral em seu inciso XLVII são proibidas “a) as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.”

Visto que a pena deve ser proporcional, de caráter retributivo e preventivo, passemos aos discursos atuais sobre os sistemas penais: o Direito penal mínimo, o abolicionismo penal e o Direito penal máximo, como modelos teóricos montados.

2.3 Direito penal mínimo

A partir das transformações do Direito penal, chegou-se a um ponto equilibrado - em que se respeita a dignidade da pessoa humana e, concomitantemente, atua protegendo bens jurídicos indispensáveis e que outros ramos do Direito como o civil, administrativo, trabalhista e outros sozinhos não poderão, sozinhos, protegê-los.

Com a Revolução Francesa, a punição foi se transformando, se humanizando, deixou-se as penas cruéis e aflitivas de lado, a intimidação pelo terror de lado, e adotou-se uma utilização preventiva e retributiva da pena, a exemplo do atual ordenamento jurídico brasileiro.

Como, em nosso Código Penal (BRASIL, 2016a) em seu artigo 59, a saber:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**:
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifo nosso)

O Direito penal mínimo, para que ocorra, deve obedecer a alguns princípios basilares, para que não se torne um Direito penal máximo, Rogério Greco (2015, p. 30) afirma que:

O raciocínio do Direito Penal Mínimo implica a adoção de vários princípios que servirão de orientação ao legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais, devendo servir de norte, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim de que se produza uma correta interpretação. Dentre os princípios indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo, podemos destacar os da: a) dignidade da pessoa humana; b) intervenção mínima; c) lesividade; d) adequação social; e) insignificância; f) individualização da pena; g) proporcionalidade; h) responsabilidade pessoal; i) limitação das penas; j) culpabilidade; e k) legalidade.

Para o Direito penal mínimo, os direitos fundamentais são respeitados, as colunas sustentadoras de um Estado Democrático, onde trazem um núcleo protetivo a todos os seres humanos, José Eduardo Lourenço dos Santos (2014, p. 189) ensina:

Os direitos fundamentais envolvem as necessidades reais do homem, tendo em vista sua dignidade, sendo que a história demonstra a constante violação desses direitos em discrepância entre condições potenciais de vida, como gerais de todos, tendo em vista a capacidade social de produção e condições atuais como desperdício e repressão às primeiras condições. A satisfação de necessidade de um grupo dá por meio da insatisfação das necessidades de outro grupo, o que implica em injustiças sociais, que seria em forma de violência estrutural com repressão das necessidades reais (dos direitos humanos) - situações atuais em discrepância das potenciais, no que se refere à satisfação das necessidades, diretamente ligada ao desenvolvimento e à concentração de poder e propriedade em determinadas classes da sociedade.

O princípio da legalidade, que é o norteador de todo Direito penal, como o princípio da presunção de inocência é para o Direito processual penal, e que pode ser reconhecido pelo famoso brocardo latino: *nullum crimen nulla poena sine lege*, é a pedra angular de todo o sistema legal referente ao âmbito criminal:

A organização fundamental do modelo de Estado composto a partir do modelo constitucional se dá através de um postulado básico: a submissão à regra da lei. Esse princípio condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal impondo-lhe, antes de tudo, um limite formal que é a necessidade de pautar sua intervenção pelo mecanismo legislativo. Assim, tanto os delitos quanto as penas, os procedimentos de atribuição de responsabilidade e da forma de cumprimento dos castigos, devem resultar todos submetidos à lei. (BUSATO, 2015, p. 27-28).

Todavia, não se verifica apenas o âmbito formal da legalidade, com a criação legislativa devidamente observada, “como também pesquisar se o conteúdo da lei penal não contraria os princípios expressos ou implícitos contidos em nossa Lei Maior, norteadores de todo o sistema.” (GRECO, 2015, p. 35).

Ainda, Nilo Batista (2011, p. 65) salienta a sua importância:

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni.

Todavia, apesar do sistema penal ter a sua característica na intervenção mínima, o seu discurso para o público se faz de uma forma diferente, de uso simbólico, em que se tem várias ideologias que se cruzam, ou seja, "o discurso jurídico ou judicial é, como regra geral, garantidor, baseado na retribuição ou na ressocialização", de outro prisma, "o discurso policial é predominantemente moralizante; o discurso penitenciário é predominantemente terapêutico ou de "tratamento." (ZAFFARONI, 2011, p. 72).

Apesar de sua contradição na prática como citado supra, o Direito penal mínimo - adotado na legislação brasileira - é embasado, principalmente, na dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do *Iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses *princípios limitadores* passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de *Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988. Eles estão localizados já no preâmbulo de nossa Carta Magna, onde encontramos a proclamação de princípios como a liberdade, a igualdade e justiça, que inspiram todo o nosso sistema normativo, com fonte interpretativa e de integração das normas constitucionais, orientador das diretrizes políticas, filosóficas e, inclusive, ideológicas da Constituição, que, como consequência, também são orientativas para a interpretação das normas infraconstitucionais em matéria penal. (BITENCOURT, 2013, p. 49).

Nesse sentido, ele tem como princípio central o princípio da dignidade da pessoa humana, onde o homem deve ocupar o centro das atenções do Estado e, para a manutenção da paz social, deverão somente ser proibidos os comportamentos intoleráveis, que atinjam os bens mais importantes e necessários para o convívio em sociedade. (GRECO, 2015b, p. 30).

Como este tópico se refere ao Direito penal mínimo, tem-se um princípio que faz referência a este adjetivo, o princípio da intervenção mínima. O âmbito penal será utilizado

somente para proteger os bens jurídicos indispensáveis, ou seja, somente em *ultima ratio*. Condutas toleradas pela sociedade ou bens que podem ser, primeiramente, protegidas por outra área do Direito não devem ser tipificadas no ordenamento jurídico criminal, pois segue-se o raciocínio de que o Direito penal deve intervir minimamente. Nilo Batista (2007, p. 84) ensina sobre o nascimento deste princípio:

O princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que "quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas"; Beccaria advertia que "proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos"; e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescrevia que a lei não estabelecesse senão penas "estrita e evidentemente necessárias" (art. VIII).

Adiante, o princípio da lesividade demonstra que, no Direito penal, somente se punirá comportamentos que criem uma lesão, ou perigo dela, a bens jurídicos de terceiros, e como o princípio anterior, auxilia na elaboração dos tipos penais criados pelos legisladores. Meros pensamentos, ainda que sejam condutas criminalizadas, se não forem praticadas no plano ontológico, não poderão ser punidos, exemplos dessas situações seriam "a punição pela cogitação, pelo fato de alguém não gostar de tomar banho, ou usar cabelos compridos, ser homossexual, praticar os atos de mutilação pessoal, tentativas de suicídio, etc." (GRECO, 2015, p. 32).

Da mesma forma que os dois últimos, o princípio da adequação social servirá de orientação para que o legislador crie ou revogue os tipos penal e que o julgador tome decisões de acordo a sociedade. Criminalizações que passam a ser aceitas pelo povo, por este princípio, não podem ser penalizadas, em razão das modificações que ocorrem ao longo dos anos, por exemplo, crimes como de sedução e adultério foram revogados do Código Penal pois a própria sociedade não vê estas atitudes com a mesma lesividade que se tinha décadas atrás.

Nesta mesma lógica, e quando o objeto do crime tem um valor ínfimo, ou mesmo desproporcional a pena que lhe é prescrita pelo tipo penal? De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin, devem ser consideradas atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente um bem jurídico penal, pois esta não justifica uma imposição de pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância ou que afere infimamente um bem jurídico-penal. (PRADO, 2014, p. 125).

Em outra esteira, existe o chamado princípio da individualização: onde, após verificar se o fato é lesivo, se típico e essencial à sociedade, determinar a sanção correspondente a infração. Onde, “o princípio da individualização da pena ocorre em três fases distintas, a saber: a) a fase da cominação; b) fase da aplicação; c) fase da execução.” (GRECO, 2015, p. 107). Ainda, na Constituição Federal, no seu art, 5º, LXVI, com a seguinte redação:

- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Este princípio faz com que decorra um outro: o da proporcionalidade. Influenciado pela época iluminista, que dizia “pra que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito a ditada pela lei.” (BECARIA, p. 139).

O princípio da pessoalidade é previsto na Constituição, no inciso XLV do art. 5º: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação ou perdimento de bem ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executados, até o limite do valor do patrimônio transferido.”. No mesmo artigo, mas no inciso XLVII prevê que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis, em respeito ao princípio da limitação das penas que é decorrente da dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2015, p. 34).

Ainda, um dos mais importantes para a seara nos últimos tempos é princípio da culpabilidade. Para Busato (2015, p 72):

[...] A rigor, observando-se mais detidamente, o conceito dogmático de culpabilidade e mesmo a mensuração de pena estão, de certo modo, compreendidos na ideia central de culpabilidade como princípio e derivam, certamente, da evolução a respeito da concepção do termo jurídico *culpabilidade*. Afinal, a culpabilidade como princípio pode ser compreendida também como uma garantia contra os excessos da responsabilidade objetiva e também como uma exigência que se soma à relação de causalidade para reconhecer a possibilidade de impor pena. Atualmente, o princípio da culpabilidade se identifica com várias funções que incluem a dimensão limitadora do exercício punitivo do Estado.

Em síntese, é impossível a intervenção do Direito penal quando a conduta do agente não é passível de censura, quando na situação em que se encontrava, não poderia ter agido de outro modo. (GRECO, 2015, p. 34).

Para Nilo Batista (2011, p. 100), o princípio da culpabilidade deve ser entendido como:

Como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve ser igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja subjetivamente atribuível. [...] Para além de simples laços objetivos entre o autor e o resultado de sua conduta, assinalou-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da ideia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena. As relações entre culpabilidade e pena constituem matéria polêmica, que integra a teoria do crime, onde a estrutura e as funções dogmáticas da culpabilidade, seja na economia do crime, seja na fundamentação da pena, são minuciosamente examinadas.

De acordo com todos estes princípios apresentados, o Direito penal mínimo se torna a melhor opção entre o abolicionismo e o Direito penal máximo (que se verá a seguir), pois ambos são posicionamentos extremos, já aquele exibe um equilíbrio que respeita a dignidade humana como base primordial, porém, protegendo bens jurídicos relevantes em nossa sociedade se por acaso vierem a sofrer lesões ou perigo de lesão, mantendo a segurança jurídica no âmbito penal.

2.4 Abolicionismo penal

O Direito penal é cruel, tanto é, que pelo princípio da intervenção mínima, ele deve ser a *ultima ratio*. E, além desse seu caráter extremo, há estudos que demonstram que o encarceramento é seletivo, ou seja, os presos – em sua maioria – têm características em comum: pessoas marginalizadas, pobres, negras, conforme:

Quando alguém fala que o Brasil é o "país da impunidade", está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros - do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo - a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que os pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros, etc.). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam emprego rápido e desfrutam do salário mínimo (punidos *ou* mal pagos). Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir salário, porque a polícia prende e arrebeta (punidos *e* mal pagos). (BATISTA, 1990, p. 38-39).

Ainda, as penas não cumprem as suas funções preventivas e de reprovabilidade, têm uma característica extremamente estigmatizante (não ressocialização do preso), a cifra negra (crimes cometidos, mas não computados nas estatísticas criminais), outros ramos do Direito para resolver os conflitos levaram um grupo de autores a seguirem uma linha de abolição do Direito penal, os abolicionistas. (GRECO, 2015, p. 8).

Este pensamento de abolicionismo:

é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathieses, a fenomenológica-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir nesta a estruturalista, de Michel Foucault.” (BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, p. 648).

Pois, Salo de Carvalho (2015, p. 244) faz uma análise sobre o assunto e escreve que:

O movimento abolicionista, tendência atual dos movimentos de política criminal alternativa, fornece importantes elementos ao debate sobre a contração do sistema penal/carcerário apresentando propostas concretas que visualizam desde a sua eliminação à construção de alternativas aos regimes punitivos de apartação.

A preocupação com o princípio da dignidade da pessoa humana fez com que estes pensadores elaborassem uma nova teoria, em razão da incapacidade do Direito penal em punir a maioria dos crimes de colarinho branco e punir injustamente outras condutas que poderiam ser abarcadas pelo princípio da insignificância (também chamada de bagatela). A seletividade transforma o ramo penal em uma exclusão de pessoas, comparado as favelas ou guetos americanos, onde as pessoas são marginalizadas, retiradas da vista das pessoas "normalizadas":

[...] sugerimos que uma comparação histórico-analítica entre o gueto e a prisão pode ajudar a esclarecer a propriedades um do outro. Pois essas duas organizações pertencem claramente a uma mesma classe, a saber, as instituições de confinamento forçado: o gueto é um modo de "prisão social", enquanto a prisão funciona à maneira de um "gueto judiciário". Todos os dois têm por missão confinar uma população estigmatizada de maneira a

neutralizar a ameaça material e/ou simbólica que ela faz pair sobre a sociedade da qual foi extirpada. (WACQUANT, 2003, p. 108).

Com isso, o abolicionismo penal sugere que não existam punições de caráter penal, porque fatos que antes eram puníveis, em outra época deixam de ser, como a bigamia, o homossexualismo, ou na questão de que países punem e outros não. Porém, há uma crítica sobre esta teoria, pois

embora extremamente louvável o discurso abolicionista, o certo é que, para determinados fatos graves, infelizmente, não existe outro remédio a não ser o Direito Penal, não havendo qualquer possibilidade, pelo menos na sociedade atual, de abrimos mão do sistema penal, sob o argumento de que os outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de resolver quaisquer tipos de conflitos e lesões a bens jurídicos de relevo. (GRECO, 2015, p. 11).

Apesar das críticas, é importante citar a reflexão de Vera M. Guilherme e Gustavo Noronha de Ávila (2015, p. 20-21) sobre a polarização do debate das opiniões, que geram apenas distância em relação aos objetivos pretendidos, que são a segurança (punitivistas) e a liberdade (defensores de direitos humanos):

Difícil percebermos a incorporação de valores básicos relativos à defesa de direitos humano (para além dos “humanos direitos”) no senso comum. A aproximação ao debate é fundamental não só para entendermos (enquanto defensores) os argumentos contrários, como também para permitirmos reflexão quanto às possibilidades de um abolicionismo penal. Pouco se diz que a preocupação primeira das ideias abolicionistas é justamente a de poder recolocar o conflito da vida nas mãos de seus maiores interessados: autor e vítima.

E continuam a linha de raciocínio ligada aos direitos humanos e o sistema penal:

O maior inimigo do sistema penal é ele próprio e a dificuldade de debate parece ser também causada por, de um lado, um certo desânimo na possibilidade de diminuir a barreira em relação ao (imutável?) senso comum e, por outro, na recusa de outra alternativa que seja a punição. Quando falamos das projeções da mídia (e da sociedade em relação a ela), é necessário percebermos o quanto a política de drogas pode produzir efeitos na redução de violações a direitos humanos. Discursos “usuário” X “traficante” seriam esvaziados e permitiriam uma maior valorização da liberdade e da autonomia. Não apenas para o humano sem direitos, como também para o humano “direito”.

Com o exposto, vê-se que apesar de crimes patrimoniais como furto, apropriação indébita, estelionato, peculato serem passíveis de soluções no âmbito cível, ou administrativo, crimes como homicídio, roubo, estupro são mais difíceis de serem reparados nos citados ramos,

porque lesam bens jurídicos essenciais as pessoas como a vida, incolumidade física e psíquica, dignidade sexual e, assim, o Direito penal não pode ser abolido, mas, usado quando preciso, ou seja, sua intervenção deve ser mínima.

2.4 Direito penal máximo

Diametralmente oposto ao abolicionismo penal, está o Direito penal de caráter expansivo, com a criminalização do maior número de condutas que são vistas como prejudiciais à sociedade, todavia, não observando se o bem jurídico protegido é essencial às pessoas, ou seja, desrespeitando frontalmente o princípio da intervenção mínima.

Segundo Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 28), sobre esta expansão do Direito penal:

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

Com outras áreas, que não especializadas na matéria, fazem a análise dos fatos, dos delitos, da legislação penal, juntamente com o medo que propagam com seus noticiários, a sociedade fica com o sentimento de medo, de impunidade e de falta de segurança. Com este pensamento coletivo, as legislações se tornam cada vez mais punitivistas e expansionistas, para satisfazer a população e dar o alívio (mesmo que breve) que tanto esperam. Todavia, esta insegurança, de acordo com Bauman (2009, p. 16):

Poderíamos dizer que a insegurança moderna, em suas várias manifestações, é caracterizada pelo medo dos crimes e dos criminosos. Suspeitamos dos outros e de suas intenções, nos recusamos a confiar (ou não conseguimos fazê-lo) na constância e na regularidade da solidariedade humana. Castel atribui a culpa por esse estado de coisas ao individualismo moderno. Segundo ele, a sociedade moderna - substituindo as comunidades solidamente unidas e as corporações (que outrora definiam as regras de proteção e controlavam a aplicação dessas regras) pelo dever individual de cuidar de si próprio e de fazer por si mesmo - foi construída sobre a areia movediça da contingência: a

insegurança e a idéia de que o perigo está em toda parte são inerentes a essa sociedade.

E, juntamente com as evoluções tecnológicas, principalmente com a expansão da internet, surgem várias maneiras alternativas para as ações cotidianas, incluindo as práticas delitivas. Por isso, aparecem os crimes cometidos no âmbito informático, com seu *modus operandi* inovador, definição de lugar do crime diferente em razão do caráter novo do ambiente e, com tanto progresso técnico, surge também a sensação de insegurança ao desconhecido e, conjuntamente, com o anseio de uma nova forma de criminalização com legislações penais específicas.

Interessante comentar sobre a denominação de “crimes informáticos” e os crimes de forma livre cometidos com instrumentos tecnológicos:

A denominação “crimes informáticos” emprega a classificação doutrinária dos crimes em espécie. Portanto, aqueles crimes previstos na legislação penal e que admitem a sua prática com o emprego do computador são classificados doutrinariamente como crimes informáticos. Faz-se alusão, apenas, ao instrumento ou meio para a perpetração do crime. Assim, têm-se os crimes de forma livre, que podem ser praticados por qualquer meio eleito pelo sujeito ativo do crime, bem como os crimes informáticos, quando o computador é empregado como instrumento para a prática do ilícito. Como exemplos de crimes informáticos podem ser citados os delitos de inserção de dados falsos em sistema de informações e o de modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações. (FURLANETO NETO, 2008, p. 94-95).

Para complementar o assunto dos crimes em âmbito informático, importante citar Davara Rodriguez (*apud* FURLANETO NETO, 2008, p. 95) que define o delito informático como

la realización de una acción, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software.

Ou seja, o conceito abarca apenas a prática de delitos perpetrados exclusivamente por meios informáticos ou telemáticos, já que, em seu entendimento, os delitos que eventualmente podem ser cometidos com o emprego do computador são tratados pelo Direito Penal em geral, sem a necessidade de uma legislação própria. (FURLANETO NETO, 2008, p. 95).

Então, as influências das novas tecnologias fizeram com que acontecessem mudanças acerca dos modos e meios de se viver, pois,

A sociedade pós-industrial é, além da ‘sociedades de riscos’, tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de ‘objetiva’ insegurança. Desde logo, deve ficar claro que um emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, em última análise, manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social. (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 37).

Assim, para alguns pensadores, como Günther Jakobs, existem claramente na sociedade moderna formas de criminalidade diferenciadas das “normais”, em razão de seu alto potencial de lesividade social, mas também com características específicas dos autores do ponto de vista criminológico. Exemplo desses fenômenos diferenciados, seriam as organizações terroristas e da criminalidade de Estado, existe um amplo leque de atividades delitivas que se opõem radical e frontalmente aos valores sociais fundamentais e inclusive às estruturas sociais básicas, como o tráfico de drogas, a falsificação e tráfico de moeda, no tráfico de armas, de órgãos humanos, de pessoas para a prostituição, de crianças para adoção e de imigrantes ou na lavagem de capitais. (GRACIA MARTÍN, 2007, p. 129).

A partir desse sentimento de insegurança, o Estado passou a adotar medidas mais rígidas como “o exemplo norte-americano, principalmente do movimento denominado *Tolerância Zero*, criado no começo da década de 90, do século passado, na cidade de Nova York.” (GRECO, 2015-B, p. 14).

Rogério Greco (2015-b, p. 15) comenta acerca do movimento de Lei e Ordem e o toma como exemplo, equivocadamente, de expansão do Direito penal:

A política de tolerância zero é uma das vertentes do chamado movimento de Lei e Ordem. Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador.

Nesse raciocínio, procura-se educar a sociedade sob a ótica do Direito Penal, fazendo com que comportamentos de pouca monta, irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico. O papel educador do Direito Penal faz com que tudo interessa a ele, tendo como consequência lógica desse raciocínio um Direito puramente simbólico, impossível de ser aplicado.

Essa vertente tem como “objetivo limpar as ruas de ‘destroços’ humanos; como parte do processo de exclusão concomitante à emergência de uma sociedade com grande população

marginalizada e empobrecida, a qual deve ser dominada e contida” (YOUNG, p. 199-200), ou seja, visa-se a higienização dos locais em que os consumidores frequentam.

O Movimento de Lei e Ordem se utilizava de reações legal, judicial e policial mais contundentes, sendo as mais famosas a *Fixing broken windows* e *Three strikes and you're out*. O primeiro movimento, traduzido como “Consertando janelas quebradas” tem como início do estudo:

Em 1982, o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, ambos americanos, publicaram na revista *Atlantic Monthly* um estudo em que, pela primeira vez, se estabelecia uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Naquele estudo, cujo título era *The Police and Neighbourhood Safety* (“A Polícia e a Segurança da Comunidade), os autores usaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam, aos poucos, infiltrar-se numa comunidade, causando a sua decadência e a consequente queda da qualidade de vida. (RUBÍN, 2015).

Nesse estudo foi sustentado que as janelas quebradas de um local, como uma casa ou escritório, que não fossem consertadas rapidamente figurariam como que o proprietário do local não se importasse com a sua manifestação. Com isso, as pessoas que passassem e vissem que ainda continuavam quebradas, em pouco tempo, atirariam pedras nas outras ainda intactas. Assim, começaria a decadência do local, passando para a rua e depois para a comunidade, pois a criminalidade se inseriria pouco a pouco. Porque se “uma janela é quebrada. Adultos deixam de repreender crianças e adolescentes desordeiros. Estas, encorajadas, tornam-se mais desordeiras. Então, famílias mudam-se daquela comunidade. ” Consequentemente, “adultos, sem laços com a família, mudam-se para aquela comunidade. Adolescentes desordeiros começam a se reunir na frente da loja da esquina. O comerciante pede que se retirem. Eles recusam. ” A partir disso “o lixo se acumula. Pessoas começam a embriagar-se em frente aos bares. Um bêbado deita na calçada e lá permanece. A desordem se estabelece, preparando o terreno para a ascensão da criminalidade. ” (RUBÍN, 2015.).

A partir dessa visão, a tolerância zero seria o modelo mais sedutor para que a diminuição da criminalidade ocorresse, porém, os delitos seriam incisivamente punidos, sendo que há outros meios menos danosos que podem dar uma sanção proporcional ao desvio, como a área administrativa, cível e outras.

Já a teoria do *Three strikes and you are out*, que tem um nome sugestivamente midiático, segue uma influência do jogo de beisebol, tornando-se popular na década de 1990, principalmente na Califórnia. Para ela, que

[...] é aplicada aos condenados reincidentes, em síntese, e como regra (pois varia de Estado para Estado), aduz que na terceira infração praticada pelo agente, dependendo de sua gravidade, a pena variará entre 25 anos e prisão perpétua. A lei estadual aponta quais as infrações penais são consideradas *strikes*, sendo que a prática de três ou mais importará na aplicação das penas acima mencionadas. (GRECO, 2015-b, p. 21).

Todavia, apesar de alguns doutrinadores⁸ inserirem estes movimentos de *law and order* como expansão do Direito penal, esclarece Jesús-María Silva Sanchez (2013, p. 30-31) que:

Em particular, e para evitar desde logo interpretações equivocadas, convém ressaltar, sobre esse aspecto, que **a profundidade e a extensão das bases sociais da atual tendência expansiva do Direito Penal não têm nada a ver com as que na década de 70 – e posteriores – respaldavam o movimento, inicialmente norte-americano, de *law and order***. Por isso seria errôneo pretender analisar sob esse prisma a expansão do Direito Penal característica particular *fin de siècle*, cujas “causas” se pretende esboçar neste texto. [...] É fundamental sublinhar que a representação social do Direito Penal que dimana da discussão sobre o movimento de lei e ordem não era em absoluto unívoca, senão, pelo contrário, basicamente dividida. (grifos nossos)

E, ainda continua explanado acerca da tendência expansionista:

A representação social do Direito Penal que comporta a atual tendência expansiva mostra, pelo contrário, e como se verá, uma rara unanimidade. A divisão social característica dos debates clássicos sobre o Direito Penal foi substituída por um consenso geral, ou quase geral, sobre as “virtudes” do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos. Desde logo, nem as premissas ideológicas nem os requerimentos do movimento de “lei e ordem” desapareceram: ao contrário, se integraram (comodamente) nesse novo consenso social sobre o papel do Direito Penal. (SILVA SÁNCHEZ, p. 2013, p. 30-31).

Quer dizer, o movimento “lei e ordem” não caracteriza a expansão do Direito penal. Sua utilização foi sob uma certa camada social, os excluídos, que juntamente com outros movimentos de intelectuais e de direitos humanos se opunham a elas. Ou seja, o movimento sustenta um punitivismo, que não implica necessariamente uma expansão, senão em uma maior intensidade de reação aos fenômenos de delinquência de massas, da criminalidade das ruas.

Sobre o assunto “expansão do Direito penal”, então, pode-se citar:

⁸ Além de Rogério Greco, no mesmo sentido Manoel Monteiro Guedes Valente (2010).

Por “expansion” entiende Silva um complejo proceso de avance del Derecho penal caracterizado no sólo por una generalizada agravación de las penas, sino, sobre todo, por la tendencia creciente a utilizar el ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los grandes problemas sociales – frente a su tradicional papel preventivo de riesgos individuales – com la consecuente tipificación de numerosas conductas relacionadas com sectores de la vida comunitaria hasta hace poco ajenos a la intercepción penal [...]. (COPELLO, 2008, p. 208).

Assim, com a globalização e a decorrente sensação de insegurança que paira sob a sociedade pós-industrial tornou-se cada vez mais complexa a utilização do Direito penal nas relações humanas. Há existência de novas relações após a modernização nos últimos séculos, fez com que surgisse também novos problemas das mais variadas gravidades, mais regulamentações a serem realizadas e, conseqüentemente, a criação de novas leis e bens jurídicos.

A complexificação das relações e a sua impessoalização dificulta a solução de eventuais lides, por causa da ausência de referenciais morais e jurídicos que possam guiar aqueles que buscam elucidação nos conflitos e, com isso, contribui com uma maior demanda a chegar no Poder Judiciário e, assim, cria-se novos bens jurídicos a serem protegidos e novas tipificações para a normatização no ordenamento jurídico-penal. (TEIXEIRA, 2014, p. 113-114).

Ainda sobre o Direito penal máximo, importante citar os ensinamentos de Jesús-María Silva Sánchez que em seu livro “A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais” (2013), o professor espanhol se utiliza da metáfora de velocidades do Direito penal para demonstrar diferentes modelos da matéria.

A primeira velocidade é o Direito penal tradicional, onde se mantém os institutos históricos, “na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. ” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 193). Ou seja, os bens jurídicos como a vida, a liberdade e o patrimônio e a sanção típica seria a pena privativa de liberdade. Assim, pode-se dizer que entre fato criminoso e restrição de liberdade “há um processo penal com todas as garantias construídas ao longo do tempo, fazendo com que o processo penal tenha mais aparência de garantia do acusado do que instrumento de aplicação da lei penal pelo Estado. ” (TEIXEIRA, 2015, p. 114-115)

Já a segunda velocidade seria o expansionismo moderno, com novos bens jurídicos a serem protegidos, antes desconhecidos pelo Direito penal, então serve para os casos em que, “por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade

da sanção. ” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 213). Quer dizer que “entre o injusto culpável e a sanção não restritiva de liberdade de locomoção, há um processo penal com menos garantias – já que a sanção final é branda -, e, por consequência, mais célere. ” (TEIXEIRA, 2015, p. 115).

A terceira velocidade seria a utilização do Direito penal da pena de prisão concorra com uma relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, típicas da primeira velocidade. E que já pode ser identificada no Direito penal socioeconômico, por exemplo. Complemente, ainda, Ricardo Augusto de Araújo Teixeira (2015, p. 115):

Já a *terceira velocidade* diz respeito a um modelo em alguma medida semelhante à primeira versão do *Direito Penal do Inimigo*, de Jakobs. Trata-se de um sistema voltado para condutas concebidas como especialmente danosas ou ameaçadoras à forma de sociedade em que o ocidente se encontra. Para tais situações, há penas privativas de liberdade com duração maior que o comum, e um processo penal com menos garantias aos acusados, pois a gravidade do fato realizado exige punição severa e rápida, pois é preciso informar – aos eleitores, principalmente – com urgência que algo à altura está sendo feito.

Então, um exemplo de Direito penal de terceira velocidade, e que terá atenção máxima neste trabalho, é o Direito penal do inimigo, desenvolvido pelo professor alemão Günther Jakobs. “Esse autor se fundamenta, sobretudo, nos doutrinadores contratualistas (Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant) para instituir a bipartição do ordenamento penal, configurando um Direito Penal do cidadão, aplicável às pessoas em geral e respeitoso a todos os postulados legais instituídos” e de um outro lado “um Direito Penal do inimigo, atuante no combate às pessoas que se afastam dos regramentos sociais. ” (CALLEGARI, 2015).

Sobre a teoria de Jakobs, manifesta-se Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 194):

[...] se nos restringirmos à definição desse autor, o inimigo é um indivíduo que, 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. As características do Direito Penal de inimigos seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação do combate; e o solapamento de garantias processuais.

Em seus estudos, Silva Sánchez admite a legitimidade a segunda velocidade⁹, contestando que a utilização das sanções existentes em tal situação seria, em verdade, mais ágil se fossem em áreas do Direito Civil, Tributário e, principalmente, o Administrativo. (TEIXEIRA, 2013, p. 115).

O porquê que tais demandas recaiam sobre o Direito penal tem como argumentos: primeiro, a ausência de instâncias de controle moral na sociedade que faz modificar a inserção de novas condutas no Direito penal, também se cria o fenômeno do “paternalismo jurídico”:

[...] é possível afirmar que o paternalismo aparece sempre que se adote uma medida de limitação da autonomia pessoal de alguém com o fim de protegê-lo de um mal, isto é, de algo que o sujeito paternalista considera prejudicial ao sujeito cuja liberdade é limitada de acordo com o seu próprio ponto de vista. Do ponto de vista da Filosofia Moral, o termo ‘paternalismo’ é empregado especialmente com o fim de aludir a uma atuação que opera uma restrição da autonomia dos indivíduos. (CARVALHO, 2010, p. 180).

Quer dizer, com a chegada da globalização não existe uma uniformidade ética e moral e, assim, faz com que se desloque tais situações para outras instâncias, como o Direito. A segunda justificativa decorre da identificação da maioria social com as vítimas do delito. O Direito penal dá uma maior sensação de segurança, porém, com as respostas rápidas que se pode determinar a este ramo, retira-se o ideal de *ultima ratio* e passa a ter função primária em um Estado de Direito. (TEIXEIRA, 2013, p. 115-116).

Nessa esteira e para esclarecer sobre o fenômeno da expansão: encontrou-se como uma solução rápida que satisfaça a sociedade o Direito Penal, para tratamento do fenômeno da violência, então, expandindo a sua atuação, ou seja, criando novos tipos penais, agravando a pena de delitos já existente. “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.” (CALLEGARI, 2015, p. 126).

Mas qual seria o caráter simbólico e o seu significado acerca do Direito Penal? Quer dizer que:

Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito Penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão só perseguem o objetivo de dar a <<impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido>>, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta, ou dito uma nova formulação, que há uma discrepância entre os

⁹ [...] pode-se admitir *resignadamente* a expansão – já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supraindividuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 192).

objetivos invocados pelo legislador – e os agentes políticos que conformam a maioria deste – e a ‘agenda real’ oculta sob aquelas declarações expressas. (JAKOBS, 2012, p. 79).

De um ponto de vista geral, resume-se como o Direito penal do inimigo:

Seria uma clara manifestação dos traços característicos do chamado Direito Penal *moderno*, isto é, da atual tendência expansiva do Direito Penal, que com frequência origina formalmente uma ampliação dos âmbitos de intervenção daquele, e, materialmente, de acordo com a opinião majoritária, um desconhecimento, ou, pelo menos, uma clara flexibilização ou relaxamento, e, com isso, um menoscabo dos princípios e das garantias jurídico-penais liberais do estado de Direito. (GRACÍA MARTÍN, 2007, p. 76)

Apesar de se constatar a real existência de um Direito penal com tais características, a verdadeira discussão se dá acerca sobre sua legitimidade que poderia se basear em considerações de necessidade, subsidiariedade e eficácia, ou seja, em um contexto de emergência. (TEIXEIRA, 2013). Mesmo que se adote essas argumentações, Silva Sánchez (2013, p. 196-197) considera ilegítimo o Direito Penal do inimigo pela maneira que os Estados o estão adotando, a saber:

Mas remanesce a questão conceitual se, então, o Direito Penal do inimigo persiste sendo “Direito” ou se é já, ao contrário, um “não Direito”, uma pura reação defensiva de fato perante sujeitos “excluídos”. Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal “da normalidade”, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um “mal”, este se configura como o “mal menor”. Mas é evidente que essa justificativa obriga uma revisão permanente e especialmente intensa da concorrência dos pressupostos de regulações dessa índole. Pois bem, em minha opinião isso não está se verificando, sendo que os Estados, ao contrário, vêm gradativamente acolhendo comodamente a lógica, que Moccia criticara com agudeza, da *perene emergencia*. À vista de tal tendência, não creio que seja temerário prognosticar que o círculo do Direito Penal dos “inimigos” tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer.

Importante ressaltar a recente teoria de uma quarta velocidade do Direito penal, ou chamada também de neopunitivismo (PASTOR, 2015), que é consequente da internacionalização do Direito penal, por exemplo, os julgamentos no Tribunal Penal Internacional (TPI) para os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi instituído pelo Estatuto de Roma (Decreto Federal n.º 4.388, de 5 de setembro de 2002) para exercer jurisdição de caráter residual em respeito à

soberania dos Estados signatários e, conseqüentemente, demonstra a concretização do Direito penal de quarta velocidade.

No extremo oposto do abolicionismo, a corrente do Direito penal máximo se baseia na utilidade primária da tipificação de crimes e, diferente do Direito penal mínimo, não protege apenas bens jurídicos relevantes, mas qualquer conduta que possa ameaçar ou ameasse a vigência da legislação e seu caráter simbólico. Seu uso desenfreado é questionável em razão do princípio da intervenção mínima e, normalmente, recai apenas em grupos determinados de pessoas: os pobres, excluídos da sociedade que não se adequam aos parâmetros ditados pela maioria. Estes são os afetados pela força do Direito penal, são considerados “inimigos”, onde será discutido o seu conceito no próximo capítulo.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO – GÜNTHER JAKOBS

3.1 O inimigo no direito penal

O inimigo no Direito penal não foi definido contemporaneamente, ao contrário, a sua conceituação é antiga, todavia, o seu alvo foi modificado várias vezes a partir de inúmeros pontos de partida que foram utilizados, tais como, religião, localidade, comunidade, situação econômica, entre outros.

Uma das passagens históricas mais importante onde se rotulou expressamente o inimigo se encontra na Europa, a exemplo da Idade Média onde o discurso teocrático apresentava o genocídio colonialista como uma empresa piedosa, em cujo nome se matavam os dissidentes internos, os colonizadores rebeldes (aqueles que não são "normalizados") e as mulheres desordeiras. Depois, Satã, que deu uma longa lista de emergências que eram ameaças mais ou menos cósmicas ou apocalípticas que justificam uma guerra e demandam a individualização de um inimigo. (ZAFFARONI, 2007, p. 33).

Como nas palavras de Rusche e Kirchheimer (1999, p. 35-36):

As pessoas da Baixa Idade Média, que nunca podiam esperar por um destino favorável que lhes tirasse de suas condições miseráveis, viviam numa atmosfera de opressão, de irritação, inveja, raiva, ódio e desespero. A superstição era comum e a perseguição às bruxas atingiu proporções epidêmicas. As classes subalternas desafogavam a fúria e a dor nos representantes dos poderes sobrenaturais na terra, ou seja, naqueles que eram suspeitos de lidarem com "magia negra". O crime de bruxaria poderia ser nada além do que uma atribuição de certos poderes que suas aparências pessoais, hábitos excêntricos ou blasfêmias confirmavam. Mas as bruxas eram perseguidas não apenas pelas massas que atribuíam-lhe desgraças de toda sorte, mas também pelas autoridades, que eram, sem dúvida, sinceras em seu ódio e medo do sobrenatural e viam neste novo ódio das massas, provavelmente num estado nebuloso de semiconsciência, um meio de desviar a atenção de suas próprias responsabilidades.

O direito penal era utilizado como instrumento de intimidação, de controle social para as comunidades. O seu principal alvo eram os excluídos, os indesejáveis de acordo com sua época: os estrangeiros, as bruxas até que com a Revolução Francesa – a influência Iluminista – humanizou a área da punição, tornando-se proporcional, sem penas cruéis e aflitivas e, ao final, com o objetivo de ressocializar aquele que cometeu a infração. Porém, mesmo com a adoção de princípios que respeitam a dignidade humana no procedimento criminal e em sua legislação, como: da intervenção mínima, da proporcionalidade, a lesividade e culpabilidade, retornou a

ideia de que a criminalidade deveria ser combatida de forma rígida e a pena com efeito simbólico.

Apesar de Günther Jakobs, primeiramente diagnosticar desde a década de 1980 na Alemanha e em outros países o Direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) e a introdução desse termo em Frankfurt am Main em 1985 (TEIXEIRA, 2013, p. 229), a discussão sobre a expansão do Direito penal, com o advento das mídias sensacionalistas e do pós-11 de setembro de 2001, tornou-se cativante cada vez mais aos olhos da sociedade e, nas sociedades ocidentais, um meio cada vez mais acolhido pelas legislações e doutrinadores, como resposta aos ataques terroristas e destes “novos” inimigos.

Como visto, houve uma nova tendência: a expansão do direito penal, onde,

o discurso que aparece então é o da necessidade absoluta de segurança, que faz justificar um tratamento diferenciado e recrudescente ao delinquente, **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).

A diferenciação substancial nesta teoria é a pena: no Direito penal do cidadão ela tem uma função de contradição, já no Direito penal do inimigo a função da pena é a eliminação de um perigo. (JAKOBS, 2012, p. 47).

E, ainda define o jusfilósofo alemão:

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.

Na verdade, para esta teoria a sua missão principal é a busca do reconhecimento da necessidade de estabilização normativa, pois somente assim se pode esperar o respeito aos bens que interessam ao indivíduo e ao convívio social.

Quando, por exemplo, faz alusão ao objeto de proteção do Direito Penal no crime de homicídio, Jakobs argumenta que a provocação da morte não constitui propriamente a lesão do *bem jurídico-penal*, mas tão só a lesão de *um bem*. Em sua ótica, a conduta de matar adquire sentido para o Direito Penal, não porque lesa o bem vida, mas na medida em que representa uma oposição à norma subjacente do delito de homicídio, isto é, na medida em que o autor da conduta dá causa ao resultado morte com *conhecimento* (dolo) ou com a *cognoscibilidade* (culpa) de que escolhe realizar uma conduta que pode

provocar consequências, em lugar de escolher realizar uma conduta inócua. (BITENCOURT, 2013, p. 126).

Jakobs aponta como sua teoria de base, a teoria dos sistemas, cujo principal artífice no âmbito das ciências sociais foi Niklas Luhmann¹⁰. Todavia, como aponta Busato (2015, p. 242):

Em realidade, a teoria dos sistemas tem origem no âmbito das ciências naturais, mais precisamente nos trabalhos de Humberto Maturana e Francisco Varela¹¹. Esses autores, estudando a organização do vivo, o identificam como *sistema autopoietico*. Um sistema autopoietico produz continuamente a si mesmo, através de interações (*input e outputs*) com o seu meio, procurando a preservação de sua congruência interna, em permanente busca de estabilidade.

Para Günther Jakobs o Direito Penal deve ser utilizado e, eventualmente, com a autorização de sua ampliação coercitiva (leia-se: supressão de direitos e garantias processuais fundamentais) frente a alguma situações em que podem surgir.

Assim, manifesta acerca da utilização do Direito penal do inimigo:

Portanto, se o Estado, em caso de extrema necessidade, inclusive frente a seus cidadãos que são responsáveis por ela, não conhece tabu algum, mas sim faz o necessário, menos ainda poderão ser impostos tabus no âmbito das medidas para se evitar essa extrema necessidade dirigida contra terroristas. Em outras palavras, contra aqueles que geram a situação de necessidade, ao menos dentro do necessário: esta é a força sistemática explosiva do preceito. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 66).

A teoria da necessidade utilizada não é outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual que em um caso particular, em um situação extrema, torne sem efeito à obrigação da observância da lei. Quer dizer, a necessidade não é fonte de lei e tampouco suspense, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma. (AGAMBEN, 2004, p. 41).

Para Jakobs, toda sociedade tem "o direito a manter sua identidade e um mínimo de segurança que o jusfilósofo chama de "segurança cognitiva", e, para isso, afirma, inevitável que se utilize outra classe de Direito Penal, em casos de grave perigo para essa identidade." (MUÑOZ CONDE, 2009, p. 25).

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.62-63.

¹¹ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas e seres vivos*. 3. ed. Trad. de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

Importante citar a conclusão de Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 271) sobre essa teoria:

[...] além de distanciar-se dos referentes ontológicos da realidade empírica, rejeita as limitações externas ao próprio sistema do Direito Penal. Essa orientação jakobsiana conduz a um endurecimento do Direito Penal em prol de sua *eficácia simbólica*, naqueles ordenamentos jurídicos de *ideologia autoritária* ou naqueles em que os direitos e garantias individuais não estão devidamente consolidadas.

Ante todo o apresentado, o principal questionamento que se faz perante o Direito penal do inimigo é se realmente existem inimigos, e se acaso existam, o ponto nevrálgico é a delicada e perigosa questão da determinação, tanto de quem poderia ser enquadrado com esse *status*, como quem teria competência para definir semelhante determinação. (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 02: 5).

Ainda, essa teoria de uma normatização radical dificulta sobremodo qualquer tentativa de limitar o poder punitivo estatal, para atender aos reais interesses – não apenas simbólicos – da sociedade. Ou seja, é contraproducente como instrumento de garantia individual frente aos excessos do exercício do *ius puniendi* estatal. (BITENCOURT, 2013, p. 126).

Nessa linha, tece uma considerável crítica Andrei Zenkner Schmidt (2007, p. 85):

O limite imposto ao sistema é o limite necessário para que ele se torne estável, e, aqui, chegaremos à perigosa conclusão de que, em relação à validade do Direito Penal, os fins poderiam justificar os meios. Consequentemente, um Direito Penal cujas finalidades sejam buscadas, exclusivamente, em atenção à prevenção-geral-positiva (reintegração do ordenamento jurídico), poderá legitimar um sistema de máxima intervenção ilimitada e, ao mesmo tempo em que possui condições de se acomodar bem às novas demandas impostas pela pós-modernidade ao Direito Penal, possuiria o risco de abrir completamente as comportas para qualquer sistema político buscar a sua legitimação.

A ideia sobre a estigmatização de um sujeito como inimigo não é algo inovador na história dos pensadores, ou uma criação do próprio Günther Jakobs, há estudos em cima de pessoas que não são consideradas como cidadãos, ou até mesmo como não-pessoas. Se fará no capítulo seguinte uma breve análise sobre alguns filósofos que trouxeram algo que acrescenta a análise deste objeto de estudo.

3.2 Breve análise jusfilosófica

A categorização de inimigo a certo número de pessoas não é algo inovador na história do Direito, ou seja, principalmente no desenvolvimento de obras de alguns filósofos em que trabalham com o contratualismo, em que se entende que aquele que o infringe não mais poderia gozar dos benefícios advindos dele, não sendo visto como dentro da relação jurídica entre os indivíduos que compactuam-se no ideal de Estado.

Jakobs¹² cita a obra de Jean-Jacques Rousseau (1999, p. 44), O Contrato Social, que define que todo malfeitor,

atacando o direito social, torna-se por seus crimes rebelde e traidor da pátria, deixa de ser um de seus membros ao violar suas leis e até lhe faz a guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua, sendo necessário que um deles pereça, e, quando se faz morrer o culpado, é menos como cidadão que como inimigo. Os processos e o julgamento são as provas e a declaração de que ele rompeu o tratado social e, por conseguinte, de que já não é membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos por sua residência, deve ser afastado pelo exílio como infrator do pacto, ou pela morte como inimigo público; pois tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito de guerra é o de matar o vencido.

Também como o filósofo alemão Johann Gottlieb Fichte que diz que aquele que abandona o contrato por imprudência ou por sua vontade, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e se encontrará em um estado de completa ausência de direitos, ainda, que a execução de um criminoso não é uma pena, mas só instrumento de segurança. (Fichte *apud* JAKOBS, 2012, p. 25). E, assim, demonstra-se que a ideia de se perder o *status* de cidadão não é algo que não foi idealizado anteriormente, na História da humanidade.

Günther Jakobs esclarece não querer seguir esta concepção, por acreditar ser demasiadamente radical, de afastar o delinquente de modo totalmente a excluí-lo, pelos seguintes motivos, "por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito." e, continua, "por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade. (JAKOBS, 2012, p. 25).

¹² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Ainda, outros dois pensadores são colocados como garantes da viabilidade do conceito jurídico de inimigo ou *hostis* no Estado de Direito, são eles: Kant e Hobbes. Como já citado, Rousseau e Fichte são colocados de um lado com suas posições radicais (de acordo com Jakobs), onde todos os delinquentes seriam vistos como inimigos e, com posição moderada, aqueles.

Para Hobbes, o inimigo é ao menos o réu de alta traição, já Kant se utiliza do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação o poder do Estado, e situa o problema na passagem fictícia do estado de natureza ao estado estatal. Ou seja, para Kant toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã. E, com isto, quem não participa na vida em um estado comunitário-legal deve se retirar, sendo expelido e não pode ser tratado como uma pessoa, mas, poderá ser tratado como um inimigo. (JAKOBS, 2012, p. 26).

Todavia, esta posição não é apoiada por todos, a exemplo de Zaffaroni que se manifesta:

as posições de Rousseau e de Fichte não são tão radicais, pois de seus textos não surge nenhuma evidência de que eles tenham pretendido considerar inimigos todos os delinquentes, ao menos sem matizes tão importantes que neutralizes, em grande medida, a primeira afirmação. (2014, p. 121).

Assim, continuava sua argumentação de que Fichte, em verdade, deixava de fora do contrato os "assassinos, os incorrigíveis e os traidores". Nisto, a pena de morte era restrita para essa categoria de excluídos do contrato social, porém, sem nenhum fundamento talional - a que designava como uma teoria teocrática - então, tomava como uma medida de segurança administrativa e que, o Estado como mero administrador, devia executar. (ZAFFARONI, 2014, p. 123).

E conclui sua alegação:

Em síntese, a confrontação de Rousseau e Fichte com Hobbes e Kant não é apenas completamente original, como tampouco é correto que Rousseau e Fichte pretendessem excluir todos os infratores do contrato ou considerá-los como *hostis* ou inimigos. Na verdade, eles praticamente reduziam essa categoria aos assassinos e traidores e, ainda assim, com matizes consideráveis. (ZAFFARONI, 2014, p. 124).

Mas, prosseguindo com a posição de Günther Jakobs, este acredita que Kant em sua obra não considera como pessoa quem não se deixa obrigar a entrar em um estado de cidadão. E, continua, que de maneira similar, Hobbes também despersonaliza o réu que é acusado de alta

traição por haver a "rescisão" do contrato existente, que seria a constituição do Estado. Com esta linha de raciocínio, chega a conclusão de que Hobbes e Kant conhecem o Direito penal do cidadão - para aqueles pessoas que não são delinquentes (ou seja, os que não são perigosos e que não persistem no crime) - e o Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Ou seja, este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa. (2012, p. 28).

Dentre os filósofos recentes, está Carl Schmitt, que em sua obra de 1927 "O conceito do Político", define a essência do que é político como o enfrentamento entre o amigo e o inimigo. Explana que "a diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*." (SCHMITT, 2009, p.27).

É de inquestionável importância o conceito amigo-inimigo para Schmitt (2009, p. 28) e continua:

A diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou desassociação, podendo existir na teoria e na prática, sem que, simultaneamente, tenham que ser empregadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômicas ou outras."

Assim, Zaffaroni faz uma análise do conceito do político de Carl Schmitt relatando que existe um guerra permanente, diferente da guerra extraordinária ou da guerra propriamente dita, da guerra como fim, e que a função essencial da política não seria outra a não ser ela. Ademais, a guerra e política se sobrepõem, porque a guerra é necessária para criar e manter a paz interna, em outras palavras, exige-se que todos se unam frente ao *inimigo* e não lutem entre si. Portanto, a teoria da política de Schmitt não se ocupa do amigo nem da amizade, sendo praticamente uma teoria do inimigo. A amizade seria só um resultado da união frente ao inimigo. (ZAFFARONI, 2014, p. 139).

Jakobs cita estes filósofos, e num breve esboço histórico neste tópico, comenta-se as influências da teoria do Direito penal do inimigo, onde este - incluindo as medidas de segurança - combate o perigo e que existe o Direito penal do cidadão que mantém a vigência da norma. E frisa que a ideia de inimigo não é nova, e, portanto, tem precursores filosóficos destacados. Este é o Direito penal do inimigo que também é conhecido como modelo do funcionalismo sistêmico penal.

3.3 A sociedade de risco

Com a modernidade e todas as suas revoluções, a sociedade não consegue acompanhar todas as novidades e mudanças que são evidenciadas ao longo dos anos, criando dessas aparições o medo ao desconhecido e, ao mesmo tempo, a exposição a riscos produzidos em razão da época pós-industrial, que afetam desde o meio ambiente, com utilização de agrotóxicos, a doenças como as sexualmente transmissíveis, até a insegurança pública.

Para Ulrich Beck, o processo de industrialização é indissociável do processo de produção de riscos, uma vez que uma das principais consequências do desenvolvimento científico industrial é a exposição dos indivíduos a riscos e a inúmeras modalidades de contaminação nunca antes observados anteriormente, constituindo-se em ameaças para as pessoas e para o meio ambiente. Portanto os riscos acompanham a distribuição dos bens, decorrentes da industrialização e do desenvolvimento de novas tecnologias. Estes riscos foram gerados sem que a produção de novos conhecimentos fosse capaz de trazer a certeza de que estes riscos diminuiriam ou seriam passíveis de controle e monitoramento eficazes. (NAVARRO, 2005, p. 68).

Pode-se dizer que com a velocidade das descobertas de novas tecnologias e o financiamento para seus projetos, esta foi priorizada, porém, o progresso almejado não teve um estudo mais aprofundado sobre as eventuais consequências que poderiam resultar, e diante dessa desatenção, surge a insegurança e a incerteza que levam o homem a pensar no risco sob um novo prisma:

Pode-se virtualmente dizer que as constelações da sociedade de risco são produzidas porque as certezas da sociedade industrial (o consenso para o progresso ou a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos) dominam o pensamento e a ação de pessoas e das instituições na sociedade industrial. 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).

Para Beck a modernização é conceituada da seguinte maneira: a modernização simples, que ocorreu no período industrial e a modernização reflexiva que significa uma “possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial.” (BECK, 1997, p. 12). Esta reflexão é uma característica desenvolvida na sociedade moderna industrial, que após o aparecimento de riscos e ameaças desconhecidos, surge, então, esta mentalidade de analisar os riscos produzidos anteriormente e, assim, a partir dessa análise

percebeu-se que o processo de modernização criou demasiados riscos, ou seja, surge uma sociedade de risco.

Ou seja, este confronto entre convicções herdadas e as novas formas sociais conferem à modernização um caráter reflexivo, designada por Anthony Giddens de “modernidade reflexiva”:

As novas tecnologias, aliadas ao fantástico desenvolvimento de diversas áreas do saber humano, criam novas situações que exigem maior proteção e segurança aos indivíduos, num processo contínuo pouco percebido e praticamente autônomo de mudanças que afetam as bases da sociedade industrial, e, diante de uma realidade que não pára de se alterar, as pessoas tendem a valorizar as antigas certezas da sociedade industrial, criando momentos em que se faz necessário decidir entre uma convicção do passado e uma realidade transformadora. (GUZELLA, 2008, p. 3.073).

Neste conflito de interesses, entre o período pré-moderno e a modernidade, gerado pelo seu próprio desenvolvimento se apresentam as questões das armas nucleares, a preservação do meio ambiente que colocam em perigo toda a sociedade global.

Nesse diapasão, é patente a relação entre risco e perigo e pode ser visualizada a adoção de uma das duas terminologias, porém, o risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não existe risco sem que haja potência de perigo, sem a sua iminência. O risco refere-se previamente ao perigo, assim, a definição do que se entende por perigo é premissa fundamental para a compreensão do risco. (BOTTINI, 2010, p. 31-32).

Este risco não é isolado em um único ramo do conhecimento, e nem independente de soluções para cada um, é além, é transversal, que afeta e interage todos entre si:

Considerava-se que os problemas econômicos eram exclusivos das ciências econômicas, que os problemas de saúde pública eram próprios das ciências da saúde, que os problemas sociais eram específicos das ciências sociais e das iniciativas assistencialistas para consolidar a modernidade e administrar os riscos. Com o fenômeno da ‘globalização’ nos defrontamos com o desafio da formulação do pensar baseado na complexidade nos fazendo considerar diversas vertentes que configuram a realidade dinâmica dos fenômenos. Somos contemporâneos de uma variedade de riscos globais com importantes dimensões pessoais. (NAVARRO, 2005, p. 69-70).

Ou seja, o tamanho dos riscos nos últimos anos é que aumentou, quer dizer, elas nunca deixaram de existir, somente a sua proporção é que foi alterada, conforme Pierpaolo Bottini (2010, p. 34-35):

O perigo e o risco sempre estiveram presentes na atividade humana. O atuar em vida, o relacionamento com o outro e com as forças naturais sempre envolveram expectativas de perigo. No entanto, este perigo sempre foi considerado um elemento alheio à ordem social, uma ameaça alienígena que ocupava as atenções de maneira periférica e acessória. O cotidiano não exigia constantes avaliações de risco, não envolvia atividades arriscadas. As guerras, as catástrofes, as variações climáticas, as epidemias eram fenômenos isolados de crise de estabilidade que, por sua esporadicidade, não marcavam o modo de relacionamento social.

A produção, as fontes de energia, o consumo de produtos não envolviam tecnologias complexas e não interferiam na construção das expectativas da vida em comum. Os riscos do passado caracterizavam-se pela pessoalidade, pela regionalidade, pela concretude e pela facilidade de medição ou previsão. Logo, não é a existência do risco que caracteriza a sociedade atual, mas a nova dimensão deste risco.

Na visão de Ulrich Beck (2010, p. 107) a modernização trouxe para a lógica distributiva dos riscos diversas dimensões. Ou seja, as situações globais de riscos surgidas e sua dinâmica de conflitos e desenvolvimento social e político nelas contida são algo novo e considerável, principalmente a soma dos riscos e inseguranças, sua intensificação ou neutralização recíproca, que constitui a dinâmica social e política da sociedade de risco. Assim, na virada do século XXI, o processo de modernização desencadeado não apenas superou a suposição de uma natureza contraposta à sociedade, como também fez desmoronar o sistema intrassocial de coordenadas da sociedade industrial: sua compreensão da ciência e da tecnologia, os eixos entre os quais se entende a vida das pessoas.

Para esta teoria, a produção social de riquezas e o industrialismo são a principal causa da produção social de riscos e a ordem jurídica não assegura estabilidade e paz, ao contrário, legitima as ameaças. Os riscos modernos podem ser encontrados nos campos da globalização da economia e da cultura, do meio ambiente, das drogas, do sistema monetário, das migrações, do processamento de dados, da violência. Com a consolidação desses riscos o controle pelos mecanismos criados já não são mais eficazes para sua principal função: a proteção da sociedade. Nesse viés, a segurança é o oposto do risco, onde aparecem desafios para a efetividade de mecanismos de controle social, que, como já visto neste trabalho, o Direito penal faz parte. (NUNES, 2015, p. 224).

Importante ressaltar uma singularidade dos novos riscos, o efeito bumerangue. Nele:

Contido na globalização, e ainda assim claramente distinto dela, há um padrão de distribuição de riscos no qual se encontra um material politicamente explosivo: cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. 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 os quais lucram. Isto pode ocorrer de diversas formas. (BECK, 2010, p. 44)

Isto quer dizer que todos são afetados, desde aqueles que produzem os riscos até quem se beneficia da sua produção: todavia, a classe detentora do poder econômico apenas sofrerá as consequências a longo prazo, quando as interações sociais e culturais a atingirem, após o surgimento de questionamentos sobre a necessidade do desenvolvimento sem limites. E, fica bem claro, que a classe proletária é a mais afetada pelas consequências negativas advindas do processo tecnológico, seja a curto ou longo prazo.

Ulrich Beck classifica os novos riscos em três espécies:

[...] que podem se complementar e acentuar entre si: 1) aqueles conflitos chamados *bads*: a destruição ecológica decorrente do desenvolvimento industrial, como o buraco na camada de ozônio, o efeito estufa e os riscos que traz a engenharia genética para plantas e seres humanos; 2) os riscos diretamente relacionados com a pobreza, vinculando problemas em nível de habitação, alimentação, perda de espécies e da diversidade genética, energia, indústria e população; 3) os riscos decorrentes de NBC (nuclear, *biological*, *chemical*), armas de destruição de massas, riscos que aumentam quando vinculados aos fundamentalismos e ao terrorismo privado. O relevante desta classificação é mostrar que não existem riscos globais como tais, mas que eles estão permeados por conflitos em torno de questões étnicas, nacionais e de recursos, os quais têm lugar desde o fim do confronto Oriente/Ocidente. (GIVANT, 2015).

Num prisma de sua teoria social, Ulrich Beck denomina a sociedade de risco como um estágio em que as ameaças produzidas no momento industrial tornam-se cada vez mais claras e passam a demonstrar que alguns assuntos precisam de uma nova limitação e de padrões como a segurança, controle, os danos, e, também, o sistema jurídico:

Seria preciso, por fim, criar ou inventar um novo sistema de regras que redefina e refundamente as questões a respeito do que é uma ‘prova’, e o que significam ‘adequação’, ‘verdade’ e ‘justiça’ perante todos os riscos prováveis (e que atingem a todos) na ciência e no Direito. Seria preciso nada menos do que uma Segunda Ilustração, por intermédio da qual nosso entendimento, nossos olhos e nossas instituições pudessem reconhecer a menoridade da primeira civilização industrial – da qual ela mesma é responsável e dos danos que ela causou a si mesma. (BECK, 1999, p. 178).

O modelo projetado pela atual sociedade tem um elemento estruturante básico: o risco. Que se encontra em várias dimensões, inclusive nos níveis de ordenação social: ao mesmo tempo que faz imprescindível para a atividade produtiva, apresenta-se como elemento desagregador e ameaçador para este mesmo sistema. Este fenômeno revela os motivos do tratamento ambíguo que os sistemas de controle social oferecem ao problema do risco. Ao mesmo tempo que se incentiva o desenvolvimento tecnológico, econômico, político e sociais, existe uma aplicação de instrumentos para a redução da velocidade desse mesmo desenvolvimento. (BOTTINI, 2010, p. 52).

A área de conhecimento do risco, sua determinação do grau de risco permitido e nas decisões sobre como tratar as atividades arriscadas, tem como principal obstáculo os conflitos de interesse que permeiam a criação e o enfrentamento dos próprios riscos que, assim, atrapalham sua medição e administração. “Assim, as decisões neste terreno não podem ser reconhecidas como objetivas, técnicas e politicamente neutras, mas sempre como opções interessadas e ideológicas.” (BOTTINI, 2010, p. 54). A sua perplexidade causa um conflito subjacente nas operações de gestão de riscos e a desmistificação de sua pretensão técnica e exata intensificam a insegurança da sociedade sobre a condução política dessa atividade.

Como exemplifica Beck (2010, p. 280):

As instâncias políticas convertem-se em gerenciadoras de um processo que elas nem planejaram e nem definiram, mas pelo qual elas têm de responder. Por outro lado, as decisões na economia e na ciência são carregadas com um teor efetivamente político, para o qual seus atores correspondentes não dispõem de qualquer legitimação. As decisões que transformam a sociedade não dispõem de qualquer lugar onde possam emergir, tornando-se mudas e anônimas.

Com todas as consequências vistas pela evolução pós-industrial, principalmente os seus malefícios, fizeram com que a sociedade tenha um sentimento de insegurança e de comoção a certos acontecimentos (midiáticos, na maioria das vezes), clamando por medidas a curto prazo, e para que visualizem uma mudança, o Estado se utiliza de uma punição, ou algo de resultado paliativo para amenizar este sentimento:

Decerto, é no âmbito da política criminal que se encontra a abertura para que os influxos sociais ligados aos riscos sejam absorvidos e, na sequência, seja concebido um conjunto de respostas *preventivas* aptas a influenciar o sistema jurídico-penal. Como proposta apresentada pelo movimento político-criminal de absorção da sociedade mundial do risco, exsurge, de modo geral, a chamada *expansão* do direito penal regida, com base na ideia de risco, por

uma racionalidade distinta daquela inscrita sob o modelo de direito penal liberal e cujos desdobramentos podem traduzir-se, a título ilustrativo, pelos conceitos de bem jurídico supraindividual e de proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo, mediante a utilização dos crimes de perigo abstrato e dos delitos cumulativos. (...) desse modo, diferentemente da perspectiva da utilização do direito penal como *ultima ratio*, a distribuição dos malefícios na sociedade do risco aponta, em contrapartida, no sentido da expansão *ad absurdum* do mais atroz ramo jurídico, que é o direito penal, máxime sob a inspiração funcionalista-sistêmica (...). (SILVA, 2015).

Quer dizer, como resultado da magnitude destes problemas, a sociedade acaba por viver uma intensa fase de insegurança no intuito de reduzir as margens dos riscos através de decisões punitivas, clamando ao direito penal a expandir suas áreas já contempladas de atuação, iniciando, no âmbito da esfera jurídico-penal, um verdadeiro conflito sociológico, gerando muitas controvérsias acerca da legitimidade desta proteção. Porém, o cerne da questão é: constatar se o direito penal é o instrumento legítimo a tipificar condutas que não chegam a lesar o bem jurídico protegido ou, ainda, proteger ilícitos de perigo abstrato, muitas vezes sem desvalor de resultado, provenientes desta nova característica social. (GUZELLA, p. 3073-3074).

Assim, com todo o analisado, percebe-se que a sociedade de risco traz consigo características que fazem do sistema penal um modelo rápido e prático que, se flexibilizado, pode solucionar estatísticas – diminuindo-as – ao menos no âmbito criminal. E, como se verá no tópico seguinte, a exceção à regra do ordenamento jurídico-penal (sua flexibilização e sua expansão em relação a crimes) tem sido uma consequência crescente na sociedade ocidental e, inclusive, no Brasil, que entra em confronto com o Estado democrático de Direito.

3.4 O Estado de exceção

Para a definição do Estado de exceção tem-se a célebre frase de Carl Schmitt (1996, p. 88): “soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção”. O direito não pode ser pensado senão a partir de um poder superior que decide e pode suspendê-la, “por outras palavras, a lei não pode ser pensada senão a partir da sua remissão à decisão do poder político que o determina: o jurídico não pode ser pensado senão a partir do político.” (SÁ, 2014, p. 30). Ou seja, para o filósofo alemão, o soberano está fora do ordenamento jurídico normal e, ao mesmo tempo, faz parte dela, conseqüentemente, pode suspendê-la pelo tempo que for necessário enquanto não houver o retorno da normalidade, baseando-se na teologia-política. Ou seja:

Do mesmo modo que a ordem do mundo estaria assente no poder criador de um Deus concebido como *potentia absoluta*, assim também a ordem do Estado assentaria na decisão de uma vontade absoluta e soberana. Esta vontade não poderia deixar de ser caracterizada quer como a condição e a base para que a ordem por ela criada pudesse vigorar, quer como um poder transcendente e livre, marcado, na sua relação com a ordem, pela sua possibilidade de, enquanto origem da ordem, decidir sobre as situações excepcionais em que tal ordem poderia ser quebrada. Pensado como *potentia absoluta* principalmente desvinculada de qualquer ordem, o Estado moderno parte daquilo a que Schmitt caracteriza o Estado moderno por uma dupla capacidade. Por um lado, se o Estado moderno se baseia num poder soberano que surge, enquanto soberano, como uma *potentia absoluta* originariamente desvinculada de qualquer ordem, este poder soberano não pode deixar de ser identificado através da sua capacidade de decidir sobre a necessidade de se subtrair à própria ordem vigente. (SÁ, 2014, p. 41).

Nos escritos de Carl Schmitt, percebe-se que a ordem jurídica em vigência pode regulamentar apenas o que está dentro da normalidade, porém, não quando há necessidade extrema que dá causa ao estado de exceção. As medidas excepcionais se encontram entre as medidas jurídicas que não tem previsão no plano do direito e o estado de exceção apresenta-se “como forma legal daquilo que não pode ter forma legal”. (AGAMBEN, 2004, p. 12). Nessa linha de pensamento:

Significa reconhecer que há situações de extrema necessidade e de perigo para sobrevivência do Estado que não podem ser decididas *a priori* pelo Direito, mas sim por uma *decisão política de autêntica jurisdição*. Porque o Direito, como sistema ordenado de normas, está estruturado não somente por normas jurídicas, mas também e principalmente por decisões que essencialmente são *expressões de soberania*, ou seja, expressões do poder do soberano de decidir o conflito entorno do Direito. (ZILIO, 2011, p. 15).

O estado de exceção tem estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Sendo o oposto do estado normal, a guerra civil se encontra em uma zona indeterminada como o estado de exceção, que é uma resposta rápida do poder estatal aos conflitos internos mais extremos. Em um dos casos mais marcantes, o Estado nazista tem um caráter legal, pois, “logo que tomou o poder, (...), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais.” (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Com base no art. 48 da Constituição de Weimar, Hitler investiu-se de poderes extraordinários, proibindo a imprensa de emitir críticas contra o Governo,

prende deputados, violou as liberdades individuais, provocou uma hecatombe mundial e, usando as medidas constitucionais destinadas à defesa da República, levou-a ao colapso e à destruição. (MELO, 2015).

Carl Schmitt escreve sobre a legalidade dos atos do *Führer*, por atuar como o guardião da Constituição, além de criticar o liberalismo e o parlamentarismo contido nos anos anteriores, defendendo a quebra do princípio da separação de poderes, criando uma justificação legal para fundamentar o estado totalitário:

A situação do sistema parlamentar tornou-se hoje extremamente crítica, porque a evolução da moderna democracia de massas transformou a discussão pública, argumentativa, numa simples formalidade vazia. Algumas normas do direito parlamentar atual, sobretudo as determinações quanto à autonomia dos deputados e à abertura das sessões, surgem, ao invés disso, como uma ornamentação inútil, supérflua e até patética, como se alguém pintasse chamas vermelhas nos aquecedores de um moderno sistema de aquecimento central para transmitir a ilusão de um fogo ardente. Os partidos (que de acordo com o texto da Constituição escrita nem existem oficialmente) atualmente não se apresentam mais em posições divergentes com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses fundamentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões. As massas são conquistadas por meio de um aparato de propaganda, cujos bons resultados derivam de um apelo a interesses e paixões mais imediatos. O argumento, no seu sentido mais literal, característico da discussão autêntica, desaparece. (SCHMITT, 1998, p. 8).

Dias depois do discurso de Hitler sobre a noite de 30 de junho de 1934, a chamada “Noite das Facas Longas¹³”, em que deu ordens para assassinar os principais dirigentes da *Sturmabteilung* (AS), os paramilitares do partido nazista criado em 1921, Carl Schmitt publica o artigo “O *Führer* defende o direito. O discurso de Hitler perante o *Reichstag* em 13 de julho de 1934”, onde defende as ações de Hitler, não as justificando como medidas próprias do Estado de exceção, mas como uma jurisdição autêntica, sem controle jurisdicional. (ZILIO, 2011, p. 16).

Todas as leis *de defesa e de proteção* do Estado nazista eram dirigidas ao *Führer* para agradá-lo, mas também ao *público*, para propagar as qualidades de um regime interessado em mostrar que, através delas, defendia e protegia esse público.

Basicamente, portanto, essas leis autoritárias tinham dois destinatários: os autocratas, a quem os seus escribas deveriam agradar para não cair em desgraça, e o público, perante o qual deveriam servir de propaganda. Só secundariamente tendiam a burocratizar a supressão de *inimigos*, que eram os estranhos ou *hostis*. Na prática eliminavam os criminosos graves com a morte, matavam ou exilavam, os dissidentes e aprisionavam, por tempo indeterminado,

¹³ Originalmente *Nacht der langen Messer*

os indesejáveis, embora os nazistas tenham decidido pela eliminação destes últimos. (ZAFFARONI, 2007, p. 55-56).

Schmitt (1998) tinha clara ligação com regimes autoritários, principalmente o nazista e conforme a sua teoria sobre o amigo inimigo, os inimigos são aqueles definidos no âmbito da política, por decisão do soberano, e que por meio da força bélica pode-se garantir a tranquilidade, a segurança e a ordem por meio da destruição total dos inimigos, extinguindo-os para que haja uma unidade política. Alguns juristas assemelham a posição de Carl Schmitt com a de Günther Jakobs, pois

Essas provas da vinculação de SCHMITT com o regime nacional-socialista são importantes para destacar o autoritarismo das concepções de oposição entre amigo e inimigo que hoje ressurgem, como novidade, no direito penal do século XXI. Como se sabe, nos últimos tempos a doutrina penal mais especializada e qualificada – que tem tratado seriamente de analisar criticamente os pressupostos e os fundamentos do atual discurso do inimigo, que é defendido, por exemplo, pelo penalista alemão GUNTHER JAKOBS – sustenta que há aí uma luz reflexa das idéias de CARL SCHMITT. Há um reflexo no essencial e nas consequências de dita proposta de política criminal aproveitada, sobretudo em relação à necessidade política de tomar uma atitude de associar e defender aos amigos e de desagregar e combater aos inimigos, num maniqueísmo evidente: homem pecador-mau-inimigo em oposição ao homem virtuoso-santo-amigo. (ZILIO, 2011, p. 20-21).

Com o avanço das guerras civis mundiais, o estado de exceção apresentou-se como paradigma de governo na política contemporânea. Essa técnica de governo transformou de modo perceptível a estrutura e o sentido da constituição tradicional, ou seja, o estado de exceção apresenta-se como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. (AGAMBEN, 2004, p.13).

Passadas a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria, surgiu um novo autoritarismo no século XX, onde a globalização alterou o fluxo de imigrantes, principalmente nos Estados Unidos. Ao mesmo tempo, a proibição do álcool deu origem a poderosas organizações criminosas de mercado, em paralelo ao Estado do Bem-Estar, também chamado de *Welfare State*. Porém o discurso penal tornou-se simplista:

os políticos prometem mais penas para prover mais segurança; afirma-se que os delinquentes não merecem garantias; aprimora-se uma guerra à criminalidade que, está subentendido, também é suja, porque os delinquentes não são *cavalheiros*; afirma-se que os delinquentes violam os direitos humanos; alguns governadores tentam reeleger-se rodeados das fotografias dos executados de quem não comutaram a pena de morte; um bem sucedido candidato a presidente encerrou sua campanha mostrando a identidade de um policial morto e prometendo vingança; um prefeito, desempenhando suas

funções em tempo de pleno emprego, investiu grandes somas na melhoria do serviço de segurança, depurou boa parte da corrupção policial, mas pretende explicar seu êxito pela adoção da política de *tolerância zero* e explica idiotices a executivos latino-americanos que lhe pagam cifras astronômicas para ouvir suas incoerência publicitarias. (ZAFFARONI, 2007, p. 64-65).

O significado biopolítico do estado de exceção onde o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece logo depois dos atentados de 11 de setembro, especificamente na *military order*, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001 e que autoriza a *indefinite detention* e o processo perante as *military commissions* dos não cidadãos suspeitos de envolvimento com o terrorismo. (AGAMBEN, 2004, p. 14).

Ainda, Giorgio Agamben (2004, 14-15), em sua obra Estado de Exceção, demonstra como a democracia ocidental vive um rompimento com o antigo *nomos* da Terra, levando à ruína o sistema de limitações recíprocas, principalmente pós-11 de setembro:

Já a *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, permite ao *Attorney general* “manter preso” o estrangeiro (*alien*) suspeito de atividades de ponham em perigo “a segurança nacional dos Estados Unidos”; Mas, no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação da lei sob a imigração ou de algum outro delito. A novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo o estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável.

Segue, o filósofo italiano sobre o assunto na atualidade:

Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW [prisioneiros de guerra] de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei do controle judiciário. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus no *Lager* nazistas: Juntamente com a cidadania, haviam toda a identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade de judeus. Como Judith Butler mostrou claramente, no *detainee* de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação. (AGAMBEN, 2004, 14-15).

Portanto, o estado de exceção advém do estado de emergência, onde o ordenamento jurídico não consegue agir de fato, por prever somente o estado de normalidade. Neste espaço

neutro de atuação do biopoder, podem-se suspender direitos e garantias fundamentais até o restabelecimento da normalidade perdida. Analisando as legislações ocidentais e o Direito penal brasileiro, verificam-se algumas supressões a garantias individuais e flexibilizações no procedimento penal e, ainda, uma rigidez nas punições neste âmbito, principalmente na teoria do Direito penal do inimigo que ameaça frontalmente o Estado Democrático de Direito.

3.5 A expansão e flexibilização do Direito penal: uma situação de anormalidade

Günther Jakobs fundamentou seu trabalho em pensadores filosóficos e políticos, em uma teoria coerente denominada Direito penal do inimigo ou também como “funcionalismo sistêmico”. Com o resgate de teorias contratualistas onde, superficialmente, aquele que viola as normas é considerado inimigo (que deve ser excluído) pois este já não teria o *status* de cidadão, por se abdicar, conforme suas ações, do contrato social.

No início da exposição de sua teoria, Jakobs não a adotava, apenas identificava nas legislações – em especial a alemã – a existência de normas que são dedicadas a tipos de pessoas diferentes das que são consideradas “normais”.

Então, em 1985, em um artigo lançado no Seminário sobre Direito Penal, em Frankfurt, Jakobs:

[...] identificou uma extensa área no direito penal alemão na qual se vislumbravam caracteres de um modelo de direito penal muito distinto dos paradigmas do modelo ilustrado, a que chamou de *direito penal do inimigo* (Feindstrafrecht), e traçou a distinção entre essa e a área restante do sistema, o *direito penal do cidadão* (Bürgerstrafrecht). Com certo sarcasmo, Jakobs adotou terminologia que sabia seria hostilizada; se houvesse se limitado a repetir o que Hans Welzel ou Franz von Litzst haviam escrito, sem referência a inimigo, sua defesa não teria despertado tamanha polêmica. Porém, o vocabulário escolhido foi seu melhor acerto, uma vez que pôs em apuros todo o penalismo: ao resgatar e tornar explícito o conceito de *inimigo* ou *estranho*, Jakobs desnudou o fenômeno e a má consciência histórica do discurso penal frente à teoria política. (FRANÇA, p. 76).

Apesar de utilizar a expressão para criticar o endurecimento legislativo nas últimas décadas até 1999, diante do ameaçador avanço dessa tendência, Jakobs passou a reconhecer que os conceitos seculares se tornaram ultrapassados e passou a defender a necessidade da legitimação parcial como modo de deter o crescimento do próprio Direito penal do inimigo, ou seja, que exista um Direito penal de emergência, com caráter excepcional e direcionado ao não cidadão. (ZAFFARONI, 2007, p. 157).

Então, em 2003, Jakobs publicou seu livro *Direito penal do inimigo* onde abandonou claramente sua postura descritiva, tomada desde 1985 (na Revista de Ciência Penal – ZStW, n. 97, 1985, p. 753 e ss.) passando a adotar (desde 1999, mas inequivocamente a partir de 2003) a tese legitimadora, afirmativa e justificadora dessa teoria. (GOMES, 2016, p. 01).

Sobre o Direito penal de terceira velocidade, denominado por Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 197), ou o Direito penal do inimigo - onde este é utilizado como um instrumento de emergência, ou seja, quando se renunciam alguns princípios e garantias do indivíduo - pode-se constatar sua existência nas legislações atuais:

A discussão fundamental versa sobre a legitimidade do mesmo. Certamente ela teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiária e eficácia, em um contexto de emergência. Mas remanesce a questão conceitual se, então, o Direito Penal do inimigo persiste sendo “Direito” ou se é já, ao contrário, um “não Direito”, uma pura reação defensiva de fato perante sujeitos “excluídos”. Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal “da normalidade” seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um “mal”, este se configura como o “mal menor”. (...) À vista de tal tendência, não creio que seja temerário prognosticar que o círculo do Direito Penal dos “inimigos” tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer.

Apesar de certa similitude, a proposta de Jakobs não tem parentesco com a de Carl Schmitt. Todavia cabe observar que ao pretender compatibilizar o conceito de *hostis* com o Estado de direito, aquele incorre em uma contradição da teoria política que, anos antes, Schmitt assinalou: “o conceito jurídico de inimigo só é admissível em um Estado absoluto”. (ZAFFARONI, 2007, p. 160).

Quanto a compatibilidade, que é defendida por Günther Jakobs, de um Estado de direito e a adoção de inimigos é claramente conflituosa:

Deve-se atribuir a Schmitt sua opção reacionária pelo Estado absoluto, enquanto Jakobs deve ser criticado pela introdução de elementos próprios do Estado absoluto no interior do Estado de direito, sem se dar conta que isso o implode. Schmitt é coerente em sua opção decisionista pelo Estado absoluto, enquanto que Jakobs não o é, ao manter sua opção pelo Estado constitucional de direito. É incorreto rechaçar a legitimação parcial do novo autoritarismo “cool” que Jakobs ensaia sob o argumento de que sua base é schmittiana. Isso não é verdade. Sua base deve ser criticada porque conduz irremediavelmente ao Estado absoluto de Carl Schmitt e acaba nele, dado que sua tática de contenção não só é ineficaz como também produziria efeitos paradoxais. Afinal, o conceito de inimigo não admite limitações (nada, fora do poder, pode

impedir que se reduza o inimigo à *nuda vita*), nem tampouco o Estado a cujo direito se incorpora esse conceito (não há nada capaz de impedir que o Estado no qual se introduz o conceito de inimigo acabe em Estado absoluto). (ZAFFARONI, 2007, p. 160-161).

Em uma outra ótica, Leandro Ayres França (2011, p. 21) sobre as influências schmittianas em Günther Jakobs:

Sem embargo, o próprio JAKOBS rechaça tal vinculação com o pensamento de CARL SCHMITT. Em uma resposta pouco convincente, JAKOBS argumenta que o conceito de inimigo de SCHMITT é um conceito teológico e que não se refere especificamente a um delinquente, mas sim ao *hostil*, ao outro, quando há uma espécie de guerra civil. Ou seja, em outras palavras o que JAKOBS quer dizer definitivamente é que o inimigo de SCHMITT não é penal, mas simplesmente político, motivo pelo qual não se aplica a referida doutrina. O inimigo do direito penal do inimigo seria, portanto, o delinquente perigoso, um *inimicus*.

Jakobs, em seus escritos, demonstra a adoção de sua teoria, por exemplo, no âmbito da eliminação de riscos terroristas, como a incomunicabilidade, ou seja, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu advogado, evitando risco para terceiro. Se, por acaso, acontecerem atentados como de novembro de 2015 na França¹⁴,

aquele Estado em cujo território se cometeram aqueles atos tenta, com a ajuda de outros Estados¹⁵, em cujos territórios até o momento -não tem ocorrido nada comparável, destruir as fontes terroristas e dominá-los, ou melhor, matá-los diretamente, assumindo, com isso, também o homicídio de seres humanos inocentes, chamado dano colateral. ” (JAKOBS, 2012, p. 39).

Portanto, o terrorismo pode ser considerado uma exceção à sociedade de risco que se vive atualmente, com ele – atualmente – adotam-se medidas de “guerra” e não como crimes “normais”, tanto no âmbito interno como internacional.

Sin embargo, no sólo los responsables individuales de los actos de terrorismo contra el Estado deben ser acusados y juzgados por la justicia nacional o internacional, también los responsables individuales del Terrorismo de Estado, sobre todo cuando dentro del próprio Estado no se dan las condiciones objetivas para juzgarlos en un juicio imparcial y justo. Así, por ejemplo,

¹⁴ Ver mais: <http://noticias.uol.com.br/internacional/eventos/terror-na-franca/>

¹⁵ Reportagens *online*: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/bombardeios-britanicos-na-siria-sao-apoio-ao-terrorismo-diz-assad.html>> e <<http://noticias.terra.com.br/mundo/oriente-medio/avioes-russos-lancam-quase-500-ataques-contraterroristas-na-siria,6e9a616da25cd79df6ae88d8db07590a182h6s02.html>>

Muhamad Gadaffi, después de haber sido detenido, debería haber sido entregado para ser juzgado ante un Tribunal internacional por los crímenes que hubiera podido cometer durante su largo régimen dictatorial, en lugar de haber sido brutalmente asesinado por sus adversarios en el momento de su captura, lo que demostró la incapacidad de los que acababan de derrocarlo para asegurarle un juicio imparcial y justo en su próprio país (*adición posterior del autor tras los sucesos ocurridos en Libia en otoño del 2011). (MUÑOZ CONDE, 2013, p. 85)

Outro exemplo sobre esta matéria:

(...) que muestra la imposibilidad de que en casos similares los antiguos dictadores puedan ser juzgados imparcialmente por los tribunales integrados por los enemigos que acaban de derrocarlos, fue el enjuiciamiento y ejecución de Saddam Hussein, arrestado en una operación conjunta entre efectivos kurdos iraquíes y el ejército estadounidense, y que luego fue juzgado por un Tribunal Penal Iraquí integrado por enemigos personales que no dudaron naturalmente en condenarlo a muerte tras una farsa de juicio. Sin embargo, no cabe duda de que si hubiera sido acusado y juzgado ante la Justicia Internacional, hubiera podido tener un juicio imparcial y justo, en el que probablemente hubiera sido condenado entre otras cargos por el ataque con armas químicas a la ciudad Kurda de Halbaja que puede perfectamente reputarse um Crimen contra la Humanidad. (MUÑOZ CONDE, 2013, p. 85)

Em síntese, para o funcionalismo sistêmico o Direito penal não seria um instrumento para o controle social, e sim, para a preservação do sistema que está atrelado, isto quer dizer, visa promover a estabilidade social.

Pode-se fazer uma análise com a teoria de Kant referente às penas, pois segundo o pensamento kantiano quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania. Assim, é obrigação do soberano castigar de modo impiedoso aquele que transgrediu a lei. (BITENCOURT, 2013, p. 135).

Assim, Kant (2007, p. 50) entendia a lei como um imperativo categórico:

Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética-ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade.

Então, para essa reflexão a infringência de uma lei deve ser punida, não para que haja uma função preventiva, mas decorrente pelo simples fato do delito, ou seja, “Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. ”

(BITENCOURT, 2013, p. 138). Porém, se distancia da teoria de Jakobs pois, para ele a pena tem um efeito simbólico.

Outra teoria que se pode fazer uma análise é a hegeliana: quanto a violência e o crime no direito e o reestabelecimento do ordenamento jurídico:

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito. (HEGEL, 1997, p. 87).

Em outras palavras, Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 21) sobre a teoria de Georg Wilhem Friedrich Hegel esclarece: “Vale dizer: o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação).

Para Jakobs, a aplicação da reação penal, a punição aos *inimigos* teria por objetivo gerar a confiança da população no sentido de vigência da norma, que foi quebrada pelo autor do delito, demonstrando que a norma, embora desafiada, continua vigente:

[...] a assunção da teoria dos sistemas por Jakobs implica em conceber em tudo que o que existe é formado por sistemas e subsistemas autopoiéticos, e o Direito penal, como subsistema do sistema jurídico, teria uma concepção fechada, que visaria sua própria subsistência enquanto sistema. (BUSATO, 2015, p. 243).

Assim, quanto a pena, o efeito simbólico que gera reestabelecimento na teoria de Günther Jakobs é semelhante a teoria de Hegel, pois ela seria a negação da negação.

Apesar de não serem claramente adotadas, as exceções no ordenamento jurídico brasileiro existem: em tipos penais que são desproporcionais se considerarmos a pena como retribuição do delito realizado, ou a existência de supressão de certas garantias e direitos processuais fundamentais previstas ou implícitas pela Constituição Federal. Como se verá no tópico a seguir.

3.6 A presença do Direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro

Como já analisado neste trabalho, o Direito penal do inimigo – por vezes – não tem a obrigação de se demonstrar às claras, expressamente e de modo objetivo. Sua utilização pode ser de forma opaca, entrelinhas e crescente.

A opinião pública clama por respostas no âmbito criminal. A violência, de acordo com a mídia, é crescente, aterrorizador e pode afetar qualquer um a qualquer momento, pois esta sociedade está em crise, é insegura, e é necessária uma resposta forte e objetiva para que os índices de delitos (os números) reduzam drasticamente e de forma permanente. É essa a maioria dos discursos dos políticos, apresentadores de televisão, da população: a rigidez e a punição aos delinquentes.

Nos Estados Unidos da América após os atentados de 11 de setembro de 2001, pode-se admitir que hoje o terrorista é o seu principal inimigo, fato que conduziu à edição de normas de emergência como explicita Agamben (2004, p. 14) com o chamado *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, logo após os atentados, o qual permite manter preso estrangeiro suspeito de atividades que ponham em perigo a segurança nacional dos país, ou seja, uma prisão sem pena admitida em razão de uma provável periculosidade do agente.

E continua o filósofo italiano discorrendo sobre as medidas norte-americanas:

[...] Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW [prisioneiro de guerra] de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos *Lager* nazistas: justamente com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade de judeus. [...] (AGAMBEN, 2004, p. 14).

Recentemente, com a atual insegurança decorrente dos ataques terroristas do Estado Islâmico no ocidente e, principalmente, após ataques no início de dezembro de 2015 em São Bernardino, Califórnia¹⁶ onde pessoas armadas entraram no *Inland Regional Center*, uma instituição que atende "pessoas com deficiências de desenvolvimento" e mataram 14 pessoas e

¹⁶ Ver mais em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/incidente-com-disparos-na-california-deixa-varias-vitimas-dizem-bombeiros.html>> e <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/03/fbi-desbloqueia-iphone-de-terroristas-e-encerra-processo-contra-apple.html>>.

deixaram 17 pessoas feridas. Acharam um *smartphone* da marca norte-americana Apple de um dos suspeitos do ataque com suposta ligação com o Estado Islâmico, porém, em razão da criptografia utilizada a Agência Federal de Investigação (FBI) não conseguiu acesso às informações do aparelho e pediu à empresa que fizesse o desbloqueio, que se negou pois alegou que estabeleceria um precedente muito perigoso na proteção de dados dos usuários. O caso foi cessado porque o FBI conseguiu acesso às informações por outro método sem a necessidade de intervenção da empresa. Todavia, vê-se o direito à intimidade e privacidade de suas informações pessoais contidas (nesse caso em celulares) violados em razão da segurança pública.

Acontecimentos semelhantes ocorreram recentemente no Brasil, porém, a empresa envolvida foi o aplicativo de mensagens *Whatsapp*. O juízo da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ¹⁷ suspendeu os serviços do serviço por desobediência a notificações que pediam a desabilitação da chave de criptografia além do encaminhamento das mensagens já recebidas pelo usuário antes de implementada a criptografia que seriam utilizadas em uma investigação policial.

O presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, concedeu liminar na ADPF 403 e suspendeu decisão do juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ. Pois, segundo o ministro, a suspensão do serviço aparentemente viola o preceito fundamental da liberdade de expressão e comunicação (artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal) e a legislação de regência sobre a matéria. Quanto a quebra de criptografia o ministro se absteve, pois se trata de tema de alta complexidade e não existe dados e estudos concretos quanto à possibilidade da medida determinada pela decisão do juízo *a quo*.

A medida verificou-se desproporcional, pois atingiu incontável número de pessoas que se utilizam da nova tecnologia para trabalho, lazer e outros afazeres. O ministro cita, em sua decisão, que “sem adentrar no mérito do uso do aplicativo para fins ilícitos, é preciso destacar a importância desse tipo de comunicação até mesmo para intimação de despachos ou decisões judiciais[...]”.

Adiante, sobre a política criminal no país:

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 n.º 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e lei n.º 9034/95 (Lei da Criminalidade

¹⁷ Ver mais em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-deve-ser-bloqueado-decide-justica-do-rio.html>>.

Organizada), ou seja, o Direito Penal, servindo de panaceia 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. (SOUZA, 2009, p. 129).

O Brasil, nos últimos anos, tem-se demonstrado ser movido pela emergência em suas atividades legislativas, com ampla flexibilização de valores políticos fundamentais, assim, o país contribui para a construção e legitimação da inimizade.

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 ser promulgada com a previsão do art. 5, XLII:

“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” (BRASIL, 1988).

Apesar de ser chamada de “Constituição Cidadã”, já contemplava instrumentos de repressão e severidade, suprimindo benefícios processuais, conflitando de frente com o rol de garantias e direitos fundamentais e, ainda, prever que uma lei ordinária definisse o rol de crimes considerados hediondos, que foi publicada como Lei n. 8.072/90.

Para Leandro Ayres França (2011, p. 86) a lei apresentou deficiências,

mas suas inconveniências foram ainda mais graves: seu histórico revelou que a sua razão-de-ser foi essencialmente um instrumento de governabilidade (governo através do crime) que avigorou a política de inimizade através da frontalidade de sua redação e da combatividade das penas. Por frontalidade, expressão extraída das manifestações artísticas, entende-se o direcionamento da linguagem ou da intenção do artista ao espectador àquele que deve ser atingido/agradado por essa comunicação (...), bastante evidente nas representações gráficas egípcias e na construção do teatro cortesão de onde o ator jamais voltava as costas ao público, reafirmando-lhe a quem se dirigia a ficção narrada.

Em 1992, a atriz Daniella Perez foi assassinada pelo ator Guilherme de Pádua e por Paula Thomaz, sua esposa. O crime abalou a população: Daniella foi morta aos 22 anos com 18 golpes de tesoura por motivos não muito bem esclarecidos. A partir de então, a mãe da vítima, Glória Perez colheu 1,3 milhão de assinaturas na tentativa de mudar a lei de crimes hediondos incluindo o homicídio qualificado em seu rol, todavia, como a alteração foi posterior ao crime, os autores não sofreram alteração de pena.

Claramente a lei que se refere aos crimes hediondos é extremamente punitivista, derivada da opinião pública e criada para satisfazer os anseios da sociedade:

Despreparo técnico do legislador, vitória do discurso punitivo, capricho desorientador do destino, seja o que for, a Lei dos Crimes Hediondos permanece vigente, atuante e ineficaz. Dados estatísticos recolhidos pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente evidenciaram, recentemente, que a legislação extravagante, em especial a Lei nº 8.072/1990, teve plena ineficácia no que tange a alguns crimes, tais como estupro, extorsão mediante sequestro, homicídio e tráfico de entorpecentes, os quais, ao contrário, tiveram suas incidências aumentadas em percentuais significativos (FRANÇA, 2011, p. 91).

Recentemente, foi acrescentado pela Lei n. 13.104/15 a figura do feminicídio, que é se o homicídio for contra mulher por razões da condição de sexo feminino, envolvendo violência doméstica, menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Uma figura que poderia se encaixar perfeitamente em outras modalidades de homicídio qualificado contido no art. 121 do Código Penal (BRASIL, 1940), mas que tem caráter simbólico, apenas. Demagógico.

Em outro âmbito, o processual, o inimigo também é encontrado: o preso. Aquele que tem a sua liberdade restringida por um pequeno âmbito para se locomover, com condutas pré-estabelecidas e classificadas em razão de sua periculosidade. Ou seja, “há uma clara associação entre perigo e merecimento de redução espacial.” (BUSATO, 2011, p. 211).

A Lei n. 12.654/12 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se colher materiais genéticos e utilizá-los no âmbito da persecução criminal, bem como de condenados por determinados crimes.

No campo probatório da persecução penal, a citada lei modificou a Lei n. 12.037/09 que prevê a identificação civil e criminal e acrescentou o parágrafo único do artigo: “Na hipótese do inciso IV do art. 3o, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.” Já na Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984) foi inserido:

Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

É evidente a incongruência dessa norma com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, de não produzir uma prova contra si mesmo, decorrente do direito de se permanecer em silêncio, contida no art. 5º, inciso LXII, da Constituição Federal de 1988

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

De outro giro, além dessa lesão, tem-se

Como se observa, não bastasse a ofensa patente à autonomia privada do condenado, a partir do momento em que é obrigado a fornecer material genético contra sua vontade quando já não há mais processo tramitando, ou seja, não há nada mais nada a se apurar ante a existência de decisão condenatória definitiva, a coleta de material se constitui em flagrante prova pré constituída a ser utilizada em processo ainda inexistente. [...] A partir do momento em que conste num banco de dados informações sobre indivíduos já condenados, por certo que futura utilização dessas informações gerará uma efetiva presunção de culpabilidade, o que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito. (RABELO; CARVALHO. 2015, p. 33).

Então, a Lei 12.654/12 é nitidamente uma norma que viola princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, o *nemo tenetur se detegere* e a autonomia de vontade.

Na mesma seara, a Lei n. 10.792/03 instituiu o regime disciplinar diferenciado (RDD), alterando a Lei n. 7.210/84 que conferiu nova redação ao seu art. 52. Que é uma sub-divisão do regime fechado, mais rigoroso e exigente, caracterizando verdadeira sanção disciplinar. Não se trata, pois de um quarto regime de cumprimento de pena. Continuamos a ter somente três: fechado, semiaberto e aberto. (NUCCI, 2010, p. 499).

A previsão do art. 52 é:

A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

E não é somente isso, em seus parágrafos há previsões mais assustadoras:

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.
§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Por este regime disciplinar diferenciado um sujeito, ou inimigo do Estado, pode ser desde o princípio colocado em regime celular absoluto, que será imposto em razão de sua pessoa, ou seja, não é mais um Direito penal do fato, mas, sim, um Direito penal do autor:

A submissão ao regime diferenciado deriva da presença de um “alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”. Porém, a respeito de que se está falando? Não seria da realização de um delito ou de uma falta grave regulada pela administração da cadeia, porque esta já se encontra referida na redação principal do mesmo artigo, que trata exatamente dela. Que outra fonte de risco social ou penitenciário podem decorrer de comissões que não sejam faltas nem delitos? E mais, a mera suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justifica o tratamento diferenciado. Porém, se o juízo é de suspeita, não há certeza a respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução. Este direito penal do autor se reconhece na seleção e exclusão de pessoas em função da aplicação de um rótulo que os qualifica como inimigos. (BUSATO, 2011, p. 213).

A periculosidade não deve ser fator de uma pena maior ao detento, pois, deturparia a concepção de Direito penal do fato. A justificativa de que a ordem pública, a segurança da população é suficiente para que prejudique direitos individuais é escandalosamente contra um Estado de Direito, porque em razão de determinadas características de uma pessoa, ela não estará sujeita ao ordenamento jurídico dos “normais”, mas será aberta uma exceção a ela, em razão dos riscos que traz (ou pode trazer) a sociedade.

Claramente influenciado pela organização criminosa, o membro que faz parte dela é visto como alguém perigoso, porém, este crime é diferente da associação criminosa, que é naturalmente rudimentar ou fática, além disso:

É de bom alvitre proceder à diferenciação entre associação criminosa e organização criminosa. Não obstante inexista no ordenamento jurídico pátrio um tipo penal específico de organização delitiva, o legislador introduziu, por meio da recente Lei 12.850/2013, em seu artigo 1.º, §1.º, o conceito legal de organização criminosa: a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou sejam de caráter transnacional. [...] Por outro

lado, uma organização delitativa se distingue da simples associação conjuntural para o cometimento de crimes por sua dimensão institucional – de instituição antissocial -, que faz dela uma estrutura independente, ou seja, não diz respeito a mera soma de suas partes. (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2014, p. 1206).

Sobre o crime organizado, como exemplo o Comando Vermelho ou o Primeiro Comando da Capital, é interessante a reflexão sobre a soberania dessas entidades e o paralelo com o estado de exceção, remetendo aos capítulos passados, realizada pelo professor Oswaldo Giacóia Junior (2004, 17):

Seus autores se organizam a partir de comandos com extensas ramificações extracarcerárias (como o Comando Vermelho, ou o Primeiro Comando da Capital), cujas malhas dão suporte a ações coordenadas em rede, com amplo alcance territorial e que, em virtude de sua sólida ligação com o crime organizado e com o tráfico internacional de armas e drogas, ultrapassam largamente os limites de uma única nação. De acordo com um sofisticado esquema de ação, tecnicamente bem aparelhado, integrantes de grupos rivais proferem e executam a decisão soberana acerca do direito de vida e de morte sobre a vida nua, depositada nas prisões oficiais, onde um Estado em crise não reúne mais as condições de se impor como o detentor efetivo e único titular do monopólio da violência. Sem exagero, pode-se dizer que assistimos, em todos esses casos, uma disputa entre o poder estatal e a resistência que se lhe opõe, tendo estranhamente por objeto a decisão sobre o estado de exceção, a saber o exercício do poder de vida e de morte sobre a vida nua. E se, como já observara Michel Foucault, se a violência, ao mesmo tempo individualizante e totalitária sobre a vida nua, é congênita ao surgimento da moderna racionalidade estatal, talvez a novidade desses fenômenos consista em que hoje se contesta eficazmente à soberania oficial dessa forma de racionalidade o direito de decidir sobre o estado de exceção.

As organizações criminosas são essencialmente para cometimento de ilícitos com envolvimento econômico, pois, “não se pode negar que existem pessoas organizadas em estruturas de natureza empresarial para o cometimento de crimes com finalidade econômica capazes de gerar forte abalo social.” (ANTONIETTO, 2016, p. 9). Portanto, se inserem nos novos delitos econômicos que se encaixam na expansão do Direito penal por não ser uma tipificação clássica. Para tanto, contem em sua previsão a delação premiada, que é claramente uma supressão da garantia processual penal de um modo de antecipação da pena e confissão forçada e, no âmbito subjetivo, uma tortura causada pela pressão sobre o acusado para assumir todas as alegações realizadas pela acusação.

Mas a delação premiada não se encontra somente na lei acerca das organizações criminosas, pois inaugurou-se o instituto na lei de crimes hediondos, expandindo-se em diversas

legislações, permitindo por uma norma material que reduzia e até extinguiu a pena do delator, sem nenhuma norma procedimental que tenha sido publicada para reger tais atos.

Mas não era apenas o art. 7.^o¹⁸ da Lei 8.072 que inaugurava no ordenamento jurídico pátrio a causa de diminuição de pena pela delação. A redação do parágrafo único do art. 8.^o¹⁹ do mesmo diploma repressivo estabelecia dois pressupostos básicos para a caracterização da delação, nos casos em que exista uma denúncia que possibilite o dismantelamento do bando ou quadrilha. (BITTAR, 2011, p. 133).

Nesse caso acima destacado, o rol das hipóteses contempladas era taxativo, ou seja, caracterizou-se a excepcionalidade da concessão do beneplácito. Cinco anos após foi promulgada a Lei 9.034/95, a antiga lei sobre a organização criminosa, apesar de sua má técnica de sua redação, pois não havia conceituação de criminalidade organizada, previa a benesse da delação²⁰, porém sem adotar regras procedimentais para a redução de pena.

Após sessenta e um dias, promulgou-se a Lei 9.080/95 que ampliava a concessão para crimes contra o sistema financeiro nacional, regido pela Lei 7.492/86. Posteriormente, com a Lei 9.613/98 referente aos crimes de lavagem de dinheiro o legislador acrescentou novas possibilidades de prêmios a serem oferecidos: o cumprimento de pena inicialmente aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos e, até mesmo, a isenção total da responsabilidade criminal. Com essa ampliação dos crimes, naturalmente, foi necessário proteger os colaboradores, o que foi feito através do Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas, regido pela Lei 9.807/99.

Porém, é com a promulgação da lei de drogas que se consolidou o Direito penal do inimigo, pois reduziu as benesses concedidas aos delatores envolvidos nessa seara, quando não previu mais a isenção de pena e a possibilidade de progressão de regime de cumprimento, consignando, apenas a possibilidade de redução da reprimenda de um terço a dois terços.

Ou seja, foi criado dois tipos de delatores: um com um rol considerável de benefícios e outra com restrições.

¹⁸ “Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo: "Art. 159. [...] § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."

¹⁹ “Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu dismantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

²⁰ Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

O caso brasileiro é emblemático, não só porque o país não possui uma política criminal séria, ou mesmo que possa ser considerada equilibrada, mas também porque a opção para o enfrentamento de drogas está baseada na repressão penal, em verdadeira guerra aos agentes que se opõem à moral dominante, o que é facilmente perceptível em sede de legislação criminal que, de um lado estipula normas mais duras para uma determinada classe de cidadãos e outras mais amenas, mesmo com penas em abstrato semelhantes, traduzindo o repugnante sistema de duplo binário que também pode ser verificado na Itália e na Espanha, característica exponencial do Direito Penal do inimigo, situada com clareza na política criminal referente aos delatores, também chamados de “réus colaboradores”. (BITTAR, 2011, 136-137).

Adentrando quanto as drogas e o usuário: são um fato tão antigo quanto à própria humanidade, e o seu consumo deve ser encarado como uma manifestação cultural e humana. (GONÇALVES, 2002).

Todavia, atualmente, os usuários de drogas são estigmatizados pela sociedade, vistos como pessoas capazes de - a qualquer momento - cometer um crime, então, são vistos como perigosos. Uma ameaça à sociedade. A partir dessa classificação de periculosidade, as políticas são focadas em retirá-los das ruas, o que traz, ao menos a sensação, de segurança.

Agora para o traficante, é a pessoa, ou melhor, o criminoso que ameaça à ordem pública da sociedade, a saúde da população e contribui com o aumento da criminalidade pois, ou comete crimes, ou influencia diretamente os usuários que cometem delitos para satisfazer o seu vício.

O viés higienista das intervenções hodiernas tem em sua eficácia solidificar o dualismo e a perpetuação da estratificação social e torna o usuário de drogas como marginalizado, a figura segregada, antagonistas sociais (CORREIA JUNIOR, 2014, p. 264-266).

Aknaton Tokzec Souza (2015, p. 106), em sua dissertação de mestrado, fez uma pesquisa de campo e percebeu que, em regra, nos procedimentos que tratam de tráfico de drogas sempre tem o mesmo conteúdo, as mesmas justificativas, ou seja, praticamente um “copia e cola” de uma decisão acerca dos fatos:

A construção dos argumentos utilizados nos processos sempre indicava a lesividade e a hediondez do crime de tráfico, sua prática reiterada na cidade gerando insegurança e outros crimes, e por último a legitimidade da prisão em flagrante. As transcrições processuais abaixo revelam bem essa característica: “A manutenção da custódia se impõe em razão da gravidade o crime de tráfico – mormente por que fomenta a prática de outros delitos” (processo criminal). E enquanto o “depoimento dos policiais militares são harmônicos, consistentes e ricos em detalhes, não havendo óbice para atribuir-lhes

credibilidade”, o argumentos apresentado pelo acusado “não é razoável” (processo criminal).

Aqueles que traficam, como os compõem organizações criminosas, são taxados e rotulados como criminosos. A própria legislação se difere comparado a outros crimes, como a equiparação a hediondez, penas desproporcionalmente altas, como também a reprovação social que naturalmente o excluía do convívio social. E também se destaca no instituto da delação premiada:

O retorno aos postulados da inquisição, onde o agora Estado moderno, deve ser eficiente, no sentido de justificar um tratamento energético, com meios estranhos aos postulados garantistas, se constitui em reconhecer a admissão de uma luta para extrair de pessoas o maior número de informações e descobrir e comprovar a prática de delitos, devolvendo a confissão o título de rainha das provas, vem a bem da verdade, respaldar o crescimento de um arsenal “moderno”, de práticas inquisitoriais que já se consideravam banidas, agora coroadas pela proliferação (ou retorno) da relação premiada, na alça da consolidação de um “novo” Direito Penal do inimigo. (BITTAR, 2011, p. 138).

Outra situação que se pode compatibilizar com a teoria do Direito penal do inimigo, em relação a flexibilização de garantias fundamentais é que em 17 fevereiro de 2016, uma decisão do Supremo Tribunal Federal referente ao Habeas Corpus 126.292/SP acerca da execução provisória de pena após o julgamento de segundo grau causou discussões e críticas no meio acadêmico em razão da relativização do princípio da presunção de inocência.

Apesar de ser uma decisão do Poder Judiciário, suas argumentações são para acalmar o clamor punitivista que os brasileiros tiveram após tantos escândalos envolvendo corrupção de políticos no Brasil.

Onde, em seu voto, o Ministro Teori Zavascki surpreendeu os juristas que defendem a princípios humanitários no âmbito criminal, flexibilizando o princípio da presunção de inocência, relatando:

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. (CANÁRIO, 2016).

Contrário à votação do relator Teori Zavascki, o ministro Marco Aurélio disse aos jornalistas que após a decisão citada o Supremo Tribunal Federal “rasgou a Constituição” e que

“a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia porque antes do trânsito em julgado da decisão condenatória é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que posteriormente esse título condenatório venha a ser reformado” (CANÁRIO, 2016). Celso de Mello que não acompanhou a decisão do relator, em seu voto²¹, demonstra sua divergência:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, portanto, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República.

(...)

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (*de caráter legal ou de índole constitucional*), que **nenhuma** execução de condenação criminal em nosso País, *mesmo se se tratar de simples pena de multa*, pode ser implementada **sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

Além de estar em confronto com a legislação infraconstitucional, em específico com o artigo 283 do Código de Processo Penal:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Além de desobedecer uma lei infraconstitucional, a decisão do HC 126.292/SP relativizou/flexibilizou o princípio da presunção de inocência que é o princípio basilar o Direito processual penal.

No mesmo período, o Supremo Tribunal federal no âmbito tributário, que extrapola os limites da área penal, mas também é regida pela observância à Constituição Federal, o Ministro Dias Toffoli²², em uma clara flexibilização da garantia da privacidade ao permitir que o sigilo bancário poderia ser quebrado mesmo sem a devida autorização judicial, apenas por ordem direta da Administração Pública:

²¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310412>>.

²² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf>>.

[...] a comunidade jurídica foi surpreendida pelo STF, justamente o órgão que, por incumbência da própria “Constituição cidadã”, deveria resguardar os direitos que ela consagra. As liberdades públicas sofreram um primeiro e contundente ataque com a decisão que, ignorando a literalidade do texto constitucional, permitiu o cumprimento provisório da pena a partir de decisões condenatórias prolatadas por tribunais de segunda instância. Cedeu ao populismo penal. Desta feita, nossa corte constitucional flexibilizou o importante direito individual à privacidade ao permitir a quebra do sigilo bancário por ordem direta da administração pública, sem necessidade de autorização judicial para tanto. Discutia-se, na ocasião, a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, cujo artigo 6º dispõe que: “As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”. Seu parágrafo único estabelece um dever de sigilo para a autoridade fazendária nos seguintes termos: “O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”. (LEITE, 2016).

Já no âmbito legislativo brasileiro a promulgação da Lei 13.260/16 de projeto de lei de autoria do poder executivo, contra o terrorismo se demonstra como o perfeito exemplo da demagogia existente, para satisfazer e acalmar os ânimos da população. Feita às pressas antes das Olimpíadas de 2016, com a justificativa embasada nos ataques realizados no fim de 2015 na França, esta lei tem tipificações com punições desproporcionais, determinação do inimigo e, supressão de direitos. Tudo baseado pela alegação de necessidade e dos tempos perigosos em que se vive, ou seja, é a adoção da “guerra ao terror” no Brasil. Importante citar a definição de terrorismo em seu art. 2º como:

O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Os atos considerados como terroristas ferem o princípio da legalidade por punir duas vezes o mesmo fato, *ne bis in idem*, a título de exemplo, em seu inciso V prevê que é considerado ato terrorista “atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa: Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência”.

De outro lado, a presidente vetou em sua mensagem n. 85, por exemplo o art. 4º que é: “Fazer, publicamente, apologia de fato tipificado como crime nesta Lei ou de seu autor: Pena - reclusão, de quatro a oito anos, e multa. ”, pois, em sua justificativa alegou o prejuízo ao

princípio da proporcionalidade e o da segurança jurídica, com acerto. Pois, se comparado ao crime de apologia do Código Penal, art. 287, a pena é de “detenção, de três a seis meses, ou multa”, portanto, afronta ao princípio da proporcionalidade.

Com as investigações contra a corrupção que se destacaram nos últimos anos, como a Satiagraha e a Lava-Jato, algumas instituições também tomaram partido e, como exemplo o Ministério Público Federal propôs o que denominaram de “10 medidas contra a corrupção²³”. Apesar da boa intenção dos integrantes da Força-tarefa da Lava Jato em Curitiba que desenvolveram as propostas de alterações legislativas para que se tornem mais efetivos o combate à corrupção e à impunidade, baseadas, segundo eles, na experiência da investigação desta e de outras grandes operações criminais. Resumidamente, as medidas propostas são: 1) Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; 2) Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; 3) Aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores; 4) Eficiência dos recursos no processo penal; 5) Celeridade nas ações de improbidade administrativa; 6) Reforma no sistema de prescrição penal; 7) Ajustes nas nulidades penais; 8) Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; 9) Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; e 10) Recuperação do lucro derivado do crime.

Algumas dessas medidas, quanto a suas chamadas, parecem ser algo que já existe no ordenamento processual penal, numa primeira leitura. Analisando as propostas que foram inseridas no Projeto de Lei n. 4850/16 se verifica a influência punitivista em sua essência: mais criminalizações e aumento de suas penas, além de serem considerados hediondos (medidas 2, 3 e 8); revogação de possibilidade de recursos nas ações/omissões consideradas como crimes de corrupção ou ainda, onde propõe-se o art. 579-A ao CPP, estabelecendo a possibilidade de execução imediata da condenação quando o tribunal reconhece abuso do direito de recorrer (medida 4); a retirada da notificação preliminar por argumentarem ser motivo de morosidade no processo e a possibilidade do Ministério Público Federal um acordo de leniência com os acusados que colaborarem com o processo (medida 5); ou acabar com as prescrições baseadas na pena em concreto, ou seja, interferindo no instituto que limita o *ius puniendi* do Estado (medidas 6 e 7).

Com uma análise do direito penal material e processual com uma visão garantista mais aprofundada é fácil perceber que tais medidas são totalmente *pro societate*, com a interferência em procedimentos e supressão de direitos como o do segundo grau de jurisdição, vetando a

²³ Ver mais em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>.

utilização de alguns recursos disponíveis em razão da natureza da acusação; ou a desproporcionalidade nas penas propostas para que haja um efeito simbólico na população e, por conseguinte, a satisfação de seus anseios por acreditarem acabar com impunidade. E, por último, a criação de novas tipificações penais com penas mais altas e consideradas hediondas com a justificativa de inibir, assim, novos casos de corrupção.

Ter penas mais rigorosas e desproporcionais não é a solução definitiva e nem eficiente, como já visto acerca dos crimes hediondos e prender mais acusados preventivamente, ou seja, com prisões sem pena é claramente um ataque ao princípio da presunção de inocência. Não quer dizer que os que refutam essas medidas não queiram prender os culpados por crimes de corrupção, mas os problemas dessas propostas são outros: é prender inocentes e retirar-lhes direitos em razão da acusação que estão lhes imputando, ou seja, é trata-los diferentes por terem cometido um crime dessa natureza. É diferenciar os direitos e garantias de alguém em razão de uma imputação que nem transitada em julgado estava, ou seja, predetermina-la um inimigo a ser julgado rápido e eficazmente.

Essas medidas, em sua maioria, modificam os direitos do acusado para que seja diminuída a morosidade do Judiciário. Mas, a longo prazo e em caráter definitivo: a solução não é prejudicar a pessoa e sim modificar a estrutura estatal para que haja um devido processo legal democrático. Não modificando prescrições. Quer dizer, se forem adotadas essas medidas e não surtirem os efeitos esperados, pode ser possível que haja outras propostas ainda mais punitivas.

Assim, por todo o exposto, o Direito penal do inimigo não é adotado no Brasil, formalmente. Pois, as decisões jurídicas, as legislações e até o executivo, ou seja, em vários âmbitos tem-se relativizado princípios constitucionais que regem um Estado de Direito, e, quiçá, suprimindo algumas dessas bases fundamentais, sendo certo seu desrespeito às conquistas adquiridas nos últimos séculos.

Portanto, ao se apoiar um Direito em que exclui alguns sujeitos, denominando-os inimigos ou com outra designação, diferenciando-os uns dos outros, suprimindo-lhes garantias fundamentais, cai-se em um antagonismo a um Estado de Direito, e parte-se para um Estado de Exceção, onde aqueles menos favorecidos serão os principais alvos dessa repressão, o que se pode chegar a uma *guerra ao terror* onde se determina certo tipo de pessoa (características étnicas, religiosa ou outras) para que presuma ser o inimigo da nação, sujeitando-o a procedimentos degradantes, uma antecipação da pena, e até eliminando-o.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a Constituição Federal apresenta em seu rol direitos e garantias fundamentais, tendo sempre como princípio macro o da dignidade humana, auxiliado por outros como o da intervenção mínima que é a dimensão de respeito ao ser humano. O Direito penal está pensado em termos do homem e atua sob a forma de um mal que é imposto a esse mesmo homem. O castigo, em nenhum caso, pode ultrapassar os limites da dignidade humana.

Parte de um Estado de Direito e, quiçá, o núcleo basilar deste modelo, o princípio da dignidade humana é algo que irradia em todas as áreas do direito, sem nenhum receio de apregoar as suas influências. No ordenamento pátrio, é através da lei fundamental brasileira que a definição, ou o que melhor se pode conceituar sobre este princípio, aparece.

Viu-se, neste trabalho, a diferenciação das teorias do naturalismo e do contratualismo social, e, após, adotou-se a segunda corrente pois é base para a teoria do Direito penal do inimigo.

Assim, como toda sociedade deve ser controlada socialmente, a partir de um contrato social acordado entre todos os cidadãos, há métodos para que seja feita este adestramento: os meios de controle social. O controle social se dá por via das escolas, famílias, mídia, religião e outros. Todavia, mesmo com a existência destes meios, existem pessoas que não se adequam as normas e regras de conduta previstos em cada sociedade, estas já preexistentes por sua evolução histórica, seus costumes.

O Direito penal é utilizado para que se puna os desobedientes e que se reafirme a autoridade do próprio Estado em casos de bens jurídicos essenciais à sociedade. Assim, a pena teria função de prevenção e retribuição à ação delituosa, ou seja, toda ação será valorada e proporcionalmente penalizada de acordo com a gravidade do crime.

Quer dizer, pode-se – no âmbito criminal – penalizar alguém com penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou de multa. O Código Penal brasileiro vigente segue a teoria unitária da pena, onde o princípio da culpabilidade é o fundamento e o limite para a pena com a sua função reabilitadora. Não se pode, na atual conjuntura, punir alguém com penas desproporcionais para gerar efeitos simbólicos, ou seja, ela deve ser essencialmente retributiva e preventiva.

Com essa adoção, a seara penal brasileira é minimalista, ou seja, a *ultima ratio* do Direito. O Código Penal e a sua disciplina seguem, atualmente, a tese de que a sua intervenção tem de ser mínima, somente utilizada como algo excepcional. Faz parte de um controle social

que dá segurança a toda a ordem jurídica, todavia, não se pode banalizá-lo ou se confrontará diretamente o princípio da dignidade humana.

Repise-se, apesar de existirem teorias de abolir o Direito penal, atualmente, ela não conseguiria se concretizar em razão dos atos infracionais que ainda ocorrem na maioria dos países. Adota-lo no âmbito patrimonial, como crimes de furto e estelionato, tem-se uma rápida e satisfatória solução, mas, já em crimes de bens jurídicos mais relevantes, como homicídio e latrocínio fazem com que a utilização do Direito penal seja necessária. Mas, como visto, este tem um caráter extremo: de restringir bens jurídicos dos indivíduos. Nesta esteira, as adoções de princípios garantidores como a da intervenção mínima protegem o cidadão da força do *ius puniendi* estatal: o Direito penal deve ser mínimo.

Com isso, se embasa o atual sistema penal, todavia, com o advento de ataques terroristas, aumento da criminalidade nos Estados, há sensação de insegurança generalizada. Esta posição de um Direito penal mínimo anda em xeque e teorias que flexibilizam o papel da norma estão adquirindo vários seguidores, por suas falácias contagiosas, com soluções rápidas e promessa de punição a quem deve ser punido.

A partir de uma problemática que decorre das estruturas públicas que estão ameaçadas ou em dissolução, o que leva à ruína os limites existentes, como o princípio da subsidiariedade, em que querem tornar o Direito penal a solução para todos os males.

Uma teoria que adota o Direito penal com primariedade e elege pessoas como as principais inimigas deve ser refutada para garantir a preservação de um Estado Democrático de Direito, quer dizer, a teoria de Günther Jakobs é ilegítima aos olhos da democracia.

Sobre a teoria do professor alemão, para ele o Direito penal deve ser utilizado para efeitos simbólicos com a reafirmação da norma vigente e, eventualmente, para essa finalidade autorizar sua ampliação coercitiva (leia-se: supressão de direitos e garantias processuais fundamentais). Ou seja, frente a algumas situações de emergência, alguns indivíduos em razão de sua personalidade ou de suas ações representam potencial perigo a sociedade e devem ser eliminados. Então, por causa da necessidade é possível utilizar as punições realizadas pelo Estado como instrumentos para a pacificação social.

A teoria da necessidade utilizada não é outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual que em um caso particular, em uma situação extrema, torne sem efeito à obrigação da observância da lei, como relatado por Giorgio Agamben. Quer dizer, a necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma.

E, para Jakobs, toda sociedade tem o direito a manter sua identidade e um mínimo de segurança que chama de "segurança cognitiva", e, para isso, afirma, inevitável que se utilize outra classe de Direito penal, em casos de grave perigo para essa identidade que claramente confronta contra o Estado. E, como resposta, deve se utilizar de meios diferenciados.

Ante todo o apresentado, o principal questionamento que se faz perante o Direito penal do inimigo é se realmente existem inimigos: estes são determinados e, atualmente, são rotulados a partir de sua exclusão – seja o criminoso, o terrorista, o traficante, o preso, o reincidente, e outros – perante a sociedade, inclusive com previsão na legislação brasileira. O ponto nevrálgico é a delicada e perigosa questão da determinação, tanto de quem poderia ser enquadrado com esse *status*, como quem teria competência para definir semelhante determinação.

Todavia, apesar da insegurança gerada pela sociedade de risco, pois inevitavelmente o ser humano tem receio do desconhecido, os direitos e garantias conquistados representados pela Revolução Francesa não devem ser relativizados em razão de alegações de necessidade. Quer dizer, a exceção não deve se tornar a regra: a supressão destes direitos em favor da segurança pública, do clamor social, do interesse público fere frontalmente o Estado de Direito.

Acontecimentos notórios, como o nazismo, demonstram que determinar inimigos à serem eliminados geram catástrofes que nunca serão esquecidos, portanto, a adoção de considerar indivíduos como não-pessoas, mesmo que no começo tenha caráter ínfimo, pode gerar a qualquer momento mortes, punições e exclusões de determinados tipos de pessoas que são inocentes apenas por nascerem com certo tipo de característica pessoal.

A flexibilização de direitos, sejam processuais ou constitucionais, causam infiltrações danosas ao sistema democrático, que a duras penas, se implantou nos países ocidentais, incluindo o Brasil. A ditadura militar foi retirada e a Constituição promulgada de 1988, em seu amplo rol de garantias, claramente tem a intenção de preservá-las e aumentá-las, portanto, teorias que atentem contra os direitos adquiridos devem ser negadas.

Por isso, decisões judiciais que prejudiquem, por exemplo, o direito à privacidade ou à presunção de inocência, leis que criam tipificações de crimes para satisfazer o anseio público são prejudiciais a estrutura democrática que se construiu, desrespeitando o cidadão e, aos poucos, criando um Estado de exceção, onde a suposta necessidade flexibiliza os direitos e garantias fundamentais.

Ou seja, após todas as conquistas de direitos que foram resultado de vários anos de luta, o sistema penal deve respeitar tais princípios decorrentes da dignidade da pessoa humana. E não é isso que acontece com a teoria do Direito penal do inimigo, que admite considerar

alguém como uma “não-pessoa”, ou seja, um alguém sem direito algum, o *homo sacer* - termo auferido por Giorgio Agamben.

Após o estudo sobre o Direito penal do inimigo, vê-se que deve prevalecer o princípio da dignidade humana - este que entre as garantias e direitos constitucionais é a base de sustentação para o Estado Democrático de Direito. O argumento de que hoje a sociedade vive em um estado de extrema necessidade e em razão disso tem-se de tomar medidas drásticas não pode ser acolhido, pois, tal postura pode transformar em totalitário um Estado que antes não o era. Como visto, a teoria de Günther Jakobs deve ser refutada pois deve-se priorizar o respeito ao ser humano, acolhendo-o e não o excluindo. Considerar uma pessoa como um inimigo ou melhor, como uma “não-pessoa” é um perigo para a sociedade, como já visto em acontecimentos recentes, por exemplo, como a 2ª Guerra Mundial.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. 3ª edição. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980.
- ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **Análise econômica da lei n. 12.850/13**: uma nova abordagem sobre o conceito legal de organização criminosa no Brasil. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=8412670cc10f39db>>. Acesso em 17 jun. 2016.
- AQUINO, Santo Tomás. **Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino**. Trad. de Francisco Benjamin de Souza Neto – Petrópolis, RJ : Vozes, 1995. – (Clássicos do pensamento político)
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- _____. **Punidos e mal pagos**: a violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- _____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I
- batista. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- _____. **Confiança e medo na cidade**. Trad. de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2009.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Paulo M. Oliveira. 1ª ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. De Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BITTAR, Walter Barbosa. A expansão da delação premiada como consolidação de um direito penal do inimigo. *In*: FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). **Tipo: inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011, p. 121-138.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 20 jun. 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: 16 mar. 2015.

_____. **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: 17 mar. 2016.

_____. **Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995**. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1988**. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. **Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 20 mar. 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: 16 mar. 2015.

_____. **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: 15 mar. 2015.

_____. **Lei n. 12.037, de 01 de outubro de 2009.** Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

_____. **Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. **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: 10 jun. 2016.

_____. **Mensagem nº 85, de 16 de março de 2016.** Senhor Presidente do Senado Federal, Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade, o Projeto de Lei no 2.016, de 2015 (no 101/15 no Senado Federal), que “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/Msg/VEP-85.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. **Projeto de Lei nº 4850/2016.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7382EFCC551695C0F3DDA489F806734B.proposicoesWeb1?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 403 Sergipe. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403MC.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas corpus nº 126.292, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 dez. 1994. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal:** fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

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.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Lisboa - Portugal: Almedina, 1999.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 2. ed. Lisboa - Portugal: Almedina, 1998.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *In: Revista Associação Brasileira de Professores de Ciências Criminais – ABPBP.* Ano 7, n. 12, Editora Revista dos Tribunais, jan/jul. 2010.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAVES JUNIOR, Aírto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o direito penal?:** uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COPELLO, Patricia Laurenzo. La protección penal de los derechos de los ciudadanos. *In:* SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales.** 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2008.

CORREIA JÚNIOR, Rubens. A criminologia do cotidiano frente aos vulneráveis; o usuário de drogas como bode expiatório. *In:* CORREIA JÚNIOR, Rubens [Org.]. **Criminologia do cotidiano:** crítica às questões humanas através das charges de Carlos Latuff. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Acesso à Água Potável:** direito fundamental de

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Trad. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, supervisão final de texto Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

_____. **Em defesa da sociedade:** curso no collège de france (1975-1976). Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **História da sexualidade I:** a vontade de saber. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

_____. **Microfísica do poder.** Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1979.

_____. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FRANÇA, Leandro Ayres. Governando através do crime: anotações sobre o tragicômico fenômeno da lei dos crimes hediondos. *In:* FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). **Tipo: inimigo.** Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011, p. 71-96.

FURLANETO NETO, Mário. **O assunto do e-mail como indício de fraude:** contribuições da organização da informação para a prevenção criminal. 2008. 265 f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) - Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2008.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Direitos humanos e bio-poder. *In:* XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI, 2006, Marília/SP. **Anais do XIV Encontro**

Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI: A construção do saber jurídico no século XXI. Florianópolis: Boiteux, 2005.

_____. Foucault. *In: Em tempo*, Marília/SP, v. 6, p. 9-20, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo** (ou inimigo no direito penal). Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30054-30312-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2005, núm. 07-02, p. 02:1 -02:43.

_____. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Trad. de Luiz Regis Prado e Erika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015b.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015a.

GUILHERME, Vera M.; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicinismos penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GUIVANT, Julia S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia**. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

GUZELLA, Tathiana Laiz. A expansão do direito penal e a sociedade de risco. *In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf)>. Acesso em: 11 mai. 2016.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2007.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das letras, 1991.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.62-63.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos**. 3. ed. Trad. de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MELO, Osmar Alves de. **Medidas de emergências e estado de emergência**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181211/000369521.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

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, p. 7-32.

_____. **Direito penal e controle social**. Trad. de Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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, p. 67-72, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**: parte geral, 21^a ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 1982.

PASTOR, Daniel R. **La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos**. In: Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. Firenze: Jura Gentium. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direitos constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Os direitos reprodutivos como direitos humanos. Disponível em: <<http://www.mp.pe.gov.br/>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

PORTO NUNES, Carolina. Sociedade do Risco e Moderno Direito Penal: tendências da política criminal no Brasil após a Constituição de 1988. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas (UESB)**, v. 6, p. 213-235, 2009.

PRADO, Luiz Regis; Carvalho, Érika Mendes de; Carvalho, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RABELO, Julio Cesar do Nascimento; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A lei 12.654/12 e o processo de escolha de novos inimigos pelo estado. *In*: **Criminologias e política criminal** [Recurso eletrônico online] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marília Montenegro Pessoa de Mello. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

ROUSSAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Do contrato social**. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RUBÍN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SÁ, Alexandre Franco de. **Do decisionismo à teologia política**: Carl Schmitt e o conceito de soberania. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/sa_alexandre_franco_de_do_decisionismo_a_teologia_politica.pdf>. Acesso em: 29 set. 2014.

_____. O estado total entre a dialética e decisão: uma abordagem a partir do pensamento de Carl Schmitt. *In*: BUENO, Roberto (Org.). **Filosofia & política**: tensões entre liberdade, poder e democracia. Madrid: Editorial DYKINSON, 2014, p. 39-50.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A discriminação racial na internet e o direito penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do Direito Penal**: perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**: teoria do *partisan*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____ sexta dimensão. Campinas/SP: Millennium Editora, 2 ed., p. 74, 2012

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. red. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

_____. Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, RECPC 09-01-2007. p. 01:1-01:18.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

SILVA, Luciana Carneiro da. **Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco**. Disponível em:

<https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO#_ftn3> Acesso em: 15 dez. 2015.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. **Direito penal de emergência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direitos constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**: o “progresso ao retrocesso”. Coimbra, Portugal; São Paulo: Editora Almedina, 2010.

VENTURI, Eliseu Raphael. **Interfaces do humanismo jurídico, transhumanismo e futuro pós-humano**. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d65631146921df3b>>. Acesso em 15 jun. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF São Paulo: Malheiros, 2006.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. de Eliana Aguiar. Riode Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. De Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZILIO, Jacson Luiz. Do direito penal de classes ao direito penal do estado social e democrático de direito. *In*: FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). **Tipo: inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011, p. 11-54.