

NATÁLIA BERTI

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS
DEMOCRÁTICOS: ANÁLISE E CRÍTICA

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Público, da Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Dr. Fábio Guedes de Paula Machado.

Uberlândia
2012

NATÁLIA BERTI

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS
DEMOCRÁTICOS: ANÁLISE E CRÍTICA

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Público, da Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Dr. Fábio Guedes de Paula Machado.

Defendida em 08 de novembro de 2012, perante banca examinadora composta pelos professores:

Professor Doutor Fábio Guedes de Paula Machado
Orientador

Professor Doutor Ney Fayet de Souza Júnior
Professor convidado

Professora Doutora Helena Regina Lobo da Costa
Professora convidada

Aos meus pais,

Célio Berti e Teresa Cristina Silva Berti

À minha irmã,

Clélia Silva Berti

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram para a concretização desse trabalho.

Aos meus pais, Célio Berti e Teresa Cristina Silva Berti, e à minha irmã, Clélia Silva Berti, pelo apoio e amor incondicionais, em todos os momentos, sem os quais esse e outros objetivos nunca seriam cumpridos.

Ao Professor Doutor Fábio Guedes de Paula Machado, por participar da minha trajetória acadêmica, compartilhando conhecimentos, e ainda pela orientação imprescindível para a realização desse trabalho.

Aos mestres do corpo docente do Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, pela dedicação empregada na transmissão de conhecimentos e por despertarem o amor pela pesquisa científica.

Aos colegas do Mestrado, que tornaram essa caminhada mais leve e prazerosa. Em especial, meus agradecimentos a Daniela Fernandes de Oliveira e Fernanda Sabrinni Pereira.

Por fim, aos meus amigos, pelo suporte, carinho e por estarem sempre presentes, auxiliando-me a concluir mais essa etapa.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar criticamente o Direito Penal do inimigo, teoria criada pelo jurista alemão Günther Jakobs, para verificar se esta teoria é compatível com o ordenamento jurídico-penal dos Estados Constitucionais Democráticos, modelo de Estado adotado pela República Federativa do Brasil, bem como com a dignidade da pessoa humana. Para tanto, o presente estudo faz uso da pesquisa teórica, por meio de uma análise do Direito Penal do inimigo e de um diálogo com as demais teorias conexas, e ainda do método dedutivo e do estudo de material bibliográfico de obras nacionais e estrangeiras. Estruturalmente, a pesquisa se divide em três capítulos. No primeiro capítulo, examina-se o contexto em que a temática está inserida, com um estudo da pós-modernidade, da sociedade do risco e dos dois momentos de construção teórica da formulação de Jakobs. Nesse sentido, estudam-se as origens da teoria, no ano de 1985, e, posteriormente, o segundo momento de sua construção, iniciado no final da década de 90 e consolidado nos trabalhos posteriores. No segundo capítulo, estuda-se a configuração atual do Direito Penal do inimigo, detalhando-se seus suportes filosóficos, características e a diferenciação entre pessoa (cidadão) e não-pessoa (inimigo), bem como são elencados exemplos da presença desta teoria nas legislações de alguns países, como os Estados Unidos e a Espanha. No terceiro capítulo, estudam-se o Estado Constitucional Democrático e a dignidade da pessoa humana para, ao final, após esta análise crítica, confrontar o Direito Penal do inimigo e o referido modelo de Estado.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Estado Constitucional Democrático. Günther Jakobs. Inimigo. Pessoa.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo principal analizar críticamente el Derecho Penal del enemigo, teoría creada por el jurista alemán Günther Jakobs, para verificar si esta teoría es compatible con el ordenamiento jurídico-penal de los Estados Constitucionales Democráticos, modelo de Estado adoptado por la República Federativa del Brasil, así como con la dignidad humana. Por lo tanto, el presente estudio hace uso de la investigación teórica, a través de un análisis del Derecho Penal del enemigo y del diálogo con otras teorías relacionadas, del método deductivo y del estudio de la bibliografía de obras nacionales y extranjeras. Estructuralmente, la investigación se divide en tres capítulos. El primer capítulo examina el contexto en que se inserta el tema, a través del estudio de la post-modernidad, de la sociedad del riesgo y de los dos momentos de la formulación teórica de Jakobs. En este sentido, se estudian los orígenes de la teoría, en 1985, y el segundo momento de su construcción, iniciado en la década de 90 y consolidado en trabajos posteriores. El segundo capítulo estudia la configuración actual del Derecho Penal del enemigo, detallando las bases filosóficas, las características y la diferenciación entre persona (ciudadano) y no-persona (enemigo) y se muestran ejemplos de esta teoría en las leyes de algunos países, como los Estados Unidos y la España. En el tercer capítulo, se estudia el Estado Constitucional Democrático y la dignidad humana, para, en un examen crítico, confrontar el Derecho Penal del enemigo y este modelo de Estado.

Palabras-llave: Dignidad humana. Enemigo. Estado Constitucional Democrático. Günther Jakobs. Persona.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I O DIREITO PENAL DO INIMIGO: CONTEXTUALIZAÇÃO E APRESENTAÇÃO DO TEMA	13
1 O contexto político-criminal de desenvolvimento do Direito Penal do inimigo.....	13
<i>1.1 A pós-modernidade</i>	<i>18</i>
<i>1.2 A sociedade de risco.....</i>	<i>24</i>
2 O Direito Penal do inimigo: a contribuição de Günther Jakobs	30
3 Os dois momentos de construção teórica.....	38
<i>3.1 O Congresso de professores de Direito Penal de Frankfurt (1985): os primeiros delineamentos da teoria</i>	<i>41</i>
<i>3.2 A consolidação do Direito Penal do inimigo: os trabalhos desenvolvidos após a década de 90</i>	<i>49</i>
II A CONFIGURAÇÃO ATUAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	53
1 O poder da linguagem: a força da expressão "inimigo"	53
2 Os fundamentos filosóficos da teoria	58
<i>2.1 Jean-Jacques Rousseau: a afronta ao contrato social</i>	<i>64</i>
<i>2.2 Johann Gottlieb Fichte: o não cumprimento do compromisso assumido no contrato</i>	<i>67</i>
<i>2.3 Thomas Hobbes: o retorno ao estado de natureza</i>	<i>70</i>
<i>2.4 Immanuel Kant: a recusa a ingressar em um estado jurídico</i>	<i>75</i>
3 Inimigo X cidadão: quem são os inimigos no Direito Penal?	79
<i>3.1 O cidadão (pessoa) na obra de Jakobs.....</i>	<i>82</i>
<i>3.2 O inimigo (não-pessoa) na obra de Jakobs</i>	<i>85</i>
4 As características do Direito Penal do inimigo	88

4.1 <i>A antecipação da tutela penal</i>	89
4.2 <i>A pena para o inimigo</i>	92
4.3 <i>O Processo Penal para o inimigo</i>	95
5 Alguns exemplos do Direito Penal do inimigo nas legislações jurídico-penais	98
III ANÁLISE CRÍTICA: O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICOS	107
1 Aspectos introdutórios: do Estado Liberal ao Estado Constitucional Democrático	107
2 A configuração e as características dos Estados Constitucionais Democráticos	114
3 A dignidade humana: atributo fundamental das pessoas nos Estados Constitucionais Democráticos	123
4 O Direito Penal do inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: a impossibilidade de seleção de inimigos e a inadmissibilidade da transformação de pessoas em não-pessoas frente ao axioma da dignidade da pessoa humana	131
CONCLUSÃO	146
REFERÊNCIAS	149

INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem como objetivo principal analisar o Direito Penal do inimigo, teoria criada por Günther Jakobs, para verificar se tal tese científica é compatível com o ordenamento jurídico-penal dos Estados Constitucionais Democráticos. Para se atingir esse objetivo, estruturalmente, a presente pesquisa se divide em três capítulos.

No primeiro capítulo, busca-se contextualizar o tema, mediante uma análise de duas construções teóricas sobre a contemporaneidade, quais sejam a pós-modernidade e a sociedade de risco, uma vez que esse estudo se mostra essencial para a própria compreensão do modelo jurídico criado por Jakobs. Ademais, ainda no primeiro capítulo, serão apresentados alguns aspectos introdutórios sobre o tema, com destaque para os dois momentos de sua formulação: as origens do Direito Penal do inimigo, no ano de 1985, em um congresso de penalistas na Alemanha, e ainda a consolidação desta teoria nos trabalhos desenvolvidos a partir da década de 90.

No segundo capítulo, estuda-se a configuração atual do Direito Penal do inimigo. Nesse sentido, serão delineados os suportes filosóficos da referida teoria, por intermédio do estudo das concepções de Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e Johann Gottlieb Fichte. Também serão delimitados os elementos caracterizadores do Direito Penal do inimigo, sobretudo em relação à antecipação da tutela do Direito Penal e a relativização de garantias penais e processuais penais, bem como se estabelecerão as diferenças entre a pessoa (cidadão) e o inimigo (não-pessoa). Demonstrar-se-á, em seguida, a presença do Direito Penal do inimigo em dispositivos da legislação jurídico-penal de alguns países, entre eles os Estados Unidos e a Espanha.

No terceiro capítulo, será feito um estudo sobre o desenvolvimento da concepção moderna de Estado, permitindo-se, em seguida, uma avaliação mais aprofundada do modelo atual de Estado adotado pela maioria dos países ocidentais, qual seja, o Estado Constitucional Democrático. Também se estuda a dignidade da pessoa humana, como atributo inerente a todos nesse modelo de Estado. Ao final, como aspecto conclusivo, analisa-se a (im) possibilidade de aplicação desta teoria nos ordenamentos jurídico-penais dos Estados Constitucionais Democráticos, especialmente diante do axioma da dignidade da pessoa humana, tecendo-se as críticas pertinentes à teoria.

Cabe destacar que poucos temas causam tanta controvérsia nos debates como o Direito Penal do inimigo. De fato, nos últimos anos, a temática vem sendo muito debatida, principalmente em função de sua atualidade, diante dos fenômenos expansionistas e punitivistas do Direito Penal. Na sociedade de risco, marcada pela superinflação legislativa e pelo surgimento de novos tipos penais, sobretudo os tipos penais de perigo abstrato e de mera conduta, e ainda pelo endurecimento das leis penais, o tema torna-se pauta obrigatória de discussão. Além disso, a discussão ganha ainda novo fôlego na medida em que as ideias desenvolvidas pelo autor alemão se fizeram sentir em vários dispositivos da legislação pátria e estrangeira.

Observa-se que o início da construção teórica do Direito Penal do inimigo encontra-se no ano de 1985, quando Jakobs trouxe à tona a expressão em uma Jornada de Professores de Direito Penal, realizada na cidade de Frankfurt. A princípio, ele identificou a concepção do Direito Penal do inimigo a uma série de normas que atingiam a criminalização de estados prévios à lesão ao bem jurídico, saltando as barreiras de um Direito Penal respeitador das garantias cidadãs.

Inicialmente, ao diferenciar o Direito Penal do inimigo do Direito Penal do cidadão, assume uma postura analítica crítica. Dessa maneira, entendia que o Direito Penal do inimigo não se coadunava com as liberdades dos cidadãos nos Estados Democráticos, concebendo-o legítimo apenas de maneira excepcional, como um Direito Penal de emergência. Logo, havia uma clara preocupação em separar o Direito Penal do inimigo do Direito Penal do cidadão, de modo a evitar a contaminação deste último com os preceitos do primeiro, mediante o uso da analogia ou de interpretação sistemática.

No entanto, essa postura que desqualificava o Direito Penal do inimigo, considerando-o como excepcional nos Estados Democráticos, irá ser revisada pelo próprio autor alguns anos depois, no final da década de 90. A denominação Direito Penal do inimigo perde o seu valor pejorativo, entendendo Jakobs ser um erro demonizá-lo. No processo de consolidação dessa teoria, uma importante questão diz respeito à distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), uma vez que é a partir dessa diferenciação que se delimitarão dois distintos Direitos: o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo.

Jakobs explica que quem age de um modo desviado e não oferece garantias mínimas de um comportamento pessoal em conformidade com o ordenamento jurídico, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como se inimigo fosse. Verifica-se que, partindo-se dessa percepção, só é pessoa quem oferece garantias cognitivas suficientes de

sua atuação e comportamento pessoais, pois a sociedade juridicamente constituída e o próprio Direito Penal só funcionam com este mínimo de cognição.

Portanto, o conceito de pessoa está ligado à ideia de sujeito livre, dotado de responsabilidade, que cria uma garantia cognitiva. Já o inimigo é aquele que não oferece um mínimo de garantia cognitiva. Não é o mero delinquente comum, mas aquele que abandona permanentemente o Direito e que, com sua conduta, não garante um mínimo de segurança de um comportamento pautado pelas normas jurídicas.

Diante desse quadro, entende-se que o Direito Penal do cidadão só criminaliza fatos exteriorizados, reagindo contra a violação do ordenamento por meio da pena, a qual reafirma (e confirma) a configuração normativa da sociedade. Já o Direito Penal do inimigo, aplicado àqueles que abandonam de forma permanente o Direito e a própria sociedade, é marcado por uma interceptação que antecede em muito a lesão ao bem jurídico. Não se privilegia a liberdade do infrator, e sim a segurança da sociedade. O Direito Penal do inimigo não reage a fatos ou situações, mas a autores, em função de sua periculosidade.

Na atualidade, o Direito Penal do inimigo tem se mostrado presente, em especial, nas legislações de combate ao crime organizado, à criminalidade econômica e ao terrorismo. Contudo, toda teoria, seja ela qual for, deve ser confrontada com o modelo de Estado Constitucional Democrático e com seus fundamentos e balizas teóricas. Isso porque, toda tese deve ser analisada criticamente, de forma a verificar sua compatibilidade com o modelo de Estado que se quer proteger e preservar.

Cumprе lembrar que o Estado Constitucional Democrático foi construído historicamente, uma vez que o Estado passou por diferentes configurações até atingir a sua forma atual. Nesse contexto, a transformação do Estado é um processo histórico e lento, que passa por diferentes fases. Logo, do Estado da Antiguidade Clássica dos gregos e romanos, passando pelo Estado absolutista da Idade Média, pelo Estado Liberal de Direito e pelo Estado Social de Direito, muitos e complexos fatores influenciaram na formação do Estado Constitucional Democrático.

Além disso, o desenvolvimento do Estado não seguiu nem segue uma tendência linear. Na verdade, as mudanças ocorrem paulatinamente, em um processo marcado por superposições de tendências diversas e ainda por rupturas e superações. Tais mudanças são ainda influenciadas pelas peculiaridades de cada país, ou seja, pelas especificidades sociais, políticas, culturais e econômicas de cada sociedade em concreto.

Todavia, em relação ao Estado Constitucional Democrático, pode-se afirmar que ele se consolidou após a Segunda Guerra Mundial. Na tentativa de evitar novas

atrocidades, o Estado foi preenchido por um novo conteúdo material, passando a apresentar, como notas distintivas, o princípio da soberania popular e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais. Houve uma consagração da democracia como forma de governo, na maior parte dos países ocidentais, bem como uma preocupação com os direitos fundamentais e com a concretização da dignidade da pessoa humana.

Esse novo modelo de Estado influenciou todo o Direito, em especial o Direito Penal, que teve que se adequar e se adaptar aos novos princípios consagrados pelo Estado Constitucional Democrático, influenciado pelos paradigmas da sociedade pós-moderna e de risco. Esse Direito Penal da sociedade pós-moderna, ainda em plena formação, passou a ser composto por novas e diferentes tendências, bem como por um amplo rol de novas teorias, entre elas o Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs.

Assim, diante do que foi exposto, pode-se entender, como problema central, para o qual a pesquisa busca encontrar uma resposta, a seguinte questão: o Direito Penal do inimigo, nos termos formulados por Günther Jakobs, pode ser considerado legítimo e compatível com os Estados Constitucionais Democráticos (como o Estado brasileiro) e com a dignidade da pessoa humana?

Com o objetivo de responder à pergunta acima colocada, no presente trabalho, o tipo de pesquisa utilizado será a pesquisa teórica, com uma análise do Direito Penal do inimigo e de um diálogo com as demais teorias conexas, com o estudo de material bibliográfico de autores nacionais e estrangeiros, sendo que, em relação a estes últimos, proceder-se-á ao estudo, sobretudo, de obras alemãs e espanholas, tendo em vista serem essas as mais avançadas no estudo do tema e que apresentam um maior número de trabalhos, em termos quantitativos e qualitativos.

Em relação ao método teórico, o procedimento metodológico adotado será o método dedutivo. Quanto aos procedimentos técnicos da pesquisa, proceder-se-á mediante a análise textual e interpretativa das obras bibliográficas (livros, teses, dissertações e artigos) previamente selecionadas, que possam enriquecer o trabalho com visões, análises e críticas a respeito da temática em estudo.

I O DIREITO PENAL DO INIMIGO: CONTEXTUALIZAÇÃO E APRESENTAÇÃO DO TEMA

1 O contexto político-criminal de desenvolvimento do Direito Penal do inimigo

Nas últimas décadas, as mudanças ocorridas no mundo, em todos os pormenores da vida em sociedade, são claramente visíveis. Não há dificuldades em se perceber que profundas transformações estão acontecendo em esfera global¹, no que tange à organização social, em todos os seus aspectos (jurídico, filosófico, econômico, político), o que leva à caracterização do momento vivido como um tempo de nascimento e passagem para uma nova época. Há, pois, uma sensação de algo novo no ar, representando, para alguns estudiosos, o despontar de um novo momento. Nesse sentido, afirma Fábio Roberto D'Avila que algo de diferente e inusitado tem provocado uma falência das crenças, hábitos e valores tradicionais².

Nesse contexto, a Ciência Jurídica também é afetada por estas transformações. Isso porque, o Direito, enquanto ciência cultural, é uma dimensão da vida humana, não se encontrando solto no tempo e espaço, ou seja, o Direito não plana na abstração. A Ciência Jurídica está diretamente ligada às transformações vivenciadas pela sociedade³. Assim, ela também participa desse momento de crise, de mudanças e de instauração de uma nova ordem⁴.

¹ Esclarece-nos Eduardo Bittar que as mudanças são gerais e atingem todos os nichos da vida em sociedade, inclusive os valores e as instituições: “A pós-modernidade, não sendo apenas um movimento intelectual ou, muito menos, um conjunto de ideias críticas quanto à modernidade, vem sendo esculpida na realidade a partir da própria mudança dos valores, dos costumes, dos hábitos sociais, das instituições, sendo que algumas conquistas e desestruturas sociais atestam o estado em que se vive em meio a uma transição”. (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008, p. 134).

² D'AVILA, Fábio Roberto. **A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal (um breve excursão sobre o Direito Penal do Risco)**. Disponível em: <<http://fritadvocacia.com/artigosepublicacoes/0%20A%20crise%20da%20modernidadeSite.pdf>>. Acesso em 22 de dezembro de 2011.

³ Esta é a ideia defendida por Miguel Reale, criador da Teoria Tridimensional do Direito. Reale concebe a Ciência Jurídica como uma ciência cultural, estudando o Direito como um objeto da cultura humana, com ênfase nos valores, dentro de um determinado momento histórico e em função de uma dada realidade social. Assim, fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, sendo que a correlação entre esses elementos tem uma natureza dialética, de complementaridade. Em relação à teoria Tridimensional de Miguel Reale, maiores aprofundamentos se encontram na obra: REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁴ Sobre as mudanças enfrentadas pelo Direito no contexto contemporâneo, Cláudia Lima Marques explica que se trata de “uma época de vazio, de individualismo nas soluções e de insegurança jurídica, onde as antinomias são inevitáveis e a desregulamentação do sistema convive com o pluralismo de fontes legislativas e uma forte

Segundo Eduardo Bittar, as mudanças afetam, sobremaneira, a dimensão cultural, estando as questões jurídicas no centro das questões culturais, razão pela qual “qualquer afetação dos modos pelos quais a cultura é feita traduz-se, quase que imediatamente, em soluções ou crises, em modificações ou alterações, em inovações ou em retrocessos, que afetam diretamente o *mundus iuris*”⁵. Deste modo, claro está que “o Direito não tem assistido incólume as mutações sofridas pela sociedade”⁶.

A Ciência Jurídica, tal como foi articulada a partir do Estado moderno, mostra-se insuficiente para resolver todos os problemas que surgem e precisa transformar-se para tutelar os novos direitos. Discorrendo sobre os novos desafios que se apresentam ao Direito, explica Francisco Amaral que se vive em uma sociedade fragmentada, complexa e pluralista, para a qual os modelos clássicos se mostram insuficientes, “impondo-se à ciência do direito a construção de novas e adequadas estruturas jurídicas de resposta, capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança, em uma sociedade em rápido processo de mudança”⁷.

Nesse contexto, os conflitos jurisdicionais, os quais eram predominantemente individuais no Estado Liberal, passam a ser conflitos conjunturais, transindividuais (difusos e coletivos), “motivando o colapso das formas tradicionais de se atender a demandas para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado Liberal, estruturado sobre as categorias do individual e do burguês”⁸. Ademais, ganham força os novos atores representativos, como os setores, todos eles criadores de seus próprios regulamentos, motivo pelo qual se pode falar em uma hipercomplexidade normativa ou, para usar a expressão de Ricardo Lorenzetti, em um Big-Bang legislativo⁹.

Os modelos construídos pelo Estado Liberal e ainda pelo Estado Social mostram-se incapazes de resolver todos os problemas e demandas da sociedade contemporânea, na qual vige um individualismo e um narcisismo exacerbados. Há uma clara dificuldade na criação de laços sólidos, duráveis e confiáveis, sendo que a sociedade pautada

internacionalidade das relações. É a condição pós-moderna que, com a pós-industrialização e a globalização das economias, já atinge a América Latina e tem reflexos importantes na ciência do Direito”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 174).

⁵ BITTAR, O direito na pós-modernidade, p. 135.

⁶ POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial- a proteção contratual no Direito brasileiro. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito civil constitucional: cadernos 1**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 152.

⁷ AMARAL, Francisco. O Direito civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 63.

⁸ BITTAR, O direito na pós-modernidade, p. 143.

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito**. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009.

por vínculos de solidariedade é substituída pela fragilidade dos vínculos humanos e os seus temores¹⁰.

Assim sendo, o catálogo tradicional de institutos, metodologia e métodos interpretativos do Direito deve ser repensado, a fim de que a estrutura jurídica seja suficiente e adequada para responder e regular as novas demandas sociais. O Direito, em todos os seus ramos, do Direito Privado ao Direito Público, passa por um processo de adaptação e transformação perante os novos desafios, buscando encontrar respostas para os problemas. Destaque-se que esses desafios se mostram cada vez maiores em especial no âmbito do Direito Penal, enquanto ramo da Ciência Jurídica essencial na proteção dos bens jurídicos mais necessários e indispensáveis à vida em sociedade.

No Direito Penal, pode-se afirmar, segundo bem expõe Jesús-María Silva Sánchez, que se vivencia um momento de expansão, comportando tanto manifestações razoáveis e legítimas, quanto outras irrazoáveis¹¹. De fato, o conceito de expansão do Direito Penal tem sido uma das principais ideias quando se refere ao debate do Direito Penal no momento contemporâneo. Tem-se que o fenômeno mais forte e visível nas legislações penais do mundo ocidental “está na aparição de múltiplas novas figuras, às vezes inclusive de novos setores de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes”¹².

Segundo Mario Durán Migliardi, quando se fala em expansão do Direito Penal, é possível distinguir dois planos dentro do mesmo fenômeno: o plano quantitativo e o plano qualitativo. Em relação ao primeiro, o processo se caracteriza pelo aumento das áreas puníveis, com o desenvolvimento e a ampliação de âmbitos de atuação do Direito Penal e com a criação de novos tipos penais e bens jurídicos. No plano qualitativo, verifica-se um processo de redução e flexibilização de garantias e direitos¹³.

¹⁰ LEÃO, Igor Zanon Constant Carneiro; CASTRO, Demian. Sobre o “Medo líquido”, de Zygmunt Bauman. *Revista Economia & Tecnologia*, ano 05, v. 18, p. 105-113, jul./set. 2009, p. 107.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 26.

¹² Tradução livre, do original: “(...) está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes”. (CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: “Derecho Penal” del enemigo?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 344).

¹³ DURÁN MIGLIARDI, Mario. El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 725. No mesmo sentido, são as lições de Carlos Julio Lascano, que fala em uma inflação penal, marcada pela introdução de novos tipos penais e bens jurídicos, agravamento de penas, flexibilização de regras de imputação e relativização de princípios político-criminais de garantia. (JULIO LASCANO, Carlos. La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como

O aspecto quantitativo é marcado pelo surgimento de novos bens jurídicos e pela criação de novos tipos penais. Por outro lado, o aspecto qualitativo deste fenômeno está ligado às novas técnicas de punibilidade e aos novos modelos político-criminais, como o Direito Penal do inimigo¹⁴.

Há, então, uma ampliação dos tipos penais, na expectativa de tutelar novos bens jurídicos, como o meio ambiente e o mercado de capitais, bem como o aumento da tipificação por meio de crimes de perigo abstrato e ainda a redução das barreiras da reprovação penal, restringindo ou eliminando princípios e garantias penais e processuais penais. Fala-se em um endurecimento das leis penais, “transformando-se o Direito Penal, de forma de intervenção subsidiária, em principal forma de combate aos problemas sociais”¹⁵.

Destarte, a nova configuração do Direito Penal atual, com suas características expansionistas, não surge por acaso: “os novos tipos, os institutos dogmáticos desenvolvidos, a metodologia de sua aplicação têm relação íntima com o contexto social no qual ele é produzido e reproduzido”¹⁶. Assim, tendo em vista que todas essas mudanças do Direito Penal estão diretamente ligadas às próprias mudanças vivenciadas pela sociedade, cabe salientar que estas transformações relacionam-se, principalmente, com o despontar de duas construções teóricas essenciais para a compreensão do momento contemporâneo: a pós-modernidade e a sociedade de risco.

Importante ressaltar que a construção teórica da pós-modernidade não é consensual entre os autores. Para alguns estudiosos, a modernidade não acabou e, portanto, não se pode falar na pós-modernidade como um novo momento da sociedade contemporânea. Nesse sentido, são as lições de Jürgen Habermas, que, em 1980, proferiu um discurso sobre a modernidade, entendendo-a como um projeto inacabado¹⁷.

Derecho penal de autor. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 212). Para José Luis Díez Ripollés, quatro são as características principais desse Direito Penal expansionista: uma notável ampliação dos âmbitos sociais que são objeto de intervenção penal; uma concentração de esforços na criminalidade organizada, dos poderosos; o papel de destaque outorgado ao Direito Penal, em detrimento de outras formas de controle social; a relativização do princípio da subsidiariedade. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 556/557).

¹⁴ DURÁN MIGLIARDI, **El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal**, p. 726/727.

¹⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v.18, n.1, jan./mar. 2004, p. 47

¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

¹⁷ ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 43/44.

Para este autor, não se justifica a utilização do termo pós-moderno, uma vez que a modernidade ainda está em construção. Leciona que “antes deveríamos aprender com os desacertos que acompanharam o projeto da modernidade, com os erros dos ambiciosos programas de superação, ao invés de dar por perdidos a própria modernidade e seu projeto”¹⁸. Habermas critica duramente os autores pós-modernos, entendendo-os como conservadores e reacionários. A pós-modernidade seria oriunda do antimodernismo de jovens conservadores, do pré-modernismo dos velhos conservadores e ainda do pós-modernismo de neoconservadores¹⁹.

Portanto, Habermas entende que a modernidade não estaria falida ou acabada, tratando-se apenas de um projeto incompleto. Por esse motivo, ele renova as esperanças no projeto formulado pelo Iluminismo, desenvolvendo o conceito de razão comunicativa. Desse modo, não há, para Habermas, uma superação da modernidade; conseqüentemente, ele não fala em um momento pós-moderno²⁰.

De modo semelhante, Anthony Giddens também não compreende a realidade contemporânea como um novo momento de pós-modernidade. Entende que a modernidade não terminou, mas que ela está passando por mudanças, vivendo um novo momento mais radical. Segundo o autor, “em vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as conseqüências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes”²¹.

Entretanto, é necessário deixar claro que, neste trabalho, a despeito das controvérsias e das posturas contrárias, adota-se a posição favorável ao surgimento de um novo momento na realidade contemporânea, momento este que pode ser explicado pela construção teórica da pós-modernidade.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Modernidade, um projeto inacabado. Tradução de Márcio Suzuki. In: ARANTES, Otília Fiori; ARANTES, Paulo (orgs.). **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas**. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 118. Afirma Habermas que “(...) no puede rechazarse la sospecha de que el pensamiento postmoderno se limite a autoatribuirse una posición transcendente cuando en realidad permanece prisionero de las premisas de la autocomprensión moderna hechas valer por Hegel. No podemos excluir de antemano que el neoconservadurismo, o el anarquismo de inspiración estética, en nombre de una despedida de la modernidad no estén probando sino una nueva rebelión contra ella. Pudiera ser que bajo ese manto de postilustración no se ocultara sino la complicidad con una ya venerable tradición de contrailustración”. (HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1993, p. 15).

¹⁹ ANDERSON, **As origens da pós-modernidade**, p. 46.

²⁰ ADELMAN, Mirian. Visões da pós-modernidade: discursos e perspectivas teóricas. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, n.º 21, p. 184-217, jan./jun. 2009, p. 191-193. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n21/09.pdf>>. Acesso em 14 de agosto de 2012.

²¹ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 09.

Assim, entende-se que, para compreender os novos paradigmas do Direito Penal, antes, é preciso conhecer e compreender os modelos teóricos da pós-modernidade e da sociedade de risco.

1.1 A pós-modernidade

Na atualidade, pode-se falar em uma nova construção teórica para a interpretação e compreensão do momento contemporâneo: a pós-modernidade. Na Europa, a passagem pelo momento pós-moderno é de mais fácil visualização. Isso ocorre porque os países europeus viveram intensamente as duas Grandes Guerras Mundiais, bem como os nefastos e devastadores efeitos que as acompanharam e ainda as transformações sociais, políticas, econômicas e, em especial, filosóficas e jurídicas que as seguiram. Ao contrário, no Brasil, ainda não é totalmente clara a configuração do momento pós-moderno, mas já há indícios suficientes para se afirmar que, em nosso país, também se fazem sentir os efeitos e as intrincadas consequências desse momento²².

Trata-se, na verdade, de um período de construção e consolidação de um paradigma, tendo em vista que a modernidade, ao formular um projeto muito ambicioso e revolucionário, mostrou-se incapaz de cumprir todas as suas promessas²³. Nesse sentido, a pós-modernidade “é a consciência da crise da modernidade e, portanto, de seus limites e insuficiências”²⁴. Na Segunda Guerra Mundial, diante de todos os horrores nela perpetrados, fica claro que o “holocausto foi um choque único entre as velhas tensões que a modernidade ignorou, negligenciou ou não conseguiu resolver e os poderosos instrumentos de ação racional e efetiva que o próprio desenvolvimento moderno fez surgir”²⁵.

Fato é que os indizíveis horrores do Holocausto também foram proporcionados pela organização social moderna. Assim, Feingold, conforme citado por Bauman²⁶, ao tratar

²² Ensinamentos extraídos das aulas da disciplina “Fundamentos Constitucionais do Direito Privado”, ministradas no Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins, no primeiro semestre do ano de 2011.

²³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 77/79.

²⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 653.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 16.

²⁶ Zygmunt Bauman é autor de uma vasta bibliografia, na qual discute temas importantes e polêmicos do momento contemporâneo. Importante destacar que a obra de Bauman pode ser dividida em duas fases. A primeira fase se inicia com a publicação da obra “O mal estar da pós-modernidade”, incluindo outras importantes

de Auschwitz, explica que este campo de concentração também foi uma extensão do sistema fabril moderno: “em vez de produzir bens, a matéria-prima eram seres humanos e o produto final, a morte, com tantas unidades por dia cuidadosamente registradas nos mapas de produção do administrador”²⁷.

Deste modo, o que se vive hoje é um momento de passagem e de transição, e não de total ruptura, representando tanto “o desaguadouro, coroamento e até a consagração das tendências modernas, quanto a sua mais aguda contradição”²⁸. Bem expõe Boaventura de Souza Santos que a relação entre o momento moderno e o pós-moderno²⁹ não é de completa superação, nem mesmo de continuidade, mas sim uma relação de transição e alternância entre momentos de ruptura e outros de continuação³⁰.

Sobre o tema, Eduardo Bittar afirma que, assim como acontece em todo processo histórico, as rupturas não ocorrem de forma repentina, mas em um processo lento, razão pela qual “a modernidade parece se diluir na pós-modernidade, enquanto esta traga os restos sobreviventes do espírito da modernidade”³¹.

obras, como “Modernidade e ambivalência” e “Modernidade e holocausto”. Nesta primeira fase, Bauman utiliza a expressão pós-modernidade para se referir ao momento contemporâneo. Contudo, em um segundo momento, iniciado com a obra “Modernidade líquida”, Bauman abandona o termo “pós-modernidade”, por entendê-lo equivocado. O autor passa a falar em uma modernidade líquida. Há, nessa fase, importantes livros, tais como “Amor líquido”, “Medo líquido” e “Vidas para o consumo”, nas quais o autor utiliza a metáfora da liquidez para descrever o momento contemporâneo como aquele em que as relações sociais e as instituições se tornam fluidas, frágeis e efêmeras.

²⁷ FEINGOLD, Henry L. *apud* BAUMAN, **Modernidade e holocausto**, p. 26/27.

²⁸ SANCHES, Pierre. Modernidade e pós-modernidade. **Revista Análise e conjuntura**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2 e 3, p.44-52, maio/dez. 1992, p. 46

²⁹ David Harvey, ao tratar da passagem da modernidade à pós-modernidade, cita Hassan, que apresenta um quadro com as características de ambas, em vários aspectos da vida em sociedade (antropologia, filosofia, linguística, retórica, ciência política, teologia etc), visando diferenciá-las. Nesse sentido, Hassan, citado por Harvey, apresenta as seguintes marcas da modernidade: romantismo/simbolismo; hierarquia; projeto; forma (conjuntiva/fechada); objeto de arte (obra acabada); criação/totalização/síntese; semântica; seleção; metafísica; transcendência; determinação. Em oposição a estes caracteres, apresenta como marcas da pós-modernidade: parafísica/dadaísmo; anarquia; acaso; antiforma (disjuntiva/aberta); processo/performance; descrição/desconstrução/ antítese; retórica; combinação; ironia; imanência; indeterminação. Para Harvey, embora seja perigoso recorrer a estas polarizações simples para explicar as diferenças entre os dois momentos, o quadro de Hassan é um bom ponto de partida para entender a pós-modernidade. (HARVEY, David. *Passagem da modernidade à pós-modernidade*. In: _____. **A condição pós-moderna**. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/brunoagustini/harvey-david-passagem-da-modernidade-ps-modernidadecapitulo-de-condio-psmoderna>>. Acesso em 14 de agosto de 2012).

³⁰ SANTOS, **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade**, p. 103.

³¹ BITTAR; ALMEIDA, **Curso de Filosofia do Direito**, p. 655. Ainda no mesmo sentido, Bittar afirma: “A pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal), ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão. Obviamente, nenhum processo histórico instaura uma nova ordem, ou uma nova fonte de inspiração de valores sociais, do dia para a noite, e o viver transitivo é exatamente um viver intertemporal, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores – enfim, entre passado erodido e presente multifário”. (BITTAR, **O direito na pós-modernidade**, p. 133/134).

Por se tratar de um tempo de atordoamento, complexidade e ambiguidade, não existe ainda, no meio acadêmico, um consenso sobre a própria configuração do momento pós-moderno. Vivencia-se uma realidade nova, complexa e em plena formação, que se tenta entender e explicar à medida em que a própria pós-modernidade é arquitetada e concretizada. Há, pois, uma (difícil) tentativa de caracterizar o nosso próprio tempo e, portanto, a exigência de voltar o olhar para o nosso viver contemporâneo, processo que gera temor, mal estar e, principalmente, resistência e desconfiança³².

Vive-se uma era de incertezas e de insegurança³³. A resistência em discutir a pós-modernidade, bem como suas consequências e efeitos, mostra-se fortemente enraizada, até mesmo no meio acadêmico, pois a modernidade gerou uma sensação de permanência na cultura ocidental. Para Bittar, há um momento confuso, envolvendo o passado, o presente e o futuro, todos eles vividos em um só tempo, em um jogo de incertezas: “todo este novo arcabouço de mutações socioculturais redundando num afastamento contínuo da lógica moderna, com a qual se organizam os esquemas da vida e as formas de juízo (axiológico, estético, político, científico, cultural ...) acerca do mundo”³⁴.

Portanto, a pós-modernidade é um momento que desafia diferentes (e até mesmo contraditórias) concepções teóricas, gerando dilemas e embates ideológicos. Não há sequer unanimidade no que diz respeito ao momento em que se inicia o movimento pós-moderno, embora grande parte dos autores entenda que este se fortalece a partir da década de 70, “em função da emergência dos movimentos sociais, das forças feministas, de contestação juvenil, comportamental e cultural, pela quebra de paradigmas reinantes”³⁵.

Um dos principais autores a tratar do nascimento da pós-modernidade foi Perry Anderson. Ele defende que a ideia de um pós-modernismo surgiu na Literatura, no mundo hispânico, na década de 1930, com Frederico de Onís, que usou o termo para descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo³⁶. Segundo este autor, nos anos seguintes, o termo ainda seria utilizado por muitos autores da Literatura, da Sociologia e das Artes, entre

³² ESPERANDIO, Mary Rute Gomes. **Para entender**: pós-modernidade. São Leopoldo: Sinodal, 2007, p. 10.

³³ Segundo Zygmunt Bauman, a pós-modernidade é caracterizada, especialmente, pela insegurança e pela incerteza. Na obra “Globalização: as consequências humanas”, bem como em outros importantes trabalhos de sua autoria, como “O mal estar da pós-modernidade”, Bauman, trata da “insegurança e incerteza endêmicas do estágio moderno final ou pós-moderno”. Há, então, uma transição da certeza e segurança para a fluidez e liquidez dos novos tempos. (BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 127).

³⁴ BITTAR; ALMEIDA, **Curso de Filosofia do Direito**, p. 656.

³⁵ BITTAR; ALMEIDA, **Curso de Filosofia do Direito**, p. 655.

³⁶ ANDERSON, **As origens da pós-modernidade**, p. 09/10. Esta obra de Perry Anderson, que trata das origens da pós-modernidade, é dividida em quatro capítulos, nos quais o autor discorre sobre os primórdios, a cristalização, a compreensão e os efeitos posteriores da pós-modernidade.

eles o poeta Charles Olson, o crítico Leslie Fiedler e o sociólogo Amitai Etzioni, destacando-se que o termo ainda não era usado com um significado único e claro, termo este que ganhou maior difusão apenas na década de 70³⁷.

O momento de consolidação do termo pós-modernismo se inicia, segundo Perry Anderson, no ano de 1972, por intermédio de uma revista intitulada “Revista de Literatura e Cultura Pós-modernas”. Mas a difusão da expressão se deve, sobretudo, à obra filosófica “A condição pós-moderna”, de Jean-François Lyotard, publicada em Paris, em 1979. Segundo Perry Anderson, Lyotard entendia que a pós-modernidade estava ligada ao surgimento de uma sociedade pós-industrial, onde o conhecimento era a principal força de produção³⁸.

Ademais, também o próprio uso da expressão é polêmico, pois seu uso se associa a diferentes concepções, enquanto ainda é contestado por muitos autores³⁹. Segundo Boaventura de Souza Santos, “todas as transições são simultaneamente semi-invisíveis e semicegas, é impossível nomear com exactidão a situação actual. Talvez seja por isso que a designação inadequada de ‘pós-moderno’ se tornou tão popular”⁴⁰.

Sobre a utilização da nomenclatura “pós-modernidade”, demonstra-nos Bauman a ausência de consenso no meio acadêmico, ao afirmar tratar-se de um momento chamado por Ulrich Beck de modernidade reflexiva; por Georges Balandier, de supermodernidade, e por outros acadêmicos de pós-modernidade, nomenclatura mais comumente utilizada⁴¹.

Entretanto, mesmo diante das dificuldades em se traçar um quadro claro e cristalino, pode-se destacar algumas características do momento pós-moderno. Em primeiro lugar, observa-se que a pós-modernidade está relacionada aos fenômenos da sociedade de risco, da sociedade em rede e da sociedade do conhecimento⁴², criando outra forma de representação e interpretação da globalização e do sistema capitalista de produção⁴³.

³⁷ ANDERSON, **As origens da pós-modernidade**, p. 09-20.

³⁸ ANDERSON, **As origens da pós-modernidade**, p. 23-33. Para Perry Anderson, na consolidação e compreensão da pós-modernidade, destacam-se as obras de Fredric Jamenson, que teria estabelecido os termos do debate que se seguiria sobre o tema, sobretudo a partir da década de 90, e ainda os efeitos da pós-modernidade em vários aspectos da vida em sociedade. (ANDERSON, **As origens da pós-modernidade**, p. 93).

³⁹ BITTAR, **O direito na pós-modernidade**, p. 131.

⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001, p. 50.

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 30.

⁴² LEÃO, Emmanuel Carneiro. A pós-modernidade. **Revista da FAGED**, Salvador, n. 09, p. 117-124, 2005, p. 117.

⁴³ ESPERANDIO, **Para entender**: pós-modernidade, p. 80.

Verificam-se os seguintes elementos compondo o perfil da sociedade pós-moderna: intensificação das práticas transnacionais, internacionalização da economia, criação de redes planetárias de comunicação e informação, translocalização de pessoas, incremento assustador do consumo e do narcisismo, desterritorialização das relações e relativização de fronteiras, bem como a superação de conceitos duais como socialismo/capitalismo, público/privado⁴⁴. Há um crescimento assustador das relações de produção, do conhecimento, da tecnologia e da revolução digital, as quais modificam os modos de produção, comercialização, consumo e comunicação.

Expõe Francesco Galgano que se presencia uma revolução neoempresarial e uma economia neoindustrial. Entende que, na sociedade eletrônica e informatizada, a máquina e o computador impõem novas maneiras de produzir e consumir⁴⁵. Também explica Cláudia Lima Marques que a pós-modernidade é marcada por relações virtuais, desmaterializadas, fluidas e instáveis, relações essas que ocorrem em uma sociedade de informações e da globalização niveladora de culturas⁴⁶. Sobre o tema, Daniel Sarmento destaca que, na sociedade pós-moderna, o poder não mais está na propriedade dos meios de produção, mas sim na posse de conhecimento e informações, que circulam com muita rapidez e em um volume impressionante⁴⁷.

Fala-se ainda na globalização, enquanto um fenômeno que atinge proporções imensuráveis, gerando um desprestígio do Estado, de sua soberania e de suas fronteiras, ao mesmo tempo em que ocorre uma valorização da imagem em detrimento do conteúdo, bem como a supervalorização da técnica, da prática e da eficiência⁴⁸. O mercado se fortalece e ultrapassa todos os limites, inclusive os limites territoriais, gerando um aumento das empresas multinacionais, do intercâmbio e dos mercados financeiros⁴⁹.

A pós-modernidade e todas as transformações por ela proporcionadas alcançaram todos os aspectos da vida em sociedade e não tardaram a mostrar seus efeitos nas Artes, na Política, na Literatura, na Economia, na Arquitetura e em todas as demais ciências, incluindo também a Ciência Jurídica. Tendo em vista que a organização social e a

⁴⁴ SANTOS, *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade, p. 19/22.

⁴⁵ GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 20.

⁴⁶ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, p. 158.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 37.

⁴⁸ GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. *Revista de Direito do consumidor*, v. 58, abr./maio 2006, p.07.

⁴⁹ DEZALAY, Yves. A reestruturação global e o Direito. In: *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 29-30.

organização jurídica se condicionam mutuamente⁵⁰, o Direito foi profundamente afetado, modificado e repensado em função deste caráter de complexidade e ambiguidade trazido pelo momento pós-moderno.

Na esfera jurídica, o paradigma da pós-modernidade e toda a hipercomplexidade que o acompanha revelam uma multiplicidade de fontes do Direito, em função ainda da multiplicação de grupos e esferas sociais a serem regulados (característica material), bem como o surgimento de uma grande quantidade de leis, decretos e códigos (característica formal)⁵¹.

Além disso, a sociedade pós-moderna e a Ciência Jurídica são marcadas pelo pluralismo. O Poder Judiciário assume o papel não mais de adjudicar conflitos interindividuais (Estado Liberal) ou conciliar conflitos coletivos (Estado Social), mas sim a imprescindível tarefa de administrar os conflitos difusos. Exige-se, pois, do juiz uma postura reflexiva, e não mais meramente vinculada ao texto legal⁵².

Então, o Direito passa por um momento de transformação e crise que atinge todos os seus ramos, com destaque para o Direito Penal. Esta situação de crise revela-se ainda mais clara em função do delineamento de outra teoria que vem se desenvolvendo na sociedade pós-moderna: a sociedade de risco, bem descrita pelo sociólogo alemão Ulrich Beck.

Segundo Winfried Hassemer, “os interesses de minimizar a insegurança da sociedade de risco e de dirigir os processos complexos afetaram não somente a política criminal, mas também a teoria penal e a doutrina do bem jurídico”⁵³. Passa-se, pois, a esta análise, tomando como referencial teórico as idéias desenvolvidas por Ulrich Beck.

⁵⁰ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 3.ed. Tradução espanhola. Barcelona: Ariel, 2009, p. 177.

⁵¹ GOMES, A *nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais*, p.08.

⁵² Ensinamentos extraídos das aulas da disciplina “Fundamentos Constitucionais do Direito Privado”, ministradas no Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins, no primeiro semestre do ano de 2011.

⁵³ Tradução livre, do original: “(...) los intereses de minimizar la inseguridad de una ‘sociedad de riesgo’ y de dirigir los procesos complejos, han afectado no sólo a la política criminal sino asimismo a la teoría penal y a la doctrina del bien jurídico”. (HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. In: VÁRIOS AUTORES. *Penal y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 33).

1.2 A sociedade de risco

O sociólogo alemão Ulrich Beck despontou como um dos mais importantes e prestigiados teóricos da contemporaneidade após a publicação de sua obra “Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade”, cuja primeira edição, em língua alemã, é de 1986. A influência do pensamento de Beck fez-se sentir não apenas no campo das Ciências Sociais. Sua obra e sua análise teórica também tiveram um forte impacto em outras áreas do conhecimento humano, como a Política e o Direito, mormente o Direito Penal.

Ulrich Beck afirma que os riscos sempre existiram, não sendo uma invenção característica da sociedade atual. No entanto, segundo o sociólogo, os riscos, no momento contemporâneo, sofreram um aumento qualitativo e quantitativo nunca antes visto, assumindo um caráter de globalidade no que tange à sua ameaça. Esses riscos tornaram-se um produto do desenvolvimento industrial e se intensificaram com o seu progresso⁵⁴.

Comparando os riscos em diferentes momentos históricos, expõe Beck que “quem, como Colombo, partiu para descobrir novos países e continentes, assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o armazenamento de lixo nuclear”⁵⁵.

Discorrendo sobre o tema, Blanca Mendoza Buergo afirma que, nas sociedades pós-industriais, o desenvolvimento tecnológico e dos sistemas de produção e consumo adquirem identidade própria e passam a ameaçar os cidadãos, uma vez que geram riscos de magnitude devastadora, determinando uma mudança de época rumo a uma nova forma de sociedade: a sociedade de risco⁵⁶.

Portanto, no cenário atual, fala-se no delinear da sociedade de risco, marcada pela criação e distribuição de riscos em escala global. No momento pós-moderno, os riscos não mais respeitam limites políticos ou fronteiras territoriais. Atingem, sem qualquer diferenciação, pessoas e países, afetando, inclusive, aqueles que produzem e se beneficiam da própria criação dos riscos, em um verdadeiro efeito bumerangue⁵⁷.

Há uma distribuição de riscos em esfera mundial, alcançando, de certo modo, um aspecto democrático, pois os riscos atingem, indistintamente, nações e classes, indiferente

⁵⁴ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica, 1998, p. 28.

⁵⁵ Tradução livre, do original: “Quien, como Colón, partió para descubrir nuevos países y continentes aceptó riesgos. Pero se trataba de riesgos personales, no de las situaciones globales de amenaza que surgen para toda la humanidad con la fisión nuclear o el almacenamiento de basura atômica”. (BECK, **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad, p. 27).

⁵⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p. 25.

⁵⁷ BECK, **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad, p. 29.

às fronteiras geográficas e sociais. Nesse sentido, tem-se que, com a extensão dos riscos, há uma relativização das diferenças e dos limites sociais, promovendo-se um efeito igualador, pelo qual se pode afirmar que, nesse aspecto, as sociedades de risco não são sociedades de classe⁵⁸.

Ademais, os riscos não se esgotam apenas nos danos e efeitos presentes, mas, essencialmente, na possibilidade de catástrofes futuras. Dessa forma, eles estão ligados aos danos que ainda não ocorreram, mas que são iminentes e que, por isso mesmo, já se consideram danos reais⁵⁹. Os danos iminentes atravessam fronteiras e gerações, não sofrendo limitações no tempo e no espaço. Não seguem, portanto, as regras tradicionais de causalidade, responsabilização e reparação⁶⁰.

Vive-se em um mundo que assume, aceita e necessita desses riscos, enquanto naturais na vida cotidiana, riscos estes que se apresentam “tanto nas situações comuns- alimentação, circulação de veículos- como em setores concretos, como a construção, a medicina, a produção industrial e seu impacto no meio ambiente”⁶¹. Na sociedade de riscos, pode-se destacar, portanto, três características essenciais, quais sejam: a transformação quantitativa e qualitativa dos riscos da sociedade atual em relação àqueles de outras épocas; uma complexidade organizativa das relações de responsabilidade; e, por fim, uma sensação de insegurança subjetiva e coletiva que pode existir mesmo sem a presença de perigos reais⁶².

Destaque-se que a percepção e a reflexão a respeito dos riscos aumentam na mesma medida em que cresce a sensação de medo e insegurança social, sentimentos estes que são potencializados pelos meios de comunicação, em uma sociedade que também é a da informação. De fato, este fenômeno é dramatizado, tendo a imprensa como protagonista e a opinião pública como destinatária, a qual está envolvida “em meio a um círculo vicioso de impunidade, criminalidade, corrupção, narcotráfico, exclusão social, discursos penais

⁵⁸ BECK, **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**, p. 42.

⁵⁹ BECK, **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**, p. 39.

⁶⁰ Nesse contexto, há claros exemplos dos efeitos globais dos riscos pós-modernos, como a poluição e os desastres ambientais e nucleares, pois não respeitam fronteiras, assumindo um caráter de universalidade.

⁶¹ Tradução livre, do original: “(...) tanto si se trata de las circunstancias comunes -alimentación, circulación de vehículos- cuanto si se entra en sectores concretos como la construcción, la medicina, la producción industrial y su impacto en el medio ambiente (...)”. (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). **Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2003, p. 241).

⁶² MENDOZA BUERGO, **El derecho penal en la sociedad del riesgo**, p. 25-30.

simbólicos marcados pela ineficácia, políticas violentas na área penal e desrespeito às garantias constitucionais”⁶³.

Como subproduto da sociedade de risco, tem-se a sociedade da insegurança. Forma-se uma verdadeira cultura do medo⁶⁴. Para Ney Fayet Júnior e Inezil Penna Marinho Júnior, fala-se em um quadro de cultura fóbica, pois, hoje, vive-se a fobia de ser atingido por uma guerra nuclear, por desastres naturais ou desastres causados pelo homem, por uma enorme gama de doenças, por acidentes, pela degradação ambiental, pelas guerras ou ainda pela violência urbana⁶⁵.

O homem pós-moderno convive cotidianamente com a sensação de medo, que pode ser tanto da violência urbana e de desastres naturais, como também de perder o emprego ou da exclusão social. É o que Bauman chama de medo líquido da sociedade pós-moderna, isto é, uma constante sensação de insegurança e de vulnerabilidade. Assim, todos os dias, o rol de perigos é ampliado, verificando-se que “novos perigos são descobertos e anunciados quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e a dos peritos!)- preparando-se para atacar sem aviso”⁶⁶.

Isso posto, o binômio risco-insegurança e a consequente ojeriza ao risco, com a busca pela segurança, leva os cidadãos a exigirem do Estado a proteção e a prevenção frente a

⁶³ FAYET JÚNIOR, Ney; MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna. Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 84-100, jul./dez. 2009, p. 93. Esses autores explicam que “os riscos da sociedade contemporânea e o papel dos meios de comunicação de massa são importantes eixos sobre os quais se deve assentar uma análise a respeito da dimensão da crise do sistema penal, de forma especial quando se percebe que eles têm um relevante peso, não somente na estruturação da dinâmica social da insegurança, mas, sobretudo, na construção de políticas públicas relacionadas ao universo penal, na medida em que o medo e a insegurança têm sido utilizados, historicamente, como ferramenta de modelação de políticas invasivas (e antidemocráticas) de controle social”. (FAYET JÚNIOR; MARINHO JÚNIOR, **Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo**, p. 85).

⁶⁴ Para Débora Regina Pastana, a cultura do medo “representa a somatória dos valores, comportamentos e do senso comum que, associados à questão da criminalidade, reproduz a ideia hegemônica de insegurança e, com isso, perpetua uma forma de dominação marcada pelo autoritarismo e pela rejeição aos princípios democráticos”. (PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo e democracia: um paradoxo brasileiro. **Revista Medições**, Londrina, v. 10, n. 02, p. 183-198, jul./ dez. 2005, p. 183).

⁶⁵ FAYET JÚNIOR; MARINHO JÚNIOR, **Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo**, p. 86.

⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 12. Afirma Bauman que “o que mais amedronta é a ubiquidade dos medos; eles podem vazar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta. Das ruas escuras ou das telas luminosas dos televisores. De nossos quartos e de nossas cozinhas. De nossos locais de trabalho e do metrô que tomamos para ir e voltar. De pessoas que encontramos e de pessoas que não conseguimos perceber. De algo que ingerimos e de algo com o qual nossos corpos entraram em contato. Do que chamamos ‘natureza’ (pronta, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a proliferação de terremotos, inundações, furacões, deslizamentos, secas e ondas de calor) ou de outras pessoas (prontas, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a súbita abundância de atrocidades terroristas, crimes violentos, agressões sexuais, comida envenenada, água ou ar poluídos)”. (BAUMAN, **Medo líquido**, p. 11).

esses riscos, com o fornecimento de segurança pública. Segundo Blanca Mendoza Buergo, “uma sociedade de risco, se pode ser caracterizada por algo, é por ter uma necessidade de segurança sempre crescente, assim como pela busca de sensações ou impressões de segurança”⁶⁷.

Busca-se compensar essa insegurança e obter um sentimento de segurança e isso ocorre, muitas vezes, pela atribuição de um culpado. Parte-se da ideia de que sempre deve haver um terceiro responsável a quem imputar os fatos⁶⁸. O cidadão se vê como uma vítima potencial de um delito, e não como um autor potencial e exige, cada vez mais, eficiência e segurança: “o discurso da segurança propõe resolver a ponderação entre liberdade e segurança em favor desta última, propondo a progressiva conversão do imprevisível e incontrolável em risco”⁶⁹.

Diante de tal cenário, não surpreende a situação de crise e transformações pelas quais passa o Direito Penal. O Direito Penal Clássico, calcado na proteção de bens jurídicos individuais, bem como na determinação clara dos sujeitos ativo e passivo, não mais consegue lidar com as novas formas de criminalidade, em especial com a criminalidade organizada, o terrorismo e a criminalidade econômica. Conforme elucida Pierpaolo Cruz Bottini, o risco, uma noção antes periférica e acessória, torna-se o elemento nuclear da organização social, o que permite inferir um novo papel para o Direito Penal: este novo papel do risco é o norte que orienta os instrumentos de interação social⁷⁰.

O crime, na sociedade de risco, assume um aspecto de transnacionalidade no que tange à sua prática e aos seus efeitos, ultrapassando os limites territoriais. Para Ney Fayet Júnior, na sociedade contemporânea, surgem novos conflitos sociais, originando uma criminalidade para a qual a Dogmática Penal Clássica não se mostra adequada: “diferenciada, modernizada e transnacional, essa criminalidade emergente pode lesar tanto os indivíduos quanto os Estados”⁷¹. Ademais, passa a atingir bens jurídicos difusos e coletivos e o sujeito

⁶⁷ Tradução livre, do original: “(...) una sociedad del riesgo si por algo se caracteriza es por tener una necesidad de seguridad siempre en aumento, así como de procurar sensaciones o impresiones de seguridad”. (MENDOZA BUERGO, **El derecho penal en la sociedad del riesgo**, p. 31).

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, p. 48.

⁶⁹ Tradução livre, do original: “el discurso de la seguridad propone resolver la ponderación entre libertad y seguridad en favor de esta última y propugna la progresiva conversión de lo imprevisible e incontrolable en riesgo”. (PASTOR MUÑOZ, Nuria. El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal?. Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del “peligro de peligro”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; Díez, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p.527).

⁷⁰ BOTTINI, **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**, p. 29.

⁷¹ FAYET JÚNIOR, Ney. A criminalidade econômica e a política criminal: desafios da contemporaneidade. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 9-20, jul./dez. 2008, p. 16.

ativo, antes claramente definido, dilui-se em uma organização criminosa, extremamente organizada e complexa.

Fábio Roberto D’avila relata que o Direito Penal Clássico foi elaborado para tutelar bens jurídicos tradicionais e individuais, como a vida e o patrimônio, contra agressões definidas. Mas, no mundo pós-moderno, as ações humanas alcançam outras dimensões e os riscos se potencializam, criando novos bens jurídicos, os quais podem ser atingidos por danos diferidos no tempo e espaço e de enorme magnitude⁷².

Destarte, o Direito Penal, ao constatar a crescente situação de insegurança social, assume um papel de mecanismo fundamental para a proteção dos cidadãos. Longe de resguardar as suas características de fragmentariedade e subsidiariedade, conservando-se como *ultima ratio*, nos moldes em que foi construído pelo Estado Liberal, converte-se na resposta, por excelência, para todos os problemas. Tem-se aí um Direito Penal expansivo⁷³. Desenvolve-se claramente uma antinomia ou tensão entre os princípios clássicos do Direito Penal e as evidentes tendências de expansão, sendo que a tendência expansionista está a prevalecer.

A busca por segurança pública acaba gerando tendências de uma tutela penal dura, que amplia o seu alcance e seu âmbito de punição e gera a crise das garantias processuais e dos direitos fundamentais⁷⁴. Há, pois, no âmbito penal, a busca por proteção, gerando uma situação de urgência para a “punição e a ‘eliminação do mal’, esperanças depositadas no binômio lei penal/cárcere”⁷⁵. Inicia-se, assim, uma movimentação pública e

⁷² D’AVILA, Fábio Roberto. **A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal (um breve excursão sobre o Direito Penal do Risco)**. Disponível em: <<http://firtadvocacia.com/artigosepublicacoes/0%20A%20crise%20da%20modernidadeSite.pdf>>. Acesso em 22 de dezembro de 2011.

⁷³ Ao tratar de um Direito Penal expansivo, Cornelius Prittwitz apresenta as seguintes características: “se trata: de admitir novos candidatos no círculo dos direitos (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis-deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo Direito Penal- e, finalmente, em terceiro lugar de reduzir as exigências de censurabilidade, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos”. (PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, p. 31-45, mar./ abr. 2004, p. 39).

⁷⁴ Salo de Carvalho leciona que, “no cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser um preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil se estes direitos e garantias a serem suprimidos integram o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de um outro considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como ‘ninguém’ (não-ser)”. (CARVALHO, Salo de. Política de guerra às drogas na América Latina: entre o Direito Penal do inimigo e o estado de exceção permanente. **Revista Crítica Jurídica**, n. 25, p. 253-267, jan./dez. 2006, p. 261).

⁷⁵ FAYET JÚNIOR; MARINHO JÚNIOR, **Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo**, p. 89.

mediática em favor de uma repressão indiscriminada, com o despontar de movimentos como “Tolerância Zero” e “Lei e ordem”⁷⁶.

Nesse sentido, José Luis Díez Ripollés explica que o sentimento de insegurança não guarda relação apenas com o surgimento de novos riscos, mas também é potencializado com a cobertura da mídia dos eventos perigosos e lesivos, pela dificuldade em se compreender as novas tecnologias e ainda por uma percepção de que a sociedade tecnológica reduziu a solidariedade coletiva⁷⁷.

Ademais, Blanca Mendoza Buergo afirma que a demanda por proteção e segurança se foca na expansão do Direito Penal, sem preocupação com análises de proporcionalidade, necessidade ou legitimidade dessa expansão. Não se verifica se essa expansão é a solução mais adequada e coerente com os problemas apresentados, nem se é uma resposta que está dentro dos limites legítimos de uma intervenção do Direito Penal⁷⁸.

Portanto, do que foi exposto até o presente momento, é possível constatar a situação de crise em que se encontra toda a Ciência Jurídica, mormente o Direito Penal⁷⁹, uma

⁷⁶ MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 302/303. Observa-se que a política da Tolerância Zero surgiu nos Estados Unidos, buscando reprimir elevados índices de criminalidade. Buscava-se demonstrar que existia uma relação de causalidade entre criminalidade violenta e a não repressão de delitos de pequena monta. Tal política foi adotada, com grande apoio popular, na cidade de Nova Iorque, pelo Prefeito Rudolph Giuliani. Sobre o tema, explica Sérgio Salomão Shecaira que a política de Tolerância Zero, “muito mais do que ser uma estratégia policial, é a expressão de um contexto em que prevalece a descrença na reinserção do egresso do sistema punitivo, na busca da identificação das razões sociais últimas do crime, na transcendência das estruturas sociais, na superação do processo de exclusão produzido e reproduzido diariamente nas relações sociais”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. **Revista Internacional de Direito e cidadania**, n. 05, p. 165-176, out./2009, p. 169). Já o movimento *Law and order* (Lei e ordem) é outra criação estadunidense. Para os adeptos desse movimento, o bem social, abstratamente considerado, deve prevalecer sobre a liberdade individual; essa liberdade pode ser oprimida em nome da manutenção da ordem jurídica. Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior entendem que “o movimento de Lei e Ordem separa a sociedade em dois grupos: o primeiro composto de homens de bem, merecedores de proteção legal; o segundo, de homens maus, os criminosos, aos quais se reserva toda severidade da lei penal”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 105).

⁷⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, **De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana**: un debate desenfocado, p. 556.

⁷⁸ MENDOZA BUERGO, **El derecho penal en la sociedad del riesgo**, p. 46.

⁷⁹ Discorrendo sobre a crise do Estado-nação, enfraquecido pela ampliação dos mercados em plano internacional, em uma sociedade globalizada, Ney Fayet leciona que “em sua projeção ao campo penal, a crise apresenta-se, de um lado, essencialmente relacionada às bases de sua legitimação ou de sua utilidade social; e, de outro, vinculada às coordenadas básicas tradicionais do sistema penal, expressando-se quer pela inadaptação em face do novo modelo econômico, quer pela expansão gigantesca a que foi submetido. Desses fatores advieram, em larga medida, os principais aspectos da crise do Direito Penal contemporâneo”. (FAYET JÚNIOR, **A criminalidade econômica e a política criminal**: desafios da contemporaneidade, p. 16). Ainda tratando do tema, ao lado de Inezil Penna Marinho Júnior, também complementa que “realmente, o sistema penal (...) encontra-se imerso em uma profunda crise, que atinge diferentes e multifacetários planos: primeira e fundamentalmente, inscreve-se a crise de legitimidade (discute-se a justificativa do recurso por parte do Estado aos instrumentos punitivos); secundariamente, apresenta-se a crise do próprio Direito Penal (que se mostra como uma verdadeira crise de identidade, com o questionamento do próprio modelo a adotar e sua autêntica utilidade social) e, ainda, a crise de legitimação epistemológica (de validade científica). Além disso, a operatividade do sistema penal não corresponde aos enunciados punitivos formais, e a estrutura de garantias, que sedimenta a racionalização do Estado de Direito em termos de um Estado Constitucional democrático, encontra-se fragilizada

vez que institutos e estruturas clássicas se mostram insuficientes ante as transformações experimentadas na sociedade de risco, no momento pós-moderno.

Nesse contexto de profundas mudanças, emerge o cenário ideal para o surgimento de teorias como o Direito Penal do inimigo, tendo em vista que o Direito Penal desponta como principal resposta para a insegurança e o medo criados pelos novos tempos. Entender este contexto político e social é um importante passo para compreender a própria formulação do Direito Penal do inimigo.

2 O Direito Penal do inimigo: a contribuição de Günther Jakobs

Günther Jakobs, catedrático da Universidade de Bonn, é considerado um dos mais brilhantes discípulos de Hans Welzel, o grande idealizador da teoria finalista da ação. Jakobs, entretanto, afastou-se de seu mentor e do finalismo ao trazer, para o mundo jurídico e, sobretudo para o Direito Penal, a teoria que ficou conhecida como funcionalismo sistêmico ou radical. Referida construção teórica sustenta, em apertada síntese, que o Direito Penal tem a função essencial de proteção das normas (do sistema normativo), resguardando, apenas de forma indireta, os bens jurídicos fundamentais⁸⁰.

A proposta de Jakobs, na verdade, diferencia-se do modelo de Welzel, propondo conteúdos normativos para os conceitos jurídico-penais, buscando cumprir com a função que atribui à pena, qual seja, a prevenção geral positiva, como exercício de reconhecimento e fidelidade à norma (garantia de vigência das expectativas normativas)⁸¹.

Considerado um dos mais importantes pensadores do Direito Penal contemporâneo, ele renovou o discurso da teoria penal e utilizou análises da Sociologia⁸² e da

por um discurso crescentemente vindicativo”. (FAYET JÚNIOR; MARINHO JÚNIOR, **Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo**, p. 85).

⁸⁰ GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. “Direito Penal” do inimigo e os inimigos do Direito Penal. **Revista Última Ratio**, Rio de Janeiro: Lumens Juris, ano 01, n. 0, p. 329-356, 2006, p. 329.

⁸¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Crítica al funcionalismo normativista. **Revista de Derecho penal y criminología**. Madrid, n. 3, p. 13-26, 2010, p. 14/15.

⁸² Interessante observar que Jakobs se apoia na teoria social sistêmica do sociólogo alemão Niklas Luhmann, para quem o Direito é uma estrutura que facilita a estabilização social (orientação de ações e estabilização de expectativas; instrumento de confiança institucional), ao passo que a norma é uma generalização de expectativas. Dessa forma, a configuração essencial da sociedade se produz através do Direito, visando o Direito Penal garantir essa configuração, ao estabilizar as expectativas sociais através de sanções. (MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: el funcionalismo en Derecho Penal**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, p. 24). Para Jakobs, com base na teoria dos sistemas de Luhmann, a finalidade do Direito é a estabilização de expectativas sociais. Sendo assim, ele cria uma teoria da pena com base na prevenção geral positiva, sobre a qual fundamenta todas as categorias essenciais da teoria do delito, que

Filosofia⁸³. Mostrou-se ainda um penalista polêmico, que não se furtou ao tratamento dos temas mais complexos da ciência penal⁸⁴. Nesse sentido, conforme bem afirma Daniel Pastor, Jakobs é um dos pensadores da teoria jurídico-penal que mais discussões despertou entre aqueles que o estudaram e o compreenderam e até mesmo, ou principalmente, entre aqueles que não lograram êxito em entender suas concepções teóricas, em toda a sua plenitude⁸⁵.

Nesse contexto, pode-se afirmar que, na atualidade, poucos temas causam tanta controvérsia e debates tão acalorados quanto o Direito Penal do inimigo⁸⁶, construção deste jurista. De fato, o tema tem sido recorrentemente estudado e analisado, seja por um viés crítico ou por meio de uma análise legitimadora, gerando “uma viva discussão entre os penalistas”⁸⁷. Observa-se que, diante dos fenômenos expansionistas e punitivistas do Direito Penal, na sociedade de risco, marcada pela superinflação legislativa e pelo surgimento de novos tipos penais e ainda pelo endurecimento das leis penais, esta construção torna-se pauta obrigatória de análise.

Contudo, imprescindível destacar que a discussão sobre o inimigo, bem como seu tratamento pelo Direito Penal, não é uma novidade apresentada por Jakobs. Na verdade, a ideia de inimigo remonta à Roma Antiga, na qual, em casos excepcionais, o cidadão romano poderia ser declarado inimigo público (*hostis iudicatos*), sendo este privado de toda proteção do estatuto jurídico, ao contrário do *hostis alienigena* (não romano), que contava com a

passam a ser preenchidas por conteúdos normativos. (HINESTROSA, Fernando. Palabras Del Dr. Fernando Hinestrosa, rector de la Universidad Externado de Colombia. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: el funcionalismo en Derecho Penal**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, p 10). Ademais, Jakobs parte da sociologia de Luhmann para explicar a norma, o delito e a sanção como comunicações relativas a modelos socialmente válidos de comportamento. (GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 901).

⁸³ Quanto aos filósofos que influenciaram o penalista alemão, no que diz respeito especificadamente à teoria do Direito Penal do inimigo, sobre esses se discorrerá no tópico 2 do segundo capítulo (Os fundamentos filosóficos da teoria).

⁸⁴ APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo VS. Derecho Penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 163.

⁸⁵ PASTOR, Daniel R. El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 475.

⁸⁶ GRECO, Luis. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: Revista dos Tribunais**, p. 80-112, set./out. 2005, p.81.

⁸⁷ Tradução livre, do original: “viva discusión entre los penalistas”. (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 01).

proteção do *ius gentium*⁸⁸. Dessa forma, em casos de conspiração e traição, nos quais a República Romana se via ameaçada, o Senado poderia fazer uso de sua autoridade e, ao declarar o indivíduo um inimigo público, tinha o poder de privá-lo dos seus bens e de sua própria vida⁸⁹.

Na Idade Média, praticamente em toda a sua extensão calcada na força da religião, o inimigo, da fé e do povo, era o herege⁹⁰. Foi no período medieval, segundo expõe Eugenio Raúl Zaffaroni, que foi criado o *Malleus Maleficarum*, “primeira teorização extensa, processada e elaborada com fina filigrana, de modo integrado, pela criminologia etiológica, pelo direito penal, pelo processual penal e pela criminalística”⁹¹, teorização esta aplicada pelos inquisidores aos inimigos da fé.

Com a ascensão do governo nazista, na Alemanha, principalmente durante a Segunda Guerra Mundial, os inimigos (políticos, sociais ou de raça) do Estado Alemão eram, especialmente, os judeus, outros povos não arianos, como os ciganos, os negros, os povos estranhos (russos e polacos) e ainda aqueles que, mesmo de raça ariana, não poderiam ser incluídos como verdadeiros membros da sociedade alemã, por serem portadores de alguma deficiência mental ou física e, portanto, “indivíduos de menor valor”⁹².

Por sua vez, no período da Guerra Fria, o mundo viu-se polarizar em duas diferentes ideologias, o capitalismo e o socialismo. Sendo assim, nos países socialistas, a burguesia e os ideais capitalistas eram os inimigos, por excelência, ao passo que, nos países capitalistas, a situação se invertia: o inimigo era o ideal socialista que ganhava força nos países do Leste Europeu.

Com essa rápida digressão, verifica-se, portanto, que o inimigo sempre esteve presente na história da humanidade, como bem demonstram os exemplos históricos acima

⁸⁸ BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros en el umbral: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 286.

⁸⁹ CORNACCHIA, Luigi. La moderna *hostis iudicatio*: entre norma y estado de excepción. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 417.

⁹⁰ BASTIDA FREIXEDO, **Los bárbaros en el umbral**: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo, p. 286.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85/86. O *Malleus Maleficarum* foi escrito em 1484, por dois inquisidores fanáticos (Kraemer e Sprenger), tendo sido considerado o discurso que funda o poder punitivo moderno. (JULIO LASCANO, **La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor**, p. 231).

⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo**: estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo. 4 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, p. 176/177.

relatados⁹³. A própria expressão Direito Penal do inimigo não é uma criação nova, pois, com palavras semelhantes, em 1882, Franz Von Liszt, no Programa de Marburgo, explicava o uso do poder punitivo estatal “como uma verdadeira guerra à criminalidade e aos criminosos, os quais constituíam uma espécie inferior do gênero humano, nos quais se incluíam os povos colonizados pelos 'civilizados' europeus ou a classe proletária das potências colonizadoras”⁹⁴.

Alerta Eduardo Demetrio Crespo que a problemática central do Direito Penal do inimigo se refere a uma antiga tensão entre as ideias de liberdade e segurança, um tema clássico da Filosofia do Direito e da Filosofia Política, que também interessa ao Direito Penal. Liberdade e segurança formam “o alfa e o ômega do Direito Penal, ponto de partida e de chegada da maior parte das reflexões que afeta a evolução dogmática e/ou político criminal”⁹⁵.

Tendo em vista que a discussão do inimigo e seu tratamento pelo Direito Penal não é nova, questiona-se por que as ideias de Jakobs geraram tal debate intenso e inflamado. E a resposta nos traz Eugenio Raúl Zaffaroni: trata-se de um novo momento histórico e de novas circunstâncias, frente às quais o professor da Universidade de Bonn teve a coragem e a ousadia de dizer, com palavras mais claras e precisas, o que muitos outros expressaram de forma confusa e assistemática⁹⁶.

⁹³ De fato, a menção ao inimigo é recorrente nos mais diversos momentos históricos, inclusive na história recente. É isso que bem demonstra Kai Ambos na seguinte passagem: “En la España de Franco, se denominaba enemigo a quien permitía comunicar públicamente una oposición al régimen franquista o quien exigía derechos fundamentales. Los militares argentinos, durante los años de dictadura, calificaron como enemigos a 'los ideólogos que envenenan las almas de nuestros jóvenes en nuestras Universidades', y amenazan con que 'los enemigos destrozarán las almas de los argentinos'. El antiguo presidente de Ruanda Jean Kambada, que en otras cuestiones há sido condenado por genocídio, alababa el trabajo de una emisora de radio, que animaba a la persecución y muerte de miembros de la tribu Tutsi y de los Humus moderados, como 'arma imprescindible en la lucha contra el enemigo'. En los conflictos en alrededor del Oriente Medio, el concepto se encuentra por legiones. Hamas estigmatiza al 'enemigo sionista'; el presidente de Palestina, Abbas, denomina a 'Israel' al fallecido presidente de Palestina, 'Arafat': como enemigo. Los médios estadounidenses califican la insurgencia iraquí de 'fuerza enemiga', y ésta denomina a Bush como 'enemigo del islam, enemigo de Alá, enemigo de los musulmanes'”. (AMBOS, Kai. *Derecho penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 127/128).

⁹⁴ Tradução livre, do original: “(...) como una verdadera guerra a la criminalidad y a los criminales, que constituían una espécie inferior del género humano, donde entraban los habitantes de los pueblos colonizados por los 'civilizados' europeos o la clase proletaria de las potencias colonizadoras”. (JULIO LASCANO, **La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor**, p. 219).

⁹⁵ Tradução livre, do original: “(...) el alfa y el omega del Derecho penal, punto de partida y punto de llegada de la mayor parte de las reflexiones que afectan a sua evolución dogmática y/o político criminal”. (DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *El Derecho penal del enemigo *Darf Nicht Sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 474).

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legitimación del control penal de los “extraños”*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 1118.

Destarte, importante destacar que, no presente trabalho, não se discutirão outras concepções de inimigo formuladas ao longo da história jurídico-penal, exceto em rápidas análises ilustrativas do tema. Como se faz necessário a realização de um corte metodológico em toda pesquisa de cunho científico, aqui, a investigação está focada na construção do Direito Penal do inimigo, nos termos elaborados por Günther Jakobs, utilizando-se, para tanto, de obras de sua autoria e ainda de outros autores que buscaram estudar e compreender a sua elaboração.

Interessante ainda observar que a própria formulação do Direito Penal do inimigo não é, de fato, extremamente recente, tendo em vista que o início desta construção data de maio do ano de 1985, quando Jakobs lança as ideias iniciais desta teoria em um Congresso de professores de Direito Penal, realizado na cidade de Frankfurt⁹⁷. Entretanto, o tema ganhou maior notoriedade e despertou renovado interesse a partir de um acontecimento histórico: os atentados terroristas de 11 de setembro⁹⁸, cujas consequências, na esfera jurídico-penal, foram em muito antecipadas pela formulação jakobsiana⁹⁹.

Os ataques terroristas às Torres Gêmeas e ao Pentágono, em 11 de setembro de 2001, representaram um momento de importância crucial para a história mundial¹⁰⁰. Isso porque, os países do Ocidente, mormente os Estados Unidos e os países europeus, passaram a vivenciar um estado de guerra permanente, colocando em evidência uma verdadeira situação de conflito, “nascida de ataques reais que já não se dirigem contra um determinado governo

⁹⁷ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo”? una aproximación crítica al concepto. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 01.

⁹⁸ O 11 de setembro de 2001 apresentou um forte caráter simbólico. O atentado se dirigiu contra os dois lugares (e consequentemente contra aquilo que eles representavam) mais importantes da vida social e institucional da potência norte-americana: “(...) la economía capitalista, por un lado- en su profunda vinculación con lógicas y sistemas de explotación de tipo neocolonialista, en el plano internacional-, y el aparato militar de inteligencia, cuya infalibilidad nunca había sido cuestionada por nadie. Antes del 11 de septiembre, se entiende”. (MANNA, Adelmo. Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: la *privacy*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 257).

⁹⁹ Fato é que Jakobs, com o Direito Penal do inimigo, foi capaz de antecipar muitas das mudanças que ocorreram nas legislações jurídico-penais, sobretudo as legislações antiterroristas, especialmente nos países europeus e nos Estados Unidos da América, após os atentados terroristas de 11 de setembro. Nesse sentido, as lúcidas palavras de Cancio Meliá e Gómez-Jara Díez, na apresentação da obra “Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión”: “Algo extraño está ocurriendo con el Derecho penal, al menos eso está claro. Con anticipación quase-nigromántica, el sismógrafo de Jakobs identificó ciertos temblores previos en el ordenamiento penal mucho antes de que se produjera el quiebro de la falla del Derecho penal que, entre nosotros, se materializó, con la ayuda de 9/11, en nuevas leyes, nuevas formas de actuar, nuevas guerras y, finalmente, Guantánamo”. (CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. XVII/ XVIII).

¹⁰⁰ MANNA, **Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo**: la *privacy*, p. 257.

ou regime político, mas que também têm como alvo o conjunto de princípios filosóficos, políticos e culturais que formam o que hoje se identifica como sociedade ocidental”¹⁰¹.

Assim, os trágicos atentados perpetrados em solo americano, bem como os atos terroristas ocorridos em março de 2004, em Madrid¹⁰², e em julho de 2005, em Londres¹⁰³, consolidaram um novel período, marcado pela luta antiterrorista e pela estigmatização dos terroristas como inimigos¹⁰⁴. Para Isabel Sánchez García de Paz, a partir destes acontecimentos, ficou claro que o terrorismo não é mais um problema local de alguns países, mas um mal que afeta a todos os países, em maior ou menor escala, com sua presença imprevisível e ameaçadora¹⁰⁵.

Nesse diapasão, o interesse pela formulação do Direito Penal do inimigo cresce em função da escalada do fenômeno terrorista nacional e internacional¹⁰⁶. Como bem explica Percy García Caveró, a sensação de insegurança que atinge praticamente todos os cidadãos do mundo frente ao terrorismo levou à adoção de medidas extremas de proteção e reação jurídico-penal, com legislações penais repressivas e extremamente duras no combate ao inimigo terrorista¹⁰⁷. Esse endurecimento da legislação penal e processual penal, porém, não se restringiu ao tratamento do terrorismo, pois se estendeu também ao crime organizado, ao tráfico de drogas e à violência sexual.

Além disso, a necessidade de dar uma resposta eficaz, de caráter ao mesmo tempo preventivo e repressivo, ao fenômeno terrorista, levou os ordenamentos ocidentais,

¹⁰¹ Tradução livre, do original: “(...) nacida de unos ataques reales que ya no se dirigen contra un determinado gobierno o régimen político, sino que tiene como blanco el conjunto de principios filosóficos, políticos y culturales que conforman lo que hoy se identifica como la sociedad occidental”. (GROSSO GARCÍA, **Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo?”: una aproximación crítica al concepto**, p. 02).

¹⁰² Em 11 de março de 2004, uma série de ataques terroristas cometidos em quatro trens da rede ferroviária de Madrid, com 10 explosões quase simultâneas, deixou, aproximadamente, 191 mortos e mais de 1700 feridos, tendo como autoria uma célula islamista local que tentava reproduzir as ações da rede terrorista Al Qaeda.

¹⁰³ Em 07 de julho de 2005, várias explosões atingiram o transporte público da capital britânica (três trens do metrô e um ônibus), deixando mais de 50 mortos e aproximadamente 700 feridos.

¹⁰⁴ APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 206.

¹⁰⁵ GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 852.

¹⁰⁶ Discorrendo sobre o tema, afirma Terradillos Basoco que “el trágico ataque a las torres gemelas ha sido tomado como fundamento o como pretexto de reivindicaciones punitivistas, pero no es la primera vez que se producen sucesos dramáticos de este tipo ni asistimos por primera vez a una manipulación de los mismos que sustituye la racionalidad por las emociones”. (TERRADILLOS BASOCO, J.M^a. Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 1011).

¹⁰⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 925.

principalmente o estadunidense, a reduzir os padrões de garantias, direitos e liberdades frente às ingerências dos poderes públicos na esfera privada¹⁰⁸. Passou-se a vivenciar um progressivo cerceamento de direitos e garantias dos cidadãos em face de uma nebulosa urgência de proteção contra a insegurança e o terrorismo¹⁰⁹.

Portanto, há de se observar que é diante desse panorama que o Direito Penal do inimigo ganha, paulatinamente, um papel de destaque no meio acadêmico. Mais ainda, as reflexões proporcionadas por essa teoria despertaram fortes e acaloradas reações, de modo que os teóricos do Direito Penal se viram compelidos a assumir uma posição, seja a favor ou contra, do mesmo modo que, há alguns anos, todos os penalistas estavam obrigados a pronunciar-se sobre o dolo e sua posição na teoria do delito¹¹⁰. Atua Jakobs como o “disparador de um debate”¹¹¹, que não pode mais ser evitado ou adiado.

Não seria errado afirmar que grande parte das manifestações foi contrária à formulação apresentada, mormente após as considerações mostradas no Congresso celebrado em Berlim, em 1999¹¹². De fato, muitas foram as manifestações radicalmente opostas ao desenvolvimento de um Direito Penal do inimigo nos termos estabelecidos pelo autor, podendo-se, inclusive, notar “uma apaixonada posição de beligerância contra as perigosas consequências que, para o Estado Democrático de Direito, pode acarretar esse projeto teórico do autor alemão”¹¹³. Por outro lado, entretanto, registraram-se algumas vozes que manifestaram sua aprovação às formulações do Direito Penal do inimigo, considerando-o como Direito legítimo¹¹⁴.

Em verdade, a ideia de um Direito Penal do inimigo desencadeou, em muitos casos, reações precipitadas e inflamadas, muitas delas relacionadas com a própria designação

¹⁰⁸ MANNA, **Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo**: la *privacy*, p. 258.

¹⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La revisión del delito político: islamismo y otros problemas. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 687.

¹¹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 800.

¹¹¹ JULIO LASCANO, **La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor**, p. 225.

¹¹² APONTE, **Derecho penal del enemigo VS. Derecho penal del ciudadano**: Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad, p. 164.

¹¹³ Tradução livre, do original: “(...) apasionada posición de beligerancia contra las peligrosas consecuencias que para el Estado democrático de Derecho puede acarrear este proyecto teórico del autor alemán”. (FEIJOO SÁNCHEZ, **El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho**, p. 800).

¹¹⁴ GRECO, **Sobre o chamado direito penal do inimigo**, p. 92.

Direito Penal do inimigo¹¹⁵. Cabe mencionar que o Direito Penal do inimigo, apesar dos pontos criticáveis e deméritos que possa apresentar, é frequentemente vítima de análises apressadas e emocionais, inclusive no que tange à sua terminologia.

Por essa razão, afirma Bernardo Feijoo Sánchez que a “oposição frontal e sem matices tampouco é acertada”¹¹⁶ e, por isso, as críticas precipitadas e infundadas devem ser evitadas. É preciso, em primeiro lugar, estudar cuidadosamente a teoria, bem como compreender seus fundamentos e consequências jurídico-penais, para que se possa proceder a um exame crítico e valorativo de suas regulações.

Convém, ainda, esclarecer que a proposta de Jakobs é ampla e, dentro dela, é possível identificar diversas questões, algumas delas não devidamente estudadas, sendo um mérito de Jakobs tê-las colocado na pauta de debate científico, ao passo que outras já eram objeto de discussão¹¹⁷. Gracia Martín explica que os problemas apresentados pelo Direito Penal do inimigo são complexos e profundos, motivo pelo qual não se pode solucioná-los “mediante objeções meramente retóricas e emocionais (...) Por essa razão (...) é preciso superar tais atitudes mediante uma aproximação analítica e filosófica, mesmo porque é este, precisamente, o modo rigoroso e implacável pelo qual procede Jakobs”¹¹⁸.

Trata-se, pois, de um “*topos* de argumentação político-criminal no qual se englobam fenômenos de gêneros diversos e que requerem maior precisão”¹¹⁹. Postas essas premissas, verifica-se que estudar o Direito Penal do inimigo, em toda a sua complexidade, não é tarefa fácil, pois se trata de uma construção em certa medida ambígua e com uma vasta gama de conteúdos a serem identificados e analisados¹²⁰. Entretanto, este é o único caminho para participar, com rigor, deste debate.

Dessa forma, tendo em vista o anteriormente exposto, o presente trabalho preocupa-se em apresentar e detalhar a construção teórica do Direito Penal do inimigo,

¹¹⁵ ORCE, Guilherme. Derecho penal del enemigo: influencia de una idea negativamente cargada en la solución de casos limite. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 411.

¹¹⁶ Tradução livre, do original: “la oposición frontal y sin matices tampoco es acertada”. (FEIJOO SÁNCHEZ, **El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho**, p. 802).

¹¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, **El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho**, p. 802.

¹¹⁸ Tradução livre, do original: “mediante objeciones meramente retóricas y emocionales (...) Por esta razón (...) es preciso superar tales actitudes mediante una aproximación analítica y filosófica, aunque sólo sea porque éste, precisamente, es el modo riguroso e implacable en que procede Jakobs”. (GRACIA MARTÍN, Luis *apud* CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. XX).

¹¹⁹ Tradução livre, do original: “(...) topos de la argumentación político-criminal en el que se engloban fenómenos de muy diverso género y que requiere mayor precisión”. (SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 894).

¹²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, **El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho**, p. 801.

conforme foi apresentado por Günther Jakobs, revelando os fundamentos filosóficos, a definição e as suas características, bem como a repercussão e as consequências de sua abordagem no Direito Penal e nas legislações jurídico-penais.

Somente após este exame, é que se pode, de fato, proceder a um posicionamento crítico, uma vez que, nas palavras de Bernardo Feijoo Sánchez, apresentadas certas questões, “já não é possível esconder a cabeça sob a terra como os avestruzes ou olhar para outro lado”¹²¹. Portanto, faz-se necessário posicionar-se sobre o tema.

Ademais, convém ainda esclarecer que a temática permite diferentes abordagens, já tendo sido objeto de muitas e diversas interpretações¹²². Com efeito, o Direito Penal do inimigo é suscetível de ser estudado sob variados enfoques, meramente jurídicos, sociológicos, políticos e filosóficos, sem excluir ainda outras possibilidades¹²³. A pluralidade de análises depende não apenas da amplitude e complexidade do tema, mas ainda de suas implicações em cada país onde é analisado, de acordo com seus componentes históricos e culturais, como também em função da realidade de sua legislação jurídico-penal.

Destarte, cumpre salientar e esclarecer que esta pesquisa busca verificar se o Direito Penal do inimigo é uma construção compatível com os Estados Constitucionais Democráticos, como o Estado brasileiro, e frente ao axioma da dignidade da pessoa humana. Passa-se, pois, ao estudo dos dois momentos de construção da teoria em estudo.

3 Os dois momentos de construção teórica

Existe certo consenso entre os estudiosos do Direito Penal no sentido de reconhecer que o Direito Penal do inimigo se desenvolveu em duas etapas ou dois momentos, nos quais o autor apresentou diferentes posturas diante do fenômeno ora em estudo. Há, pois, duas fases distintas no que tange à construção de Jakobs, cada uma delas com diferentes significados.

¹²¹ Tradução livre, do original: “(...) ya no es posible esconder la cabeza bajo la tierra como los avestruces, o mirar para otro lado”. (FEIJOO SÁNCHEZ, **El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho**, p. 802).

¹²² GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 1006).

¹²³ BELLO RENGIFO, Carlos Simón. Las razones del Derecho penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 305.

Nesse sentido, com propriedade, ensina Víctor Gómez Martín que, para se compreender o Direito Penal do inimigo, por meio de uma exposição, bem como de uma valoração crítica rigorosa, deve-se partir da constatação de que “se trata de uma construção que conheceu, no mínimo, duas distintas formulações: a de 1985, por um lado, e a de 1999 e 2003, por outro”¹²⁴. Logo, a compreensão da temática depende do estudo destes dois momentos teóricos, de suas características e aspectos essenciais.

O primeiro momento encontra-se no próprio surgimento da expressão e da teoria, o que ocorreu em 1985, em uma Jornada de professores de Direito Penal, realizada em Frankfurt, na qual o penalista teceu críticas à tendência de criminalização em estágio prévio à lesão do bem jurídico. Verificava Jakobs, na legislação penal alemã, a transformação de certos autores de fatos delituosos em inimigos, na busca de uma maior e mais forte proteção para determinados bens jurídicos¹²⁵.

Nessa fase, entende que o Direito Penal do inimigo só é legítimo enquanto Direito Penal de emergência, que tem validade excepcional, devendo ser separado do Direito Penal do cidadão até mesmo em sua apresentação externa¹²⁶. Aqui, o conceito deste Direito é utilizado como “um topos para a análise crítico-descritiva do Direito Penal alemão”¹²⁷. Inicialmente, pode-se identificar uma postura crítica do autor, sobretudo ao confrontar o Direito dos inimigos com o modelo de Direito Penal democrático¹²⁸.

No entanto, o Direito Penal do inimigo enfrentou, com o tempo, uma drástica mudança¹²⁹. Desse modo, a segunda etapa de elaboração teórica em Jakobs inicia-se ao final da década de 90, mais precisamente em 1999, em uma Jornada realizada em Berlim, com o título de “A ciência do Direito Penal ante a mudança de milênio”, sob a organização de Eser,

¹²⁴ Tradução livre do original: “(...) se trata de una construcción que ha conocido, como mínimo, dos distintas formulaciones: la de 1985, por una parte, y la de 1999 y 2003, por otra”. (GÓMEZ MARTÍN, **Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs**, p. 1006).

¹²⁵ KALECK, Wolfgang. Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 119.

¹²⁶ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: _____. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas, p. 293- 324, 1997, p. 322/323.

¹²⁷ Tradução livre, do original: “(...) un topos para el análisis crítico-descriptivo del Derecho penal alemán vigente”. (AMBOS, **Derecho penal del enemigo**, p. 132).

¹²⁸ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. El Derecho penal del enemigo : evolución (o ambigüedades ?) del concepto y su justificación. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 328.

¹²⁹ NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 392.

Hassemer e Buckhardt¹³⁰. A partir desta Jornada, verificou-se uma radicalização da postura inicialmente adotada.

Isso porque, Jakobs abandona uma postura crítica do Direito Penal do inimigo, ao constatar que, na situação presente, de globalização e de domínio do sistema econômico, em uma sociedade consciente de seus riscos, não haveria alternativa senão aceitar um Direito Penal do inimigo direcionado àqueles que se tenham afastado permanentemente do Direito (não-pessoas)¹³¹.

Contudo, o auge dessa nova postura encontra-se no ano de 2003, quando Jakobs volta a dedicar-se ao estudo do tema, sob a influência, conforme já visto, dos trágicos atentados terroristas de 11 de setembro e ainda como uma reação a determinadas críticas recebidas, algumas delas fruto de interpretações precipitadas, fora de contexto ou até mesmo manipuladas da teoria¹³².

É deste ano de 2003 a primeira edição, em espanhol, da obra “Derecho penal del enemigo” (Direito Penal do inimigo), publicada juntamente com Manuel Cancio Meliá, que apresenta a sua visão (crítica) sobre o Direito Penal do inimigo, nos termos trazidos por Jakobs neste segundo momento¹³³. Nessa obra, Jakobs confirma o seu segundo ponto de vista, inclusive buscando fundamentar a posição defendida em 1999, remetendo a concepções filosóficas de Rousseau, Fichte, Kant e Hobbes¹³⁴, bem como desenvolvendo, com mais precisão e detalhes, o conceito de inimigo e as características do Direito Penal a ele direcionado.

Além disso, é nesse segundo momento que o protagonismo da teoria é assumido pela distinção entre inimigo e cidadão, em função da qual se produz a principal e mais notável mudança: a postura de Jakobs, antes com caráter crítico, assume um caráter legitimante¹³⁵ e justificador da necessidade de um Direito Penal aplicável aos inimigos. Ele

¹³⁰ AMBOS, *Derecho penal del enemigo*, p. 133.

¹³¹ ABANTO VÁSQUEZ, *El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico*, p. 03.

¹³² POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 601.

¹³³ No prefácio da obra “Derecho penal del enemigo”, publicada em 2003, pela Editora Civitas, esclarece Jakobs que a sua posição e a postura de Cancio Meliá apresentam diferenças consideráveis, ligadas não tanto ao diagnóstico, mas, principalmente, às consequências esperadas ou postuladas em relação ao Direito Penal do inimigo. É justamente em função dessas diferentes perspectivas apresentadas pelos autores que se optou, segundo afirma Jakobs, por uma publicação conjunta. (CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p.15). Dessa forma, em uma mesma obra, o leitor é apresentado a diferentes (até mesmo opostas) visões a respeito do tema.

¹³⁴ GÓMEZ MARTÍN, *Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs*, p. 1010.

¹³⁵ FEJOO SÁNCHEZ, *El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho*, p. 807.

“não apenas oferece uma descrição do Direito penal do inimigo que se pode encontrar nos ordenamentos jurídico-penais ocidentais (...), mas também oferece um conceito de inimigo, buscando justificar que determinados sujeitos sejam tratados como não-pessoas no Direito”¹³⁶.

Cabe mencionar, portanto, que a expressão “Direito Penal do inimigo”, para Jakobs, perde o seu valor pejorativo, entendendo ser um grave erro demonizá-la¹³⁷. Nesse diapasão, segundo afirma Ulfried Neumann, “não pode haver menor dúvida de que, em qualquer caso, na concepção de Jakobs, o centro de gravidade alterou-se da crítica à afirmação do Direito penal do inimigo”¹³⁸.

Diante do que foi exposto, torna-se imprescindível analisar estas distintas perspectivas separadamente, com vistas a detalhar e especificar os delineamentos e características de cada etapa desta teoria, buscando uma compreensão mais correta e aprofundada do tema. É o que se passa a fazer.

3.1 O Congresso de professores de Direito Penal de Frankfurt (1985): os primeiros delineamentos da teoria

O início da construção teórica do Direito Penal do inimigo encontra-se, como já mencionado, no ano de 1985, quando se trouxe à tona a expressão em um Congresso de Catedráticos de Direito Penal, realizado na cidade de Frankfurt, entre os dias 16 e 19 de fevereiro deste ano. Neste Congresso, Jakobs apresentou sua primeira formulação sobre o tema, ao tratar da criminalização em âmbito prévio à lesão de um bem jurídico. Aqui, Jakobs introduziu a ideia de Direito Penal do inimigo ao debate científico, incorporando-o ao acervo e à discussão da teoria penal, em escala internacional, desde uma análise crítica e descritiva do problema da antecipação das barreiras de punibilidade¹³⁹.

Nessa fase introdutória do termo e do conceito de Direito Penal do inimigo, Jakobs identificou uma série de normas que, ao criminalizar determinados estados anteriores à efetiva afetação do bem jurídico, “saltavam as barreiras do que deveria ser um Direito Penal

¹³⁶ Tradução livre, do original: “(...) no sólo ofrece una descripción del Derecho penal del enemigo que se puede encontrar en los ordenamientos jurídico-penales occidentales, (...) sino que ofrece un concepto de enemigo justificador de que determinados sujetos tengan que ser tratados como no-personas en el Derecho”. (FEIJOO SÁNCHEZ, **El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho**, p. 807).

¹³⁷ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 47.

¹³⁸ Tradução livre, do original: “(...) no puede haber la menor duda de que, en cualquier caso, en la concepción de Jakobs el centro de gravedad se ha trasladado de la crítica a la afirmación del Derecho penal del enemigo”. (NEUMANN, **Derecho penal del enemigo**, p. 393).

¹³⁹ POLAINO NAVARRETE, POLAINO-ORTS, **Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos**, p. 591.

respeitador das garantias cidadãs”¹⁴⁰. Desqualificava-se o Direito Penal do inimigo por ser contrário aos princípios do Estado Democrático.

Assim, ele identifica, em determinados tipos penais da legislação jurídico-penal alemã, um adiantamento da intervenção do Direito Penal, bem com um duro tratamento a esses tipos penais, os quais, embora antecipem a barreira punitiva, não são acompanhados de uma correspondente diminuição de pena¹⁴¹. Na sua visão, algumas condutas tipificadas estavam alheias ao início da execução, entre elas as condutas relacionadas à paz social ou à ordem e segurança públicas, citando ainda, como exemplos, os crimes previstos no *StGB*¹⁴², nos § 30 (participação tentada) e § 140 (aprovação ou recompensa de delitos)¹⁴³.

Começa a sua exposição observando que, na dogmática penal atual, o conceito de consumação é um conceito formal, tendo em vista que “se orienta à formulação do tipo, não a critérios materiais, e, com isso, resulta materialmente inseguro determinar já em termos gerais o que é o estágio prévio”¹⁴⁴. Segue afirmando que ainda mais indefinidos e incertos são os limites entre as condutas prévias que podem ser punidas de forma legítima e as condutas prévias que ainda não podem ser sancionadas¹⁴⁵.

Afirma que há várias explicações para isso, desde uma tendência de subjetivação do injusto até razões preventivo-policiais a favor da antecipação, ampliando-se os limites daquilo que é permitido para a prevenção. Contudo, Jakobs elenca outro importante motivo que favorece a antecipação da punibilidade: o princípio da proteção de bens jurídicos. Explica que o referido princípio leva a entender como legítimo tudo aquilo que pode ser colocado em uma relação positiva com o conceito de bem jurídico e ainda que “tomar como exclusivo ponto de partida o bem jurídico conduz, sem dúvidas, ao transbordamento, porque, com isso, cai-se, por completo, fora da perspectiva da esfera jurídica do autor”¹⁴⁶.

Dessa forma, o autor de um delito passa a ser visto apenas como um possível perigo para o bem jurídico, antecipando-se, potencialmente de modo ilimitado, o começo

¹⁴⁰ Tradução livre, do original: “saltaban las barreras de lo que debía ser un Derecho penal respetoso de las garantías ciudadanas”. (GROSSO GARCÍA, **Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo?: una aproximación crítica al concepto**, p. 01).

¹⁴¹ FEIJOO SÁNCHEZ, **El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho**, p. 806.

¹⁴² *StGB* significa *Strafgesetzbuch*, que é a sigla para o Código Penal alemão.

¹⁴³ GÓMEZ MARTÍN, **Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs**, p. 1007.

¹⁴⁴ Tradução livre, do original: “(...) se orienta a la formulación del tipo, no a criterios materiales, y en correspondencia con ello resulta materialmente inseguro determinar ya en términos generales qué es el estadio previo”. (JAKOBS, **Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**, p. 293).

¹⁴⁵ JAKOBS, **Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**, p. 293.

¹⁴⁶ Tradução livre, do original: “Tomar como exclusivo punto de partida el bien jurídico conduce sin duda al desbordamiento porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva la esfera jurídica del autor”. (JAKOBS, **Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**, p. 294/295).

desse perigo. Nesse contexto, constata que o infrator não tem uma esfera privada resguardada, mas é visto apenas como fonte de perigo, ou melhor, como inimigo do bem jurídico. Tomando-se como ponto de partida apenas a proteção dos bens jurídicos, “teria que se combater penalmente inclusive os pensamentos perigosos de autores potenciais ou, mais ainda, as fontes das quais surgem estes pensamentos perigosos”¹⁴⁷.

Em oposição ao conceito de autor como inimigo do bem jurídico, tem-se, como contraponto, a definição do autor como cidadão. Para o cidadão, estariam definidos limites à antecipação da punibilidade, tendo em vista que este tem o direito a uma esfera privada isenta de controle. Isso porque, todo o Direito qualificado como não totalitário reconhece ao cidadão a proteção de uma esfera privada, interna e não relevante socialmente, enfim, o respeito ao princípio do *cogitationis poenam nemo patitur*¹⁴⁸, ao âmbito da cogitação e do pensamento¹⁴⁹.

Nessa linha de ideias, Jakobs aduz que a Lei Fundamental alemã resguarda aos cidadãos uma esfera privada ou esfera civil interna, que inclui, por exemplo, sua moradia, propriedades, como dinheiro e ferramentas, e seus contatos sociais reservados¹⁵⁰. Demais disso, afirma que, se o Estado interfere e se imiscui no âmbito privado dos cidadãos, ele põe fim à privacidade e à posição do cidadão como sujeito, já que, sem seu âmbito privado, o cidadão não existe¹⁵¹.

Em verdade, analisa que nenhuma conduta que se mantém na esfera privada pode constituir perturbação da vida em comum; nesses casos, o cidadão pode se opor ao controle público e seus atos meramente privados não podem constituir preparação punível, tentativa ou consumação de um crime¹⁵². Caso contrário, o que há é um tratamento como inimigo, e não como cidadão, gerando um “Direito Penal de índole peculiar que se diferencia nitidamente do Direito Penal dos cidadãos: o Direito Penal dos inimigos otimiza a proteção dos bens jurídicos, o Direito Penal dos cidadãos otimiza as esferas de liberdade”¹⁵³.

¹⁴⁷ Tradução livre, do original: “(...) habría que combatir penalmente incluso los pensamientos peligrosos de autores potenciales o, más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos”. (JAKOBS, **Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**, p. 295).

¹⁴⁸ Destaca-se que a expressão, em latim, “*cogitationis poenam nemo patitur*” significa que “ninguém pode sofrer pena pelo pensamento”. (**Expressões latinas**. Disponível em <<http://www.soleis.adv.br/expresoeslatinas.htm>>. Acesso em 24 de abril de 2012).

¹⁴⁹ JAKOBS, **Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**, p. 295.

¹⁵⁰ JAKOBS, **Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**, p. 296.

¹⁵¹ JAKOBS, **Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**, p. 297.

¹⁵² JAKOBS, **Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**, p. 297/298.

¹⁵³ Tradução livre, do original: “(...) Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nitidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”. (JAKOBS, **Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**, p. 298).

Portanto, como elucida Mario Durán Migliardi, essa primeira formulação liga-se, estritamente, à “antecipação da punibilidade para determinados autores, casos e bens jurídicos, de caráter claramente temporal ou passageiro e oposto à definição do autor como cidadão, a quem se deve aplicar um Direito Penal dos cidadãos”¹⁵⁴. Em sentido semelhante, Miguel Polaino Navarrete e Miguel Polaino-Orts afirmam que esse trabalho é uma advertência sobre a técnica legislativa e a política criminal de antecipar os limites de proteção jurídico-penal, ao limitar e diminuir a esfera interna ou privada dos sujeitos, transformando-os em inimigos diante dos bens jurídicos e permitindo a criminalização de determinados estágios que antecedem uma efetiva lesão¹⁵⁵.

Jakobs faz uma análise da legislação penal alemã vigente e identifica determinados tipos penais que promovem esse adiantamento da punibilidade e, em consequência, um tratamento direcionado aos inimigos, e não aos cidadãos. Sobre o tema, Ulfried Neumann entende que a qualificação de Direito Penal do inimigo para alguns tipos da parte especial do Código Penal alemão e ainda em alguns aspectos da parte geral, no que tange à punição de meros acordos para o cometimento de delitos, era, inicialmente, exposta por Jakobs de maneira a deslegitimar tais disposições¹⁵⁶.

Cumprе vislumbrar que, segundo Jakobs, em uma análise da legislação alemã, é possível encontrar tipos penais que se encaixam nas características do Direito Penal do inimigo (refere-se às tipificações de atos preparatórios, que pertencem à esfera privada). Entre estes tipos penais, cita, a título de exemplo, o § 30¹⁵⁷ do *StGB* (tentativa de participação) e

¹⁵⁴ Tradução livre, do original: “(...) anticipación de la punibilidad para determinados autores, casos y bienes jurídicos, de carácter claramente temporal o pasajero, y opuesta a la definición del autor como ciudadano a quien, por lo mismo, se le debe aplicar un Derecho penal del ciudadano”. (DURÁN MIGLIARDI, **El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal**, p. 731/732).

¹⁵⁵ POLAINO NAVARRETE, POLAINO-ORTS, **Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos**, p. 592.

¹⁵⁶ NEUMANN, **Derecho penal del enemigo**, p. 391.

¹⁵⁷ Sobre o § 30 do *StGB*, discorre Yesid Reyes Alvarado: “(...) cuando el legislador sanciona a quien intente determinar a otro a cometer un delito (§ 30 del Código Penal alemán), surge la pregunta de si esa intervención del Derecho Penal obedece a una forma censurable de ataque al bien jurídico o si, por el contrario, se trata de una excesiva anticipación de la punibilidad; en este último caso, la imposición de una pena vendría determinada por el hecho de que conductas como la descrita (intentar determinar a outro a cometer un delito) representan ya un peligro para el bien jurídico objeto de protección y, por consiguiente, ameritarían la intervención del aparato punitivo. Si se admite que esta clase de comportamientos debe ser objeto de reacción por parte del Derecho penal, cabe preguntarse si comentar con alguien que se está pensando en la comisión de un delito es una conducta en sí misma punible; incluso estaría en discusión si quien en voz alta justifica la producción y comercialización de estupefacientes (...) debe o no ser objeto de sanción penal como persona que representa un peligro, esto es, como enemigo de un bien jurídico”. (REYES ALVARADO, Yesid. **Normativismo y Derecho Penal del enemigo**. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 786/787).

ainda outros delitos contra a segurança do Estado e quanto à constituição de associações criminosas ou terroristas, elencados nos §§ 129 e 129a, também do *StGB*¹⁵⁸.

Cita também os delitos de falsidade documental, nas modalidades de fabricação e obtenção de documentos falsos¹⁵⁹. Por meio do adiantamento da atuação do Direito Penal, o que se buscava era melhor proteger determinados bens jurídicos, mas penetrando ilegitimamente na esfera interna dos agentes¹⁶⁰.

Por isso, Jakobs entende que, em um Estado Democrático e de liberdades, não haveria espaço para responsabilização em função de condutas que se realizam apenas no âmbito privado, bem como quanto às condutas externas que, por si sós, seriam irrelevantes. O cidadão só se transformaria em autor de um fato delituoso quando se comporta de um modo socialmente perturbador¹⁶¹.

O que deve ser analisado e interpretado são apenas as ações que efetivamente transbordam a esfera privada. Caso contrário, Polaino Navarrete e Polaino-Orts entedem que “não se pode respeitar o princípio do fato e unicamente assim se pode manter imune o âmbito privado (incluindo neste não somente os pensamentos, mas também algumas condutas privadas) do cidadão enquanto tal”¹⁶².

Feitas essas considerações, Jakobs pôde concluir, neste momento, que não é legítimo, em um Estado de liberdades, criminalizar meros pensamentos ou atitudes internas, pois “despojar deste modo o sujeito de sua esfera privada não corresponderá ao Direito Penal de cidadãos, mas ao Direito Penal de inimigos”¹⁶³. Esses limites são essenciais ao Estado de liberdades, sob pena de se abandonar tal modelo de Estado.

¹⁵⁸ JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, p. 294.

¹⁵⁹ JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, p. 298.

¹⁶⁰ ABANTO VÁSQUEZ, *El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico*, p. 02.

¹⁶¹ JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, p. 302. Jakobs nos brinda com um interessante exemplo, demonstrando a impossibilidade de se examinar a esfera privada, no âmbito do Direito Penal dos cidadãos. Segundo este autor, no caso em que uma vítima é envenenada, a conduta externa do agente que a envenenou deve ser analisada e interpretada. Porém, se a comida está apenas salgada, nada há que ser interpretado, pouco importando se o autor, equivocadamente, confundiu o arsênico com o sal, tendo utilizado este último. É irrelevante se o autor, em sua esfera privada, pretendia envenenar a suposta vítima, se essa intenção não transbordou, de nenhuma forma, o âmbito privado. (JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, p. 304).

¹⁶² Tradução livre, do original: “(...) no puede respetarse el principio del hecho, y únicamente así puede mantenerse inmune el ámbito privado (incluyendo en éste no sólo los pensamientos sino también algunas conductas privadas) del ciudadano en cuanto tal”. (POLAINO NAVARRETE, POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos*, p. 594).

¹⁶³ Tradução livre, do original: “Despojar de ese modo al sujeto de su esfera privada no corresponderá al Derecho penal de ciudadanos, sino al Derecho penal de enemigos”. (JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, p. 313).

Para o autor, a existência do Direito Penal do inimigo só pode ser admitida como um Direito Penal que vige apenas excepcionalmente. Assim, ambos os Direitos devem ser rigorosamente separados, de uma forma clara o suficiente para evitar que o Direito Penal direcionado aos inimigos se infiltre no Direito Penal dos cidadãos por meio de artifícios como a interpretação sistemática ou a analogia¹⁶⁴.

Cabe mencionar que, nessa primeira elaboração, realiza-se um exame do Direito Penal que existe, para confrontá-lo com o Direito Penal que deve ser, ao examinar criticamente parte da legislação penal vigente, demonstrando a incompatibilidade com os limites impostos pelo Direito Penal de um Estado de liberdades¹⁶⁵. Jakobs enfatiza a necessidade de rigorosa separação entre ambos os Direitos, o do inimigo e o do cidadão, sob pena de se desintegrar o Direito Penal do cidadão e seu aparato de garantias político-criminais, materiais e processuais.

Polaino Navarrete e Polaino-Orts assinalam que as questões apresentadas por Jakobs, nesse congresso, não eram absolutamente novas. Na verdade, eram problemas conhecidos e já há muito debatidos pela Dogmática Penal, sobretudo no que diz respeito às antecipações na criminalização de determinadas condutas. A novidade no discurso de Jakobs não estaria na temática, mas na forma de tratar e enfrentar esses temas: “uma forma não isenta de polêmica, nem de certa provocante dialética, que incitou, fundadamente, ao debate científico”¹⁶⁶.

Para Mario Durán Migliardi, essa primeira etapa significou, precipuamente, uma constatação sobre a existência de dois grupos de Direito Penal no Direito positivo (Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo), bem como a demonstração da necessidade de separá-los, para proteger o Direito Penal do cidadão, permanente, geral, liberal e garantista, da contaminação da excepcionalidade, neutralização e eliminação de perigos do

¹⁶⁴ JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, p. 323.

¹⁶⁵ GROSSO GARCÍA, *Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo?”: una aproximación crítica al concepto*, p. 26.

¹⁶⁶ Tradução livre, do original: “(...) una forma no exenta de polémica, ni de cierta provocativa dialéctica, que ha incitado, eso sí, fundadamente, al debate científico”. (POLAINO NAVARRETE, POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos*, p. 596). Nesse mesmo sentido, em outro momento, estes autores reafirmam tal posição: “Las cuestiones concretas de las que Jakobs se ocupaba en aquel estudio de hace dos décadas no eran, sin embargo, nuevas: antes bien, eran casos muy conocidos- y debatidos- en la realidad dogmática, criminológica y político-criminal desde hace más de un siglo, como la exigencia del principio del hecho, en virtud del cual se requiere la manifestación exterior de la voluntad criminal mediante una conducta perturbadora de un bien jurídico normativamente reconocido o el de la criminalización (y sus límites) de los delitos de peligro abstracto. Se trataba, en fin, de problemas realmente existentes y generalizadamente conocidos en las legislaciones y en los ordenamientos penales de todo el mundo”. (POLAINO NAVARRETE, POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos*, p. 592).

Direito Penal do inimigo¹⁶⁷. Seria, então, uma postura descritiva e crítica de uma situação existente na legislação penal.

Em sentido semelhante, segundo Bernardo Feijoo Sánchez, a postura inicial de Jakobs é essencialmente descritiva, razão pela qual não suscitou um grande apoio, nem um rechaço frontal. Além do aspecto descritivo, entende que também se pode vislumbrar um sentido crítico em suas formulações¹⁶⁸, ao se posicionar contra a utilização ilegítima do Direito Penal, enquanto Direito Penal do inimigo¹⁶⁹. Fala-se, pois, em uma construção do Direito Penal do inimigo como categoria analítica, com potencial crítico¹⁷⁰.

Sobre o tema, a maior parte dos juristas entende que essa primeira formulação foi aplaudida na reunião de professores ocorrida em Frankfurt, sendo considerada uma defesa do Direito Penal do Estado Democrático. As manifestações foram essencialmente positivas e favoráveis à formulação jakobsiana, tendo as poucas críticas se limitado a aspectos secundários, como a falta de clareza em alguns pontos, razão pela qual se afirmou que as objeções configuraram um fato singular e isolado¹⁷¹.

Mas, após esse congresso, o tema não despertou maiores debates. Para Frank Saliger, a construção teórica de 1985 não teve nenhuma grande reação desencadeante¹⁷². Fato é que “até a virada do milênio, permaneceu o Direito Penal do inimigo uma figura quase que ignorada. Ou se utilizava o conceito para descrever criticamente tendências da moderna legislação penal, ou se cuidava mais de problemas teóricos específicos”¹⁷³.

Contudo, conforme visto, essa não foi a única elaboração sobre a questão. A esse primeiro estudo, seguiram-se outros trabalhos de Jakobs, que também pretenderam tratar da problemática do Direito Penal do inimigo: em 1996, a obra “Sociedade, norma e pessoa em uma teoria de um Direito Penal funcional”; em 1999, a apresentação em uma conferência sobre a Ciência jurídico-penal na atualidade; em 2001, uma conferência sobre os atentados

¹⁶⁷ DURÁN MIGLIARDI, *El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal*, p. 733.

¹⁶⁸ Essa questão sobre a natureza das formulações de Jakobs (descritiva ou crítica) é muito discutida. Segundo Luís Greco, o Direito Penal do inimigo pode ser estudado sob três diferentes perspectivas: descritiva (analítica), crítica (denunciadora) e legitimadora (afirmativa). (GRECO, *Sobre o chamado direito penal do inimigo*, p. 93/94). Apesar de algumas controvérsias, existe certo consenso em entender que a primeira formulação da teoria (1985) adotou um viés descritivo e crítico, ao passo que, no momento seguinte, há uma transformação, consubstanciada na adoção de uma postura legitimadora. Essa é a posição adotada neste trabalho, acompanhando o entendimento de importantes estudiosos do tema. Convém destacar, porém, que Jakobs entende ser sua postura essencialmente descritiva de uma situação já existente na legislação jurídico-penal alemã. Contudo, a palavra “inimigo” é tão carregada de valores, que parece difícil empregá-la de forma neutra e meramente descritiva.

¹⁶⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho*, p. 806.

¹⁷⁰ NEUMANN, *Derecho Penal del enemigo*, p. 391.

¹⁷¹ GRECO, *Sobre o chamado direito penal do inimigo*, p. 88.

¹⁷² SALIGER, Frank. El Derecho Penal del enemigo: un concepto crítico o totalitario del Derecho Penal. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 01, p. 67-89, 2007, p. 72.

¹⁷³ GRECO, *Sobre o chamado direito penal do inimigo*, p. 89.

terroristas de 11 de setembro; e, especialmente, em 2003, a obra “Direito Penal do inimigo”, uma publicação conjunta com Manuel Cancio Meliá, na qual traz os delineamentos, fundamentos e características desse Direito Penal¹⁷⁴. Além dessa obra principal, posteriormente, seguiram-se outros trabalhos e conferências, muitos deles com objetivo de rebater as fortes críticas que o tema suscitou¹⁷⁵.

Importante destacar que, nesse segundo momento, houve uma mudança radical na posição inicialmente adotada¹⁷⁶, pois “Jakobs dá um surpreendente giro em sua posição ao afirmar que tanto o Direito Penal do cidadão, como o Direito Penal do inimigo têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo”¹⁷⁷.

Assim, abandona uma postura crítica e descritiva, para assumir uma posição que pretende legitimar e justificar o Direito Penal do inimigo¹⁷⁸. Convém lembrar que uma posição minoritária, que inclui autores como Miguel Polaino-Orts, entende que não há uma ruptura lógica, nem argumentativa, mas sim uma continuação e depuração das reflexões iniciadas em 1985¹⁷⁹.

Essa segunda postura, que tem início com um trabalho de 1999 e que se consolida com todos os demais estudos seguintes, foi a verdadeira responsável por criar um intenso debate, tendo em vista que o trabalho de 1985, conforme já visto, não despertou grandes reações. Esta nova postura é o que se analisa em seguida.

¹⁷⁴ POLAINO NAVARRETE, POLAINO-ORTS, **Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos**, p. 597/598.

¹⁷⁵ Entre esses trabalhos, pode-se destacar: JAKOBS, Günther. Terroristas como personas en Derecho?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006; JAKOBS, Günther. Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

¹⁷⁶ Em que pese a maior parte dos juristas entender que Jakobs claramente adotou uma mudança de postura, ele afirma que, na verdade, o que houve foi mais uma continuidade de raciocínio, do que uma ruptura. Sua posição, entretanto, não convenceu: “Pese a que el propio Jakobs ha sostenido que sus dos escritos muestran mas una continuidad que una contraposición, la sensación que ha dejado es -para expresarlo en palabras de Schultz- la de haberse referido al derecho penal del enemigo en Frankfurt (1985) com un “así no”, para posteriormente afirmar en Berlín (1999) que “quizás sí”(…) Schunemann, por su parte, considera que la intervención de Jakobs en 1999 no fue más que una renovación del concepto de Derecho penal del enemigo desarrollado en su conferencia de 1985”. (REYES ALVARADO, **Normativismo y Derecho Penal del enemigo**, p. 781). Destaca-se que essa informação está presente em nota de rodapé da página mencionada.

¹⁷⁷ Tradução livre, do original: “(...) Jakobs da un sorpresivo giro a su posición, al afirmar que tanto el Derecho penal del ciudadano como el Derecho penal del enemigo tienen en determinados ámbitos su lugar legítimo”. (REYES ALVARADO, **Normativismo y Derecho Penal del enemigo**, p. 781).

¹⁷⁸ GROSSO GARCÍA, **Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo?: una aproximación crítica al concepto**, p. 26.

¹⁷⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción en el Derecho Penal del enemigo. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 485-519, 2009, p. 506.

3.2 A consolidação do Direito Penal do inimigo: os trabalhos desenvolvidos após a década de 90

A segunda elaboração do Direito Penal do inimigo inicia-se 14 (quatorze) anos após a primeira construção de 1985. Em 1999, um Congresso realizado na cidade de Berlim reuniu novamente catedráticos de Direito Penal, com a temática “A ciência do Direito Penal ante a mudança do milênio”¹⁸⁰. Foram discutidos problemas relacionados aos novos desafios do Direito Penal alemão e continental diante do milênio que se iniciava¹⁸¹. Nesse congresso, Jakobs retoma a discussão sobre o Direito Penal do inimigo.

A partir desta Jornada e nos demais trabalhos dessa segunda fase, Jakobs não mais se restringe a descrever o Direito Penal do inimigo como aquele que vige de forma excepcional, buscando separá-lo do Direito Penal do cidadão. Ao contrário, defende a necessidade de se estabelecerem “medidas que institucionalizem, que tornem jurídica a exclusão dos inimigos, que Jakobs qualifica como não-pessoas”¹⁸². Isso porque, entende que o Direito Penal dos cidadãos não é suficiente para combater eficazmente os inimigos da sociedade, que são aqueles que demonstram, com o seu comportamento, terem abandonado permanentemente o Direito.

Logo, ao voltar a dedicar-se ao tema, Jakobs o robustece com novos elementos, já não mais convencido da necessidade de se rechaçá-lo¹⁸³. Na contribuição de 1999, há quatro critérios definidores do Direito Penal do inimigo: (I) amplo adiantamento da punibilidade; (II) inexistência de redução proporcional da pena em função do adiantamento; (III) supressão de garantias processuais penais; (IV) mudança de uma legislação própria de um Direito Penal para uma legislação combativa. Entende que não há mais alternativa ao Direito Penal do inimigo, pois a sociedade carece de segurança cognitiva frente aos inimigos¹⁸⁴.

Depois da conferência de 1999, a posição desse autor também foi influenciada pelos atentados terroristas em Nova Iorque, em 11 de setembro, conforme já se viu

¹⁸⁰ Em alemão, a conferência foi chamada de “*Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*”, conforme: GÓMEZ MARTÍN, **Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs**, p. 1008.

¹⁸¹ APONTE, **Derecho penal del enemigo VS. Derecho penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemidad**, p. 172.

¹⁸² Tradução livre, do original: “(...) medidas que institucionalicen, que juridifiquen la exclusión de los enemigos, que Jakobs califica como no personas”. (GÓMEZ MARTÍN, **Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs**, p. 1009).

¹⁸³ GROSSO GARCÍA, **Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo?”: una aproximación crítica al concepto**, p. 01.

¹⁸⁴ KALECK, **Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo**, p. 120.

anteriormente. A partir desses acontecimentos, houve, na postura jakobsiana, uma radicalização, bem como uma integração do Direito Penal do inimigo como parte do Direito Penal moderno¹⁸⁵, radicalização e integralização expressadas em conferências e outras obras do autor.

Na obra “Direito Penal do inimigo”, publicada em 2003, assiste-se à consolidação do segundo momento de elaboração teórica e, conseqüentemente, do próprio Direito Penal do inimigo. O Direito Penal do inimigo, portanto, converte-se em um elemento da teoria do Direito Penal e da pena em Jakobs¹⁸⁶.

Essa obra não se restringe à descrição da presença do Direito Penal do inimigo na legislação alemã; vai além, criando um conceito de inimigo com base na sua própria compreensão das finalidades da pena¹⁸⁷. Há uma especial ênfase na impossibilidade de afastar esse Direito¹⁸⁸, isto é, visualiza-se uma postura conformista e vista como necessária para evitar males maiores, tanto para a segurança geral, como para a segurança individual¹⁸⁹.

Desse modo, a partir de 2003, o Direito Penal do inimigo é detalhado e delineado com maior precisão. Especificam-se os fundamentos filosóficos, as características do Direito Penal do inimigo e a definição do conceito de inimigo (não-pessoa), em oposição ao conceito de cidadão (pessoa). Portanto, há um claro aprofundamento dos problemas e questões que lhe servem de base, sobretudo “através da exacerbação das relações que o autor realiza a partir dos conceitos cidadão-inimigo e perigo-exceção”¹⁹⁰.

Convém mencionar que o binômio cidadão/inimigo ou pessoa/não-pessoa assume papel essencial na formulação, um verdadeiro protagonismo dentro da teoria. A noção de inimigo é reconhecida como uma forma de reação da sociedade e do Estado diante dos sujeitos que abandonaram permanentemente o Direito. Jakobs fornece uma descrição do Direito Penal do inimigo e, simultaneamente, um conceito de inimigo que justifique seu tratamento como tal no Direito.

Outra significativa mudança diz respeito aos fins da pena apregoados por Jakobs. No Direito Penal do inimigo, a pena assume uma nova função, baseada em perspectivas inocuidadoras ou de prevenção individualizada do perigo criado pelo inimigo: “o

¹⁸⁵ SALIGER, *El Derecho Penal del enemigo: un concepto crítico o totalitario del Derecho Penal*, p. 74.

¹⁸⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *El Derecho Penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho*, p. 807.

¹⁸⁷ AMBOS, *Derecho Penal del enemigo*, p. 134.

¹⁸⁸ NEUMANN, *Derecho Penal del enemigo*, p. 392.

¹⁸⁹ PASTOR, *El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, p. 476.

¹⁹⁰ Tradução livre, do original: “(...) a través de la exacerbación de las relaciones que el autor realiza a partir de los conceptos de ciudadano-enemigo y peligro-excepción”. (DURÁN MIGLIARDI, *El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal*, p. 734).

Direito Penal do inimigo converteu-se em uma parte fundamental ou estrutura de sua teoria da pena como complemento necessário do Direito Penal da pessoa orientada à prevenção geral positiva¹⁹¹. Para o inimigo, a pena assume uma função de eliminação de perigos.

Diante dessa mudança qualitativa de posicionamento, que assumiu um caráter legitimador do Direito Penal do inimigo, as críticas à posição de Jakobs, e até mesmo ao próprio autor¹⁹², não tardaram a surgir. Essas críticas focaram-se, precipuamente, no conceito de inimigo, ou seja, no “suposto direito do Estado de recusar a seres humanos o *status* de pessoa”¹⁹³, que legitimaria a exclusão de determinados grupos. Houve ainda fortes objeções no sentido de que o Direito Penal do inimigo “justificaria sistemas totalitários atuais ou futuros; ele representaria a pior forma de terrorismo, o terrorismo estatal; configuraria um inadmissível Direito Penal do autor”¹⁹⁴.

Nos trabalhos posteriores ao ano de 2003, entre eles a Jornada de professores de Direito Penal de Frankfurt, realizada em maio de 2005, diante das fortes reações desencadeadas no meio acadêmico, Jakobs insistiu que a sua concepção tem caráter essencialmente descritivo. Entretanto, ainda não conseguiu convencer a maioria dos autores, que consegue enxergar uma clara perspectiva legitimadora assumida nessa segunda etapa¹⁹⁵.

¹⁹¹ Tradução livre, do original: “El derecho penal del enemigo se ha convertido en una parte fundamental o estructural de su teoría de la pena como complemento necesario del Derecho penal de la persona orientada a la prevención general positiva”. (FEIJOO SÁNCHEZ, **El Derecho Penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho**, p. 808).

¹⁹² Yesid Reyes Alvarado observa que a reação acalorada dos estudiosos, em grande parte, dirigiu-se ao próprio autor, e não à sua teoria. Esses ataques direcionados mais à pessoa do autor do que aos problemas por ele apresentados deixaram uma sensação de que se trata de uma discussão emocional, e não propriamente científica. (REYES ALVARADO, **Normativismo y Derecho Penal del enemigo**, p. 782). Nesse contexto, ele cita Luis Gracia Martín, para quem “una lectura de la literatura producida hasta ahora contra el Derecho penal del enemigo revela que la mayor parte- si no la totalidad- de las objeciones que se formulan no logran traspasar el umbral de lo emocional y de lo retórico”. (GRACIA MARTÍN, Luis. El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo. In: **Libro homenaje al profesor Dr. Gozalo Rodríguez Morullo**. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, p. 453 *apud* REYES ALVARADO, **Normativismo y Derecho Penal del enemigo**, p. 782).

¹⁹³ GRECO, **Sobre o chamado direito penal do inimigo**, p. 90.

¹⁹⁴ GRECO, **Sobre o chamado direito penal do inimigo**, p. 91. Sobre as críticas, Luís Greco aduz que “contra quase todos os outros aspectos do conceito formularam-se adicionais objeções: o direito penal teria que permanecer estranho a quaisquer ideias bélicas; a ideia do direito penal do inimigo seria demasiado imprecisa e de todo inadequada ao sutil trabalho dogmático e político-criminal de que necessita o direito penal moderno; a rigor, o direito penal do inimigo sequer seria conceitualmente direito penal ou direito; a ideia decorreria de raciocínios circulares; tratar indivíduos como inimigos não seria funcional para reestabilizar a norma violada em sua vigência; o problema do controle dos inimigos não poderia ser resolvido pelo direito penal, mas sim por outros ramos do direito”. (GRECO, **Sobre o chamado direito penal do inimigo**, p. 91/92).

¹⁹⁵ Em nota de rodapé explicativa, afirma Bernardo Feijoo Sánchez que, no Prólogo da edição argentina do livro “Direito Penal do inimigo”, cuja publicação ocorreu no ano de 2005, Jakobs aduz que “si el lector tuviera dudas acerca de si alguna de mis consideraciones se utilizan con intención descriptiva o normativa, me comprenderá mejor si elige la variante descriptiva, es decir, si intenta mirar conmigo en el espejo de la sociedad de libertades. Las pocas acotaciones normativas sólo sirven para redondear la imagen. Agradesco ya desde este momento las correcciones de eventuales percepciones visuales erróneas”. (JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**.

Sendo assim, a partir desse momento, o presente trabalho irá analisar os fundamentos e características do Direito Penal do inimigo, bem como o conceito de inimigo e cidadão, tomando como base especialmente essa segunda etapa de formulação teórica, que é mais precisa, completa e detalhada. Nunca é demais ressaltar que tal análise minuciosa se faz necessária para evitar quaisquer críticas infundadas à teoria, pois tais objeções apressadas não podem ser científicas, nem esclarecedoras.

II A CONFIGURAÇÃO ATUAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

1 O poder da linguagem: a força da expressão “inimigo”

A linguagem é um importante elemento do Direito. As normas jurídicas são construídas e aplicadas fazendo-se uso da linguagem. Assim, estudá-la é um importante ponto de partida para se entender o Direito, incluindo-se o Direito Penal e as teorias deste ramo da Ciência Jurídica.

Neste tópico, pretende-se fazer uma breve análise da linguagem para o Direito, demonstrando sua importância na compreensão da teoria de Jakobs, em especial da ideia de inimigo. Entretanto, deixa-se claro que não há a pretensão de se estudar exaustivamente a linguagem, tema rico e complexo, mas apenas apresentar a contribuição desse estudo para a análise do Direito Penal do inimigo.

Segundo Winfried Hassemer, “Direito e linguagem” é um tema sempre presente em qualquer discussão jurídica, mudando-se apenas o contexto em que esse debate é realizado. Isso ocorre, segundo o autor, por uma razão muito clara: tudo, no Direito, é concretizado e expressado por intermédio da linguagem: as leis, em sua previsão e na discussão da dogmática jurídica, bem como a sua interpretação, a aplicação nas decisões judiciais e as críticas a estas decisões¹⁹⁶.

Nas lições de Francisco J. García Marcos, pode-se falar em um grande domínio temático que envolve o estudo da linguagem no Direito, estudo que abrange duas disciplinas científicas (a Ciência Jurídica e a Linguística), as quais mantêm claras relações interdisciplinares¹⁹⁷. Para Antônio Luís Chaves Camargo, “o conhecimento da Linguística pelo jurista importará numa dinamização do trabalho de interpretação e possibilitará melhor adequação típica entre o fato delituoso e a lei penal”¹⁹⁸.

Estudando o tema, Chaves Camargo leciona que a ordem jurídica, ao estabelecer os comportamentos que são proibidos, o faz pela linguagem. Da mesma forma, as sanções aos comportamentos antijurídicos também são estabelecidas fazendo-se uso da linguagem. Assim, o Direito se concretiza pela linguagem¹⁹⁹.

¹⁹⁶ HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 13.

¹⁹⁷ GARCÍA MARCOS, Francisco J. Linguística y Derecho. **Revista ELUA**, n. 18, p. 59-86, 2004, p. 79/80.

¹⁹⁸ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 71.

¹⁹⁹ CAMARGO, **Tipo penal e linguagem**, p. 88/89.

Nesse sentido, observa-se que a linguagem, no Direito, é utilizada para produção de diversos tipos de textos, por vários diferentes autores e para múltiplos destinatários. Na doutrina, o jurista a utiliza para desenvolver teorias; no processo, o juiz a utiliza para proferir decisões judiciais; na legislação, o legislador permite, proíbe ou ordena comportamentos e condutas (ações ou omissões), fazendo uso da linguagem²⁰⁰.

Assim, “no Direito, a linguagem estabelece relações entre pessoas e grupos sociais, faz emergir e desaparecer entidades, concede e usurpa a liberdade, absolve e condena réus”²⁰¹. Para José de Faria Costa, o Direito só pode ser compreendido pela linguagem, isto é, ele se mostra através da linguagem, estando circunscrito àquilo que ela permite expressar²⁰².

Em um sistema de normas positivadas, como é o caso do sistema jurídico brasileiro, a lei assume a função de parâmetro, sendo criada por meio de um procedimento específico. A lei é o ponto de partida para os juristas, sejam eles legisladores, membros do Poder Judiciário ou do Poder Executivo, ou estudiosos da dogmática: “é, em síntese, o centro de uma empresa gigantesca relativa ao significado dos símbolos da linguagem”²⁰³.

Desse modo, verifica-se que a lei rege a atuação dos Poderes Públicos e dos particulares, razão pela qual esta lei, no que tange à utilização da linguagem, deve ser resultado dos esforços em busca da correção gramatical e do uso correto e técnico das expressões jurídicas.

Cabe destacar que o Direito, embora faça uso da linguagem natural, isto é, daquele código linguístico usado para a comunicação cotidiana, também possui elementos próprios. Esses elementos são empregados em sentido técnico-jurídico, cujos significados são específicos e próprios da área jurídica. Destarte, a linguagem do Direito é “espécie de linguagem natural que se apropria de expressões comuns e as especializa, convertendo-as em expressões técnicas e fazendo da linguagem do Direito uma linguagem mista”²⁰⁴.

²⁰⁰ COLARES, Virgínia. Apresentação: por que a linguagem interessa ao Direito?. In: _____ (org). **Linguagem e Direito**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010, p. 13.

²⁰¹ COLARES, **Apresentação: por que a linguagem interessa ao Direito?**, p. 10.

²⁰² COSTA, José de Faria. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou esperanto universal?. In: D’AVILA, Fábio Roberto (org.). **Direito Penal e Política Criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011, p. 13.

²⁰³ Tradução livre, do original: “(...) es, en síntesis, el centro de una empresa gigantesca relativa a la significación de los símbolos del lenguaje”. (HASSEMER, **Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**, p. 15/16).

²⁰⁴ RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. A linguagem do Direito Penal: uma abordagem crítica. **Revista Justitia**, v. 58, n. 173, p. 09-17, jan./mar. 1996, p. 10. Exemplificando o uso de expressões da linguagem comum em sentido técnico-jurídico, Eduardo Silveira cita a palavra “culpa”, a qual, no Direito, possui um sentido diferente, mais restrito e limitado, do que na linguagem natural. (RODRIGUES, **A linguagem do Direito Penal: uma abordagem crítica**, p. 10).

Interessante observar que, na sociedade contemporânea, há uma série de complexos problemas que devem ser regulados pelo Direito, os quais exigem respostas flexíveis e adaptáveis. O legislador deve tomar decisões em um mundo de insegurança e, por essa razão, este legislador, cada vez mais, abandona parte de sua tarefa para os aplicadores da lei, aumentando o âmbito para aqueles que proferem as decisões²⁰⁵.

Nesse contexto, o papel da linguagem, para Winfried Hassemer, manifesta-se com uma nova roupagem: para o jurista, o primeiro plano de utilização da linguagem, encontra-se especialmente na arte da argumentação. Assim, “os esforços jurídicos de compreensão não são tanto para a aplicação da lei, mas, principalmente, para a indicação do direito judicial, da jurisprudência dos tribunais superiores”²⁰⁶.

No Direito Penal, enquanto ramo da Ciência Jurídica que lida com os mais importantes bens jurídicos, a linguagem também desempenha uma tarefa relevante. As modificações, em matéria penal, devem ser cuidadosamente refletidas e revestidas das formalidades e do respeito aos procedimentos e regras estabelecidos. O Direito Penal possui as sanções mais severas e lesivas, incluindo a privação da liberdade e a restrição de direitos.

Na esfera penal, a Linguística fornece meios para o exame dos problemas e para a solução dos mesmos, na garantia da paz social e da ordem pública²⁰⁷. Tem-se que “a Linguística nos fornece todos os elementos capazes de um melhor entendimento da estrutura da lei e dos valores assegurados pelas normas e garantidos pela lei penal”²⁰⁸.

No Estado Constitucional Democrático, o Direito Penal constitui não apenas uma forma de combate ao comportamento delituoso, mas também um modo de garantir, na maior medida do possível, o respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos em um conflito penal: vítimas, testemunhas e acusados.

Por essa razão, ao tratar do Direito Penal em Estados Democráticos, afirma Santiago Mir Puig que “desde esta perspectiva, o Direito Penal não somente deve defender a maioria em relação aos delinquentes, mas também há de respeitar a dignidade do delinquente e tentar lhe oferecer alternativas ao seu comportamento criminoso”²⁰⁹.

²⁰⁵ HASSEMER, *Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, p. 17.

²⁰⁶ Tradução livre, do original: “El objeto de los esfuerzos jurídicos de comprensión no son tanto la aplicación de la ley, sino la indicación del derecho judicial, de la jurisprudencia de los tribunales superiores”. (HASSEMER, *Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, p. 17/18).

²⁰⁷ CAMARGO, *Tipo penal e linguagem*, p. 93.

²⁰⁸ CAMARGO, *Tipo penal e linguagem*, p. 102.

²⁰⁹ Tradução livre, do original: “Desde esta perspectiva el Derecho penal no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a

Deste modo, o Direito Penal, em função dos bens jurídicos protegidos, aqueles considerados mais relevantes para a vida em sociedade, bem como dos instrumentos gravosos utilizados para essa proteção, possui uma relação especial com a linguagem. A utilização desses instrumentos e sanções mais graves e, conseqüentemente, o próprio poder punitivo estatal são limitados não apenas por meio de princípios e regras, mas também pela forma como se utiliza a linguagem jurídico-penal, pois, “ao contrário de outros ramos do Direito, o Direito Penal tem o dever de se expressar de uma maneira determinada”²¹⁰.

Segundo Hassemer, o legislador/juiz penal deve seguir quatro importantes regras em sua atuação: (I) deve formular as normas com clareza e precisão (mandato de certeza; taxatividade); (II) proíbe-se a retroatividade de leis que sejam prejudiciais ao acusado/réu; (III) exige-se lei escrita e prévia para condenar ou agravar penas; (IV) e, por fim, proíbe-se também a analogia que seja prejudicial ao acusado/réu²¹¹. Tudo isso, em resumo, refere-se à observação do princípio da legalidade, com a utilização de linguagem clara e coerente, sem ambiguidades ou imprecisões.

Destarte, interessante que se analise o impacto da linguagem na teoria do Direito Penal do inimigo. Isso porque, a polêmica em relação à mencionada teoria inicia-se mesmo antes do estudo de seu conteúdo, já que a sua própria denominação, sobretudo a utilização da palavra “inimigo”, é capaz de despertar discussões.

Na linguagem natural, a expressão “inimigo” traz o significado de adversário, daquele que é contrário ou hostil. Refere-se àquele contra quem se tem uma forte oposição ou aversão, que é malquisto. Na guerra, o inimigo é aquele que se busca combater, que está lutando pelo lado oposto²¹².

Trata-se de uma palavra de forte significado, constantemente utilizada ao longo da história para se referir a povos, ideologias ou Estados que se encontravam em situação de oposição. Em muitos casos, a estigmatização do inimigo é usada como fundamento para justificar a exclusão, segregação ou até mesmo a exterminação de determinados grupos de

su comportamiento criminal”. (MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 40).

²¹⁰ Tradução livre, do original: “A diferencia de otras ramas del derecho, el derecho penal tiene el deber de expresarse de una manera determinada”. (HASSEMER, **Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**, p. 21).

²¹¹ HASSEMER, **Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**, p. 21/22.

²¹² “Adj (lat inimicu) **1** Que não é amigo. **2** Adverso, contrário, hostil. **3** Indisposto, malquisto. **4** Adversário. *sup abs sint: inimicíssimo. sm* **1** Pessoa que tem inimizade a alguém. **2** Nação, tropa, gente com quem se está em guerra. **3** O diabo, o demônio. **4** O que tem aversão a certas coisas”. (DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=inimigo>>. Acesso em 28 de agosto de 2012).

peçoas. Nesse sentido, um dos maiores exemplos históricos encontra-se na eliminação de judeus e outros povos não arianos, orquestrada pelo regime nazista, durante a Segunda Guerra Mundial.

Na teoria política, a palavra “inimigo” também  recorrentemente utilizada. Destaque-se, sobretudo, a teoria desenvolvida por Carl Schmitt, que analisa a ideia de inimigo e de conflito entre Estados. Para Schmitt, o inimigo implica a ideia de antagonismo, que seria o modo mais extremo de oposio; o próprio uso da palavra inimigo denota hostilidade, oposio²¹³.

Por sua vez, Günther Jakobs, ao tratar do Direito Penal do inimigo, utiliza a expressão “inimigo” para indicar aqueles indivíduos que não prestam uma garantia mínima de comportamento pessoal pautado pela norma jurídica. Esses indivíduos, segundo o autor, com seu comportamento (delitos sexuais), conduta profissional (tráfico de drogas, criminalidade econmica) ou vinculao a uma organizao criminosa, demonstram que abandonaram, de forma permanente, o Direito. Os inimigos são, portanto, não-pessoas para o Direito.

Nessa linha de ideias, o que se pode constatar é que a expressão “Direito Penal do inimigo”²¹⁴, especialmente a palavra “inimigo”, carrega consigo uma força polmica tal, que gera, muitas vezes, associaoes altamente negativas²¹⁵. De fato, observa-se que “o termo inimigo assusta e desvia o foco central da teoria de Jakobs. Falar de inimigos suscita repdio e dá lugar a um debate profundamente ideológico e imerso no marasmo do politicamente correto (que, com frequncia, coincide com o conceitualmente vazio)”²¹⁶.

²¹³ SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Traduo de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 2009, p. 57.

²¹⁴ Sobre a expressão Direito Penal do inimigo, afirma Carlos Gómez-Jara Díez: “La cuestión de si la denominación 'Derecho penal del enemigo' resulta acertada o no depende en gran medida de cómo pretenda emplearse dicho concepto; así, una utilización eminentemente descriptiva probablemente favorezca que se asocie una carga peyorativa a dicho concepto, toda vez que, de esta manera, la calificación de una regulación jurídico-penal como una regulación tpica del Derecho penal del enemigo, conllevará inmediatamente su “descalificación” desde el punto de vista jurídico-penal. Ahora bien, si se pretende dotar de cierta legitimidad a dicho concepto, deberá abogarse por erradicar la carga negativa implícita en esta denominación, de tal manera que únicamente se haga referencia a un tipo de regulación (...) Ahora bien, Jakobs apoya, y esto sea quizá lo más criticable, que la denominación no sea peyorativa en el hecho de que el Derecho penal del enemigo se encuentra vinculado con el derecho a la seguridad de los ciudadanos”. (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Normatividad del ciudadano Versus Facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientacin de la normativización jurídico-penal**. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 981/982).

²¹⁵ KINDHUSER, Urs. **Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado Democrático de Derecho**. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 159.

²¹⁶ Traduo livre, do original: “(...) el término enemigo asusta y desvía el foco central de la teoría de Jakobs. Hablar de enemigos suscita de entrada un rechazo y da lugar a un debate profundamente ideológico e imerso em el marasmo de lo politicamente correcto (que con frecuencia coincide con lo conceptualmente vacío)”. (BASTIDA FREIXEDO, **Los bárbaros en el umbral: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo**, p. 278).

Cumpra vislumbrar que, segundo Xacobe Bastida Freixedo, há muitos autores que, na prática, defendem posturas próximas ao Direito Penal do inimigo, mas que negam a sua legitimidade apenas em função de sua polêmica terminologia. Explica que se se utilizasse, em substituição, expressões como “Direito penal agravado” ou “Direito penal em defesa da Constituição”, mesmo que permanecessem as mesmas consequências práticas, então se veria “como os dedos terminológicos da crítica se tornariam hóspedes ansiosos da teoria”²¹⁷. Isso porque, conforme demonstrado, a palavra “inimigo” gera um forte rechaço.

Portanto, trata-se, claramente, de uma linguagem que estigmatiza e acaba, muitas vezes, por comprometer o debate. A expressão inimigo assusta e desperta reações precipitadas, levando à rejeição da teoria do Direito Penal do inimigo, antes mesmo de uma análise detalhada e pormenorizada de seus fundamentos, características e consequências. Isso prejudica uma discussão científica e um debate calcado em argumentos sólidos.

Entretanto, apesar desse impacto negativo despertado pela própria terminologia empregada pelo autor, há outras razões concretas, embasadas em argumentos jurídicos, para se rechaçar a aplicação dessa tese nos Estados Constitucionais Democráticos, como se tentará demonstrar ao longo do trabalho. É importante, acima de tudo, conhecer a fundo a teoria, para poder criticá-la com base em argumentos válidos.

Para tanto, inicia-se pela análise dos suportes filosóficos dessa teoria, apresentados por Jakobs.

2 Os fundamentos filosóficos da teoria

Na construção do Direito Penal do inimigo, merecem especial atenção os fundamentos filosóficos apresentados por Günther Jakobs, em sua obra de 2003. Nesta, citam-se quatro filósofos como precedentes intelectuais na constituição da figura do inimigo: Jean-Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, Thomas Hobbes e Immanuel Kant. Recorre a estes autores, todos eles adeptos de teorias contratualistas sobre a origem do Estado, buscando demonstrar que já em suas teorias se reconhece um regime de exceção aplicável aos inimigos, com uma distinção conceitual (inimigo/cidadão) similar à que ele mesmo defende²¹⁸.

²¹⁷ Tradução livre, do original: “(...) los dedos terminológicos de la crítica se tornarian huéspedes ansiosos de la teoría”. (BASTIDA FREIXEDO, **Los bárbaros en el umbral**: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo, p. 278).

²¹⁸ ABANTO VÁSQUEZ, **El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico**, p. 06.

A escolha de filósofos contratualistas não se deu por acaso. Germán Aller explica que o Direito Penal do inimigo está ligado ao modelo contratualista de Estado, “cuja base é o pacto social pelo qual toda negação do acordo implica uma negação das obrigações contraídas pelo cidadão”²¹⁹. Assim, é por esta razão que se refere a Kant, que fala do inimigo; a Fichte, que faz menção ao sujeito sem direitos; a Hobbes, que se refere a maus cidadãos e inimigos do Estado; e ainda a Rousseau, que trabalha com a ideia de homens que deixam de ser sujeitos morais²²⁰.

Para Jakobs, existe um ponto de união entre esses filósofos: todos eles diferenciam os cidadãos (submetem-se ao Direito que emerge do contrato) e os inimigos (infringem preceitos fundamentais que colocam em perigo o contrato social). Por se tratar de autores contratualistas, os quais visam a legitimar o poder político pelo contrato social, há certa coerência em entender o inimigo como o rebelde, o sedicioso, aquele que nega o contrato²²¹. Logo, “são especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito mediante um contrato, os que representam o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não mais participa dos benefícios deste”²²².

No entanto, Jakobs não vai se filiar completamente à teoria dos quatro filósofos mencionados; ao contrário, faz uma distinção entre uma posição extremada (mais radical), de Rousseau e Fichte, e uma posição mais moderada (e condizente com a sua própria teoria), de Hobbes e Kant. Afirma Eugenio Raúl Zaffaroni que não é comum, na Filosofia, essas associações feitas por Jakobs, pois, na verdade, Hobbes usualmente se opõe a Locke²²³, o qual

²¹⁹ Tradução livre, do original: “(...) cuya base es el pacto social por el cual toda negación del acuerdo implica un rechazo a las obligaciones contraídas por el ciudadano”. (ALLER, Germán. El Derecho Penal del enemigo y la sociedad de conflicto. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 98).

²²⁰ ABANTO VÁSQUEZ, **El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico**, p. 06. No mesmo sentido, os autores Luis Flávio Gomes e Alice Bianchini apresentam uma síntese sobre os aspectos das obras desses quatro filósofos que foram adotados por Jakobs para fundamentar seu Direito Penal do inimigo: “(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant)”. (GOMES; BIANCHINI, “**Direito Penal**” do **inimigo e os inimigos do Direito Penal**, p.330).

²²¹ BASTIDA FREIXEDO, **Los bárbaros en el umbral**: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo, p. 285.

²²² Tradução livre, do original: “Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de este”. (CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 26).

²²³ Xacobe Bastida Freixedo discorre brevemente sobre a ausência de menção a Locke, autor contratualista, na obra de Jakobs. Entende que isso ocorre porque Locke concebia um direito de resistência, já que ele falava em confiança, e não em contrato entre soberano e sociedade. Rompida essa confiança, rompia-se o acordo e surgia o direito de resistência. Entretanto, Jakobs não está interessado nesse direito de resistência, já que ele pretende

não é mencionado como fundamento filosófico, além de que as posições de Rousseau e Fichte não são tão radicais quanto Jakobs faz parecer²²⁴.

Na interpretação deste autor sobre as teorias de Rousseau e Fichte, todo delinquente seria considerado um inimigo da sociedade e, com a comissão de um delito, declararia sua intenção de abandonar o contrato social, regressando ao estado de natureza anterior²²⁵. Assim, o delito levaria à ruptura do pacto social e à perda do *status* de cidadão²²⁶, isto é, “estabeleceriam uma equação entre delinquente e inimigo e deixariam a categoria de cidadão para o sujeito que respeita as normas”²²⁷.

Por outro lado, em relação a Hobbes e Kant, entende Jakobs que suas posições são mais adequadas, uma vez que nem todos os delinquentes são inimigos, mas apenas aqueles que delinquem por princípio, havendo, aqui, uma coincidência com a sua própria divisão entre pessoas e inimigos, enquanto destinatários da justiça penal²²⁸. Hobbes e Kant entendem que só podem ser considerados inimigos os autores de delitos graves (os demais permaneceriam na categoria de cidadãos); eles “reconhecem a mesma consequência (a perda de direitos de cidadão ou de pessoa) apenas no caso de alta traição (Hobbes) ou de ameaça constante à segurança (Kant)”²²⁹.

A escolha em fundamentar a obra com esses autores não ficou isenta de críticas. Para Manuel A. Abanto Vásquez, Jakobs apenas se apoia em filósofos conhecidos com o objetivo de que nem o termo inimigo, nem seu próprio conteúdo sejam rechaçados de antemão. No entanto, prossegue afirmando que o fato de se embasar em propostas de filósofos

justificar o *status quo*, enaltecendo a ordem e a segurança. (BASTIDA FREIXEDO, **Los bárbaros en el umbral**: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo, p. 288). No mesmo sentido, é a posição de Eugenio Raúl Zaffaroni: “Para Locke, como crítico de la monarquía absoluta, quien realiza un acto de resistencia legítimo reclamando el respeto de derechos anteriores al contrato estatal, es un ciudadano que ejerce su derecho; para Hobbes, como defensor del estado absoluto, es un enemigo al que es menester contener con fuerza ilimitada, sin respetar siquiera los márgenes de la pena, porque há dejado de ser un súbdito”. (ZAFFARONI, **La legitimación del control penal de los “extraños”**, p. 1137). Assim, a posição de Hobbes é mais adequada e conveniente do que a posição de Locke, no que tange àquilo que Jakobs pretende defender em sua teoria.

²²⁴ ZAFFARONI, **La legitimación del control penal de los “extraños”**, p. 1135.

²²⁵ GÓMEZ MARTÍN, **Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs**, p. 1010.

²²⁶ DONINI, Massimo. **El Derecho Penal frente al “enemigo”**. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 635.

²²⁷ Tradução livre, do original: “(...) establecerían una ecuación entre el delincuente y el enemigo y dejarían la categoría de ciudadano para el sujeto que respeta las normas”. (BASTIDA FREIXEDO, **Los bárbaros en el umbral**: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo, p. 283).

²²⁸ GARCÍA DE PAZ, **Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano**, p. 854.

²²⁹ Tradução livre, do original: “reconocen la misma consecuencia (la pérdida de los derechos de ciudadano o de persona) sólo en el caso de alta traición (Hobbes) o de amenaza constante a la seguridad (Kant)”. (DONINI, **El Derecho Penal frente al “enemigo”**, p. 635).

importantes não significa que elas devam ser necessariamente acolhidas, já que é preciso verificar sua compatibilidade com o momento atual e com o Estado Constitucional Democrático. Ademais, para ele, é possível discutir a exatidão com que Jakobs expõe algumas das teses filosóficas utilizadas como fundamento²³⁰.

Em sentido semelhante, José Urquizo Olaechea aduz que determinados conceitos da filosofia moderna, tais como inimigo, não-pessoa, direito de guerra, entre outros, são incompatíveis com as sociedades de Estados Democráticos e, conseqüentemente, com seus padrões culturais e axiológicos, calcados nas ideais de liberdade e dignidade. Assim, ainda que essas posições filosóficas tenham sido formuladas pelos filósofos mais notáveis da história cultural, “não podem ser utilizadas como pedras angulares na configuração de um instrumento que só tem razão de ser quando protege a sociedade sem violar a dignidade de nenhum ser humano”²³¹. Apesar de Jakobs ter buscado dar um aspecto liberal e moderno à sua teoria, Bernd Schünemann entende que, com esses teóricos da ilustração, não se pode justificar sua posição²³².

Insta dizer que muitos autores identificam outra influência filosófica na obra de Jakobs ao encontrarem uma forte aproximação entre as ideias deste e do jurista alemão Carl Schmitt, embora, em nenhum momento, Jakobs faça referência a Schmitt em suas explanações. Schmitt possui o duvidoso mérito de incorporar as ideias de inimigo e guerra enquanto categorias principais de sua teoria de Filosofia do Estado, analisando a noção de inimigo no contexto de guerra entre Estados²³³. Na obra deste autor, “o inimigo é medida central, poder definitório e essência do político”²³⁴.

Segundo Carl Schmitt, o binômio amigo-inimigo diz respeito à distinção política específica, que se refere a todas as ações e motivos políticos. Esse binômio equivale aos pares bem e mal, no domínio da moral, ao belo e feio, na estética, e ao benefício e

²³⁰ ABANTO VÁSQUEZ, **El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico**, p. 07.

²³¹ Tradução livre, do original: “(...) no pueden ser utilizados como piedras angulares en la configuración de un instrumento que sólo tiene razón de ser cuando protege a la sociedad sin violar la dignidad de ningún ser humano”. (URQUIZO OLAECHEA, José. *Derecho Penal del enemigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; Díez, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 1043).

²³² SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho Penal del enemigo?: crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; Díez, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 981.

²³³ KALECK, **Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo**, p. 128.

²³⁴ Tradução livre, do original: “(...) el enemigo es medida central, poder definitorio y esencia de lo político”. (AMBOS, **Derecho Penal del enemigo**, p. 125).

prejuízo ou rentável e não rentável, na esfera econômica²³⁵. Essa diferenciação entre amigo-inimigo atua como um princípio regulador válido para a esfera do político²³⁶.

As acepções de amigo-inimigo devem ser tomadas em seu sentido concreto e existencial, isto é, não se trata de uma oposição meramente normativa ou puramente espiritual. Sendo assim, para Schmitt, o inimigo não é qualquer adversário ou competidor privado, pelo qual não se tem apreço ou simpatia; inimigo é apenas o inimigo público, aquele conjunto de homens que, de acordo com uma possibilidade real, opõe-se combativamente a outro conjunto semelhante²³⁷. Logo, nas palavras de Massimo Donini, o inimigo não é uma pessoa imoral ou injusta, mas simplesmente alguém que se combate por razões públicas²³⁸.

Portanto, o inimigo, em sentido político, é o outro, ou seja, aquele que, em sua essência, é distinto e estranho, de uma forma intensiva²³⁹. Deste modo, para o autor, pode-se destacar que “todo antagonismo ou oposição religiosa, moral, econômica ou étnica ou de qualquer classe se transforma em oposição política quando ganha força suficiente para agrupar, de um modo efetivo, os homens em amigos e inimigos”²⁴⁰.

Nesse diapasão, entende que ao Estado, na figura do soberano, atribui-se o poder de definir, com uma decisão unilateral, quem é o inimigo, devendo combatê-lo. O Estado, enquanto unidade política, pode declarar a guerra e dispor da vida das pessoas, escolhendo membros de seu próprio povo para matar e para morrer. Zaffaroni aduz que, para Schmitt, frente ao inimigo, não existe nenhum limite imposto pela humanidade, já que esta não possui inimigos: toda invocação da humanidade é falsa e manipuladora, pois qualquer tipo de limite ao poder do soberano em relação ao inimigo destrói a ideia de inimigo, enfraquece o Estado e impede a paz entre os cidadãos²⁴¹.

Além disso, o Estado também deve produzir, em seu âmbito interno, uma pacificação completa, mantendo a paz, a segurança e a ordem. Para tanto, o Estado tem capacidade para determinar quem é o inimigo interno²⁴². Por isso, a política de Schmitt é uma

²³⁵ SCHMITT, *El concepto de lo político*, p. 56.

²³⁶ EDUARDO ABOSO, Gustavo. El llamado “Derecho Penal del enemigo” y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v.1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 58.

²³⁷ SCHMITT, *El concepto de lo político*, p. 58.

²³⁸ DONINI, *El Derecho Penal frente al “enemigo”*, p. 610.

²³⁹ SCHMITT, *El concepto de lo político*, p. 57.

²⁴⁰ Tradução livre, do original: “Todo antagonismo u oposición religiosa, moral, económica, étnica o de cualquier clase se transforma en oposición política en cuanto gana fuerza suficiente como para agrupar de un modo efectivo a los hombres en amigos y enemigos”. (SCHMITT, *El concepto de lo político*, p. 67).

²⁴¹ ZAFFARONI, *O inimigo no Direito Penal*, p. 138.

²⁴² SCHMITT, *El concepto de lo político*, p. 74/75.

“política de guerra, da confrontação interna e externa, da necessária exclusão dos inimigos”²⁴³.

Convém destacar que a obra de Carl Schmitt é constantemente rechaçada pelos estudiosos. Isso porque, ela fortaleceu um governo antidemocrático, contribuindo intelectualmente para a defesa do golpe de Estado na Prússia, em 1932²⁴⁴. Também influenciou a legislação penal do regime nazista, na Alemanha, que, com base em critérios racistas, distinguia entre amigos e inimigos, excluindo direitos destes últimos, até a sua exterminação física²⁴⁵. Francisco Muñoz Conde cita que, no auge do período do governo nazista, Schmitt organizou um congresso onde defendia que se expurgasse a influência judaica do pensamento jurídico alemão²⁴⁶.

No entanto, conforme já mencionado, apesar da proximidade das ideias de Schmitt e Jakobs, tendo em vista que ambos tomam como base de suas teorias a relação entre amigo-inimigo (cidadão e inimigo, em Jakobs), em nenhum momento Jakobs faz menção à obra de Carl Schmitt. Inclusive, Eduardo Demetrio Crespo afirma que o próprio Jakobs, em uma palestra realizada em Frankfurt no dia de 08 de maio de 2005, afastou essa aproximação, alegando que sua teoria não se inspira, de nenhum modo, na filosofia política de Schmitt²⁴⁷.

Por essa razão, diante da negativa categórica do autor sobre sua relação com a obra de Schmitt, não se procederá, no presente trabalho, a maiores digressões sobre a obra deste último. Passa-se, portanto, ao estudo dos quatro filósofos diretamente mencionados por Jakobs como suas influências diretas na elaboração de sua teoria (Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant). Cabe enfatizar que não é objetivo dessa pesquisa aprofundar-se no estudo das teorias

²⁴³ RIBEIRO, Bruno de Morais. Sobre a fundamentação político-filosófica do “Direito Penal do inimigo”. In: RIBEIRO, Bruno de Morais (coord.). **Direito Penal na atualidade: escritos em homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, p. 15-27, 2010, p. 23.

²⁴⁴ KALECK, **Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo**, p. 128.

²⁴⁵ ABANTO VÁSQUEZ, **El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico**, p. 09/10.

²⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 83, p. 95-119, mar./abr. 2010, p. 112. Este mesmo autor afirma que Schmitt, “em seu discurso de encerramento daquele evento, além de qualificar os juristas judeus como ‘parasitas culturais’, afirmando que haviam se introduzido na ciência jurídica alemã aproveitando-se de suas conquistas em seu próprio benefício, propôs, entre outras coisas, que fossem eles excluídos da comunidade acadêmica e que suas obras não fossem citadas na bibliografia”. Nesse momento, surgiram as leis de Nuremberg de 1935, que excluíam os judeus da cidadania alemã e dos direitos civis. Posteriormente, buscando a eliminação física dos inimigos, veio a internação em campos de concentração, com regime de trabalho forçado e, como última medida, os campos de extermínio, como Auschwitz e Birkenau. (MUÑOZ CONDE, **As origens ideológicas do direito penal do inimigo**, p. 112/113).

²⁴⁷ DEMETRIO CRESPO, **El Derecho penal del enemigo *Darf Nicht Sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad**, p. 486. Ressalte-se que essa informação encontra-se em nota de rodapé da referida página.

desses pensadores, motivo pelo qual não se analisará toda a rica obra destes, mas apenas os aspectos que interessam para o próprio estudo do Direito Penal do inimigo.

2.1 Jean-Jacques Rousseau: a afronta ao contrato social

Jean-Jacques Rousseau nasceu em Genebra, em 28 de junho de 1712 e faleceu em 02 de julho de 1778, em Ermenonville. É autor de várias obras, entre elas “Emílio” e “Do contrato social”, as quais marcaram a história da teoria política e da pedagogia. Em suas obras, Rousseau consagrou o princípio da liberdade como um direito inalienável e como exigência imprescindível à própria natureza espiritual humana. Sua exaltação da liberdade e da igualdade política serviu de inspiração ideológica para a Revolução Francesa. Por outro lado, a valorização rousseauiana do mundo dos sentimentos e da natureza encontra-se na base do movimento romântico da primeira metade do século XIX²⁴⁸.

A obra “Do contrato social” foi publicada em abril de 1762. Está dividida em quatro livros. No primeiro deles, Rousseau analisa o fundamento legítimo da sociedade política. No segundo, pretende avaliar os limites e condições sob as quais atua o poder soberano. Em seguida, no livro três, discorre sobre a forma e funcionamento do aparato governamental, para, ao final, no quarto livro, tratar do sufrágio, das assembleias e dos órgãos e funções governamentais complementares²⁴⁹.

Nesta obra, Rousseau inicia suas explanações com a célebre frase: “o homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros”²⁵⁰. Analisa que existe um determinado ponto em que a vida no estado de natureza se torna inviável em função de obstáculos naturais, que superam a força que cada indivíduo possui para se manter nesse estado. Deste modo, o estado primitivo (de natureza) não pode mais subsistir, sob pena de perecer todo o gênero humano. Portanto, a única solução viável para a conservação é a agregação, a união de forças, que nasce do concurso de muitos²⁵¹.

²⁴⁸ Informações extraídas da parte inicial (Vida e obra) da seguinte publicação: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 09-21.

²⁴⁹ MACHADO, Lourival Gomes. Introdução. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 31/44.

²⁵⁰ ROUSSEAU, **Do contrato social**, p. 53.

²⁵¹ ROUSSEAU, **Do contrato social**, p. 69.

A resposta para esse problema encontra-se no contrato social²⁵², enquanto capaz de “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”²⁵³. Todos os associados cedem no mesmo ponto e adquirem os mesmos direitos: “ganha-se o equivalente de tudo o que se perde, e maior força para conservar o que se tem”²⁵⁴.

Com o pacto social e, conseqüentemente, com a passagem do estado de natureza para o estado civil, forma-se uma pessoa pública, a república ou corpo político, chamada por seus membros como Estado (forma passiva) ou soberano (forma ativa). Os associados são chamados, coletivamente, de povo, e particularmente de cidadãos (quando participam da autoridade soberana) ou súditos (quando submetidos às leis do Estado)²⁵⁵. O homem perde a liberdade natural e ganha a liberdade civil e a propriedade daquilo que possui. Além disso, com o contrato social, apenas a vontade geral pode guiar as forças do Estado, de acordo com o fim para o qual foi instituído, que é o bem comum²⁵⁶.

Afirma ainda Rousseau que, como a finalidade do contrato social é a própria conservação dos contratantes, qualquer malfeitor, ao atacar o direito social com seus crimes, é considerado rebelde e traidor da pátria e deixa de ser um membro desta sociedade por violar suas leis e lhe declarar guerra. Por conseguinte, não se pode conservar, simultaneamente, o Estado e o infrator, razão pela qual o culpado deve morrer, não mais como cidadão, mas como inimigo: “deve ser isolado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público. Porque, não sendo tal inimigo uma pessoa moral, mas um homem, então o direito da guerra é o de matar o vencido”²⁵⁷.

Analisando este aspecto da obra de Rousseau, Kai Ambos entende que se converte em inimigo aquele que persegue apenas ambições próprias de poder, depreciando e ignorando as normas sociais e o bem estar dos demais. O ato de desprezar normas e de delinquir levaria à ruptura do contrato social e a renúncia da qualidade de pessoa moral²⁵⁸.

²⁵² Sobre as cláusulas desse contrato social, Rousseau entende que elas podem ser resumidas em uma cláusula única: “a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade total, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais”. (ROUSSEAU, **Do contrato social**, p. 70).

²⁵³ ROUSSEAU, **Do contrato social**, p. 69/70.

²⁵⁴ ROUSSEAU, **Do contrato social**, p. 71.

²⁵⁵ ROUSSEAU, **Do contrato social**, p. 71.

²⁵⁶ ROUSSEAU, **Do contrato social**, p. 85.

²⁵⁷ ROUSSEAU, **Do contrato social**, p. 102.

²⁵⁸ AMBOS, **Derecho Penal del enemigo**, p. 124.

Já Guillermo Portilla Contreras aduz que o infrator coloca em perigo os demais cidadãos, deixando de ser membro do Estado e, por isso, estando exposto ao direito de guerra, à morte e à exclusão. Nesse ponto, as ideias de Jakobs se aproximariam das formulações de Rousseau (exclusão, luta e guerra contra o infrator)²⁵⁹.

Jakobs foca-se justamente neste último aspecto mencionado sobre a obra de Rousseau. Ele entende que Rousseau adota uma posição radical ao considerar todo delinquente como inimigo, que deve ser eliminado por não mais se adequar como membro do contrato social. Na interpretação jakobsiana de Rousseau, por um lado, seriam cidadãos apenas aqueles que respeitam as regras do pacto social; por outro lado, todos aqueles que delinquem seriam considerados inimigos.

É preciso observar, porém, que Jakobs parece fazer uma interpretação equivocada das ideias de Rousseau. Este filósofo afirma que qualquer malfeitor que ataca o direito social deixa de ser membro da sociedade. Jakobs interpreta a expressão “direito social” como sendo qualquer norma: a prática de um delito, seja ele qual for, seria motivo para perda da qualidade de membro do contrato social e conseqüente transformação em inimigo. Contudo, ele faz uma leitura extremamente literal e apressada da obra de Rousseau, esquecendo-se de analisá-la em todo o seu conjunto, bem como o contexto em que essa afirmação rousseauiana é proferida.

Nesse sentido, Bastida Freixedo esclarece que Rousseau, ao falar em direito social, não está se referindo à toda norma jurídica, pois não seria lógico que toda infração gerasse uma consequência tão extrema. Quando menciona o direito social, o filósofo se refere apenas à cláusula do contrato que dá origem à sociedade, ou seja, que visa à conservação dos contratantes. Apenas quem rompe essa cláusula é considerado inimigo, isto é, “quem põe em perigo essa conservação; aquele que, com sua ação, ameaça um bem importante (o mais importante)”²⁶⁰.

Ademais, convém destacar que Rousseau traz essa informação no Capítulo V (Do direito de vida e de morte), do Livro segundo, e não seria lógico e coerente entender que toda infração levaria à pena de morte. Zaffaroni entende também que Rousseau não está se

²⁵⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 662.

²⁶⁰ Tradução livre, do original: “(...) el que pone en peligro esa conservación; el que con su acción amenaza un bien importante (el más importante)”. (BASTIDA FREIXEDO, **Los bárbaros en el umbral**: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo, p. 283).

referindo a qualquer delinquente e ainda que se permite retirar a vida apenas de quem não permite conservá-la sem criar perigo para os demais²⁶¹.

Parece que a razão está com Bastida Freixedo. Não seria coerente entender que todo delito, mesmo os de menor gravidade, geraria uma eliminação ou exclusão do cidadão do contrato social e sua transformação em inimigo. A interpretação de Bastida, ao contrário da análise de Jakobs, não considera apenas o trecho citado isoladamente, mas todo o conjunto da obra de Rousseau, em uma verdadeira interpretação sistemática.

Assim, mais coeso e lógico seria interpretar a afirmação do filósofo entendendo que apenas o delito que ofende diretamente o contrato social e a conservação dos contratantes tornaria o delinquente um inimigo e traidor da pátria. De qualquer forma, Jakobs afasta a posição de Rousseau, entendendo-a extremada, para, em seguida, analisar as proposições de Fichte.

2.2 Johann Gottlieb Fichte: o não cumprimento do compromisso assumido no contrato

Johann Gottlieb Fichte nasceu em Ramenau, na Alemanha, em 1762, e faleceu em 29 de janeiro de 1814. Foi fortemente influenciado pela obra de Kant, em quem afirma ter encontrado a afirmação racional da liberdade. Em alguns de seus escritos, defendeu a liberdade de pensamento e a Revolução Francesa, compreendendo que a política, a moral e a cultura devem estar a serviço da liberdade dos indivíduos. Inicialmente, fez uma profunda revisão da filosofia transcendental para a elaboração de seu sistema. Todavia, as acusações de ateísmo que se seguiram causaram forte impacto em sua carreira e na própria filosofia alemã, provocando um paulatino desaparecimento da filosofia transcendental propriamente dita.

É autor de várias obras, entre elas: “Ética”, “Fundamentos do Direito Natural segundo os princípios da doutrina da Ciência” e “Reivindicação à liberdade de pensamento e outros escritos políticos”. Com a obra “Fundamento de toda la doctrina de la ciência” influenciou seus contemporâneos, dando início a uma forma de pensar e a um período da filosofia que foi chamado de “idealismo alemão”, e que atingiu também os primeiros românticos alemães²⁶².

²⁶¹ ZAFFARONI, **La legitimación del control penal de los “extraños”**, p. 1135.

²⁶² Informações extraídas da parte inicial (Presentación) da seguinte publicação: FICHTE, Johann Gottlieb. **Ética**. Madrid: Akal, 2005, p. 05-10.

Na obra “Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos”, Fichte explica que o homem não pode ser propriedade de ninguém, porque é propriedade de si mesmo. É a sua consciência que o leva a estar acima dos demais animais e ser cidadão do mundo. Por isso, apenas o próprio homem pode se autogovernar, fazer o que quiser, sem qualquer coação externa: “tem direito às condições sob as quais somente pode agir conforme o dever e às ações que seu dever exige”²⁶³.

O homem possui determinados direitos inalienáveis, como a liberdade e a personalidade: tem direito a fazer tudo o que a lei não proíbe e deve fazer o que a lei ordena. Possui também direitos que são alienáveis, aos quais pode renunciar voluntariamente, como, por exemplo, o direito às ações que a lei meramente permite. Da relação de intercâmbio de direitos alienáveis por outros direitos alienáveis surge o contrato²⁶⁴.

Observa Fichte que a própria sociedade civil é formada por um contrato deste gênero, realizado entre todos os seus membros, que o aceitam voluntariamente: “neste contrato social, cada membro renuncia a alguns de seus direitos alienáveis com a condição de que os outros renunciem também a alguns de seus direitos”²⁶⁵. Quando um dos membros deste contrato não cumpre o compromisso assumido e recupera o direito que havia alienado, permite-se que a sociedade o force a cumpri-lo, mediante a restrição de direitos que lhe seriam concedidos com o cumprimento do contrato.

Nesse sentido, afirma Fichte que quem abandona o contrato social perde seus direitos como cidadão e como ser humano, assumindo um estado de ausência de direitos. Aquele que não cumpre o contrato não pode estar nele incluído; ao contrário, quem nele está incluído, obrigatoriamente o cumpre. Assim, aquele que não participa do contrato, está legitimamente excluído de qualquer relação jurídica²⁶⁶.

Conforme explica Guillermo Portilla Contreras, para Fichte, o motivo para que ocorra a perda dos direitos de cidadão, em consequência da ruptura do contrato social, está na natureza jurídica do sujeito, que somente é homem na inter-relação social. Logo, como o

²⁶³ Tradução livre, do original: “(...) tiene derecho a las condiciones bajo las cuales sólo puede obrar conforme al deber y a acciones que su deber exige”. (FICHTE, Johann Gottlieb. **Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos**. Tradução de Faustino Oncina Covés. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 14).

²⁶⁴ FICHTE, **Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos**, p. 16.

²⁶⁵ Tradução livre, do original: “En este contrato social cada miembro renuncia a algunos de sus derechos alienables a condición de que los otros renuncien también a algunos de los suyos”. (FICHTE, **Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos**, p. 17).

²⁶⁶ FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamentos del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia (1796-1797)**. Tradução de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valeria e Faustino Oncina Covés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1994, p. 271 *apud* ALLER, **El Derecho Penal del enemigo y la sociedad del conflicto**, p. 99/100.

poder do Estado existe para garantir a segurança jurídica e os direitos de todos perante todos, o delito exclui o delincente dessa proteção do Estado e, por isso, tal sujeito pode ser tratado arbitrariamente, sendo declarado como uma coisa, uma cabeça de gado, sem qualquer direito²⁶⁷.

Da mesma forma que procede em relação à Rousseau, Jakobs entende que a teoria de Fichte é radical ao considerar todos os delincentes como inimigos. Por isso, prefere não adotar a sua posição²⁶⁸. Contudo, também em relação a Fichte, Jakobs parece fazer uma interpretação equivocada e parcial, sem considerar todo o contexto.

É preciso observar que, na verdade, a teoria de Fichte não apresenta tamanho rigor como Jakobs faz parecer. Apesar de Fichte entender que são inimigos todos aqueles que violam o contrato, paralelamente, o filósofo propõe um “contrato de expiação”, o qual se converteria em norma para o Poder Executivo. Por meio desse contrato, todos se comprometem a não excluir o delincente do Estado nem a considerá-lo inimigo, sem antes lhe oferecer a oportunidade de pagar o seu crime com uma pena mais branda²⁶⁹.

O autor só aceitava a exclusão se a expiação não fosse suficiente, mas, em função de um novo contrato (de emenda), o agente ainda poderia reclamar o direito de melhorar, motivo pelo qual a exclusão era sempre temporária. O raciocínio de Fichte se dava por tese e antítese: embora afirmasse na tese que todos se tornariam inimigos ao delinquir e violar o contrato, na antítese, alegava o direito de um novo contrato, de expiação, para exigir outra pena que fosse suficiente para a segurança pública. Apenas para o caso dos assassinos, dos incorrigíveis e dos traidores é que se admitia a exclusão definitiva do contrato. A pena de morte é reservada apenas a essa categoria de excluídos, como uma medida de segurança administrativa, executada pelo Estado em uma atividade administrativa²⁷⁰.

²⁶⁷ FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamentos del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia (1796-1797)**. Tradução de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valeria e Faustino Oncina Coves. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1994, p. 315/316 *apud* PORTILLA CONTRERAS, **La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo**, p. 663.

²⁶⁸ Afirma Jakobs: “No quiero seguir la concepción de Rousseau y de Fichte; pues en su separación radical entre el ciudadano y su Derecho, por un lado, y el injusto del enemigo, por otro, es demasiado abstracta. En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho”. (CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 28).

²⁶⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 7, 2005, p. 14. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. Acesso em 04 de maio de 2012.

²⁷⁰ ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 123.

Em conclusão, pode-se afirmar que, ao contrário do que afirma Jakobs, Fichte não inclui todos os delinquentes na categoria de inimigos. Apenas os assassinos, incorrigíveis e traidores é que seriam verdadeiramente considerados inimigos, excluídos definitivamente do contrato e transformados em coisa (“cabeças de gado”). A ruptura do contrato, assim como ocorre em Rousseau, estaria reservada apenas a quem viola a cláusula que estabelece a conservação dos contratantes²⁷¹. É isso o que uma leitura mais atenta, lógica e coerente da obra de Fichte permite concluir.

Após afastar a aplicação das teses de Rousseau e Fichte em sua teoria, Jakobs passa à análise da obra de Hobbes e de Kant, a cujos autores afirma filiar-se por entender que suas teorias são mais adequadas à sua própria elaboração do Direito Penal do Inimigo.

2.3 Thomas Hobbes: o retorno ao estado de natureza

Thomas Hobbes nasceu na Inglaterra, em 05 de abril de 1588, e faleceu em 04 de dezembro de 1679, em Hardwick. É autor de importantes obras filosóficas, entre elas “Leviatã” e “De cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão”. São de Hobbes as famosas frases: “o homem é o lobo do homem” e “guerra de todos contra todos”. Essas frases são sínteses do que Hobbes pensa sobre o estado natural em que vivem os homens: um Estado no qual o homem busca o que lhe é útil, cômodo e prazeroso, em uma atitude egoísta, que é natural ao ser humano²⁷².

A concepção hobbesiana sobre o contrato e sobre o estado de natureza o diferencia e o distancia de grande parte dos filósofos políticos, que defendem existir uma disposição natural para que os homens vivam em sociedade. Para Hobbes, os homens só passam a viver em sociedade em função de seu instinto de sobrevivência, ou seja, apenas quando sua vida está ameaçada. O contrato social é necessário para a conservação da vida, sendo esse pacto artificial e precário.

Além disso, em sua concepção, a guerra civil só será evitada se cada homem submeter a sua própria vontade à de um único homem ou assembleia determinada. Por essa razão, Hobbes é considerado um defensor do absolutismo, embora não seja teólogo, o que o distingue de outros defensores do Estado absoluto. Pelo contrário, suas ideias, longe de serem

²⁷¹ BASTIDA FREIXEDO, **Los bárbaros en el umbral**: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo, p. 284.

²⁷² Informações extraídas da parte inicial (Vida e obra) da seguinte publicação: HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 05-17.

fundamentadas em aspectos meramente religiosos, embasam-se em argumentos sistematizados, científicos e lógicos, formando uma verdadeira teoria do Estado.

Hobbes discorre sobre o estado de natureza e a passagem para a vida em sociedade (estado civil), por meio do contrato social. Nesse contexto, observa que, no estado de natureza, os homens são governados pela própria razão, vivendo em um estado de guerra de todos contra todos, já que todo homem tem direito a tudo, inclusive aos corpos dos outros. Na verdade, entende Hobbes que os homens não tiram prazer nenhum da companhia dos outros, quando não existe um poder para mantê-los em respeito. No estado de natureza, impera, portanto, a discórdia, que é motivada por três causas: a competição, a desconfiança e a glória. A primeira leva os homens a atacar os demais em busca do lucro; pela segunda, busca-se a segurança; e quanto à terceira, a reputação²⁷³.

O que leva o homem a buscar a paz é o medo da morte, a busca do que é necessário para uma vida confortável e a esperança de consegui-la pelo trabalho²⁷⁴. Hobbes discorda da ideia de Aristóteles de que o homem é um animal que nasce apto para viver em sociedade. Em estado de natureza, os homens não podem esperar ter uma conservação duradoura, pois estão permanentemente impelidos ao estado de guerra. Por isso, é uma lei natural que os homens busquem a paz enquanto puderem alcançá-la e, quando não for possível, que se preparem para a guerra²⁷⁵.

Diante dessa constante sensação de insegurança, a primeira lei da natureza é que o homem procure a paz, para defender a si mesmo. Desta decorre a segunda lei fundamental da natureza: os homens devem concordar em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se com uma mesma parcela de liberdade para todos, na busca da paz e de sua própria defesa²⁷⁶.

Logo, pela transferência mútua de direitos, tem-se o contrato. Assim é que se forma a sociedade civil, com um contrato voluntário, mas artificial (e não natural), no qual os homens estabelecem restrições sobre si mesmos, buscando sua própria conservação. Bem expõe Guillermo Portilla Contreras que o fundamento do contrato, em Hobbes, é a busca da segurança e a origem do Estado está calcada no medo que impera no estado natural²⁷⁷.

²⁷³ HOBBS, *Leviatã*, p. 111/112.

²⁷⁴ HOBBS, *Leviatã*, p. 111.

²⁷⁵ HOBBS, Thomas. *De cive*: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Tradução de Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 56.

²⁷⁶ HOBBS, *Leviatã*, p. 114.

²⁷⁷ PORTILLA CONTRERAS, *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo*, p. 664.

Entretanto, na ausência de temor a alguma força, os homens tendem naturalmente ao orgulho e à vingança; é necessário, pois, instituir um poder para garantir a segurança e a proteção de todos²⁷⁸. Hobbes expõe que a única forma de assegurar proteção diante das invasões dos estrangeiros e das injúrias de uns perante os outros é conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que reduza a pluralidade de vontades a uma única vontade. Dessa união, nasce o Estado, no qual o representante, portador da força para assegurar a paz e a defesa comum, é chamado de soberano. Todos os demais são os súditos²⁷⁹. É o temor ao castigo, que pode ser aplicado pelo soberano, que garante a segurança, e não o contrato; é o medo que gera o poder do Estado e a submissão dos súditos²⁸⁰.

Contudo, são considerados súditos apenas aqueles que se obrigaram a respeitar as leis do Estado e que se sentem vinculados por este dever, ainda que, eventualmente, possam transgredi-las pela própria natureza humana (só o cidadão ou súdito pode violar a lei civil)²⁸¹. Por outro lado, todos os homens que não são súditos ou serão inimigos ou deixaram de ser súditos em função de um pacto anterior.

Hobbes entende que, perante os inimigos, os quais negam o pacto e retornam ao estado de natureza, a guerra é legítima. Para estes que deliberadamente negam a autoridade do soberano e, portanto, também negam a autoridade do próprio Estado, “a vingança se estende legitimamente (...) porque a natureza desta ofensa consiste na renúncia à sujeição, que é um regresso à condição de guerra a que vulgarmente se chama rebelião, e os que assim ofendem não sofrem como súditos, mas como inimigos”²⁸².

Assim, para assegurar o cumprimento das leis, à toda lei corresponde um castigo ou pena, que se aplica apenas aos súditos, mas não aos inimigos. Os danos impostos aos inimigos não são considerados penas, pois o inimigo ou nunca se sujeitou à lei, não podendo violá-la, ou esteve sujeito a ela, mas não mais está. Nesses casos, todos os danos causados ao inimigo não são castigos, mas atos de hostilidade, sendo legítimo infligir a eles qualquer espécie de danos. Ao negar a autoridade do soberano e a sujeição às leis, negam-se

²⁷⁸ HOBBS, *Leviatã*, p. 141.

²⁷⁹ HOBBS, *Leviatã*, p. 143/144.

²⁸⁰ PORTILLA CONTRERAS, *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo*, p. 665.

²⁸¹ GRACIA MARTÍN, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”*, p. 15.

²⁸² HOBBS, *Leviatã*, p. 239/240.

as penas previstas pela lei, devendo o agente sofrer como inimigo do Estado, de acordo com a vontade ilimitada do seu representante²⁸³.

Para Xacobe Bastida Freixedo, em Hobbes, os inimigos seriam os estrangeiros, os quais não se sujeitam ao pacto e, portanto, não podem violá-lo, e os súditos que se rebelam contra o soberano. O inimigo interno é, então, o rebelde ou traidor, pois nega o poder da autoridade estatal ou comete atos de hostilidade contra o Estado ou contra a lei fundamental²⁸⁴. O inimigo priva de segurança os demais membros do contrato. Por isso, contra os inimigos, qualquer medida adotada pelo soberano é válida, não havendo limitações, já que há um retorno ao estado de natureza.

Interpretando a obra de Hobbes, Jakobs afirma que, inicialmente, o filósofo mantém o delinquente com seu *status* de cidadão, pois só pode violar a lei civil aquele que mantém a qualidade de súdito. A situação só é diferente para o rebelde, de alta traição, que é castigado como inimigo, e não como súdito²⁸⁵. Para Jakobs, Hobbes reconheceria um Direito Penal do cidadão e um Direito Penal do inimigo, este último contra as pessoas que delinquem por princípio, os réus de alta traição. Os cidadãos, membros do contrato, teriam direito a exigir do Estado que tome medidas adequadas para garantir a segurança²⁸⁶.

No mesmo sentido, para Guillermo Portilla Contreras, Hobbes concebe um modelo duplo de Direito Penal. Por um lado, um Direito para súditos, aos quais se aplicam as penas estabelecidas e, por outro, um Direito para os inimigos, cujas sanções não são penas, pois os inimigos, que negam a autoridade do Estado, estão à mercê da vontade do soberano²⁸⁷. Além disso, convém destacar que Hobbes não admite o direito de resistência ao soberano, pois isso levaria o retorno da guerra de todos contra todos; por isso, quem nega o poder soberano não recebe pena, mas sim contenção forçada, tendo em vista que o inimigo reintroduz a guerra²⁸⁸.

Parece que, na teoria política de Hobbes, encontra-se muito da fundamentação filosófica do Direito Penal do inimigo. Luís Gracia Martín considera que, de fato, em Hobbes está grande parte das regras concretas desenvolvidas nessa teoria, pois entende que Hobbes

²⁸³ HOBBS, *Leviatã*, p. 237.

²⁸⁴ BASTIDA FREIXEDO, *Los bárbaros en el umbral: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo*, p. 284.

²⁸⁵ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, p. 29.

²⁸⁶ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, p. 32.

²⁸⁷ PORTILLA CONTRERAS, *La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo*, p. 666.

²⁸⁸ ZAFFARONI, *O inimigo no Direito Penal*, p. 125.

elena, entre os crimes de lesa majestade²⁸⁹, situações que supõem um claro adiantamento da punibilidade, ou seja, a punição de meros atos preparatórios, como “fazer planos”. Ademais, como os inimigos não estão submetidos às penas, os danos aplicados pelo soberano aos inimigos podem ser desproporcionais²⁹⁰.

Cumprido ressaltar que Hobbes afirma não ser legítimo aplicar penas a súditos inocentes, uma vez que isso seria uma transgressão das leis da natureza. As penas só podem ser aplicadas diante da violação da lei. Assim, nenhum bem pode resultar ao Estado do castigo de um inocente. Mais ainda, o poder é atribuído ao soberano pelos súditos para a proteção e segurança contra os males, e não para sofrer um mal. Por fim, a lei natural ordena a distribuição equitativa de justiça, o que não existe na punição de um inocente²⁹¹.

Contudo, Hobbes admite que não há qualquer desrespeito às leis da natureza quando se impõe um mal a um inocente, o qual não é um súdito, desde que resulte em benefícios para o Estado. Contra os inimigos, os quais podem causar danos ao Estado, a guerra é legítima, “em virtude do direito de natureza original, no qual a espada não julga, nem o vencedor faz distinção entre culpado e inocente, como acontecia nos tempos antigos, nem tem outro respeito ou clemência senão o que contribui para o bem de seu povo”²⁹². Inclusive, o filósofo entende que a vingança legítima se estende a outras gerações, até mesmo àquelas que ainda não existem, embora sejam elas inocentes, pois aqueles que se rebelam e se tornam inimigos regressam ao estado de natureza²⁹³.

Diante dessa análise, pode-se concluir que há muito da obra de Hobbes nas formulações apresentadas por Jakobs: “talvez seja em Hobbes onde podemos encontrar uma diferenciação de um Direito Penal do inimigo com perfis tão definidos que permitiriam ver uma antecipação do discurso presente”²⁹⁴.

Convém lembrar, porém, que a concepção de Hobbes surgiu para legitimar um Estado absolutista e o poder soberano dos governantes. De fato, a obra de Hobbes foi utilizada como fundamento filosófico para justificar o poder ilimitado dos monarcas absolutistas.

²⁸⁹ Hobbes considera, como crimes de lesa majestade, os crimes contrários a uma lei fundamental, tais como a revelação das forças e segredos do Estado aos inimigos, atentados contra o soberano e tentativas, por palavras ou atos, de diminuir a autoridade do representante do Estado, no momento presente ou na sucessão. (HOBBS, *Leviatã*, p. 232/233).

²⁹⁰ GRACIA MARTÍN, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”*, p. 17/18.

²⁹¹ HOBBS, *Leviatã*, p. 239.

²⁹² HOBBS, *Leviatã*, p. 239.

²⁹³ HOBBS, *Leviatã*, p. 239/240.

²⁹⁴ Tradução livre, do original: “(...) tal vez sea en Hobbes donde podamos encontrar la diferenciación de un Derecho Penal del enemigo con perfiles tan definidos que permitirían ver una anticipación del discurso del presente”. (GRACIA MARTÍN, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”*, p. 15).

Portanto, as ideias de Hobbes não se coadunam adequadamente com a perspectiva de um Estado Constitucional Democrático, no qual a soberania não é do governante, mas sim do povo. Assim, afirma Jochen Bung que “nem a *praxis* do Direito Penal, nem outras sanções de um Estado Democrático de Direito deveriam ser razoavelmente enriquecidas com essa proposta do século XVII (ou outras receitas parecidas)”²⁹⁵.

Cabe, por fim, estudar a influência de Kant para a construção do Direito Penal do inimigo.

2.4 Immanuel Kant: a recusa a ingressar em um estado jurídico

Immanuel Kant nasceu em 22 de abril de 1724, no leste da Prússia, e faleceu em 12 de fevereiro de 1804. Autor de uma ampla bibliografia, incluindo importantes obras como “Crítica da razão pura”, “Crítica da razão prática”, “Crítica da faculdade de julgar”, “A paz perpétua” e “A metafísica dos costumes”, é considerado um dos maiores e mais influentes pensadores de todos os tempos.

Sua obra divide-se em duas fases: a pré-crítica e a crítica. Na primeira, sofreu influência da filosofia conhecida como dogmática, especialmente a do filósofo e cientista alemão Gottfried Wilhelm von Leibniz. Dessa fase, destacam-se as obras “A História Universal da Natureza” e “Teoria do Céu”. Na segunda fase, conhecida como crítica, vai além da influência dogmática, sobretudo em função do contato com a filosofia de Hume. Nessa etapa, encontram-se as obras mais conhecidas de Kant, entre elas “Crítica da razão pura”, “Crítica da razão prática” e “Crítica da faculdade de julgar”²⁹⁶.

Na obra “A paz perpétua”, faz uma oposição entre o estado de natureza e o estado de paz entre os homens que se unem e vivem juntos. Segundo Kant, o estado de natureza é um Estado de guerra, de ameaça constante, mesmo que nem sempre exista uma hostilidade direta. Explica que “a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e, se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num estado legal),

²⁹⁵ BUNG, Jochen. Direito Penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 62, p. 107-133, set./out. 2006, p. 128/129.

²⁹⁶ Informações extraídas do site: < <http://www.infoescola.com/biografias/immanuel-kant/#>>. Acesso em 07 de maio de 2012.

cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança”²⁹⁷. É preciso, pois, instaurar um estado de paz.

Em sentido semelhante, entende que não apenas os homens, mas também os povos, no estado de natureza, ou seja, na ausência de leis externas, pela simples existência simultânea, são capazes de prejudicar uns aos outros. Assim, para garantir a sua segurança, devem exigir uns dos outros que entrem em uma constituição semelhante à constituição civil para proteger o seu próprio direito²⁹⁸.

Na obra “A metafísica dos costumes”, Kant aduz que, no estado de natureza, não se fala em justiça distributiva. Segundo o filósofo, o que se opõe ao estado de natureza é a condição civil (*status civilis*), na qual há justiça distributiva. No estado de natureza, podem existir sociedades compatíveis com o Direito, como as sociedades paterna e conjugal, mas não há nenhuma lei. Observa que, como não é possível deixar de viver ao lado de outros homens, é preciso abandonar o estado de natureza e ingressar em um estado jurídico, no qual haja justiça distributiva²⁹⁹.

Ao permanecer no estado de natureza, os indivíduos não causam injustiça mútua quando se hostilizam, mas causam, com sua violência, “uma injustiça no mais elevado grau, desejando ser e permanecer numa condição que não é jurídica, isto é, na qual ninguém está assegurado do que é seu contra a violência”³⁰⁰.

E ainda complementa que o estado de natureza não será necessariamente um estado de injustiças, mas é um estado destituído de justiça (*status iustitia vacus*). Neste, embora os direitos estejam sendo disputados (*ius controversum*), não há um juiz capaz de decidir a questão, proferindo sentença que tenha força jurídica. Desse modo, diante da situação de insegurança, “cada um pode compelir o outro, mediante força, a deixar esse estado e ingressar numa condição jurídica”³⁰¹. Entrar em um estado jurídico, isto é, em uma constituição civil, é uma necessidade.

O contrato³⁰², para ingressar em um estado comunitário-legal, gera a criação do Estado: a condição dos indivíduos, quando formam um povo por meio de sua relação

²⁹⁷ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projecto filosófico. Tradução de Artur Morão. Covilhã: LusoSofia, 2008, p. 10. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em 07 de maio de 2012.

²⁹⁸ KANT, **A paz perpétua**: um projecto filosófico, p. 15/16.

²⁹⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO (Edições Profissionais Ltda.), 2003, p. 150/151.

³⁰⁰ KANT, **A metafísica dos costumes**, p. 152.

³⁰¹ KANT, **A metafísica dos costumes**, p. 154.

³⁰² Carlos Pérez del Valle entende que o pacto social, em Kant, não é um fato real, mas apenas um modelo para fundamentação e limitação do poder do Estado. Não existiria um pacto social enquanto um fato histórico, concreto, mas apenas enquanto hipótese de fundamentação de uma teoria do Direito. (PÉREZ DEL VALLE,

recíproca, é uma condição civil e o conjunto de indivíduos, em uma relação jurídica, é chamado de Estado pelos seus membros³⁰³.

Logo, “um Estado (*civitas*) é a união de uma multidão de seres humanos submetidos a leis de direito”³⁰⁴. Assim, Gustavo Eduardo Aboso, analisando a obra de Kant, explica que, para esse filósofo, a obediência à lei pelos cidadãos implica uma proteção por parte desta, assegurando a que cada um busque a sua felicidade sem danificar a liberdade dos demais; as leis são necessárias para assegurar um estado jurídico, especialmente contra os inimigos externos do povo³⁰⁵.

Ademais, em uma nota de rodapé explicativa de sua obra “A paz perpétua”, Kant expõe que, no estado civil-legal, só se pode ser hostil contra aquele que tenha provocado uma lesão de fato, já que nesse estado jurídico, mediante a autoridade do soberano, há uma garantia de segurança. Contudo, aqueles que não ingressam no estado civil, permanecendo no estado de natureza, estão privados dessa segurança e o simples fato de conviverem simultaneamente, devido à ausência de leis, é prejudicial, mesmo que não haja lesão de fato³⁰⁶.

Por essa razão, todos os homens, que exercem influências recíprocas entre si, devem pertencer a alguma constituição civil. Como a mera presença anárquica desses povos é fonte de perigos e ameaças, é possível obrigá-los a ingressar em um estado comunitário legal ou a retirar-se da vizinhança, sob pena de tratá-los como hostis ou inimigos³⁰⁷. Logo, quem não participa do estado comunitário legal deve ser impelido por quem quer que seja a entrar nesse estado, como garantia de paz; em todo caso, não deve ser tratado como pessoa, mas sim como inimigo³⁰⁸.

Segundo Carlos Pérez del Valle, em Kant existe um mandato jurídico que determina o abandono do estado de natureza, uma vez que há um dever de todos os homens,

Carlos. La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n.10-03, 2008, p. 04. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf>>. Acesso em 07 de maio de 2012).

³⁰³ KANT, **A metafísica dos costumes**, p. 153.

³⁰⁴ KANT, **A metafísica dos costumes**, p. 155.

³⁰⁵ EDUARDO ABOSO, **El llamado “Derecho Penal del enemigo” y el ocaso de la política criminal racional**: el caso argentino, p. 57.

³⁰⁶ KANT, **A paz perpétua**: um projecto filosófico, p. 10.

³⁰⁷ KANT, **A paz perpétua**: um projecto filosófico, p. 10/11.

³⁰⁸ Para Zaffaroni, nesse aspecto, Kant coincide com Hobbes, pois ele também nega o direito de resistência à opressão, “pois a resistência ao soberano implicava a destruição de sua autoridade e a violação do contrato, o que acarretava a perda da garantia externa do imperativo categórico e, por conseguinte, a volta ao estado de natureza e a guerra de todos contra todos”. E complementa que “nesse sentido, não é válido citar Kant como o garante invariável do direito penal liberal, justamente por sua recusa do direito de resistência à opressão. A formidável transcendência do pensamento de Kant não necessita ser adornada por méritos que ele não teve”. (ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 128/129).

que podem ter relações jurídicas, a associar-se nesse pacto. Aquele que não se submete ao pacto ou se autoexclui desrespeita tal mandato jurídico natural que ordena a integração³⁰⁹.

Ainda segundo esse autor, para Kant, seriam inimigos aqueles que se situam fora do contrato original e não oferecem garantia de fidelidade às leis reguladoras da liberdade, tais como os traidores, espiões e terroristas (inimigos exteriores, os quais subvertem as leis da liberdade), bem como aqueles que inicialmente se integraram ao pacto, mas que o abandonaram, para retornar ao estado de natureza, com a rebelião. Nos dois casos, há uma reação à ordem estabelecida³¹⁰.

Sendo assim, diante do exposto, Jakobs afirma que, em Kant, pode-se visualizar um tratamento ao inimigo, o qual ameaça constantemente os demais, não se deixando entrar em um estado comunitário-legal. Com isso, conclui que Kant, assim como Hobbes, visualiza um Direito Penal para os cidadãos, para aqueles que não delinquem de modo persistente, e um Direito Penal dos inimigos, para aqueles que se desviam por princípio (são uma ameaça constante)³¹¹.

Mais uma vez, também em relação à Kant, Jakobs foi criticado por fazer uma análise parcial de sua obra. Ele recorre apenas a uma afirmação isolada apresentada por Kant em sua obra “A paz perpétua”, sem proceder a um estudo de todo o conjunto da obra deste filósofo. Ele analisa apenas esta parte isolada, utilizando-a para embasar suas próprias ideias, chegando a uma conclusão que lhe é favorável. Contudo, tal posição não merece ser sustentada, pois não se pode recorrer a Kant para diferenciar estes dois Direitos (do cidadão e do inimigo).

Destaca Bernd Schünemann que as passagens citadas por Jakobs sobre o tratamento do inimigo se inserem na problemática específica de discussão sobre a guerra justa e injusta. Por isso, não se pode afirmar que Kant adote uma posição de destaque na utilização do conceito de inimigo em sua teoria de Estado. E complementa que a concepção kantiana está longe de permitir uma interpretação a favor de um Direito Penal do inimigo³¹².

³⁰⁹ PÉREZ DEL VALLE, **La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant**, p. 06. Nas palavras do próprio autor: “quien crea inseguridad, quien permanece en estado de naturaleza junto a sujetos que están en estado civil-jurídico, se autoexcluye porque infringe el mandato que obliga a la integración en el pacto”. (PÉREZ DEL VALLE, **La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant**, p. 06/07).

³¹⁰ PÉREZ DEL VALLE, **La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant**, p. 13.

³¹¹ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 30/31.

³¹² SCHÜNEMANN, **Derecho Penal del enemigo?: crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica**, p. 978.

Sendo assim, pode-se concluir que, embora Günther Jakobs cite filósofos do período da Ilustração, buscando dar uma aparência liberal e moderna à sua teoria, na verdade, sua análise desses pensadores é, em grande parte, parcial. O autor falha ao não considerar todo o contexto da teoria desses filósofos, escolhendo apenas passagens isoladas que possam lhe favorecer na defesa de seu Direito Penal do inimigo. Seu estudo, portanto, não analisa todo o sistema por eles criado, mas apenas trechos esparsos.

3 Inimigo X cidadão: quem são os inimigos no Direito Penal?

A conceituação do inimigo, considerado como não-pessoa para o Direito Penal do inimigo, em oposição à noção de cidadão ou pessoa, a quem se aplica o Direito Penal do cidadão, é a principal construção da teoria do Direito Penal do inimigo. Isso porque, toda a formulação, em suas origens, fundamentos e consequências, tramita em torno do binômio cidadão (pessoa) *versus* inimigo (não-pessoa).

De fato, as críticas ao Direito Penal do inimigo, sobretudo após os trabalhos de 2003, concentraram-se nessa distinção entre cidadão e inimigo e na análise de sua (in) compatibilidade com os ordenamentos jurídico-penais dos Estados Democráticos. Foi a partir dessa diferenciação que se levantaram as maiores discussões e objeções à teoria do Direito Penal do inimigo e até mesmo ao próprio Jakobs.

Convém destacar que, para compreender a noção de inimigo e cidadão em Jakobs, é preciso entender a própria concepção do Direito Penal para esse autor. Nesse sentido, em sua teoria funcionalista sistêmica, ele entende que o Direito Penal está orientado à garantia da identidade normativa da sociedade³¹³. Sob este contexto, o delito é uma afirmação que contradiz a norma e a pena, uma resposta que confirma a norma: o Direito Penal atua contradizendo a contradição das normas determinantes para a identidade social, isto é, confirmando a identidade da sociedade³¹⁴.

Desse modo, Jakobs afasta-se da noção mais difundida de que o Direito Penal protege bens jurídicos. Aduz que, ao invés de se afirmar que o Direito Penal persegue a proteção de bens jurídicos, mais correto é entender que o Direito Penal garante a expectativa

³¹³ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996, p. 15.

³¹⁴ JAKOBS, **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**, p. 18.

de que não se produzam lesões ou ataques aos bens jurídicos³¹⁵. Logo, tem-se que “o Direito Penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos”³¹⁶.

Para o penalista, as normas formam a estrutura da sociedade, regulando o conteúdo esperado das relações entre as pessoas: as normas atuam, portanto, na estabilização e identidade social³¹⁷. Além disso, Jakobs afirma, com base na teoria dos sistemas do sociólogo Niklas Luhmann, que a sociedade é comunicação. Por isso, o delito é uma comunicação defeituosa, sendo que ao autor deste delito lhe é imputado essa ação defeituosa como culpa sua³¹⁸.

O delito é uma desautorização da norma, uma falta de fidelidade ao ordenamento jurídico. Ele é uma comunicação errônea, que desestabiliza as estruturas sociais: “o autor não apenas afirmou algo errado sobre o alcance de sua liberdade, mas também o fez mediante a usurpação de direitos alheios, isto é, não apenas postulou uma sociedade de estrutura diversa, mas também empreendeu sua execução”³¹⁹.

Deste modo, o delito atinge uma expectativa social e questiona a vigência da norma; é uma quebra do ordenamento jurídico. Com sua ação, o sujeito proclama uma estrutura alternativa, diferente ou contrária àquela expressada na norma³²⁰. Explicando a noção de violação da norma (por exemplo, por meio do crime), em Jakobs, Jochen Bung afirma que “tem o significado de uma afirmação, nomeadamente uma afirmação cujo conteúdo é o de que a norma não obriga ou, em todo caso, de que sua força obrigatória pode ser frustrada pelo agente atual, no sentido de uma derrogação individual”³²¹.

Por sua vez, a pena é uma reação à quebra da norma, que busca confirmar a estrutura normativa vigente. Delito e pena estão no mesmo patamar: enquanto o delito é a

³¹⁵ JAKOBS, Günther. Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **El funcionalismo en Derecho Penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 42.

³¹⁶ Tradução livre, do original: “El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos”. (JAKOBS, **Qué protege el derecho penal**: bienes jurídicos o la vigencia de la norma, p. 43). Explica Jakobs que: “(...) el carácter precedero de todos los bienes sólo tiene algo que ver con el derecho en la medida en que las personas deben respetarlos; se dice, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. Visto de este modo, el derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes (...)”. (JAKOBS, **Qué protege el derecho penal**: bienes jurídicos o la vigencia de la norma, p. 42).

³¹⁷ JAKOBS, **Qué protege el derecho penal**: bienes jurídicos o la vigencia de la norma, p. 53/54.

³¹⁸ JAKOBS, **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**, p. 18.

³¹⁹ Tradução livre, do original: “El autor no sólo ha afirmado algo erróneo acerca del alcance de su libertad, sino que lo ha hecho mediante la usurpación de derechos ajenos, es decir, no sólo ha postulado una sociedad de estructura diversa, sino que há emprendido su ejecución”. (JAKOBS, **Qué protege el derecho penal**: bienes jurídicos o la vigencia de la norma, p. 55).

³²⁰ POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **El funcionalismo en Derecho Penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 65.

³²¹ BUNG, **Direito Penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa**, p. 120.

negação da estrutura normativa vigente, a pena é a negação desta negação, ou seja, é a confirmação da vigência da norma. Com a execução da pena, alcança-se a sua finalidade que é confirmar a configuração normativa da sociedade. Essa é a sua finalidade principal, mesmo que outros efeitos psíquicos, individuais ou coletivos (como a intimidação), possam ser produzidos³²².

A pena reafirma a validade da norma e, conseqüentemente, o Direito Penal confirma a identidade da sociedade (sistema global no qual se insere o Direito, enquanto subsistema): a pena declara que o projeto de vida parcial expressado pelo sujeito, pela prática do delito, não é válido e que a estrutura social indicada pelo ordenamento segue sendo vigente³²³.

Acrescenta que a pena pública é necessária, pois previne a erosão da configuração normativa concreta/real da sociedade, mantendo um esquema de interpretação da norma válido publicamente³²⁴. Entretanto, convém ressaltar que, na obra “Direito Penal do inimigo”, Jakobs destaca que o papel da pena não apenas confirma o ordenamento, mas também produz fisicamente algo, quando se trata de pena privativa de liberdade, pois, durante o cumprimento desta espécie de pena, o agente não poderá cometer novos delitos³²⁵.

Com base no que foi acima analisado, pode-se declarar que tanto o delito, como a pena, têm significados comunicativos e simbólicos. A pena é um processo de comunicação, motivo pelo qual seu conceito está orientado conforme à comunicação, e não em função de seus reflexos ou repercussões psíquicas, os quais não formam parte do conceito de pena³²⁶. Miguel Polaino-Orts complementa ainda que, ao tratar do delito e da pena, Jakobs segue uma lógica hegeliana de tese-antítese-síntese: a norma como a tese, o delito sendo a antítese e a pena, ao final, constituindo a síntese³²⁷.

As noções basilares acima apresentadas são fundamentais para a compreensão das ideias de pessoa e inimigo na teoria de Jakobs e, como consequência, para o entendimento do Direito Penal do inimigo e de seus reflexos jurídico-penais. Mas, afinal, quem é o inimigo

³²² JAKOBS, **Qué protege el derecho penal**: bienes jurídicos o la vigencia de la norma, p. 55/56.

³²³ POLAINO-ORTS, **Vigencia de la norma**: el potencial de sentido de un concepto, p. 65.

³²⁴ JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998, p. 16.

³²⁵ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 23.

³²⁶ JAKOBS, **Sobre la teoría de la pena**, p. 33.

³²⁷ POLAINO-ORTS, **Vigencia de la norma**: el potencial de sentido de un concepto, p. 66. Nesse sentido, são as afirmações de Jakobs, na obra “Sobre la teoría de la pena”: “En cuanto a los resultados alcanzados, lo aquí expuesto debe sus elementos principales a la teoría de la pena de Hegel. En su terminología se dice que la ‘lesión del Derecho en cuanto Derecho’ es ‘nula en sí misma’, aquí se afirma que el quebrantamiento de la norma no es determinante para la sociedad real. En la obra de Hegel se dice además que la nulidad se muestra en la destrucción de la infracción del Derecho, aquí se afirma que el carácter no determinante puede observarse en la exclusión de lo común con el infractor de la norma”. (JAKOBS, **Sobre la teoría de la pena**, p. 27/28).

(não-pessoa)? Quem é o cidadão (pessoa)? Como se faz a separação entre inimigos e cidadãos e quem determina a exclusão do inimigo no Direito Penal? As respostas a esses questionamentos é o que, em seguida, busca-se, com base nas formulações desse penalista.

3.1 O cidadão (pessoa) na obra de Jakobs

A noção de pessoa é um elemento essencial da teoria de Jakobs, assim como os conceitos de sociedade e norma. Para ele, só há sociedade quando há comunicação, ou seja, quando há normas concretas que dirigem os comportamentos. Em sociedade, os indivíduos não podem se dirigir livremente por esquemas de satisfação/insatisfação pessoal. Deste modo, nem todos os indivíduos são considerados pessoas, mas apenas aqueles que seguem as normas, encaixando-se, conseqüentemente, no rol de cidadãos que respeitam o Direito. Assim, tem-se que “a pessoa não atua conforme o esquema individual de satisfação e insatisfação, mas sim conforme um esquema de dever e espaço de liberdade”³²⁸.

A pessoa, portanto, só é assim considerada quando desfruta de determinados direitos e, em contrapartida, cumpre determinados deveres: pessoas são os destinatários de direitos e deveres. A pessoa é capaz juridicamente e, em consequência, não é pessoa quem não pode suportar nenhum direito ou nenhum dever, assim como está parcialmente excluído quem não participa de determinados direitos ou determinados deveres³²⁹.

Acrescenta ainda que ser pessoa significa representar um papel; pessoa é a máscara, e não a expressão de subjetividade, mas sim a representação de uma atuação ou competência social³³⁰. Na sua visão, todos os seres humanos são indivíduos, mas nem todos são pessoas para o Direito: “o conceito de pessoa se limita ao de pessoa no Direito. A quem não é pessoa se denomina indivíduo”³³¹.

³²⁸ Tradução livre, do original: “La persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad”. (JAKOBS, **Sobre la teoría de la pena**, p. 16/17).

³²⁹ JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión en derecho penal. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **El funcionalismo en Derecho Penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs . Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 73.

³³⁰ JAKOBS, **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**, p. 50/51. Sobre o tema, expõe Germán Aller: “el mundo puede ser visto como un escenario en el cual el hombre entra y sale a desempeñar su rol o papel teatral en el drama de la vida, pero esas entradas son varias y con máscaras diferentes, ya que ingresa como niño y lo abandona como anciano, pasando por personajes de adolescente y adulto. La muerte es su última aparición, pero otros nuevos personajes irumpen en la escena y representan sus papeles”. (ALLER, **El Derecho Penal del enemigo y la sociedad del conflicto**, p. 112).

³³¹ Tradução livre, do original: “(...) el concepto de persona se limita al de persona en Derecho. A quien no es persona se le denomina ‘individuo’”. (JAKOBS, **Personalidad y exclusión en derecho penal**, p. 74).

O indivíduo pertence à ordem natural, ao mundo da experiência (*homo phenomenon*), conduzindo-se segundo parâmetros de satisfação/insatisfação. Já a pessoa é uma construção social que pode ser ou não atribuída aos indivíduos, dependendo do cumprimento ou não de deveres do grupo. Logo, pessoa não é sinônimo de ser humano, pois “este é o resultado de processos naturais e aquela um produto social que se define como a unidade de direitos e deveres que são administrados através de um corpo e de uma consciência”³³².

O indivíduo, ao ser considerado pessoa, apresenta uma expectativa de que irá se comportar em conformidade com a norma, isto é, prestará fidelidade ao ordenamento jurídico. A pessoa, que se orienta com base nas ideias de lícito e ilícito, e não de satisfação/insatisfação pessoal, oferece uma expectativa normativa, fundamentada de forma cognitiva³³³. Só é pessoa quem apresenta garantia cognitiva pessoal suficiente de um comportamento conforme o Direito, ou seja, fiel ao ordenamento jurídico. O *status* de pessoa ou cidadão é construído como um dever, pois o sistema social exige a cooperação ou prestação positiva de seus cidadãos³³⁴.

A pessoa é destinatária de expectativas normativas, de que pautará seu comportamento conforme a norma. Desta, espera-se o cumprimento do dever, a autoadministração e a fidelidade ao ordenamento jurídico. Todavia, uma expectativa de um comportamento correto não pode ser mantida de modo ilimitado, já que a expectativa normativa dirigida a uma pessoa perde sua capacidade de orientação quando não há apoio cognitivo prestado por essa pessoa, isto é, ela não presta garantias de que atuará em conformidade com o ordenamento. A pessoa, destinatária das expectativas normativas, converte-se em fonte de perigo, pois dela não se espera o cumprimento de um dever³³⁵.

Aqui, Jakobs claramente adota as ideias de Luhmann, em especial no que se refere ao seu estudo sobre as expectativas normativas e as expectativas cognitivas. Luhmann define a diferença entre normativo e cognitivo em termos funcionais direcionados à solução de um problema, e não em termos semânticos ou pragmáticos. Assim, Luhmann expõe que

³³² Tradução livre, do original: “(...) este es el resultado de procesos naturales, y aquélla un producto social que se define como la unidade ideal de derechos y deberes que son administrados a través de um cuerpo y de una consciéncia”. (GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p.. 1062/1063).

³³³ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 36.

³³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, **El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho**, p. 812.

³³⁵ JAKOBS, Günther. Terroristas como personas en Derecho?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 81/82.

“ao nível cognitivo, são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas, ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride”³³⁶.

Logo, a pessoa deve participar, garantindo suficiente fidelidade às normas. Tem-se que “todo aquele que presta fidelidade ao ordenamento jurídico, com certa confiabilidade, tem direito a ser tratado como pessoa, e quem não leva a cabo esta prestação será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como pessoa”³³⁷.

Se a pessoa não cumpre determinados deveres de maneira reiterada, não pode ser tratada como pessoa, por não oferecer segurança de que atuará conforme ao ordenamento jurídico, ou seja, não apresenta expectativas de atuação fiel ao Direito. Portanto, ele estará privado de direitos, apesar de seus deveres permanecerem incólumes, ainda que, cognitivamente, não se espere o cumprimento do dever³³⁸.

Nesse sentido, Jakobs não concorda com quem afirma que todos devem ser tratados como pessoas, acreditando que essa proposição é muito abstrata, pois o comportamento do indivíduo também é decisivo para que seja tratado como pessoa³³⁹. Destarte, a sentença segundo a qual todos são pessoas deve ser complementada: todos são pessoas sempre que cumprirem seus deveres ou, se não cumprirem seus deveres, desde que estejam controlados e não sejam perigosos³⁴⁰. Caso contrário, devem ser combatidos como inimigos.

Ponto nodal da questão diz respeito, então, a quem deve ser considerado e combatido como inimigo. Assim como nem todos devem ser considerados pessoas, da mesma forma, nem todos aqueles que delinquem e descumprem as normas devem ser considerados

³³⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 56. Na mesma obra, complementa o autor: “(...) as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos. O caso do desapontamento é previsto como possível – é sabido que o mundo é complexo e contingente e que, portanto, os outros podem agir de forma inesperada- mas de antemão isso é considerado irrelevante para a expectativa”. (LUHMANN, **Sociologia do direito 1**, p. 56).

³³⁷ Tradução livre, do original: “todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona, y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona”. (JAKOBS, **Terroristas como personas en Derecho?**, p. 83).

³³⁸ JAKOBS, **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**, p. 106.

³³⁹ JAKOBS, **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**, p. 95. Afirma Jakobs que, no momento em que trouxe essas ideias, foi criticado por um colega acadêmico, para quem até mesmo Hitler deveria ser tratado como pessoa em Direito. Para Jakobs, a objeção desse acadêmico continua sendo abstrata; afirma que ninguém discordaria da legitimidade do homicídio desse tirano, mediante um atentado, para acabar com a guerra e que matá-lo deste modo não seria tratá-lo como pessoa, mas sim eliminá-lo como inimigo. (JAKOBS, **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**, p. 95).

³⁴⁰ JAKOBS, **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**, p. 96.

inimigos. Logo, tendo em vista que já se sabe quem são as pessoas em Direito, resta agora descobrir quais delinquentes devem ser considerados inimigos, a serem combatidos com um Direito Penal diferenciado.

3.2 O inimigo (não-pessoa) na obra de Jakobs

Como se afirmou acima, nem todo delinquente será tratado como inimigo. Ao delinquente “normal”, que não perde a qualidade de pessoa, aplica-se o Direito Penal do cidadão, com todos os direitos a ele inerentes. A pena frente ao delinquente, que mantém o *status* de cidadão, busca reafirmar a vigência da norma e é aplicada como forma de contradizer a violação do ordenamento jurídico. Segundo Jakobs, a este delinquente, a pena deixa claro que a conduta por ele perpetrada não foi adequada, podendo-se presumir que, por essa razão, haverá novamente fidelidade ao ordenamento jurídico por parte daquele que delinuiu³⁴¹.

Logo, nem todo delinquente é um adversário, por princípio, do ordenamento jurídico³⁴², isto é, nem todo autor de um delito perde a qualidade de pessoa. Pode acontecer que o autor de um delito, somente uma ou poucas vezes, deixe de cumprir apenas um dos deveres que compõem seu gigantesco rol de deveres, de modo que ainda se possa falar em um *modus vivendi* suportável. No que tange ao conjunto de deveres, os demais continuam sendo cumpridos ou se apresentam expectativas suficientes de que serão cumpridos³⁴³.

Estes sujeitos não podem ser privados imediatamente da qualidade de cidadãos, por terem atuado de modo errôneo, de forma pontual, mesmo que isso ocorra mais de uma vez. Assim, “ainda que a cimentação cognitiva de sua condição de pessoa se vê abalada por

³⁴¹ JAKOBS, **Terroristas como personas en Derecho?**, p. 81.

³⁴² CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 48.

³⁴³ JAKOBS, **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**, p. 102. Jakobs traz como exemplo: “al ‘notorio ciclista sin luz’, al que se recurría insistentemente en la discusión sobre los fines de la pena de hace algún tiempo con intención polémica, no hay necesidad de expulsarlo inmediatamente de la sociedad como no-persona jurídica”. Cita ainda como exemplo aquele que produz uma agressão injusta, gerando na vítima o direito de agir em legítima defesa. Nesse caso, segundo Jakobs, o agressor, apesar de ser perigoso, mantém o *status* de pessoa: “si el agresor hace hoy estragos, no es necesario declararlo directamente una no-persona jurídica, sino se puede apostar por que mañana el tribunal lo haga entrar en razón y lo condene prestar indemnización, cumpliendo a partir de ahí de nuevo sus deberes”. (JAKOBS, **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**, p. 102/103).

seu delito (...) pode se apostar que ela volta a se solidificar com a imposição da pena e assim procede o Direito Penal por regra geral: o delinquente segue sendo pessoa em Direito”³⁴⁴.

Porém, alguns delinquentes não apresentam essa garantia de que voltarão a prestar fidelidade ao ordenamento jurídico; alguns indivíduos não apresentam uma segurança cognitiva mínima de que direcionarão seu comportamento conforme à norma³⁴⁵. Nesses casos, esses indivíduos não mais podem ser tratados como pessoas, mas apenas como inimigos, que, em função de sua periculosidade, devem ser isolados do convívio social.

Frente ao inimigo, que abandona de modo permanente o Direito, não se pretende compensar um dano e reafirmar a vigência da norma, mas eliminar um perigo. Logo, “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não apenas não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas também o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que, do contrário, violaria o direito à segurança das demais pessoas”³⁴⁶.

O inimigo, portanto, é aquele que não presta garantia suficiente de um comportamento pessoal conforme à norma, abandonando de forma duradoura o Direito. Ele se coloca fora da ordem social, porque a ameaça constantemente, convertendo-se em adversário do ordenamento jurídico por princípio. É tratado como fonte de perigo, e não como pessoa; não é um indivíduo perante o qual é possível o diálogo³⁴⁷. O que se analisa é a sua periculosidade e, frente a ele, cabe apenas a eliminação de um perigo.

Mas, concretamente falando, quem são os inimigos? Jakobs entende que podem ser considerados inimigos os delinquentes que, com sua conduta (delitos sexuais), seu meio de vida (criminalidade econômica e tráfico de drogas) ou sua vinculação a uma organização criminosa (criminalidade organizada e terrorismo), passam a dedicar-se, de maneira permanente, à delinquência³⁴⁸. Na Alemanha, vem se intitulando as legislações de combate a esses crimes como legislações de luta, sobretudo em relação ao terrorismo.

No mesmo sentido, esclarecendo a noção de inimigo em Jakobs, afirma Silva Sánchez que “o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o

³⁴⁴ Tradução livre, do original: “Aunque la cimentación cognitiva de su condición de persona se ve conmovida por su delito (...), puede apostarse por que aquella vuelva a solidificarse una vez producida la imposición de la pena, y así procede el Derecho penal por regla general: el delincuente sigue siendo persona en Derecho”. (JAKOBS, **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**, p. 103).

³⁴⁵ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 40.

³⁴⁶ Tradução livre, do original: “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”. (CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 47).

³⁴⁷ DONINI, **El Derecho Penal frente al “enemigo”**, p. 636.

³⁴⁸ JAKOBS, **Personalidad y exclusión en derecho penal**, p. 87.

Direito de modo supostamente duradouro, e não somente de maneira incidental”³⁴⁹. É aquele que, com sua conduta, manifesta um déficit na garantia de um comportamento pessoal pautado pelo ordenamento jurídico.

Atualmente, as formulações de Günther Jakobs dirigem-se, especialmente, ao inimigo terrorista, ao constatar a crescente preocupação dos países na criação de legislações de luta ou combate ao terrorismo. Estabelece a importância de uma regulação direcionada a estes inimigos (terroristas), claramente separada da legislação penal que se dirige àquele que mantém o *status* de cidadão, para que o Direito Penal do inimigo não contamine o Direito Penal do cidadão. Também determina que o Estado identifique e trate abertamente aqueles autores como o que verdadeiramente são: inimigos do Estado³⁵⁰.

Nesse sentido, observa-se que, para Adela Asua Batarrita, o terrorismo “constitui o campo característico de projeção do ‘Direito Penal do inimigo’. Nos crimes terroristas, e na própria constituição do ‘grupo terrorista’, concorrem os traços de definição daqueles que ameaçam de forma persistente a ‘segurança cognitiva’”³⁵¹.

Analisando as explicações acima mencionadas, verifica-se a ausência de algumas informações essenciais para esclarecer a noção de inimigo. Nesse sentido, não fica claro, na explanação de Jakobs, por exemplo, quem define o inimigo (o Estado, por meio do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário?); o que acontece nos casos de erro dessa definição; se é possível deixar de ser inimigo e voltar ao *status* de cidadão; se possível, como isso aconteceria?.

Manuel A. Abanto Vásquez entende que a ausência de determinadas informações gera uma grande insegurança, razão pela qual, além dos detentores de poder e

³⁴⁹ Tradução livre, do original: “(...) el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental”. (SILVA SÁNCHEZ, **La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**, p.164).

³⁵⁰ JAKOBS, **Terroristas como personas en Derecho?**, p. 91/92.

³⁵¹ Tradução livre, do original: “(...) constituye el campo característico de proyección del ‘Derecho penal del enemigo’. En los crímenes terroristas, y en la propia consistencia del ‘grupo terrorista’, concurren los rasgos definitorios de quien amenaza de forma persistente a la ‘seguridad cognitiva’”. (ASUA BATARRITA, Adela. El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 248/249). Segundo esta autora, o terrorismo é uma estratégia de comunicação simbólica; os crimes e a destruição representam uma mensagem de busca pelo poder e a intimidação é a sua finalidade direta. As vítimas são vistas como representantes do poder inimigo. (ASUA BATARRITA, **El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas**, p. 249). Complementa ainda que o terrorismo é composto por dois elementos principais: um elemento objetivo, consubstanciado em um rol de delitos graves, e um elemento subjetivo ou finalístico, que é a busca de intimidação de pessoas, grupos ou instituições. (ASUA BATARRITA, **El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas**, p. 260).

daqueles próximos a eles, ninguém estaria seguro de ser marcado como inimigo, seja por erro ou por má fé³⁵².

Apesar da ausência desses esclarecimentos sobre o inimigo na obra de Jakobs, pode-se concluir que, sendo a ideia de pessoa uma construção social e jurídica (a ordem normativa atribui personalidade), aqueles que não apresentam um mínimo de fidelidade ao ordenamento podem ser declarados como não-pessoas. A estes, chamados de inimigos, aplica-se o Direito Penal do inimigo, que se distingue do Direito Penal dos cidadãos, por possuir características e regras próprias.

4 As características do Direito Penal do inimigo

O binômio cidadão/inimigo ou pessoa/não-pessoa, nos termos acima expostos, norteia toda a teoria do Direito Penal do inimigo. Com base nessa distinção apresentada, Jakobs estabelece que o Direito Penal se divide em dois polos distintos: o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo.

O Direito Penal do cidadão está reservado àqueles que não delinquem de modo persistente, mantendo a qualidade de cidadãos, ao passo que o Direito Penal do inimigo se aplica àqueles que perdem o *status* de pessoa, ao abandonarem de modo permanente o Direito, não prestando uma garantia cognitiva mínima de que atuarão conforme as normas. Assim, “com o abandono permanente das regras, o inimigo não poderia usufruir os ‘benefícios’ próprios do conceito de pessoa”³⁵³.

O Direito Penal do inimigo possui características próprias que o diferenciam de um Direito Penal destinado aos cidadãos. Segundo Jakobs, o Direito Penal para os inimigos permanece sendo Direito, ao vincular o Estado, seus funcionários e órgãos na luta contra os inimigos: “o Direito Penal do inimigo não é uma regulação para a aniquilação ilimitada, mas, em um Estado de Direito administrado com inteligência, uma *ultima ratio* que é aplicada conscientemente enquanto exceção, como algo que não é idôneo de ser permanente”³⁵⁴. Ressalta ainda que, para o Estado de Direito, um Direito Penal do inimigo claramente

³⁵² ABANTO VÁSQUEZ, *El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico*, p. 24.

³⁵³ CARVALHO, *Política de guerra às drogas na América Latina: entre o Direito Penal do inimigo e o estado de exceção permanente*, p. 258.

³⁵⁴ Tradução livre, do original: “(...) el Derecho Penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente”. (JAKOBS, *Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, p. 107).

definido é menos perigoso do que contaminar o Direito Penal dos cidadãos com fragmentos deste³⁵⁵.

Manuel Cancio Meliá discorda, entendendo que “Direito Penal do cidadão é um pleonasma, Direito Penal do inimigo uma contradição em seus termos”³⁵⁶. A ideia de Direito Penal do inimigo seria politicamente errada e inconstitucional, pois demoniza determinados autores e, em consequência, é um Direito Penal do autor, e não um Direito Penal do fato³⁵⁷. Portanto, em um Estado Democrático, não seria verdadeiramente Direito Penal.

É preciso lembrar ainda que, apesar de Jakobs defender a existência de dois Direitos Penais, um direcionado ao cidadão e outro destinado ao inimigo, ele mesmo afirma que dificilmente esses Direitos aparecem como tipos puros. E ainda acrescenta que não se trata de duas esferas isoladas e apartadas entre si, mas de dois lados ou tendências de uma mesma realidade e de um mesmo contexto jurídico-penal³⁵⁸. Ademais, ressalta também que o Direito Penal do inimigo deve se limitar ao meramente necessário para combater o inimigo³⁵⁹.

Para melhor aclarar esse debate e no intuito de se permitir uma posterior análise crítica, é imprescindível, neste momento, conhecer as principais características deste Direito Penal e as consequências de sua aplicação aos inimigos.

4.1 A antecipação da tutela penal

Determinadas características separam e diferenciam o Direito Penal do inimigo do Direito Penal do cidadão³⁶⁰. Convém observar que, em 1985, o autor estabelecia alguns

³⁵⁵ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 56.

³⁵⁶ Tradução livre, do original: “Derecho penal del ciudadano es un pleonasma, Derecho penal del enemigo, una contradicción en los términos”. (CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 61).

³⁵⁷ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 93/94.

³⁵⁸ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 21/22.

³⁵⁹ JAKOBS, **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**, p. 115.

³⁶⁰ Luis Flávio Gomes e Alice Bianchini trazem um interessante resumo sobre o tratamento destinado aos inimigos: “(a) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (b) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só é sua periculosidade); (c) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança (porém, não a destinada aos inimputáveis, que tem caráter curativo, sim, medida de segurança detentiva para os imputáveis); (d) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (e) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (f) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a

aspectos importantes do Direito Penal do inimigo, sendo eles: a criminalização em estado prévio à lesão do bem jurídico, as penas desproporcionadamente altas e a supressão de garantias processuais³⁶¹.

Manuel Cancio Meliá, analisando a obra mais recente de Jakobs, também menciona três características principais deste Direito direcionado aos inimigos. Em primeiro lugar, existe um amplo adiantamento da punibilidade, criando-se a ideia de um ordenamento jurídico-penal prospectivo, com referência ao futuro, e não mais retrospectivo, que visa ao fato cometido. Em segundo lugar, há o estabelecimento de penas desproporcionais e elevadas. As penas não são reduzidas em função da antecipação da barreira punitiva. E, como terceira característica, ocorre a relativização, em alguns casos uma supressão, de garantias penais e processuais penais³⁶².

Nesse contexto, Xacobe Bastida Freixedo explica que, diante da antecipação da punibilidade, determinados atos preparatórios passam a ser tipificados. Ademais, no que tange às penas para o inimigo, estas são excessivas e os atos preparatórios, tipificados como delitos, recebem penas próximas àquelas de crimes consumados. Quanto à restrição de garantias processuais, adotam-se medidas como as interceptações telefônicas, a ampliação de prazos de detenção policial, o aumento de possibilidades para decretação de prisão preventiva, entre outras. Por fim, acrescenta ainda uma quarta característica a este Direito: o Direito Penitenciário também experimenta um considerável endurecimento, com a limitação de benefícios e o aumento de requisitos para a liberdade condicional³⁶³.

Em relação ao adiantamento da proteção penal, verifica-se que o Estado passa a antecipar a criminalização, deixando de tipificar apenas as condutas exteriorizadas. Para o inimigo, tipificam-se também as condutas meramente preparatórias. A legislação jurídico-penal passa a abarcar novos fatos e situações, ampliando excessivamente seu âmbito de incidência, especialmente com a tipificação de condutas que em muito antecedem a lesão ao bem jurídico tutelado.

Portanto, no Direito Penal do inimigo, antecipa-se a punição para fases alheias à comissão do delito, com penas próximas àquelas atribuídas à conduta lesiva ou perigosa. Dentre as técnicas utilizadas pelo legislador para tanto, está a criação de tipos penais de mera

reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade". (GOMES, BIANCHINI, "**Direito Penal**" do inimigo e os inimigos do Direito Penal, p. 330/331).

³⁶¹ JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, p. 293 e seguintes.

³⁶² CANCIO MELIÁ; JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, p. 79-81.

³⁶³ BASTIDA FREIXEDO, *Los bárbaros en el umbral: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo*, p. 280/281.

conduta e de tipos de perigo abstrato, mormente para a proteção de bens jurídicos supraindividuais ou coletivos³⁶⁴. Criminalizam-se, por exemplo, as condutas de participação em organizações criminosas e ainda os delitos de instigação ao ódio racial ou de exaltação de autores de crimes ou de fatos criminosos³⁶⁵.

Para Manuel Cancio Meliá, o que ocorre é a eliminação substancial da distinção entre preparação e tentativa, entre autoria e participação, inclusive com a penalização rigorosa da mera participação em organizações criminosas ou terroristas: “mediante sucessivas ampliações, se tem alcançado um ponto no qual ‘estar aí’ de algum modo, ‘fazer parte’ de alguma maneira, ‘ser um deles’, ainda que só seja em espírito, é suficiente”³⁶⁶.

Além disso, nos tipos penais característicos do Direito Penal do inimigo, verifica-se a aplicação de uma técnica de redação imprecisa e ambígua, utilizada pelo legislador, em muitos casos, para “vulnerar, com uma redação obscura, o mandato de determinação e taxatividade do princípio da legalidade dos delitos e das penas”³⁶⁷. Inclusive, na visão de Luis Gracia Martín, esta é uma das manifestações típicas do Direito Penal do inimigo na legislação alemã: a presença de leis penais ambíguas e abertas, que se intitulam leis de luta ou de combate³⁶⁸.

Convém destacar que as modificações propostas pelo Direito Penal do inimigo giram em torno da suposta periculosidade de determinados delinquentes³⁶⁹, tendo como consequência o fato de que não se pode esperar a produção de um dano para interceptar o inimigo. Deste modo, este é punido por sua suposta periculosidade, sendo interceptado em um momento bem anterior à efetiva lesão.

Com isso, os avanços de um Direito Penal liberal e de seus princípios garantistas, como o princípio da lesividade e do caráter fragmentário do Direito Penal, aparecem como formulações antiquadas e como obstáculos à prevenção e ao combate dos

³⁶⁴ DURÁN MIGLIARDI, *El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal*, p. 727.

³⁶⁵ No item 5 deste capítulo são elencados alguns exemplos de manifestação do Direito Penal do inimigo em legislações jurídico-penais de países como os Estados Unidos e a Espanha.

³⁶⁶ Tradução livre, do original: “(...) mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que ‘estar ahí’ de algún modo, ‘formar parte’, de alguna manera, ‘ser uno de ellos’, aunque sólo sea en espíritu, es suficiente”. (CANCIO MELIÁ; JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, p. 101/102).

³⁶⁷ Tradução livre, do original: “(...) vulnerar, a través de una redacción oscura, el mandato de determinación y taxatividad del principio de legalidad de los delitos y las penas”. (DURÁN MIGLIARDI, *El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal*, p. 738).

³⁶⁸ GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”*, p. 1057.

³⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, p. 584.

inimigos, os quais estão dispostos a colocar em xeque a sociedade contemporânea³⁷⁰. De fato, segundo Luis Flávio Gomes e Alice Bianchini, o Direito Penal do inimigo promove uma flexibilização de princípios fundamentais para o Estado Democrático, como o princípio da legalidade, sobretudo no aspecto da taxatividade, o princípio da lesividade (ou ofensividade) e o princípio da exteriorização dos fatos³⁷¹.

Cumprе salientar que o Direito Penal do inimigo não possui, em nenhum lugar, uma legislação penal única, ordenada e sistematizada. É formado, portanto, por todas as normas que apresentam as características mencionadas, espalhadas pelos ordenamentos jurídico-penais de diversos países, sendo com frequência introduzidas pelas legislações especiais. Bem ressaltam Luis Flávio Gomes e Alice Bianchini que o tratamento diferenciado, antiguarantista e discriminador de determinados autores de crimes é a característica que marca e diferencia o Direito Penal do inimigo³⁷².

Entretanto, há ainda outros elementos que separam o Direito Penal do inimigo do Direito Penal do cidadão.

4.2 A pena para o inimigo

Outra importante característica do Direito Penal do inimigo está na imposição de penas elevadas e desproporcionais. A desproporcionalidade das penas se manifesta em dois sentidos: por um lado, a tipificação de condutas prévias à lesão ao bem jurídico, com a punição de atos preparatórios, não vem acompanhada de uma redução da pena em relação à pena dos atos consumados ou tentados. Por outro lado, o fato de o inimigo delinquir habitualmente, de forma profissional ou pertencendo a uma organização criminosa, é usado como circunstância específica para aumentar consideravelmente a pena, de forma desproporcional em relação aos fatos delitivos concretos cometidos³⁷³.

No entanto, não apenas as penas são elevadas e desproporcionais, mas a própria função e o significado da pena assumem novos contornos no Direito Penal do inimigo. Explica Jakobs que a pena é coação, em uma dupla medida. Ela representa uma resposta ao delinquente, uma afirmação de que, apesar do delito por ele praticado, a norma continua

³⁷⁰ EDUARDO ABOSO, *El llamado “Derecho Penal del enemigo” y el ocaso de la política criminal racional*: el caso argentino, p. 54.

³⁷¹ GOMES, BIANCHINI, “Direito Penal” do inimigo e os inimigos do Direito Penal, p. 332.

³⁷² GOMES; BIANCHINI, “Direito Penal” do inimigo e os inimigos do Direito Penal, p. 333.

³⁷³ GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”*, p. 1057.

vigente sem modificações e que o ataque a ela dirigido é irrelevante. O delito significa um ataque à vigência do ordenamento, uma desautorização ao sistema normativo e a pena, por sua vez, reafirma a vigência da norma³⁷⁴.

A pena tem ainda outro significado coativo, pois ela também produz efeitos físicos. Nesse sentido, ela impede o delinquente de cometer novos crimes, ao privá-lo de sua liberdade pela pena privativa, durante o lapso de cumprimento desta pena, em uma função de prevenção especial negativa. Tais funções da pena, que geram coação nesse duplo sentido (coação-reafirmação e coação-privação), valem para o Direito Penal dos cidadãos³⁷⁵.

No Direito Penal dos cidadãos, o delinquente, que mantém a qualidade de cidadão, comete uma comunicação defeituosa. Seu fato delitivo é um deslize reparável, uma irritação social da comunidade. Com o crime, o delinquente manifesta simbolicamente sua não aceitação da norma vigente, afirmando que a norma infringida não lhe compete. Por sua vez, o Estado, com a imposição da pena, manifesta simbolicamente que a norma segue sendo vigente: a função latente da pena é contradizer a contradição da norma, isto é, negar a negação do ordenamento³⁷⁶.

Contudo, para o Direito Penal do inimigo, a pena não possui os mesmos significados. Ela é tão somente coação física, pois enquanto o Direito Penal do cidadão visa manter e reafirmar a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo objetiva combater perigos, tornando inócua a ação dos agentes perigosos. O inimigo recusa-se a entrar em um estado de cidadania e não oferece qualquer expectativa normativa de que vá cumprir as normas. Deste modo, não pode ter os mesmos benefícios dirigidos à pessoa (cidadão)³⁷⁷.

Assim, para o Direito Penal do inimigo, a pena visa, principalmente, proteger a sociedade de atos lesivos futuros. A pena privativa, cada vez mais dura, é forma de privar a sociedade do convívio com o inimigo. É apenas coação física, eliminação e neutralização de perigos. No caso do inimigo, busca-se garantir segurança mais do que manter a vigência do ordenamento: “o Direito Penal do cidadão, garantia do ordenamento jurídico, transforma-se em defesa frente aos riscos”³⁷⁸.

Nesse contexto, convém destacar que, enquanto o Direito Penal do cidadão é um Direito do diálogo e da comunicação, no qual a pena garante a vigência da norma violada

³⁷⁴ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, p. 23.

³⁷⁵ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, p. 23/24.

³⁷⁶ POLAINO NAVARRETE; POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos*, p. 626/627.

³⁷⁷ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, p. 24/25.

³⁷⁸ Tradução livre, do original: “El Derecho Penal del ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, se transmuta en defensa frente a riesgos”. (JAKOBS, *Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, p. 133).

no passado e o delinquente ainda é reconhecido como cidadão, no Direito Penal do inimigo não há comunicação. Justamente por essa razão, a pena é apenas exclusão dos inimigos, aqueles que não oferecem garantia cognitiva mínima. O inimigo não é sujeito do diálogo e, portanto, para ele a pena nada comunica, mas é pura coação física e neutralização³⁷⁹. O inimigo não responde a estímulos normativos: a pena a ele aplicada não pode ter efeito de estabilizar a confiança nas normas³⁸⁰.

Em função deste significado neutralizador da pena em relação aos inimigos, há, como consequência, a generalização e o aumento substancial da pena privativa de liberdade e, simultaneamente, uma restrição aos benefícios penitenciários: evitam-se ou dificultam-se os mecanismos que permitem a redução de sua duração, bem como as formas mais brandas de seu cumprimento. Ao mesmo tempo, revitalizam-se também as possibilidades de prisão preventiva³⁸¹.

Cumpra ainda ressaltar que o inimigo afeta mais a segurança cognitiva do que um delinquente que mantém o *status* de cidadão e, por isso, a ele seria necessário impor uma pena maior, por sua maior culpabilidade nesse sentido. Segundo Bernardo Feijoo Sánchez, a pena é mais elevada não por uma maior infidelidade à norma, mas porque gera insegurança cognitiva; nada tem a ver com a culpabilidade pelo fato ocorrido, mas sim porque se espera que o agente, no futuro, volte a delinquir³⁸².

Destarte, em primeiro plano, visa-se proteger a sociedade frente a um agente perigoso, mediante uma pena extensa. A intimidação e o isolamento do agente perigoso justificam as penas elevadas. O Direito Penal do cidadão se orienta face à comunicação social, para estabilizar e reafirmar a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo se orienta na busca de segurança e eliminação de perigos. Para concluir, com as palavras do próprio autor:

³⁷⁹ CORNACCHIA, **La moderna *hostis iudicatio***: entre norma y estado de excepción, p. 440. No mesmo sentido, são as lições de Francisco Ferreira de Abreu: “El Derecho Penal del enemigo trata de un Derecho caracterizado por la mera coacción y el aseguramiento frente a los peligros de quienes se han apartado de la juridicidad de forma aparentemente duradera, de manera que de ellos no puede esperarse el cumplimiento de las expectativas normativas, por tanto, se trata de un derecho cuya misión o prestación no es otra que la custodia de los sujetos peligrosos mediante el uso de la pena privativa de libertad”. (ABREU, Francisco Ferreira de. Resocialización o inocuización? Acerca del Derecho Penal del enemigo en el contexto de la reforma penal venezolana. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 884).

³⁸⁰ PASTOR, **El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional**, p. 479.

³⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, **De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana**: un debate desenfocado, p. 585.

³⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, **El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho**, p. 824.

“no Direito Penal do cidadão, a função manifesta da pena é a contradição, no Direito Penal do inimigo, a eliminação de um perigo (...) ambos os tipos podem ser legítimos”³⁸³.

4.3 O Processo Penal para o inimigo

Talvez seja no âmbito do Direito Processual Penal onde se encontre a mais forte e evidente característica do Direito Penal do inimigo, no qual ele concentra seus esforços. Trata-se da relativização, restrição e até mesmo supressão de garantias processuais penais dos agentes infratores que se encontram vestidos sob a roupagem do inimigo.

No Processo Penal de um Estado Democrático, o imputado é um sujeito processual, uma pessoa que participa do processo, com vários direitos, como a produção de provas, o direito de assistir aos interrogatórios, a não produzir provas contra si mesmo, a não ser compelido ou coagido, mediante violência ou ameaça de violência, a prestar declarações. É no Direito Processual onde se manifesta, de forma mais clara, o *status* de pessoa do autor de um delito³⁸⁴. O Processo Penal é, portanto, o sismógrafo de um Direito Penal liberal³⁸⁵.

Entretanto, no Processo Penal, há também várias formas de coação, tais como a prisão preventiva, as intervenções de investigadores disfarçados, as investigações secretas, as extrações de sangue e produções de prova que exigem o fornecimento de material biológico pelo réu, a intervenção nas comunicações, entre outras. Para Jakobs, essas medidas são legítimas e justificáveis quando a coação física não se dirige contra a pessoa, “mas contra o indivíduo que, com seus instintos e medos, põe em perigo o curso ordenado do processo, isto é, conduz-se, nessa medida, como inimigo”³⁸⁶.

Para o Direito Penal do inimigo, são admitidas medidas que restringem as garantias e direitos processuais penais protegidos pelo Estado Constitucional Democrático. Nesse sentido, há uma maior facilidade para a decretação da prisão preventiva e também as

³⁸³ Tradução livre, do original: “En el Derecho penal del ciudadano, la función manifesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro (...) Ambos tipos pueden ser legítimos”. (CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 55).

³⁸⁴ SCHEERER, Sebastian; BÖHM, María Laura; VÍQUEZ, Karolina. Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho Penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 919.

³⁸⁵ SCHULZ, Lorenz. Fricciones de una ficción. El Derecho Penal de Jakobs para enemigos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 955.

³⁸⁶ Tradução livre, do original: “(...) sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo”. (JAKOBS, **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**, p. 113).

prisões para a averiguação, decretadas com base em meras suspeitas, bem como a utilização de outras medidas, como a facilitação de intervenções corporais, de intervenção nas comunicações e de invasão do âmbito privado, sem controle judicial, e ainda o uso abusivo de medidas cautelares, como as interceptações e quebras de sigilo³⁸⁷.

Há também a utilização excessiva de agentes disfarçados, uso de provas ilícitas, limitações ao direito de defesa e prolongação aos períodos de incomunicabilidade (nos países em que a incomunicabilidade do preso é admitida, o que não é o caso do Brasil). Incentiva-se a delação premiada e, em alguns casos, nomeiam-se julgadores de exceção, constituídos para julgar um caso específico, muitas vezes com identidade sigilosa, como ocorreu na Colômbia, com os “juízes sem rosto”³⁸⁸.

Para J. M^a Terradillos Basoco, esse desmonte de garantias significa também a negativa de princípios basilares do Direito Penal, entre eles o princípio da exteriorização do fato e o princípio da lesividade, este último que carece de eficácia limitadora quando o próprio inimigo encarna a lesividade³⁸⁹. Até mesmo o próprio princípio da presunção da inocência passa a ser questionado e restringe-se o *nemo tenetur se ipsum accusare*, segundo o qual não se pode exigir que o acusado produza provas contra si mesmo. A garantia de não autoincriminação só é devidamente respeitada para o acusado-pessoa, e não para o inimigo.

Destarte, essas restrições se destinam aos indivíduos que não mais assumem uma postura de conformidade frente ao Direito, mas que se colocam definitivamente contra este, abandonando-o de forma permanente. Frente a esses indivíduos, inimigos ou não pessoas, que não oferecem garantia cognitiva suficiente, permitem-se tais restrições de direitos e garantias, como necessárias para a segurança da sociedade. A garantia de segurança é, na verdade, o grande objetivo do ordenamento jurídico penal frente aos inimigos.

Convém destacar que a ideia de penas de prisão elevadas, para isolar o inimigo do convívio social, aliada à redução de garantias processuais, muito se aproxima da posição político-criminal esboçada por Jesús-María Silva Sánchez, ao discorrer sobre as velocidades do Direito Penal³⁹⁰.

³⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, **De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana**: un debate desenfocado, p. 585.

³⁸⁸ MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006, p. 231. Após vários casos de ameaças e mortes de magistrados e funcionários da administração da justiça, nas mãos dos narcotraficantes, o governo colombiano, em 1991, criou uma lei pela qual as testemunhas e juízes do processo penal passaram a ser secretos. O réu não mais poderia conhecer a identidade daqueles que o julgavam, em uma medida que ficou conhecida como “justiça secreta” ou “justiça sem rosto”. (APONTE, **Derecho penal del enemigo en Colombia**: entre la paz y la guerra, p. 211/212).

³⁸⁹ TERRADILLOS BASOCO, **Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”**, p. 1022/1023.

³⁹⁰ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 82.

Segundo Silva Sánchez, inicialmente, poder-se-ia falar em duas velocidades do Direito Penal. A primeira velocidade é representada pelo Direito Penal do cárcere, no qual estão mantidos rigorosamente os princípios político-criminais tradicionais, os princípios processuais e as regras de imputação. Já a segunda velocidade está ligada às situações em que há uma flexibilização de princípios e regras tradicionais, em função da menor intensidade das penas de privação de direitos ou penas pecuniárias, e não mais de prisão³⁹¹.

Contudo, afirma que, diante dos fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, a delinquência patrimonial profissional e a delinquência sexual violenta e reiterada, que ameaçam os fundamentos da sociedade, é possível admitir um Direito Penal de terceira velocidade, no qual conviveriam a pena privativa de liberdade e a flexibilização de garantias processuais e regras de imputação. Destaca que sua concepção guarda estreita relação com o Direito Penal do inimigo³⁹².

Portanto, para os inimigos, que não prestam a mínima segurança cognitiva, surgem dificuldades adicionais de persecução e prova, motivo pelo qual seria possível incrementar as penas de prisão e relativizar garantias substantivas e processuais. Porém, Silva Sánchez ressalta que o Direito Penal de terceira velocidade só pode manifestar-se como instrumento de emergência, sendo uma espécie de Direito de guerra³⁹³. Este seria um mal menor, desde que utilizado de modo estritamente necessário perante fenômenos excepcionalmente graves e que não contaminem o Direito Penal da normalidade.

Para este autor, é imprescindível uma permanente revisão da concorrência desses pressupostos, o que, segundo Silva Sánchez, não vem ocorrendo nos Estados, pelo que “o círculo do Direito Penal dos inimigos tenderá, ilegitimamente, a estabilizar e a crescer”³⁹⁴. Ao contrário de Silva Sánchez, Jakobs não fala em uma tendência de expansão ilegítima, mas afirma a sua legitimidade para combater determinados delinquentes.

Essas são as principais características do Direito Penal do inimigo. Para melhor visualizá-las, interessante expor algumas legislações jurídico-penais que são consideradas reflexos do Direito Penal para os inimigos ou não-pessoas.

³⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, p. 163.

³⁹² SILVA SÁNCHEZ, **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, p. 163/164.

³⁹³ SILVA SÁNCHEZ, **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, p. 165/166.

³⁹⁴ Tradução livre, do original: “(...) el círculo del Derecho penal de los enemigos tenderá, ilegitimamente, a estabilizarse y a crecer”. (SILVA SÁNCHEZ, **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, p. 166/167).

5 Alguns exemplos do Direito Penal do inimigo nas legislações jurídico-penais

No presente tópico, busca-se expor algumas legislações de países como os Estados Unidos, a Espanha e a Alemanha, no intuito de mostrar que a influência da construção de Jakobs transbordou a mera discussão acadêmica para produzir reflexos práticos e concretos. Não se pretende, aqui, apresentar essas legislações com detalhes, nem estudá-las a fundo, mas apenas demonstrar a presença de traços característicos do Direito Penal do inimigo em seu bojo. A escolha desses países não se deu por acaso, mas em função de apresentarem as maiores discussões e maior quantidade de material bibliográfico sobre a temática.

Convém ressaltar que, ao longo dos últimos anos, muitas legislações jurídico-penais de diversos países apresentaram características e regras que as permitem aproximá-las e caracterizá-las como verdadeiro Direito Penal do inimigo. Tal situação se intensificou nas legislações de combate ao crime organizado, ao crime econômico e, principalmente, ao terrorismo. Vários dispositivos promoveram o aumento desproporcional das penas, a antecipação da punibilidade e ainda a relativização de garantias processuais do acusado.

A legislação de luta introduzida em muitos ordenamentos democráticos, justificada sob as exigências de segurança, assume caráter de legislação definitiva: as medidas, inicialmente excepcionais, tendem a transformar-se em modelo normal de política criminal³⁹⁵. O Direito, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, “assume, cada vez mais, as conotações de guerra global, de conflito continuado, endêmico, contra inimigos que operam tanto no interior, quanto no exterior dos Estados”³⁹⁶.

Apesar das legislações que refletem o Direito Penal do inimigo não se restringirem ao tratamento do terrorismo, é nas leis antiterroristas que melhor se visualiza essa influência: a necessidade de uma resposta eficaz ao fenômeno do terrorismo levou grande parte dos ordenamentos ocidentais a atenuar os padrões de garantias frente às intervenções indevidas dos poderes públicos na esfera privada, em nome da segurança e da luta contra a criminalidade³⁹⁷.

Um dos países onde mais facilmente se pode identificar a presença do Direito Penal do inimigo são os Estados Unidos. De fato, após os atentados às Torres Gêmeas e ao

³⁹⁵ CORNACCHIA, *La moderna hostis iudicatio*: entre norma y estado de excepción, p. 429.

³⁹⁶ Tradução livre, do original: “assume, cada vez más, las connotaciones de guerra global, de conflicto continuado, endêmico, contra enemigos que operan tanto en el interno como en el exterior de los Estados”. (CORNACCHIA, *La moderna hostis iudicatio*: entre norma y estado de excepción, p. 431).

³⁹⁷ MANNA, *Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo*: la *privacy*, p. 258.

Pentágono, seguiu-se uma legislação de caráter autoritário-repressivo no ordenamento jurídico-penal estadunidense, que acabou por influenciar a legislação de muitos outros países, principalmente na Europa.

Pouco após o trágico 11 de setembro de 2001, o Senado americano aprovou a *Uniting and Strengthening America by Providing Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, mais conhecida como *USA Patriot Act*, que se converteu em lei em 26 de outubro de 2001³⁹⁸. Tal ato representou uma dura reação aos atentados terroristas. Na comparação entre defesa/segurança nacional e liberdades individuais, restou claro que o Senado americano fez a opção pelo primeiro valor, a segurança nacional, com uma drástica redução de liberdades, das garantias e dos procedimentos de *habeas corpus*.

Observa-se que houve uma ampliação da atuação policial, aumentando-se as possibilidades para a realização de interceptações telefônicas ou telemáticas, de detenção, sem limitação temporal, de estrangeiros que praticam crimes previstos nas leis de imigração ou que, em qualquer caso, sejam considerados como perigosos à segurança e defesa nacional. Permitiu-se ainda “o confisco em bibliotecas, bancos, hospitais ou escolas de documentos relativos aos aspectos mais íntimos e pessoais da vida privada de cada indivíduo (desde seu estado de saúde a seu *status* econômico ou seus interesses intelectuais)”³⁹⁹.

Posteriormente, no ano de 2003, foi editado o *Domestic Security Enhancement Act*, conhecido como *Patriot Act II*, o qual, seguindo a mesma linha, também promoveu uma regulação violadora dos direitos e liberdades individuais dos cidadãos⁴⁰⁰. Os *Patriot Acts* trouxeram fortes restrições às liberdades e garantias da esfera privada, permitindo amplos espaços de intervenção da esfera estatal na privacidade e intimidade, especialmente dos estrangeiros e imigrantes.

Segundo Massimo Donini⁴⁰¹, o governo Bush introduziu novas categorias de etiquetamento de inimigos, com destaque para os combatentes ilegais (*unlawful combatants*) e os inimigos combatentes (*enemy combatants*), equiparados em tratamento aos imigrantes ilegais (*unlawful immigrants*). Para o etiquetamento desses inimigos, além dos *Patriot Acts*, outro instrumento técnico utilizado pelo Estado americano foi a *Military Orden*, de 13 de

³⁹⁸ MANNA, *Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo*: la *privacy*, p. 259.

³⁹⁹ Tradução livre, do original: “(...) la incautación en bibliotecas, bancos, hospitales o escuelas de documentos relativos a los aspectos más íntimos y personales de la vida privada de cada individuo (desde su estado de salud a su estatus económico o sus intereses intelectuales)”. (MANNA, *Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo*: la *privacy*, p. 259/260).

⁴⁰⁰ MANNA, *Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo*: la *privacy*, p. 261.

⁴⁰¹ DONINI, *El Derecho Penal frente al “enemigo”*, p. 646.

novembro de 2001, que introduziu uma jurisdição militar para os terroristas, com tribunais especiais e sistemas especiais de detenção, como o realizado na Base de Guantánamo, em Cuba⁴⁰².

Na prisão de Guantánamo, o combatente inimigo, suspeito de pertencer a uma organização terrorista ou de colaborar com esta, é considerado um combatente ilegal e, por esta razão, ao ser capturado não é classificado como prisioneiro de guerra, não desfrutando dos direitos da Convenção de Genebra de 1949⁴⁰³. Os inimigos combatentes são classificados como “homens sem senhor”: “situados mais além do alcance do Direito de guerra e do Direito nacional dos Estados Unidos, somente se encontram submetidos às restrições que seus captadores escolham a eles impor”⁴⁰⁴.

Ronald Dworkin explica que, de fato, o tratamento contra o terrorismo não se encaixa plenamente dentro do modelo penal interno ou do modelo de guerra externo e que isso tem sido usado como desculpa pelos governos para buscar a segurança, sem quaisquer limitações e sem respeito a direitos ou garantias. Entende que é preciso que o debate e a experiência possam levar a um novo sistema jurídico para o combate ao terrorismo, que seja codificado em um conjunto de convenções internacionais⁴⁰⁵.

No entanto, enquanto esse modelo não está pronto, deve-se escolher um tratamento a ser aplicado ao terrorista: ou se lhe trata como prisioneiro de guerra ou como suspeito de crime. Em qualquer um dos casos, faz-se necessário respeitar as regras, direitos e

⁴⁰² A Prisão de Guantánamo é uma prisão militar dos Estados Unidos, que integra a Base Naval da Baía de Guantánamo, localizada na ilha de Cuba. Em 22 de janeiro de 2009, o presidente americano Barack Obama comprometeu-se a desativar a base de Guantánamo no prazo de um ano. Tal promessa não foi cumprida, mas, em 27 de janeiro de 2010, o então embaixador dos Estados Unidos, Daniel Fried, afirmou que o centro de detenção será fechado antes do final do mandato do presidente Barack Obama, em janeiro de 2013. (FOLHA ONLINE. **Governo Obama diz que Guantánamo deve ser fechada até 2013**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u685463.shtml>>. Acesso em 22 de maio de 2012). Ronald Dworkin, ao falar do tratamento destinado aos prisioneiros de Guantánamo, expõe que o governo “instala campos de detenção fora do país, de forma a evitar o requerimento de *habeas corpus*; reivindica o direito exclusivo de decidir quem é combatente inimigo, sem necessidade de apresentar provas consistentes a qualquer tribunal; recusa-se a permitir que juízes examinem suas afirmações opacas de que a segurança exige a negação de proteções básicas a pessoas que acusa de crimes; mantém suas detenções e seu tratamento dos detentos o mais secreto possível, para evitar qualquer crítica por parte de outros órgãos de governo, da imprensa, de cidadãos ou de organizações internacionais de direitos humanos; afirma que a segurança em tempos de guerra demanda esse sigilo e essa imunidade da supervisão judicial e de outros tipos”. (DWORKIN, Ronald. O terror e o ataque às liberdades civis. **Direito e Democracia (Revista de Ciências Jurídicas-Ulbra)**, Canoas, v. 05, n. 01, p.169-186, jan./jun. 2004, p. 176/177).

⁴⁰³ DONINI, **El Derecho Penal frente al “enemigo”**, p. 646.

⁴⁰⁴ Tradução livre, do original: “(...) situados mas allá del alcance del Derecho de la guerra y del Derecho nacional de los Estados Unidos, sólo se encuentran sometidos a las restricciones que sus captadores escojan imponerse a sí mismos”. (DUBBER, Markus D. Guerra y paz: Derecho Penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del Derecho Penal estadounidense. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 695).

⁴⁰⁵ DWORKIN, **O terror e o ataque às liberdades civis**, p. 182.

princípios elencados pelos respectivos estatutos (Convenção de Genebra, em um caso, legislação interna, em outro). Isso não é o que vem acontecendo; ao contrário, o tratamento dispensado aos prisioneiros de Guantánamo tem sido extremamente arbitrário.

Na Alemanha, também se pode identificar dois grandes exemplos de manifestação do Direito Penal do inimigo, por meio da antecipação da punibilidade e da aplicação de penas desproporcionais. Neste país, criou-se, recentemente, um novo tipo penal, que acompanha a tendência de adiantamento da atuação penal: trata-se da responsabilização criminal daquele que, mediante escritos, influencia uma criança, com a intenção de levá-la à realização de atos sexuais (parágrafo 176.4, n. 3º *StGB*). Este tipo legal também inclui arquivos de dados na internet. Tem-se, aqui, uma antecipação especialmente ampla da punibilidade, “que ameaça de pena uma tomada de contato objetivamente carente de relevância, unicamente pelas intenções perseguidas para um momento posterior”⁴⁰⁶.

Além disso, na Alemanha, contínuas alterações da lei incrementaram as penas da pornografia infantil e do abuso sexual. Em 01º de abril de 2004, entrou em vigor uma lei que elevou as penas mínimas para o abuso sexual cometido contra crianças, tornando obrigatória a pena privativa de liberdade, inclusive para casos menos graves, nos quais não houve contato corporal (exemplo: exibição de imagem pornográfica à criança). Essas mudanças aconteceram, mesmo que os parâmetros em vigor anteriormente fossem considerados perfeitamente suficientes para a punição dos infratores⁴⁰⁷.

Por fim, o crime de constituição de organizações criminosas e terroristas também é gravemente punido, com penas que chegam até dez anos de prisão. Em 22 de agosto de 2002, criou-se um novo tipo penal, previsto no § 129b do *StGB*, que pune a constituição de organizações terroristas no estrangeiro, representando um outro exemplo de adiantamento da punibilidade⁴⁰⁸.

A Espanha também se destaca por possuir algumas legislações direcionadas ao inimigo. Nesse sentido, o Código Penal de 1995 passou por várias alterações, especialmente nos crimes de liberdade sexual e em questões ligadas ao terrorismo, sempre com a criação de

⁴⁰⁶ Tradução livre, do original: “(...) que amenaza de pena una toma de contacto objetivamente carente de relevancia únicamente por las intenciones perseguidas para un momento posterior”. (HÖRNLE, Tatjana. Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 56).

⁴⁰⁷ HÖRNLE, **Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del enemigo”**, p. 60.

⁴⁰⁸ HÖRNLE, **Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del enemigo”**, p. 56.

novos tipos e subtipos agravados. Várias reformas foram realizadas no ano de 2003, com mudanças significativas no sentido de endurecimento da legislação penal⁴⁰⁹.

Nesse contexto, a Lei orgânica (LO) 07/2003 trouxe uma ideia de cumprimento íntegro e efetivo da pena, exasperando a pena para os crimes de terrorismo, para a delinquência organizada e ainda nos casos de reincidência. Com tal alteração, abandona-se a ideia de ressocialização na execução da pena, substituindo-a pela noção de inocuidade de determinados delinquentes, notadamente os terroristas.

Para Patricia Faraldo Cabana, “as últimas reformas do Código Penal de 1995 supõem a consolidação, na Espanha, de um subsistema penal de exceção em matéria de terrorismo, subsistema que somente pode ser definido como próprio de um Direito Penal do inimigo”⁴¹⁰. Nesse diapasão, o artigo 520 do Código Penal de 1995 admite a possibilidade de que a polícia prolongue a detenção do suspeito, quando autorizado pela autoridade judicial.

Ademais, a Lei orgânica (LO) 13/2003 permitiu ainda que se decreta uma prisão, com incomunicabilidade do detido, pelo prazo de até dez dias, nos casos de delito de terrorismo ou de investigações relacionadas ao crime organizado⁴¹¹. São medidas que claramente restringem garantias processuais do acusado, manifestação típica do Direito Penal do inimigo.

Um importante exemplo de adiantamento da intervenção penal na legislação espanhola diz respeito ao crime do artigo 578 do Código Penal, que é o crime de enaltecimento ou justificação do terrorismo. Para Manuel Cancio Meliá, tal crime, e seu aspecto simbólico, “consiste aqui em proclamar um mero tabu à expressão de determinadas opiniões, como se, desta forma, desaparecessem das cabeças daqueles que pensam desse modo. Não há mais nada a dizer: Direito Penal do inimigo”⁴¹².

⁴⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, ano 03, p. 53-82, jan./jun. 2006, p. 66/67.

⁴¹⁰ Tradução livre, do original: “(...) las últimas reformas del Código Penal de 1995 suponen la consolidación en España de un subsistema penal de excepción en materia de terrorismo, subsistema que sólo puede ser definido como próprio de un derecho penal de enemigos”. (FARALDO CABANA, Patricia. Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 759).

⁴¹¹ DAMIÁN MORENO, Juan. Un Derecho procesal de enemigos? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 466/467.

⁴¹² Tradução livre, do original: “(...) consiste aquí en proclamar un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones, como si de este modo desaparecieran de las cabezas de quienes piensan de ese modo. No hay nada más que decir: Derecho penal del enemigo”. (CANCIO MELIÁ, Manuel. **"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000**, n. 44, 2002, p. 18. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=264123>>. Acesso em 22 de maio de 2012).

Destaca-se ainda que, também no Direito brasileiro, autores como Luis Flávio Gomes e Alice Bianchini encontraram manifestações do Direito Penal do inimigo. Um desses exemplos estaria na Lei 8.072/90, que disciplina os crimes hediondos. Tal lei foi marcada pela adoção de medidas rigorosas aos crimes por ela regulados. Na redação original desta lei, determinava-se o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, vedando a progressão de regime, o que feria de morte os princípios da individualização e da humanidade das penas. Ademais, a lei também vedava a liberdade provisória, o indulto individual e o coletivo⁴¹³.

Contudo, no *Habeas corpus* 82.959-7/SP, em 2006, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da vedação de progressão de regimes para os crimes elencados como hediondos. Em 2007, o Congresso Nacional aprovou a Lei 11.464/2007, que passou a admitir expressamente a progressão de regime para os agentes condenados pela prática de crimes hediondos⁴¹⁴.

Outra legislação costumeiramente citada como exemplo é a Lei 11.343/2006, nova lei de drogas, que foi marcada por um endurecimento das penas e do tratamento dispensado aos crimes de tráfico de drogas, apesar de ter apresentado um tratamento mais brando para o usuário de entorpecentes. Esta lei, em seu artigo 44, vedava a liberdade provisória ao acusado de tráfico, dispensando-lhe um tratamento de inimigo ao ferir o princípio da presunção de inocência, convertendo a prisão em regra, e não mais em exceção.

Recentemente, em 10 de maio de 2012, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* 104.339/SP, decidiu pela inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória elencada pela Lei de drogas, sob o argumento de violar os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, entre outros. Doravante, caberá a análise, em cada caso, da possibilidade de concessão de liberdade provisória ao acusado⁴¹⁵.

Também se costuma citar a Lei do abate como manifestação do Direito Penal do inimigo. A Lei do abate se refere à Lei nº 9.614/1998 (regulamentada pelo Decreto 5.144/2004), que inseriu no Código da Aeronáutica (Lei 7.565/1986) a possibilidade, em alguns casos, de destruição de aeronaves, nos termos do artigo 303, § 2º desta lei⁴¹⁶. Essa é a

⁴¹³ GOMES; BIANCHINI, “Direito Penal” do inimigo e os inimigos do Direito Penal, p. 347.

⁴¹⁴ SANTOS, Liziane dos. **Crimes hediondos à luz da apreciação levada a efeito pelo STF no HC 82.959/SP e a Lei 11.464/2007**. Disponível em: < http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10402>. Acesso em 22 de maio de 2012.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 104.339/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3900686>>. Acesso em 22 de maio de 2012.

⁴¹⁶ O artigo 303 do Código da Aeronáutica estabelece que:

posição de Alessandra Orcesi e Rita Becca, para quem a Lei do abate é expressão das ideias de Jakobs⁴¹⁷.

Por fim, no Brasil, há ainda quem mencione o Regime Disciplinar Diferenciado, introduzido na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), pela Lei 10.792/2003. Trata-se de um regime mais rigoroso de cumprimento de pena, que pode ser aplicado para presos que praticarem fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; presos que apresentem alto risco para a ordem ou a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; ou presos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando⁴¹⁸.

Segundo Luis Flávio Gomes, o Regime Disciplinar Diferenciado é aplicado aos infratores pelo que são, não pelo que fizeram, aproximando-se de um Direito Penal do autor e, conseqüentemente, do Direito Penal do inimigo. Além disso, para ele, as medidas impostas são desproporcionais⁴¹⁹. No mesmo sentido são as lições de Paulo César Busato, para quem este regime é expressão das ideias de Jakobs, pois corresponde “por um lado a uma política criminal expansionista, simbólica e equivocada e, por outro, a um esquema dogmático pouco preocupado com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do homem”⁴²⁰.

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

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

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

III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

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

V - para averiguação de ilícito.

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

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (grifo nosso)

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório. (Renumerado do § 2º para § 3º com nova redação pela Lei nº 9.614, de 1998) (Regulamento).

BRASIL. **Código Brasileiro de Aeronáutica** (Lei 7.565/86). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565.htm>. Acesso 16 de agosto de 2012.

⁴¹⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; SAKAI, Rita Becca. Terrorismo e Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, ano 12, n. 14, p. 15-43, 2008, p. 23

⁴¹⁸ BRASIL. **Lei de execução penal** (Lei 7.210/84). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 16 de agosto de 2012.

⁴¹⁹ GOMES; BIANCHINI, “**Direito Penal**” do inimigo e os inimigos do Direito Penal, p. 347/348.

⁴²⁰ BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, ano 04, n. 14, p. 137-145, 2004, p. 145.

Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire também lecionam que o Regime Disciplinar Diferenciado segue a lógica do Direito Penal do inimigo, que revitaliza o Direito Penal do autor, uma vez que identifica inimigos, buscando a sua contenção ou neutralização⁴²¹. Enfim, tem-se que “o RDD surge como técnica penitenciária eficaz que visa ao mesmo tempo conter e eliminar os sujeitos indesejáveis. Para além da privação da liberdade, se agrega um castigo que remonta os suplícios medievais”⁴²².

Outros casos de Direito Penal do inimigo podem ser encontrados em diversas legislações de outros países. Na Argentina, recentemente, foi aprovada uma nova lei antiterrorista, que prevê penas severas, de até 15 anos de prisão, para aqueles que aterrorizarem a população ou obrigarem o Estado a eximir-se de suas obrigações. A desproporcionalidade e o rigor atingem também os crimes de evasão fiscal, lavagem de dinheiro e atos que provoquem distúrbios à ordem econômica. Essa norma foi severamente criticada pelos juristas argentinos em função de sua ampla definição de terrorismo⁴²³.

Na Colômbia, tem-se um caso paradigmático de constante aprovação de normas direcionadas ao inimigo, principalmente no que diz respeito ao tráfico de drogas. Trata-se de um país que vive, de maneira intensa e dramática, as relações entre democracia e violência e, principalmente, “entre guerra e política, entre guerra e direito, e no qual seu Direito Penal, e seu Direito Público em geral, têm sido marcado por estas relações”⁴²⁴.

Enfim, o que se verifica é que a presença do Direito Penal do inimigo se pode constatar em várias legislações jurídico-penais de Estados Democráticos, os quais acolhem, em suas Constituições e demais textos jurídicos, um rol de direitos e garantias fundamentais, bem como de princípios basilares, como os princípios da legalidade, proporcionalidade, devido processo legal, presunção de inocência e outros.

Nesse momento, surgem alguns questionamentos: até que ponto o Direito Penal do inimigo é compatível com este rol de direitos fundamentais elencados pelos Estados Constitucionais Democráticos? É legítimo que um Estado Constitucional Democrático

⁴²¹ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, n. 4(1), p. 7-26, jan./dez. 2005, p. 22.

⁴²² CARVALHO; FREIRE, **O Regime Disciplinar Diferenciado**: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro, p. 24.

⁴²³ FOLHA ONLINE. **Argentina promulga lei polêmica contra o terrorismo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1027364-argentina-promulga-lei-polemica-contra-o-terrorismo.shtml>>. Acesso em 22 de maio de 2012.

⁴²⁴ Tradução livre, do original: “(...) entre guerra y política, entre guerra y Derecho, e en cual su Derecho penal y su derecho público en general, ha sido marcado por estas relaciones”. (APONTE, **Derecho penal del enemigo en Colombia**: entre la paz y la guerra, p. 206).

selecione determinados indivíduos e os rotule como inimigos, aplicando-lhes um Direito Penal diferenciado, com regras próprias? São estas as perguntas que a parte final deste trabalho pretende responder.

Logo, após se ter analisado o Direito Penal do inimigo, em suas origens, fundamentos e características, passa-se a um exame crítico do mesmo e, especialmente, ao estudo de sua (in) compatibilidade com os Estados Constitucionais Democráticos.

III ANÁLISE CRÍTICA: O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICOS

1 Aspectos introdutórios: do Estado Liberal ao Estado Constitucional Democrático

Este capítulo busca confrontar o Direito Penal do inimigo com o Estado Constitucional Democrático, para verificar se essa construção teórica pode ser aceita, de forma legítima, nesse modelo de Estado. De fato, essa é a pergunta principal que orienta a presente pesquisa e, para respondê-la, faz-se necessário compreender as características que definem o Estado Constitucional Democrático.

Deve-se, a princípio, entender a própria transformação e desenvolvimento do Estado. Não se trata de uma análise simples. Muitos estudiosos, desde Aristóteles, passando por filósofos contratualistas, como Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, até autores contemporâneos, buscaram e buscam ainda compreender a ideia de Estado, seus elementos e sua transformação ao longo dos diferentes momentos históricos.

É preciso deixar claro que as transformações do Estado e as diferentes configurações por ele assumidas não seguiram uma sequência linear, sendo que este desenvolvimento é marcado por momentos de superação, transição e convivência simultânea de diferentes tendências. Ademais, cada país, de acordo com suas peculiaridades, tem um desenvolvimento próprio. Entretanto, apenas para fins didáticos, aqui, faz-se uma avaliação seguindo-se uma ordem linear e cronológica.

Interessante observar que a noção de Estado moderno costuma estar ligada a sua fundamentação em três elementos essenciais, quais sejam o povo, o território e, principalmente, a soberania. A noção de soberania é, sem dúvida, uma das bases do Estado moderno, apresentando um caráter não apenas político, mas também jurídico. Tradicionalmente, ela pode ser entendida como um poder que pressupõe a independência na ordem externa, baseando-se na igualdade jurídica e no respeito recíproco entre os Estados, e a supremacia na ordem interna, por não estar limitado por qualquer outro poder.

Porém, convém destacar que a soberania é um instituto dinâmico, que, em um mundo pós-moderno de globalização e relativização de fronteiras, adquire novos contornos. Na verdade, no contexto atual, pode-se falar em uma flexibilização da ideia de soberania e em uma necessidade de revisão deste conceito, já que, como bem explica José Joaquim Gomes

Canotilho, a noção de unidade política soberana do Estado deve ser repensada frente aos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração dos Estados⁴²⁵.

Assim, Gustavo Zagrebelsky aduz a existência de forças corrosivas internas e externas da soberania, sendo elas: o pluralismo político e social internos, que se opõe à noção de soberania e sujeição; o surgimento de centros de poder alternativos e que concorrem com o Estado, os quais operam até mesmo em dimensões independentes do território estatal, em todos os campos (político, econômico, cultural e religioso); a progressiva institucionalização de poderes com dimensões supraestatais, em certos casos promovidas pelo próprio Estado; a atribuição de direitos aos indivíduos, os quais podem fazê-los valer perante as jurisdições internacionais frente aos Estados a que pertencem⁴²⁶.

Ademais, a noção de Estado soberano se consolida, especialmente, a partir da formação dos Estados Modernos Absolutistas. Isto porque, no período anterior (Idade Média), os Estados não possuíam um poder único e absoluto. Pelo contrário, tais Estados eram marcados pela existência de vários núcleos de poder, sem hierarquia, englobando o poder da Igreja, do imperador e dos senhores feudais.

Essa situação de instabilidade e de necessidade de ordem e autoridade gerou, paulatinamente, o clima adequado para o fim do Estado Medieval e para o surgimento dos Estados Absolutistas. No aspecto político, o Estado Absolutista é caracterizado pela concentração de todos os poderes nas mãos do monarca. Ocorre, portanto, a afirmação de um poder soberano, dentro de uma precisa delimitação territorial. Ao contrário do Estado Medieval, no Estado Absolutista há apenas um poder central, que concentra toda a sua força dentro de uma unidade territorial.

O fundamento do poder absoluto dos monarcas passa por duas fases de teorização. Em um primeiro momento, o poder do monarca é visto como poder divino. Em um segundo momento, tem-se uma fase de secularização do absolutismo em bases filosóficas, com destaque para o filósofo Thomas Hobbes. Tal filósofo introduz uma nova fundamentação para o poder: este não mais emana da divindade, e sim do homem e de sua razão prática, isto

⁴²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 90. Sobre o tema, para Ingo Wolfgang Sarlet, “no âmbito da globalização econômica e da afirmação do ideário neoliberal, verifica-se que a diminuição do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e redução gradativa da intervenção estatal no domínio econômico e social, acaba por levar, paralelamente ao enfraquecimento da soberania externa e interna dos Estados nacionais (ainda que com intensidade variável e mais acentuada na esfera dos países periféricos), a um fortalecimento do poder econômico, notadamente na dimensão supranacional”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004, p. 70).

⁴²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 11/12.

é, da necessidade de um poder soberano e absoluto para garantir a sobrevivência em sociedade⁴²⁷.

Todavia, os excessos do período absolutista não agradaram a classe burguesa, que crescia e se desenvolvia na Europa e, nesse contexto, também almejava o poder político e a ruptura do modelo de organização política vigente. A insatisfação do povo e, principalmente, da burguesia foi causa de vários movimentos revolucionários, com destaque para a Declaração da Independência norte-americana, em 1776, e para a Revolução Francesa, em 1789.

Estes movimentos revolucionários permitiram a ascensão da burguesia ao poder, acompanhada por um novo paradigma de Estado: o Estado Liberal. Segundo Santiago Mir Puig, “o Estado Liberal responde à preocupação de defender a sociedade do Estado, o que pretende conseguir mediante a técnica formal da divisão dos poderes e do princípio da legalidade”⁴²⁸.

O Estado Liberal, ao representar os anseios e as ideologias que se consolidaram com as revoluções populares, foi marcado por um arcabouço teórico pautado na limitação do poder do governante; na separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), que se fiscalizavam mutuamente; na consagração da liberdade e da igualdade formais e ainda do princípio da legalidade. Há uma afirmação dos direitos civis e políticos, que se opõe ao exercício do poder arbitrário pelo monarca.

Além disso, diante da necessidade de estabelecer limites ao governante, bem como de positivizar direitos individuais e políticos, é que se fala ainda que o Estado Liberal é, essencialmente, um Estado que consagra a supremacia da lei. Tem-se configurado, então, o Estado Liberal de Direito⁴²⁹. Para Norberto Bobbio, por Estado Liberal de Direito pode se

⁴²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37/38.

⁴²⁸ Tradução livre, do original: “El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad”. (MIR PUIG, **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**, p. 32).

⁴²⁹ Para José Afonso da Silva, o Estado de Direito é um conceito tipicamente liberal, razão pela qual se fala em Estado Liberal de Direito, com as seguintes características: “(a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 112/113).

entender “uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas”⁴³⁰.

O Estado de Direito está ligado à ideia de um Estado que busca restringir e limitar o poder estatal, favorecendo a liberdade dos indivíduos. Ademais, trata-se de um Estado que deve respeitar o ordenamento jurídico vigente e no qual o governante não pode suspender ou violar o Direito de acordo com sua vontade. Pelo contrário, deve pautar sua atuação de acordo com as normas jurídicas⁴³¹. Segundo Gustavo Zagrebelsky, o Estado de Direito representou, historicamente, um dos elementos básicos do liberalismo, embora não seja incompatível com outras orientações políticas⁴³².

Esclarece-se que o Estado de Direito passou por diversas transformações até a sua configuração mais recente. Na verdade, ele se concretizou de diferentes formas, em função da pluralidade de culturas, de circunstâncias históricas e da configuração do ordenamento jurídico estatal de cada país que o adotou. Nesse contexto, José Joaquim Gomes Canotilho aduz que “a ideia de um Estado domesticado pelo Direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano”⁴³³.

Em relação ao Estado Liberal de Direito, é possível citar as seguintes características: os direitos fundamentais inicialmente consagrados são direitos individuais e políticos, como a liberdade e a propriedade, direitos propriamente burgueses; a atuação do

⁴³⁰ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 07. Discorrendo sobre as bases filosóficas do Liberalismo, Bobbio entende que “o pressuposto filosófico do Estado liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade- direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência, a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros”. (BOBBIO, **Liberalismo e democracia**, p. 11). No mesmo sentido é a posição de Pablo Marshall Barberán, para quem o fundamento do Estado de Direito se encontra na doutrina do Direito natural: “su fundamento se encuentra en la naturaleza del individuo: en la libertad y la igualdad de las personas que se reúnen en una comunidad y que se desarrollan en la autonomía moral, la igualdad jurídica y la posibilidad de lograr el bienestar económico a través de la adquisición de la propiedad y el ejercicio libre de la empresa”. (BARBERÁN, Pablo Marshall. *El Estado de Derecho como principio y su consagración en la constitución política*. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, Chile, ano 17, n. 02, p. 185-204, 2012, p. 187/188).

⁴³¹ BARBERÁN, *El Estado de Derecho como principio y su consagración en la constitución política*, p. 186.

⁴³² ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 22.

⁴³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*, p. 01-26, p. 09. Disponível em: <<http://libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2012. Deste modo, segundo Canotilho, “na Inglaterra sedimentou-se a ideia de *rule of law* (‘regra do direito’ ou ‘império do direito’). Na França emergiu a exigência do Estado de legalidade (*État légal*). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do Estado constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do Estado de direito (*Rechtsstaat*), isto é, um Estado subordinado ao direito”.

Estado deve ser pautada estritamente no princípio da legalidade⁴³⁴; o poder do soberano é limitado pelo Direito (este também se submete ao “império da lei”); o Estado não deve interferir nos domínios econômico e social, que é deixado à esfera da liberdade individual e da concorrência⁴³⁵.

Os ideais liberais permitiram a reunião do poder político e do poder econômico em uma única classe: a burguesia. Contudo, a despeito da afirmação de direitos e garantias individuais oponíveis ao próprio Estado, a ideologia liberal não foi suficiente para responder às demandas de uma nova classe fragilizada: a classe dos trabalhadores. Nesse sentido, verifica-se que “o discurso dos direitos humanos, de plataforma generosa e universal, como a burguesia o apresentara quando necessitava mobilizar o entusiasmo e a energia do povo, muito rapidamente se convertera em ideologia legitimadora de uma nova dominação social”⁴³⁶.

A definição meramente formal da liberdade e da igualdade gerou profundas desigualdades sociais e, conseqüentemente, reações da classe trabalhadora. Ao tratar da liberdade proposta pelos ideais liberais, Paulo Bonavides expõe que esta liberdade, no aspecto econômico, diminuía os fracos em relação à força dos poderosos, de forma tal que a primeira fase da Revolução Industrial “evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar”⁴³⁷.

Assim, inspirada pela ideologia de Karl Marx⁴³⁸, a classe dos trabalhadores, durante muito tempo oprimida, começa a se mobilizar e reivindicar um novo conteúdo de prestações materiais por parte do Estado. Dessa forma, expõe José Afonso da Silva que o “individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas

⁴³⁴ Sobre o Princípio da Legalidade, pode-se afirmar que ele é a primeira exigência da concepção liberal moderna do Estado de Direito; a partir desse princípio, as ações estatais devem se basear em regras claras, gerais e vinculantes, as quais limitam o arbítrio estatal. Assim, busca-se garantir um mínimo de segurança jurídica, bem como prevenir os perigos do autoritarismo, estabelecendo limites ao poder político e controlando a atividade dos agentes estatais, na busca de legitimidade para suas ações. De acordo com essa postura, se as atividades do Estado não são devidamente controladas, a autonomia política e social está seriamente ameaçada. (ITURRALDE, Manuel. Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los Estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. **Revista de Estudios sociales**, n. 15, p. 29-46, jun. 2003, p. 31). Santiago Mir Puig também entende que o Princípio da Legalidade é o axioma mais importante do Estado Liberal e, inclusive, do Direito Penal desses Estados, cabendo ao Poder Legislativo expressar a vontade geral por meio das leis. (MIR PUIG, **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**, p.16).

⁴³⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 325/326.

⁴³⁶ TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002, p. 117.

⁴³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59.

⁴³⁸ Segundo Paulo Bonavides, existe uma fórmula constante que explica o surgimento do Estado Social. Esta constante é a intervenção ideológica do socialismo, destacando-se que socialismo é por ele aqui empregado em seu sentido mais genérico, amplo e histórico, incluindo desde as utopias do final do século XVIII até a consolidação das teses marxistas. (BONAVIDES, **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 183).

injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade de justiça social”⁴³⁹.

Deste modo, buscava-se acrescentar um conteúdo material às ideias de igualdade e liberdade, suplantando um conceito meramente formalista desses direitos fundamentais. Era preciso compatibilizar o desenvolvimento capitalista com os novos problemas sociais e econômicos que surgiam e se avolumavam, fazendo-se necessário suprir os anseios de uma nova classe frente ao avanço esmagador do capitalismo.

Ao Estado, apresentava-se um novo papel, não mais meramente abstencionista, e sim ativo, no sentido de promover a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, com a efetivação de programas sociais e políticas públicas. Tudo isso, aliado à crise econômica que se seguiu à Primeira Grande Guerra Mundial, levou ao declínio do liberalismo e ao emergir de uma nova forma de Estado: o Estado Social de Direito.

O Estado Social busca superar as barreiras que, no modelo liberal, separavam Estado e sociedade. Esse modelo de Estado surge como um motor da vida em sociedade, sendo chamado a transformar e participar ativa e intensamente das relações sociais. Tem-se que, “do Estado-árbitro imparcial, do Estado-guardião preocupado, antes de tudo, em não interferir no jogo social, passa-se progressivamente ao Estado intervencionista”⁴⁴⁰.

Esse modelo de Estado possui, como características principais, a intervenção estatal na esfera social e econômica, com o abandono de uma postura abstencionista; uma atuação positiva na produção e na distribuição de bens; a garantia de um mínimo de bem-estar social. Convém observar que, ao longo de seu desenvolvimento, o Estado Social apresentou os mais diferentes sistemas de organização. Isso porque, a palavra “social” se sujeita a distintas interpretações, uma vez que a alcunha de “Estado Social” pode ser preenchida por várias ideologias⁴⁴¹.

Logo, a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, a Inglaterra de Churchill, a França durante a Quarta República, todos estes são considerados Estados

⁴³⁹ SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 115. No mesmo sentido, Lucas Verdú, citado por José Afonso da Silva, explica que: “(...) o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”. (LUCAS VERDÚ, Pablo. **La lucha por el Estado de Derecho**. Bologna: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p. 94 *apud* SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 115).

⁴⁴⁰ Tradução livre, do original: “Del Estado-arbitro imparcial, del Estado-guardián preocupado ante todo por no interferir en el juego social, se pasa progresivamente al Estado intervencionista”. (MIR PUIG, **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**, p. 32).

⁴⁴¹ SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 115/116.

Sociais, a despeito das diferenças que apresentam entre si. Paulo Bonavides afirma que “o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”⁴⁴².

Nesse diapasão, verifica-se que a afirmação de um Estado de Direito, mesmo que com caráter social, mas fundamentado em uma legalidade meramente formal e estrita, foi utilizada para legitimar regimes ditatoriais, crimes de guerra e genocídios. Percebeu-se que um Estado submetido ao império da lei também poderia ser utilizado por regimes totalitários, violadores dos direitos fundamentais.

Por essa razão, o constitucionalista José Afonso da Silva aduz que existiram concepções que deformaram a noção de Estado de Direito, pois o seu significado varia à medida que também varia a própria noção que se tem do Direito. Complementa que “disso deriva a ambiguidade da expressão Estado de Direito, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material”⁴⁴³.

Ademais, as transformações do Estado também são diretamente influenciadas pela ascensão dos regimes nazista, fascista e stalinista, bem como pela Segunda Guerra Mundial e pelos regimes militares ditatoriais que se espalharam, em especial na América do Sul. Isto porque, a privação da cidadania e a própria negação da qualidade de ser humano, com um resultado trágico de milhões de mortos nos campos de concentração, geraram uma profunda crise no mundo contemporâneo e uma nova necessidade de repensar o modelo de Estado até então vigente⁴⁴⁴.

Logo, após a Segunda Guerra Mundial, diante de todos os horrores perpetrados, pôde-se constatar a fragilidade humana diante do poder econômico e bélico. Na tentativa de evitar novas barbáries, o Estado, mais uma vez, foi recheado de um novo conteúdo material, passando a apresentar, como notas distintivas, o princípio da soberania popular e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais. Além disso, na atualidade, consagrou-se a democracia como forma de governo, na maior parte dos países ocidentais,

⁴⁴² BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 184.

⁴⁴³ SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 113.

⁴⁴⁴ Flávia Piovesan afirma que “a barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos. Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116/117).

aliado a uma preocupação constante com os direitos fundamentais e com a concretização da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, fala-se, atualmente, em um novo modelo de Estado, comumente chamado de Estado Democrático de Direito. Apesar de esta ser a denominação mais conhecida, prefere-se a expressão “Estado Constitucional Democrático”, para destacar que houve uma mudança de paradigma: não mais o “império da lei” (Estado de Direito), mas sim a “força normativa da Constituição” (Estado Constitucional)⁴⁴⁵. Entretanto, no presente trabalho, as expressões “Estado Democrático de Direito” e “Estado Constitucional Democrático” serão empregadas para se referir a um mesmo modelo de Estado.

É importante destacar, novamente, que o desenvolvimento do Estado não seguiu, nem segue essa tendência linear apresentada. Na verdade, as mudanças ocorrem lentamente, em função dos mais diversos e complexos fatores, em um processo marcado por convivências simultâneas, bem como por rupturas e superações. Além disso, as mudanças não ocorrem de forma similar nos diferentes países, pelo contrário, cada sociedade tem um desenvolvimento próprio e peculiar, de acordo com suas próprias circunstâncias sociais, políticas e econômicas específicas. De fato, o desenvolvimento do Estado brasileiro apresenta características próprias, as quais não foram visualizadas, da mesma forma, em outros Estados.

Assim, convém, por fim, ressaltar que a análise feita sobre o Estado e sua transformação histórica não pretendeu ser exaustiva. O que se buscou foi introduzir o tema e permitir uma melhor compreensão do desenvolvimento do Estado até a sua atual configuração, isto é, o Estado Constitucional Democrático. É este modelo de Estado que se passa a estudar, no intuito de, posteriormente, verificar a sua (in) compatibilidade com a teoria do Direito Penal do inimigo.

2 A configuração e as características dos Estados Constitucionais Democráticos

Como foi possível verificar por meio da análise histórica acima apresentada, no que diz respeito ao desenvolvimento do Estado e suas diferentes configurações, pode-se

⁴⁴⁵ Segundo Zagrebelsky, o Estado de Direito representa um Estado-legislador, marcado por três postulados básicos: a separação das funções do Estado, a limitação do poder, com a consagração do princípio da legalidade, e a igualdade de todos perante a lei. Por outro lado, o Estado Constitucional surge para exigir que a lei se subordine e apresente uma relação de adequação com a Constituição. A Constituição, e não mais a lei, passa a ser o elemento de estabilização do Direito. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 30-34).

concluir que o Estado de Direito, em sua concepção clássica, é um Estado Liberal, que se funda em um elemento formal e abstrato, qual seja a generalidade e o império das leis.

O Estado Social de Direito surge na tentativa de superar uma visão meramente formalista da liberdade e da igualdade, preenchendo-o de um conteúdo material. Contudo, este Estado assumiu diferentes configurações e conteúdos, alguns deles incapazes de assegurar a justiça social e a autêntica participação democrática no processo político.

Destarte, o Estado Democrático de Direito, chamado mais propriamente de Estado Constitucional Democrático (em função da força normativa que adquirem as Constituições), é o modelo de Estado adotado pela maior parte das Constituições dos Estados Ocidentais, na atualidade. Ele surge com uma nova carga, para criar uma sociedade democrática, na busca de instaurar um processo de efetiva integração de todos nos mecanismos democráticos de participação e controle das decisões.

Esta forma de Estado é recheada de um novo conteúdo axiológico, e não uma mera síntese das formas de Estado anteriores, embora ele pretenda conciliar os valores de tradição liberal e de tradição social. Assim, intenta realizar uma integração entre os valores da liberdade, da igualdade, da democracia e ainda aqueles de cunho social⁴⁴⁶.

Deste modo, o Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional Democrático) não é uma mera junção do Estado Democrático e do Estado de Direito, mas “um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”⁴⁴⁷.

O Estado Constitucional Democrático tem como principais notas distintivas a consagração do princípio da soberania popular e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais. Assim, para Ingo Wolfgang Sarlet, as ideias de concretização dos direitos fundamentais e da soberania popular determinam e condicionam a construção desse modelo de Estado⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Convém destacar que falar em valores de cunho social não significa que o Estado Democrático de Direito, sobretudo o Estado brasileiro, tenha um caráter socialista. Ao tratar da realidade brasileira, José Afonso da Silva explica que “a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de Justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”. (SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 120).

⁴⁴⁷ SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 119.

⁴⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 60.

No mesmo sentido, entende Santiago Mir Puig que, nesse modelo de Estado, busca-se a afirmação de uma democracia real, da qual participem todos os cidadãos, bem como que se criem condições sociais reais para garantir o desenvolvimento e a concretização dos direitos de todos⁴⁴⁹.

O princípio da soberania popular almeja fazer uma conexão entre a democracia e o Estado de Direito: “se apresenta como uma das vigas mestras deste novo modelo, impondo uma organização e um exercício democráticos do Poder (ordem de domínio legitimada pelo povo)”⁴⁵⁰. O princípio da soberania popular passa, portanto, a ser consagrado pelas Constituições dos Estados Democráticos, estabelecendo a máxima de que todo o poder emana do povo.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tal regra está insculpida no artigo 1º, que elenca a soberania como um dos fundamentos da República brasileira, e é complementada no parágrafo único, pela disposição de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou de forma direta⁴⁵¹. Deste modo, a transformação do Estado de Direito formal para um Estado Constitucional Democrático, inclusive no Brasil, promoveu a migração, em âmbito interno, da soberania, que passa a ser do povo, e não mais do soberano.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, apenas o princípio da soberania popular é capaz de assegurar e garantir o direito à participação igual na formação democrática da vontade popular. Trata-se, segundo este, de um princípio que é concretizado por meio de procedimentos juridicamente regulamentados e que “serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de Direito’ e o ‘Estado Democrático’, possibilitando a compreensão da moderna fórmula do Estado de Direito Democrático”⁴⁵².

Portanto, a essência da soberania popular só é respeitada se houver a autêntica e efetiva participação do povo na tomada e no controle das decisões políticas, de modo que o governo seja do povo, pelo povo e para o povo. “Governo do povo” significa que é este o soberano, sujeito da democracia; “governo pelo povo” significa o fundamento do poder, o exercício do poder democrático; “governo para o povo” significa a finalidade deste poder, que é promover o bem comum⁴⁵³.

⁴⁴⁹ MIR PUIG, *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 33/34.

⁴⁵⁰ NOVELINO, *Direito Constitucional*, p. 331.

⁴⁵¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 13 de junho de 2012.

⁴⁵² CANOTILHO, *Estado de Direito*, p. 10.

⁴⁵³ SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, p. 213-230, jul./set. 2005, p. 226.

Nesse momento, importante analisar, mesmo que de forma breve, a noção de democracia consagrada pelo Estado Constitucional Democrático⁴⁵⁴. Para Michelangelo Bovero, uma análise coerente da ideia de democracia começa com o exame do próprio termo “democracia”, mais precisamente dos dois substantivos gregos a partir dos quais tal nome é composto, quais sejam *dêmos* e *krátos*⁴⁵⁵.

Observa-se que *krátos* significa força, superioridade, capacidade de afirmar-se (força que se impõe). Ao compor palavras como democracia e aristocracia, indica o poder de tomar decisões coletivas, poder supremo ou soberano, que faz escolhas públicas. A palavra *dêmos* significa, de forma genérica, povo⁴⁵⁶. Feita essa análise, o autor chega a uma primeira definição de democracia: “poder (*krátos*) de tomar decisões coletivas, ou seja, decisões vinculativas para todos, exercido pelo povo (*dêmos*), ou seja, pela assembleia de todos os cidadãos como membros do *dêmos*, mediante (a soma de) livres escolhas individuais”⁴⁵⁷.

Desde os gregos, até a contemporaneidade, o núcleo da democracia é o governo em que o povo é soberano. Convém observar que a democracia dos modernos se difere essencialmente da democracia dos antigos pela forma de exercício do poder pelo povo. Isto porque, para os antigos, a democracia é direta, ao passo que a democracia dos modernos é indireta ou representativa, embora ainda existam mecanismos de participação direta⁴⁵⁸.

Em qualquer caso, a democracia “é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito

⁴⁵⁴ Ao tratar da democracia, relacionando-a com o Estado de Direito, afirma Paulo Bonavides que: “democracia e Estado de Direito, sem embargo das escamoteações habituais, representam duas noções que o povo, melhor do que os juristas e os filósofos, sabe sentir e compreender, embora não possa explicá-las com a limpidez da razão nem com a solidez das teorizações compactas”. (BONAVIDES, **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 327).

⁴⁵⁵ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 15.

⁴⁵⁶ BOVERO, **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia, p. 15/16.

⁴⁵⁷ BOVERO, **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia, p. 17.

⁴⁵⁸ Michelangelo Bovero encontra outra diferença: destaca o autor que, na democracia antiga, exclui-se do âmbito dos iguais um número muito grande de indivíduos, sobretudo os escravos e as mulheres. Bem destaca o filósofo que essa exclusão não diz respeito a concepções políticas, mas a concepções antropológicas. Para os antigos, os escravos e as mulheres inserem-se, por natureza, no âmbito não igualitário, do poder doméstico, e não na política. Por outro lado, na democracia moderna, os cidadãos participam das decisões políticas, mas apenas elegendo os representantes que decidem em seu lugar, sendo uma democracia representativa. Todavia, não se trata apenas de eleição, pura e simples, mas de repetição da eleição, ou seja, da possibilidade de reeleição e de revogação. A eleição repetida sistematicamente é uma forma de juízo sobre as decisões, seus êxitos, sobre os programas e o curso das decisões futuras. (BOVERO, **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia, p. 29-32). Assim, a democracia é sempre e segue sendo o governo do povo, mas a concepção de “povo” pode variar historicamente, razão pela qual a democracia da Antiguidade grega não é mesma da democracia contemporânea.

do povo”⁴⁵⁹. Logo, a democracia está ligada à supremacia da vontade popular, sendo a liberdade e a igualdade os dois principais substantivos relacionados à noção de democracia⁴⁶⁰.

A noção de um governo democrático também está diretamente ligada à ideia de realização de eleições periódicas, possibilidade de alternância de poder e, especialmente, de mecanismos de participação popular na tomada de decisões. Em um regime democrático, adota-se o sufrágio universal, pautado pela possibilidade de participação de todos os cidadãos no processo eleitoral, os quais podem votar e serem votados, independentemente de quaisquer distinções em relação à classe social, econômica, sexo ou opções ideológicas. A democracia aponta para a realização não apenas dos direitos políticos, mas também permite a realização dos direitos econômicos, sociais, individuais e dos demais direitos fundamentais do homem.

Cabe ressaltar, porém, que em um Estado Constitucional Democrático, a democracia não apresenta um conteúdo apenas formal, pautado na ideia de realização da vontade da maioria. Ela assume também uma dimensão material ou substancial, no sentido de efetivação dos direitos fundamentais de todos, e não apenas dos grupos majoritários.

No Estado Constitucional Democrático, reconhecida a força normativa da Constituição e a força vinculante dos direitos fundamentais, o direito das minorias também deve ser garantido ante a vontade popular. Fala-se, então, no direito das minorias e na proteção desses direitos e, sobretudo, no respeito ao pluralismo: “o pluralismo aceita a sociedade como grupo de pessoas, que no seu conjunto representam o Estado. A maioria é dominante, mas com respeito integral às minorias”⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 126.

⁴⁶⁰ O autor Michelangelo Bovero recorre às lições de Jean-Pierre Vernant, para retratar a noção de isonomia e liberdade na democracia. Este autor sugere uma imagem da democracia como um círculo: todos os pontos deste (os indivíduos) estão equidistantes do centro (o poder). Tal imagem se opõe à pirâmide, que representa as monarquias orientais. (VERNANT, Jean-Pierre. *Mito e pensiero presso i greci*. Turim: Einaudi, 1978, p. 219/220 *apud* BOVERO, **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**, p. 18). Entretanto, para Bovero, a fisionomia do círculo vale apenas para a democracia antiga. Na democracia moderna, o poder está distribuído entre os cidadãos, mas deles se distancia o poder de decisão final. Este se desloca para alguns e, portanto, para cima. O sistema passa, pois, a ser melhor representado por uma pirâmide. Tal pirâmide não se assemelha àquela que representa as aristocracias. A aristocracia é uma pirâmide na qual se realiza um processo descendente: o início está no vértice (poder do aristocrata), que se impõe sobre todos os súditos (na base, privados do poder e da vontade). De forma oposta, na democracia moderna, realiza-se um processo ascendente: o início encontra-se na base (vontades individuais). Por meio de designações, em um processo ascendente, avança-se até o vértice (órgãos habilitados a tomar decisões finais). Na pirâmide da democracia moderna, os planos intermediários entre a base e o vértice representam as organizações, partidos ou grupos, que estão entre os cidadãos e as esferas de poder político, sendo capazes de influenciar o conteúdo dessas decisões. Esclarece que, ao galgar os planos, é possível que a decisão inicial dos eleitores seja desvirtuada ou distorcida até chegar à decisão final. (BOVERO, **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**, p. 32/33).

⁴⁶¹ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. Bases do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista Impulso**, p.81-94, p.86. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp20art08.pdf>>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

Em consonância com essa ideia, tem-se que a Constituição da República Federativa do Brasil traz, entre seus fundamentos, o pluralismo político, além de estabelecer, já no Preâmbulo, que a sociedade brasileira é uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Logo, “a Constituição opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas”⁴⁶². Caminha-se, então, para a construção de uma democracia pluralista, que respeita uma sociedade composta de diferentes categorias sociais, econômicas, políticas, culturais e ideológicas.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck fala em duas dimensões da democracia: a dimensão formal, que se relaciona com o “quem” e o “como” das decisões, e a dimensão substancial, que se refere às normas substantivas que estabelecem princípios e direitos fundamentais, tratando do conteúdo das decisões, sempre em respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais⁴⁶³. A democracia substancial pressupõe o pluralismo e este pressupõe o constante diálogo entre visões divergentes e a convivência harmônica de diferentes interesses e opiniões, na garantia de plena realização dos direitos fundamentais de todos, maioria e minorias.

É por isso que a democracia, no Estado Constitucional Democrático, deve apresentar um aspecto substancial, em um processo de convivência em uma sociedade justa e fraterna, na qual o poder emana do povo e é por ele exercido, de forma direta ou por meio de representantes eleitos, com a participação de todos no processo decisório, e com respeito ao direito de todos, em um pluralismo de ideias, culturas e etnias, para a plena realização da pessoa humana⁴⁶⁴.

Ademais, a busca pela concretização dos direitos fundamentais⁴⁶⁵ também está diretamente ligada à noção de Estado Constitucional Democrático, pois este almeja a

⁴⁶² SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 143.

⁴⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46. Para Michelangelo Bovero, toda democracia é essencialmente formal, pois ela está relacionada ao conjunto de regras do jogo democrático, a quem cabe decidir, a seus procedimentos, e não necessariamente ao seu conteúdo. A democracia consistiria em regras para decidir, e não em regras a serem decididas. Ela pressupõe a distribuição igualitária do direito-poder de influir sobre as decisões coletivas, mas não em indicar para que será usado este poder, quais as decisões a serem tomadas ou qual o ideal ou o direcionamento político. Para este autor, essa ideia de democracia formal não se confunde com a noção de democracia aparente, embora muitas vezes se cometa esse engano, não sendo incomum a atribuição, ao adjetivo formal, de um significado de insuficiência, vazio ou engano. (BOVERO, **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**, p. 42/43).

⁴⁶⁴ SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 119/120.

⁴⁶⁵ Sobre o conceito de direitos fundamentais e sua diferença em relação à expressão direitos humanos, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que: “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se

construção de uma sociedade com níveis reais e materiais de igualdade e liberdade⁴⁶⁶. Há uma preocupação real de não apenas consagrar direitos fundamentais, mas também em estabelecer garantias para que eles possam se concretizar e se efetivar de forma prática. Esses direitos devem ainda ser protegidos de uma atuação arbitrária, não do monarca, mas sim dos legisladores democráticos⁴⁶⁷.

Os direitos fundamentais integram a essência de um Estado Constitucional, tanto no aspecto formal, quando no aspecto material da Constituição desses Estados⁴⁶⁸: eles são uma condição essencial de existência do Estado Constitucional Democrático. Por essa razão, Antonio Enrique Pérez Luño aduz que há um estrito vínculo de interdependência entre os direitos fundamentais e o Estado Constitucional Democrático, já que este, para ser chamado como tal, deve garantir direitos fundamentais, e aqueles, para serem concretizados, devem reconhecer e garantir essa forma de Estado⁴⁶⁹.

Assim, conclui-se que há uma forte relação entre o Estado Democrático, a Constituição e os direitos fundamentais, sendo que “estes (...) constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente”⁴⁷⁰.

Logo, é possível elencar algumas características fundamentais dos Estados Constitucionais Democráticos: a consagração de institutos de democracia direta e indireta; a busca pela efetividade e concretização dos direitos fundamentais, que ganham *status* constitucional; a limitação (formal e material) e a fiscalização do Poder Legislativo (controle de constitucionalidade das leis); a imposição constitucional de deveres ao legislador; o reconhecimento de força normativa da Constituição e sua aplicação direta; a atribuição de uma dimensão material à democracia, com a consagração dos direitos de minorias (pluralismo e proteção das minorias)⁴⁷¹.

àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. (SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 29).

⁴⁶⁶ NOVELINO, **Direito Constitucional**, p. 332.

⁴⁶⁷ BARBERÁN, **El Estado de Derecho como principio y su consagración en la constitución política**, p. 191.

⁴⁶⁸ “As ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental”. (STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. v III/I. München: C.H. Beck, 1988, p. 181 *apud* SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 58).

⁴⁶⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio- Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995, p.19.

⁴⁷⁰ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 62.

⁴⁷¹ NOVELINO, **Direito Constitucional**, p. 332.

Em sentido semelhante, José Afonso da Silva elenca princípios essenciais aos Estados Constitucionais Democráticos, sendo eles: o princípio da constitucionalidade, segundo o qual a Constituição deve ser rígida, dotada de supremacia e fundada na soberania popular, vinculando todos os poderes; o princípio democrático, com base em uma democracia representativa, participativa e pluralista; o princípio da justiça social; o princípio da separação de poderes; os princípios da legalidade, da igualdade e da segurança jurídica; o sistema de direitos fundamentais, incluindo um extenso rol de dimensões de direitos⁴⁷², tais como os direitos sociais, econômicos, políticos, culturais, entre outros⁴⁷³.

Nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho, pode-se entender que a opção constitucional em “estruturar um esquema fundador e organizatório da comunidade política segundo os cânones do Estado de Direito Democrático significa, pelo menos, a rejeição de tipos de Estado estruturalmente totalitários, autoritários ou autocráticos”⁴⁷⁴.

Nesse diapasão, o Direito, em especial o Direito Penal, deve-se adequar, para se adaptar às novas exigências de um Estado Constitucional Democrático e o seu rol de direitos e garantias fundamentais. Tanto o legislador, ao prever abstratamente os tipos penais e as respectivas penas, como o juiz, ao aplicá-las concretamente, deve respeitar princípios e regras desse Estado. Para Francesco Palazzo, a grande garantia, nesse Estado, é de índole política, ao evitar que as condenações penais sejam empregadas em disputas políticas, para humilhar os adversários⁴⁷⁵.

O Direito Penal contemporâneo, que vige na sociedade pós-moderna e de risco, não é totalmente oposto aos modelos, institutos e teorias clássicas formuladas no Estado Liberal de Direito, isto é, não é plenamente incompatível com o Direito Penal clássico,

⁴⁷² Cabe ressaltar que os direitos fundamentais não surgiram todos no mesmo período histórico, mas são fruto do desenvolvimento e da demanda de cada época, sendo que tais direitos são, progressivamente, consagrados e garantidos nos textos constitucionais. Nesse sentido é que, em 1979, o jurista Karel Vasak, em uma conferência ministrada no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, pela primeira vez utilizou o termo “gerações de direitos fundamentais”, referindo-se ao lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Segundo este jurista, a primeira geração se refere aos direitos de liberdade (direitos individuais), a segunda geração aos direitos de igualdade e direitos econômicos e sociais e a terceira geração aos direitos de solidariedade. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004). Contudo, atualmente, os juristas têm preferido utilizar a expressão “dimensões”, em substituição à expressão “gerações”, uma vez que o surgimento de novos direitos não implica na extinção dos direitos anteriores, mas sim em um processo de acúmulo e desenvolvimento destes; hoje, fala-se em várias outras dimensões de direitos, em razão do surgimento de novos direitos na pós-modernidade, em um mundo globalizado, com surpreendente avanço tecnológico e descobertas em todos os campos do conhecimento humano. Há, entretanto, quem critique essa teoria das dimensões dos direitos fundamentais, por entender que o surgimento e o desenvolvimento dos direitos não seguem uma tendência linear, como essa teoria faz parecer.

⁴⁷³ SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 122.

⁴⁷⁴ CANOTILHO, **Estado de Direito**, p. 12.

⁴⁷⁵ PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal. **Revista Penal**, Editorial Praxis S.A., n. 02, p. 49-60, 1998, p. 49.

construído a partir da Ilustração, mas deve ser devidamente ajustado aos novos direitos, características e exigências da sociedade contemporânea.

O Direito Penal da sociedade pós-moderna, ainda em plena construção, não forma um todo homogêneo, mas é composto por diferentes tendências, que, às vezes complementam-se e, em outros casos, mostram-se incompatíveis. Segundo Luis Gracia Martín, pode-se falar em seis tendências do novo Direito Penal, sendo elas: o Direito Penal do risco, que busca dar respostas aos novos riscos criados pela sociedade de risco, como a atividade nuclear; o Direito Penal econômico e do meio ambiente, que abriga um conjunto de tipos penais destinados a proteger esses novos bens jurídicos; o Direito Penal da empresa, que regula uma nova forma de criminalidade cometida por entes jurídicos; o Direito Penal da União Europeia, que visa proteger bens jurídicos que extrapolam o âmbito nacional; o Direito Penal da globalização, para proteção de bens jurídicos no mercado global ; o Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs⁴⁷⁶.

No entanto, isso não significa dizer que todas essas tendências sejam realmente compatíveis com os Estados Constitucionais Democráticos. Por se tratar ainda de um processo novo e em formação, é preciso verificar quais dessas tendências representam uma modernização do Direito Penal e uma adaptação deste aos novos riscos, sendo, ao mesmo tempo, compatíveis com os princípios, direitos fundamentais e garantias consagrados pelos Estados Constitucionais Democráticos.

Somente assim tais teorias podem ser consideradas legítimas, uma vez que a modernização do Direito Penal deve ser uma condição para a realização concreta e efetiva das garantias do Estado Constitucional Democrático, e não um mecanismo para a flexibilização ou superação dessas mesmas garantias. Por essa razão, Pierpaolo Cruz Bottini afirma que “o modelo constitucional de organização social e política no Brasil é o Estado Democrático de Direito, de forma que toda estratégia política criminal deve estar voltada para proteger e estabilizar expectativas de respeito à dignidade humana e aos valores a ela inerentes”⁴⁷⁷.

Cumpra, por fim, vislumbrar que a Constituição brasileira, conforme já mencionado, institui um Estado Constitucional Democrático e, ao fazê-lo, inclui na ordem jurídica interna um extenso rol de direitos fundamentais e uma série de princípios, na busca de

⁴⁷⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, n. 03, p. 27-72, 2010, p. 32/33.

⁴⁷⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea, p. 109-134. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). **Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110.

garantir a democracia substancial e a efetivação dos direitos fundamentais de todos. Entre estes princípios, muitos deles possuem caráter penal e processual penal.

Deste modo, a Constituição brasileira é a lei suprema e fundamental de nossa República Federativa. Por isso, toda a legislação infraconstitucional (o que inclui o ordenamento jurídico-penal de nosso país) deve estar em consonância com os preceitos constitucionais, ou seja, deve ser compatível com os princípios, direitos e garantias jusfundamentais consagrados pela ordem constitucional.

Além disso, a partir da Constituição-cidadã, como ficou conhecida a Constituição brasileira de 1988, consagrou-se a dignidade da pessoa humana, que passou a ser protegida por todo o ordenamento pátrio. O princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado como a base de todo o sistema de direitos fundamentais, uma vez que estes direitos são exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana⁴⁷⁸. Por esta razão é que se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana alcança todos os setores da ordem jurídica, inclusive (ou principalmente) o ordenamento penal e processual penal.

Destarte, para melhor compreensão da importância da dignidade da pessoa humana no ordenamento dos Estados Constitucionais Democráticos e, em consequência, no Estado brasileiro, inicia-se uma análise mais detalhada do tema, ressaltando-se que se trata de questão essencial para verificar a legitimidade do conceito de inimigo nos ordenamentos desses Estados.

3 A dignidade humana: atributo fundamental das pessoas nos Estados Constitucionais Democráticos

A dignidade da pessoa humana, consagrada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III, de nossa Carta constitucional, é um dos conceitos mais relevantes do Estado Constitucional Democrático brasileiro. A dignidade da pessoa humana é, na atualidade, o núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo,

⁴⁷⁸ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 109.

orientando a criação, a interpretação e a aplicação da ordem normativa constitucional e, em especial, dos direitos fundamentais⁴⁷⁹.

Na ordem constitucional brasileira, além da consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República Federativa, ela também aparece em outros dispositivos, tais como o artigo 170, *caput* (a ordem econômica visa assegurar a todos uma existência digna); o artigo 226, § 7º (o planejamento familiar está fundado no princípio da dignidade da pessoa humana); o artigo 227, *caput* (à criança e ao adolescente deve ser assegurada a dignidade) e o artigo 230, *caput* (a dignidade dos idosos deve ser protegida pela família, sociedade e Estado).

Assim, no curso do século XX, com o surgimento das Constituições dos Estados Democráticos, os valores comuns da sociedade, os direitos fundamentais e os princípios essenciais do ordenamento passam a ser reconhecidos em âmbito constitucional. Deste modo, surge o desafio de estabelecer os atributos inerentes à pessoa humana, que o Direito deve garantir, promover e proteger⁴⁸⁰.

Observa-se que a proteção e o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana tiveram um grande aumento após a Segunda Guerra Mundial, como uma forma de reação às barbáries praticadas, em especial pelo regime nazista. A tortura, o extermínio e o holocausto cometido contra seres humanos, com um saldo de milhões de mortos nos campos de batalha e nos campos de extermínio, bem como com um grande contingente de refugiados⁴⁸¹, apátridas e miseráveis, fizeram despertar a consciência sobre a necessidade de se proteger a pessoa humana, visando evitar a sua redução à mera condição de objeto.

⁴⁷⁹ NOVELINO, **Direito Constitucional**, p. 339. Marcelo Novelino leciona que “uma das consequências da consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade”. (NOVELINO, **Direito Constitucional**, p. 340). No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet aduz que “o Constituinte de 1987/1988 (...) reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”. (SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 98).

⁴⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 75.

⁴⁸¹ Sobre os refugiados, escreveu Hannah Arendt, ela própria uma refugiada: “Perdemos nossos lares, o que significa a familiaridade da vida quotidiana. Perdemos nossas ocupações, o que significa a confiança de que temos alguma utilidade no mundo. Perdemos nossa língua, o que significa a naturalidade das reações, a simplicidade dos gestos (...) Aparentemente, ninguém quer saber que a história contemporânea criou um novo tipo de seres humanos - o que é colocado em campos de concentração por seus inimigos, e em campos de internamento por seus amigos”. (ARENDR, Hannah. **As origens do totalitarismo apud LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 148).

Especialmente nesse momento histórico de pós-guerra, a dignidade da pessoa humana deixa de ser apenas um valor moral e se consolida definitivamente como valor jurídico, revestido de normatividade⁴⁸². Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana se funda em um sistema de valores democráticos próprios de uma cultura humanista, adotada por grande parte dos países após a Segunda Guerra Mundial: “depois da guerra, a dignidade da pessoa e seus direitos humanos se converteram no pilar vertebral da nova forma de organização democrática do Estado e da comunidade internacional”⁴⁸³.

Dois marcos de consagração da dignidade da pessoa humana, no pós-guerra, são a Carta das Nações Unidas, de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. O primeiro documento, já em seu preâmbulo, consagra e reafirma a fé das nações nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana. Já o segundo, em seu artigo inaugural, estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos⁴⁸⁴.

Destarte, a visão contemporânea da dignidade da pessoa humana encontra raízes na necessidade de respeito universal à pessoa humana, a despeito de suas diferenças sociais, culturais e ideológicas, e de garantia de uma cultura de vida civilizada, pautada na proteção dos direitos fundamentais de todos. Por essa razão, a dignidade da pessoa humana converte-se em peça essencial do Estado Constitucional Democrático, sendo incorporada pelas Constituições dos países, através de conceitos jurídicos abertos.

Assim, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é uma expressão com caráter extremamente vago, indeterminado, fluido. Definir a dignidade é uma questão que atormenta os estudiosos (teólogos filósofos, sociólogos), das mais diversas metodologias e ideologias e, hoje, também é questão merecedora da atenção privilegiada dos juristas⁴⁸⁵. Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo aduz que a dignidade da pessoa humana é um conceito jurídico indeterminado que, além de normativo, é também axiológico, já que a dignidade é a expressão do valor da pessoa humana⁴⁸⁶.

Do ponto de vista filosófico-político, a dignidade da pessoa humana, enquanto dignidade pessoal atribuída a cada indivíduo, é concebida, pela primeira vez, pelo

⁴⁸² NOVELINO, **Direito Constitucional**, p. 339.

⁴⁸³ Tradução livre, do original: “Después de la guerra, la dignidad de la persona y sus derechos humanos se convirtieron en el pilar vertebral de la nueva forma de organización democrática del Estado y de la comunidad internacional”. (LANDA, César. Dignidad de la persona humana. **Cuestiones Constitucionales**, n. 07, p. 109-138, 2002, p. 113.

⁴⁸⁴ LANDA, **Dignidad de la persona humana**, p. 114.

⁴⁸⁵ MORAES, **Na medida da pessoa humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional, p. 75.

⁴⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./ maio 2002, p. 91.

cristianismo: para esta religião, o homem é um ser oriundo de Deus, centro da criação, amado por este e salvo através da noção de liberdade de escolha⁴⁸⁷.

Na religião cristã, prega-se uma igualdade universal dos filhos de Deus, apesar de suas diferenças, enquanto indivíduos e enquanto grupos de indivíduos⁴⁸⁸. Tem-se que, no Antigo e no Novo Testamento, “podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco”⁴⁸⁹.

Entre os teóricos modernos, destacam-se os estudos de Immanuel Kant. Na obra “Crítica da razão pura”, Kant estabelece a noção de que o ser humano jamais pode ser utilizado como um meio para atingir outros fins, isto é, o homem deve sempre ser considerado um fim em si mesmo. Segundo Kant, no mundo, há duas categorias: o preço e a dignidade. O preço é um valor exterior, de mercado, enquanto a dignidade é um valor moral, interior: o valor moral está sempre acima do valor de mercado, pois não admite substituição. As coisas têm preço e as pessoas têm dignidade. Maria Celina Bodin de Moraes, avaliando a obra de Kant, explica que, para ele, há uma regra maior, consubstanciada no respeito pelo outro, pela dignidade humana enquanto absoluta, universal e incondicional⁴⁹⁰.

Destaque-se que, conforme ensina Fábio Konder Comparato, para Kant, a dignidade da pessoa não consiste apenas em se diferenciar das coisas, mas também resulta do fato de que a pessoa, em função da sua vontade racional, vive em condições de autonomia, ou seja, enquanto ser capaz de se orientar pelas leis que ela mesma cria. Por meio de sua vontade racional, a pessoa é fonte das leis e, ao mesmo tempo, também se submete a elas. Com isso, Kant aprofunda a tradicional distinção entre pessoas (*personae*) e coisas (*res*)⁴⁹¹.

A visão jurídica da dignidade da pessoa humana também depende de sua concepção filosófico-política, bem como de sua construção histórica. O reconhecimento e a

⁴⁸⁷ MORAES, Na **medida da pessoa humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional, p. 77.

⁴⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18. Explica Fábio Konder Comparato que a igualdade defendida pela religião cristã efetivamente só valia no plano espiritual, já que, durante muitos séculos, o cristianismo continuou a admitir a legitimidade da inferioridade das mulheres, dos escravos e dos povos colonizados (americanos, africanos e asiáticos). (COMPARATO, **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 18).

⁴⁸⁹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 98.

⁴⁹⁰ MORAES, Na **medida da pessoa humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional, p. 80/81.

⁴⁹¹ COMPARATO, **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 21/22. O século XX mostrou uma trágica negação das lições de Kant. Nos campos de concentração nazistas ou nos *Gulag* soviéticos, assistiu-se à transformação de seres humanos em coisas. As pessoas eram despojadas de sua liberdade, de seus pertences pessoais, de seu nome, de sua personalidade, de sua razão e de seus sentimentos humanos. Tudo se reduzia a uma tentativa de sobrevivência e de resposta aos instintos mais primitivos: uma luta contra a dor, a fome e o cansaço. Assim, “nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos”. (COMPARATO, **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 23).

salvaguarda da dignidade da pessoa humana são frutos do desenvolvimento do pensamento filosófico no que diz respeito ao significado e à compreensão do que é ser pessoa e de quais são os valores a ela inerentes. Embora o debate entre os filósofos e os juristas seja pautado por concordâncias e discordâncias, essa discussão constitui a melhor forma de estabelecer o entendimento da dignidade e de sua realização prática para cada ser humano⁴⁹².

Cumprido ressaltar que não cabe ao ordenamento jurídico determinar o conteúdo e as características da dignidade da pessoa humana, como também não cabe a este defini-la. Ao Direito, cabe o papel de consagrar a dignidade da pessoa humana e estabelecer os meios para concretizá-la e protegê-la, por intermédio de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Isto porque, a ordem jurídica dos Estados Constitucionais Democráticos se apoia na dignidade da pessoa humana⁴⁹³.

No entanto, bem esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, que a compreensão jurídica da dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, já que esta “diz com a condição humana do ser humano, e, portanto, guarda íntima relação com as complexas e, de modo geral, imprevisíveis e praticamente incalculáveis manifestações da personalidade humana”⁴⁹⁴. Outra dificuldade diz respeito ao fato de a dignidade alcançar toda a ordem jurídica, razão pela qual se corre o risco de se atribuir à dignidade da pessoa humana uma noção muito geral e abstrata, destituída de conteúdo, impossibilitando uma aplicação prática⁴⁹⁵.

Contudo, a despeito das dificuldades e controvérsias encontradas, existe certo consenso doutrinário no sentido de se compreender que a dignidade da pessoa humana, em si, não é um direito, mas um atributo inerente a todos os seres humanos, não importando sua origem, sexo, idade, classe social ou outra característica qualquer⁴⁹⁶. Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que “a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que

⁴⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n 09, p. 361-388, jan./jun. 2007, p. 362.

⁴⁹³ MORAES, **Na medida da pessoa humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional, p. 82/82.

⁴⁹⁴ SARLET, **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 361. Esse autor ainda complementa que essa dificuldade de conceituação também decorre “da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ‘ambiguidade e porosidade’, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à noção de dignidade da pessoa”. (SARLET, **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 363/364).

⁴⁹⁵ MORAES, **Na medida da pessoa humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional, p. 84.

⁴⁹⁶ NOVELINO, **Direito Constitucional**, p. 340.

simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”⁴⁹⁷.

Não cabe ao ordenamento jurídico conceder a dignidade como um direito, mas apenas protegê-la e estabelecer os meios para a sua concretização. A dignidade é elemento integrante da natureza humana e dela não se pode dissociar, pois existe em todo e qualquer ser humano. Cabe, pois, à Constituição reconhecer, respeitar e proteger a dignidade, mas não concedê-la ou retirá-la de quem quer que seja.

Ao Estado se reconhece o dever de respeito, proteção e promoção dos meios que se fazem necessários para uma vida digna, impondo-se tanto a abstenção de atividades prejudiciais à dignidade, como ações positivas na defesa da dignidade e na criação de mecanismos para alcançá-la. Por um lado, há a violação da dignidade quando uma pessoa é tratada como meio para se atingir um fim, através de um tratamento que expressa o desprezo pela pessoa. Por outro lado, também há violação quando a falta de acesso a bens e utilidades básicas torna-se empecilho para que a pessoa tenha uma vida digna⁴⁹⁸.

Entende-se que a dignidade da pessoa humana é, simultaneamente, limite e tarefa dos poderes públicos. Como limite, sendo a dignidade algo inerente ao ser humano, não pode ser retirada pelo Estado. Como tarefa, as ações estatais devem ser guiadas para criar condições que permitam o pleno exercício da dignidade de todos⁴⁹⁹.

A dignidade guia e orienta, positiva e negativamente, a atuação dos poderes públicos. De forma positiva, ao exigir que todos os poderes e instituições públicas assegurem e promovam a dignidade da pessoa humana, nos processos legislativo, judicial e administrativo. De forma negativa, na medida em que estes mesmos poderes e instituições não podem afetar a dignidade humana, por meio de leis, resoluções ou quaisquer outros atos administrativos⁵⁰⁰.

Logo, a noção de dignidade está ligada à igualdade material, ao se exigir prestações materiais (saúde, educação, trabalho, moradia etc) e jurídicas (assistência judiciária) do Estado, no sentido de garantir a todos as condições mínimas para uma existência digna. Além do princípio da igualdade, Maria Celina Bodin de Moraes entende que

⁴⁹⁷ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 100/101.

⁴⁹⁸ NOVELINO, **Direito Constitucional**, p. 340/341.

⁴⁹⁹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 102.

⁵⁰⁰ LANDA, **Dignidad de la persona humana**, p. 123.

também são corolários da dignidade os princípios jurídicos da integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da solidariedade⁵⁰¹.

Nesse contexto, não haverá respeito à vida e à integridade física das pessoas, “onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como não houver limitação do poder”⁵⁰². Em todos esses casos, não se pode falar em respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, que o faz ser merecedor de respeito e consideração do Estado e da sociedade e que implica em um conjunto de direitos e deveres fundamentais. Este complexo de direitos e deveres protege a pessoa de todos os atos de caráter degradante e desumano, garante-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e propicia e promove sua participação ativa e responsável nos destinos de sua existência e da vida em comunhão com os demais membros da comunidade⁵⁰³.

Cabe ainda destacar que, segundo a visão majoritária, o núcleo da dignidade da pessoa humana encontra-se na autonomia e no direito de autodeterminação atribuído a cada pessoa, sendo que esta autonomia é vista como a capacidade, em abstrato, de cada ser humano autodeterminar sua vida e sua conduta. Há uma forte ligação entre a dignidade e a liberdade⁵⁰⁴. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, essa noção majoritária é uma concepção insular da dignidade, fundada na razão, vontade ou autoconsciência, que leva ao entendimento da dignidade como autonomia individual ou autodeterminação⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ MORAES, **Na medida da pessoa humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional, p. 85. A autora explica que: “de fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social”. (MORAES, **Na medida da pessoa humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional, p. 85).

⁵⁰² SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 104.

⁵⁰³ SARLET, **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 383. Com base em visão semelhante da dignidade da pessoa humana, Maria Celina Bodin de Moraes estabelece que o substrato material da dignidade da pessoa humana pode ser desdobrado em quatro postulados, quais sejam: “i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. (MORAES, **Na medida da pessoa humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional, p. 85).

⁵⁰⁴ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 101/102.

⁵⁰⁵ AZEVEDO, **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**, p. 92.

A concepção insular da dignidade da pessoa humana é dualista, uma vez que concebe o homem e a natureza em níveis separados, enquanto sujeito e objeto. Somente o homem é autoconsciente e capaz de raciocinar e querer, enquanto a natureza é fato bruto e valor em si. Tal concepção é criticada por Antônio Junqueira de Azevedo, sendo vista como insuficiente por desconhecer o valor da natureza e ainda por seu caráter fechado e subjetivista, retirando do homem o que ele tem de realmente específico, que é o seu reconhecimento do próximo, a capacidade de dialogar e sua vocação espiritual. A inteligência e a vontade não são características específicas apenas dos homens, mas comuns a estes e aos animais superiores⁵⁰⁶.

Por isso, Antônio Junqueira de Azevedo defende uma concepção segundo uma nova ética: a ética da vida e do amor. Para essa concepção, o homem faz parte da natureza, sendo esta um bem e a vida humana um valor. A pessoa humana participa do fluxo vital da natureza e se distingue dos demais seres por reconhecer o próximo, com ele dialogar e, sobretudo, pela capacidade de amar. Logo, a dignidade da pessoa humana pressupõe a intangibilidade da vida humana, o respeito à integridade física e psíquica, os pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida e o respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social em igualdade⁵⁰⁷.

Diante do exposto, verifica-se que o estudo da dignidade da pessoa humana não é isento de polêmicas e de posições divergentes. Entretanto, a despeito destas, pode-se afirmar, com convicção, que a dignidade da pessoa humana é consagrada constitucionalmente, sendo o pedestal da ordem jurídica dos Estados Constitucionais Democráticos, em destaque do Estado brasileiro. A consagração da dignidade da pessoa humana traz uma visão do ser humano como a base principal de todo o ordenamento e como valor fundante do constitucionalismo contemporâneo.

Em caráter conclusivo, claro está que a dignidade, enquanto atributo de cada ser humano, é qualidade intrínseca que pertence a todos, independentemente de suas convicções, atributos e ações. O ser humano não pode ser despojado de sua dignidade, já que toda pessoa humana é digna, vedando-se qualquer tentativa de coisificação do homem. Para utilizar as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana “independe das

⁵⁰⁶ AZEVEDO, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, p. 92/93.

⁵⁰⁷ AZEVEDO, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, p. 100.

circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos- mesmo o maior dos criminosos- são iguais em dignidade”⁵⁰⁸.

Deste modo, todas as pessoas, mesmo aquelas que delinquem e que, portanto, contrariam as regras do ordenamento jurídico, são dotadas de dignidade. Este é um atributo absoluto e inalienável, como bem observa Maria Celina Bodin de Moraes, para quem: “também no direito, hoje, tudo se tornou relativo, ou ponderável, sim, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana”⁵⁰⁹.

Portanto, feita esta análise dos Estados Constitucionais Democráticos e da dignidade humana, cabe, agora, analisar o Direito Penal do inimigo e verificar se a teoria é compatível com essa forma de Estado e com tal atributo das pessoas nesses Estados.

4 O Direito Penal do inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: a impossibilidade de seleção de inimigos e a inadmissibilidade da transformação de pessoas em não-pessoas frente ao axioma da dignidade da pessoa humana

Vários dispositivos da legislação jurídico -penal, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, são reflexo das ideias de Günther Jakobs ao tratar do Direito Penal do inimigo. Cumpre, portanto, nesse momento, questionar: o Direito Penal do inimigo, nos termos formulados por Günther Jakobs, pode ser considerado legítimo e compatível com os Estados Constitucionais Democráticos (como o Estado brasileiro) e com a dignidade da pessoa humana⁵¹⁰?

⁵⁰⁸ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 101.

⁵⁰⁹ MORAES, **Na medida da pessoa humana**: estudos de Direito Civil-Constitucional, p. 120.

⁵¹⁰ Vários outros autores, estudiosos do tema, propõem questões semelhantes. Carlos Julio Lascano apresenta a questão nos seguintes termos: “Es posible dentro del Estado de Derecho la coexistencia de dos modelos diferentes de Derecho Penal, uno respetuoso con las garantías y derechos fundamentales, e otro puramente policial, para ‘enemigos’, que haga tabla rasa de los principios y garantías característicos del Estado de Derecho?”; “Resultaría ‘sostenible’ dentro del modelo del Estado constitucional de Derecho una ‘modernización del Derecho Penal’ basada en un ‘Derecho penal del enemigo’ o, por el contrario, podría ser considerada como manifestación de un renovado Derecho penal autoritario?”. (JULIO LASCANO, **La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor**, p. 209). No mesmo sentido, Luis Gracia Martín entende que a mais importante questão relacionada ao Direito Penal do inimigo diz respeito à análise de sua legitimidade em uma sociedade democrática e em um verdadeiro Estado de Direito. (GRACIA MARTÍN, **Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”**, p. 1059). Francisco Muñoz Conde também afirma que a problemática principal está em verificar se o Direito Penal do inimigo está ou não em consonância com o modelo jurídico constitucional do Estado de Direito, que constitui a identidade das sociedades democráticas atuais; reafirma a necessidade de combater os novos delitos, mas mantendo a dignidade humana e sem renunciar aos

A resposta a esse questionamento só pode ser negativa⁵¹¹. O Direito Penal do inimigo não pode ser considerado compatível com os Estados Constitucionais Democráticos, conseqüentemente com o Estado brasileiro, e a dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, uma teoria ilegítima nesses Estados. Tal resposta negativa encontra uma série de justificativas.

Francisco Muñoz Conde aduz que Jakobs teve o mérito de expor a existência real de dispositivos de um Direito Penal do inimigo em ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos. Entretanto, critica Jakobs em sua insistência em qualificar sua teoria como meramente descritiva, pois, para Muñoz Conde, faz-se necessário analisar sua compatibilidade com os princípios do Estado Constitucional e com os direitos fundamentais consagrados pelas Constituições e tratados internacionais⁵¹².

Jakobs afirma ser apenas o mensageiro que traz uma má notícia, apesar de ser indecorosa a sua mensagem⁵¹³. Contudo, essa afirmação é contestada por Francisco Muñoz Conde como uma postura cômoda, que não é condizente com a postura de um jurista, sequer com a postura de um cidadão. Deste modo, o jurista não pode ser, como pretende Jakobs, “simple mensajero que se limita a transmitir más noticias (...), empacotá-las, identificando-as e dando-lhes un nombre mais ou menos afortunado, mas también debe analizarlas críticamente e comprobar su compatibilidad con determinados principios”⁵¹⁴.

Assim, a primeira grande justificativa encontra-se no fato de que a transformação de pessoas em não-pessoas não pode ser admitida em um Estado Constitucional Democrático e ante o paradigma da dignidade da pessoa humana. Conforme se teve oportunidade de estudar, a dignidade da pessoa humana é um atributo inerente a todo e qualquer ser humano e dele não pode ser retirado. Até o pior dos criminosos é dotado de dignidade. Não se pode conceber que pessoas sejam destituídas de sua dignidade e

princípios e garantias que constituem a essência própria do ser. (MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho Penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 368).

⁵¹¹ Esta é a resposta apresentada por vários importantes autores, entre eles Eduardo Demetrio Crespo, para quem a pergunta sobre a legitimidade do Direito Penal do inimigo nos Estados Democráticos só pode ser respondida negativamente, especialmente por se tratar de um Direito Penal que não respeita a dignidade da pessoa humana. (DEMETRIO CRESPO, **El Derecho penal del enemigo *Darf Nicht Sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad**, p. 485).

⁵¹² MUÑOZ CONDE, **De nuevo sobre el “Derecho Penal del enemigo”**, p. 367.

⁵¹³ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 15.

⁵¹⁴ Tradução livre, do original: “(...) simple mensajero que se limita a transmitir malas noticias (...), o empaquetarlas, identificándolas y dándoles un nombre más o menos afortunado, sino que debe también analizarlas críticamente y comprobar su compatibilidad con determinados principios”. (MUÑOZ CONDE, **De nuevo sobre el “Derecho Penal del enemigo”**, p. 367).

convertidas em não-pessoas, uma vez que a dignidade é uma qualidade indissociável da natureza humana.

Para Luis Gracia Martín, a pessoa responsável é o núcleo superior de toda a teoria jurídica, possibilitando que se reconheça o Direito como uma ordem que se impõe com um carácter obrigatório, e não como uma mera coação ou como um poder superior. Por isso, entende que todo mandato jurídico deve reconhecer a pessoa como tal, sob pena de ser mera força ou coação⁵¹⁵.

Segundo o referido autor, a força para o cumprimento dos deveres e de expectativas normativas encontra-se em um sistema biopsíquico, isto é, em um homem empírico e concreto do mundo, o qual será destinatário das normas e das sanções. O sujeito da imputação é o homem concreto, e não a pessoa enquanto construção social ou normativa⁵¹⁶. Assim, “no Direito Penal, o sujeito, tanto da imputação, como do castigo, não pode estar constituído por uma pessoa normativa ou jurídica, isto é, entendida como uma construção social e normativa, não pode ser representado por nada mais que pelo homem, pelo indivíduo humano”⁵¹⁷.

Luis Gracia Martín também explica que a estrutura ontológica do ser humano, que está constituída por tudo que fundamenta a dignidade da pessoa humana, deve ser respeitada pelo Direito. A dignidade corresponde, em igual medida, a todos os homens; mesmo aquele que decide se afastar completamente da comunidade ou agir contrariamente a ela e às suas regras (como os criminosos) mantém a sua dignidade. O homem deve ser tratado como ser dotado de dignidade, mesmo que dele não se possa esperar nada, nem bom, nem mau, não havendo qualquer fundamento para negar a dignidade de quem quer que seja (a dignidade é uma qualidade inseparável do homem e nem ele próprio pode dispor desta). A dignidade da pessoa humana é, portanto, o argumento decisivo contra o Direito Penal do inimigo⁵¹⁸.

Logo, pode-se admitir uma diferenciação entre pessoas (cuja qualidade se reconhece a todos os seres humanos) e cidadãos (reconhecida àqueles que formam parte de

⁵¹⁵ GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”*, p. 1065/1066.

⁵¹⁶ GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”*, p. 1071/1072.

⁵¹⁷ Tradução livre, do original: “(...) en Derecho penal, el sujeto, tanto de la imputación como del castigo, no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, entendida como una construcción social y normativa, sino que aquél no puede estar representado por nada más que por el hombre, por el individuo humano”. (GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”*, p. 1073).

⁵¹⁸ GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”*, p. 1074-1076.

uma comunidade política, podendo ser objeto de privação ou limitação), mas não entre pessoas e não-pessoas: “o Direito Penal Democrático e do Estado de Direito deve tratar todo homem como pessoa responsável e não pode ser lícito nenhum ordenamento que estabeleça regras e procedimentos de negação objetiva da dignidade do ser humano, em nenhum caso”⁵¹⁹.

No mesmo sentido é a posição de José Urquizo Olaechea, para quem o primeiro limite inquebrantável do Direito Penal é a dignidade da pessoa humana, através da qual o Estado protege o cidadão e seus direitos frente ao abuso do poder político e do poder punitivo. Afirma que o Direito Penal do inimigo viola a dignidade da pessoa humana, ao estabelecer a ideia de inimigo e um tratamento específico a ele, enquanto o considera como não-pessoa⁵²⁰.

Esta distinção entre amigos e inimigos (bons e maus) gera consequências incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. Assim entendem André Luís Callegari e Fernanda Arruda Dutra, para quem, em um Estado Constitucional Democrático, onde imperam os princípios da legalidade e da igualdade, não há como separar seres humanos em categorias de cidadãos e inimigos, suprimindo destes últimos direitos e garantias fundamentais⁵²¹.

Então, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana deve ser, ao mesmo tempo, ponto de partida e de chegada de todo o sistema de Direito Penal, é possível afirmar que todos os membros de um Estado Constitucional Democrático devem ser tratados como pessoas, dotadas de dignidade. O Direito Penal de um sistema como esse não pode estabelecer inimigos, já que não há lugar algum para a exclusão de seres humanos⁵²².

Deste modo, negar a condição de pessoa, estabelecendo que determinados infratores devam ser considerados não-pessoas pelo Direito, seria negar o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana, reconhecimento este que se deu com sacrifícios e

⁵¹⁹ Tradução livre, do original: “El Derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso”. (GRACIA MARTÍN, **Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”**, p. 1078).

⁵²⁰ URQUIZO OLAECHEA, **Derecho Penal del enemigo**, p. 1047-1049.

⁵²¹ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. **Derecho Penal del enemigo y derechos fundamentales**. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 337.

⁵²² AMBOS, **Derecho penal del enemigo**, p. 153/154. Segundo grande parte dos autores, incluindo Kai Ambos, a distinção entre pessoa e não-pessoa não pode prosperar, porque viola a dignidade da pessoa humana, consagrada na maior parte das Constituições modernas; o homem é ser dotado de dignidade e, portanto, nunca pode ser considerado não-pessoa, ao menos dentro de um modelo constitucional e democrático de Direito.

lutas históricas⁵²³. De forma semelhante, estabelece Mario Durán Migliardi, para quem “em um Estado Social e Democrático de Direito, respeitador da dignidade do ser humano, nunca ninguém pode ser definido - nem sequer o suposto inimigo- como uma não-pessoa”⁵²⁴.

Por isso, Victor Gómez Martín entende que a diferença entre Estados totalitários e Estados democráticos é que, enquanto nos primeiros o Direito Penal trata o delincente como um traidor ou inimigo que deve ser combatido, o Direito Penal dos Estados Democráticos busca, em primeiro lugar, evitar delitos (e não combater delinquentes), respeitando os direitos individuais e a dignidade humana do infrator da norma⁵²⁵.

Feita essa análise crítica, claro está que o Direito Penal do inimigo viola a dignidade da pessoa humana, ao retirar a qualidade de pessoa de determinados seres humanos. No caso da República Federativa Brasileira, o Direito Penal do inimigo, ao violar o paradigma da dignidade humana, rompe também com a ideia de uma sociedade aberta, livre, pluralista, democrática, multicultural e respeitadora das diferenças. No Estado Constitucional Democrático brasileiro, que preza pela pluralidade, diversidade e respeito às diferenças, não há espaço para um Direito Penal que parta da noção de inimigo ou não-pessoa⁵²⁶.

Portanto, mesmo que sob a alegação de combate à criminalidade e luta contra o terrorismo, não se pode, em nenhuma hipótese, admitir que o Estado possa distinguir entre “quem são seres humanos dignos de proteção estatal, e quais são os seres não humanos que poderão ser tratados como coisas, que poderão ser reificados e, portanto, instrumentalizados para fins políticos de proteção da segurança e da ordem”⁵²⁷. Negar a qualquer ser humano a sua dignidade e qualidade de pessoa, por mais constantes e brutais que sejam as suas práticas delitivas, implica em invalidar o próprio Estado Constitucional Democrático, ao negar o seu fundamento maior⁵²⁸.

Logo, depreciar ou ignorar a dignidade da pessoa humana é o mesmo que legitimar e permitir a lei do mais forte, que declara como inimigo ou não-pessoa a todo aquele que, por qualquer razão, seja contrário aos interesses daqueles que têm o poder, sejam estes “o

⁵²³ ALLER, *El Derecho Penal del enemigo y la sociedad del conflicto*, p. 90.

⁵²⁴ Tradução livre, do original: “(...) en un Estado social y democrático de Derecho, respetuoso de la dignidad del ser humano, nadie puede ser definido nunca- ni siquiera el supuesto enemigo- como un no-persona”. (DURÁN MIGLIARDI, *El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal*, p. 745).

⁵²⁵ GÓMEZ MARTÍN, *Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs*, p. 1035.

⁵²⁶ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. Breves reflexões sobre o Direito Penal do inimigo. *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 566, p. 14-18, jan. 2011, p. 15/16.

⁵²⁷ SAVEDRA, Giovani Agostini. Violência e reificação: linhas fundamentais da criminologia do reconhecimento. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 198, p. 16, maio 2009, p. 16.

⁵²⁸ LUISI, Luiz. Um Direito Penal do inimigo: o Direito Penal soviético. In: STRECK, Lenio Dias (org.). *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 111-131, 2007, p. 130/131.

‘judeu’, o ‘muçulmano’, o ‘sérvio bósnio’, o ‘comunista’, o ‘tutsi’, o ‘chiita’, o ‘terrorista’, ou simplesmente o vizinho que discute a propriedade de um pedaço de terra, ou tem uma ideologia ou religião distintas, ou pertence a outra etnia, com distinta cor da pele”⁵²⁹.

De forma sintética e clara, ao discorrer sobre o tema, Salo de Carvalho explica que “apenas nos projetos políticos totalitários (Estados de exceção) a ideia absolutizada de segurança pública se sobrepõe à dignidade da pessoa humana. A destituição da cidadania transforma o sujeito (de direitos) em mero objeto de intervenção polícial”⁵³⁰.

Destarte, tendo em vista que o conceito de inimigo (não-pessoa) na obra de Günther Jakobs é a base fundamental de toda a teoria do Direito Penal do inimigo, compreende-se que, sendo este conceito de inimigo incompatível com a dignidade da pessoa humana e, portanto, com os Estados Constitucionais Democráticos, toda a teoria cai por terra, pois perde a sua base fundamental. No entanto, há ainda outros motivos que podem ser elencados para demonstrar a inviabilidade e incompatibilidade desta tese.

Deste modo, uma segunda justificativa, que demonstra a incompatibilidade entre o Direito Penal do inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos, está em que o Direito Penal do inimigo viola um dos pilares mais importantes desses Estados, segundo o qual o Direito Penal democrático refere-se a fatos, e não aos autores que os praticam. O Direito Penal do inimigo é, sobretudo, um Direito Penal do autor, que pune mais severamente determinados autores, os quais pensam de um certo modo ou apresentam certa personalidade.

O princípio do fato é um dos mais relevantes princípios dos Estados Democráticos, pois estabelece a punição em função de fatos praticados, e não com base nas características pessoais de seus supostos autores. Bem explica Manuel Cancio Meliá que “o princípio do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, isto é, como negação de um Direito Penal orientado com base na ‘atitude interna’ do autor”⁵³¹. Deste modo, o fato deve ser o conteúdo central do tipo (Direito Penal do fato); os pensamentos e a personalidade do infrator não podem ser objeto de criminalização (Direito Penal do autor).

⁵²⁹ Tradução livre, do original: “(...) el ‘judío’, el ‘musulmán’, el ‘servio bosnio’, el ‘comunista’, el ‘tutsi’, el ‘chiita’, el ‘terrorista’, o simplemente el vecino que discute la propiedad de un pedazo de tierra, o tiene una ideología o religión distintas, o pertenece a otra etnia, con distinto color de piel”. (MUÑOZ CONDE, **De nuevo sobre el “Derecho Penal del enemigo”**, p. 370).

⁵³⁰ CARVALHO, **Política de guerra às drogas na América Latina**: entre o Direito Penal do inimigo e o estado de exceção permanente, p. 259.

⁵³¹ Tradução livre, do original: “(...) el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la ‘actitud interna’ del autor”. (CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 100/101).

Segundo Claus Roxin, é possível traçar claras diferenças entre o Direito Penal do fato e o Direito Penal do autor. No Direito Penal do fato, a punibilidade se vincula a uma ação ou omissão concretas, descritas em um tipo penal, sendo a sanção penal uma resposta ao fato individual praticado pelo autor, e não uma sanção à sua personalidade, forma de vida ou aos perigos futuros que representa. Por outro lado, no Direito Penal do autor, a sanção penal se vincula não ao fato cometido pelo infrator, mas sim à sua personalidade, à sua forma/conduita de vida ou à sua suposta periculosidade; não se analisa a ação ou omissão cometida pelo sujeito, mas a própria pessoa do infrator, suas características, sua personalidade e a suposta ausência de sociabilidade⁵³².

Claus Roxin entende que o Direito Penal do fato é um Direito Penal característico dos ordenamentos que se pautam em princípios próprios dos Estados de Direito⁵³³. No mesmo sentido são as lições de Luiz Regis Prado, para quem, em uma sociedade democrática, pautada pelo primado da lei e pelo respeito e proteção dos direitos e garantias fundamentais, o delito só existe como uma ação/ omissão humanas, enquanto Direito Penal do fato, e não como uma condição social, atitude ou modo de ser, ou seja, como Direito Penal do autor⁵³⁴.

Logo, verifica-se que o Direito Penal do fato é aquele que criminaliza condutas, devendo o agente responder criminalmente apenas por seus fatos, isto é, por suas ações ou omissões. Ademais, estas devem ser exteriorizadas, pois o simples pensar ou cogitar, nos Estados Constitucionais Democráticos, não pode ser considerado fato típico. O Direito Penal do fato é característico destes Estados Constitucionais Democráticos e de sociedades pautadas pelo respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, no Direito Penal do autor, o que se pune não são propriamente os fatos praticados, mas um determinado tipo de infrator da norma penal, em função de sua periculosidade, condição social, modo/conduita de vida, atitude ou personalidade. Tem-se que o Estado elege determinados tipos de sujeitos que sofrerão a sanção penal pelo que são, e não pelo que fazem. O Direito Penal do autor é típico de Estados totalitários e de sociedades antidemocráticas.

Nesse sentido, afirmam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli que o Direito, devendo respeitar a autonomia moral da pessoa, não pode penalizar o ser de uma

⁵³² ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito). Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 176/177.

⁵³³ ROXIN, **Derecho Penal**: parte general, p. 177.

⁵³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 291.

pessoa, “mas somente o seu agir, já que o próprio Direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação”⁵³⁵.

O Direito Penal do inimigo é acusado, com razão, por muitos autores contemporâneos, de ser uma manifestação do Direito Penal do autor. Essa ideia é bem exposta por Manuel Cancio Meliá, para quem o Direito Penal do inimigo é incompatível com o princípio do fato. Segundo ele, o Direito Penal do inimigo centra-se mais na definição de um determinado grupo de agentes, os inimigos que devem ser combatidos, do que na definição de fatos a serem mais duramente penalizados⁵³⁶.

De fato, pela teoria de Jakobs, pretende-se identificar certos tipos de autores (terroristas, criminosos sexuais, membros de organizações criminosas etc), aos quais se aplicará um tratamento jurídico-penal diferenciado, por supostamente não oferecerem segurança de que pautarão seu comportamento conforme a norma. Esses indivíduos, na visão jakobsiana, representam um perigo futuro e, por esse motivo, devem ser segregados do convívio em sociedade (eliminação de perigos).

O Direito Penal do inimigo estabelece um ordenamento penal focado nas características do infrator, bem como em seu modo ou estilo de vida, em seus hábitos e costumes, muito mais do que no fato efetivamente por este praticado. Centra-se na ideia de que determinados sujeitos são perigosos para a sociedade e dela devem ser afastados. Há, pois, uma clara vulneração do princípio do fato⁵³⁷.

O centro de preocupação, nesta teoria, encontra-se na personalidade do réu, em sua subjetividade, em sua postura ideológica ou política, chegando-se, então, à incriminação de verdadeiros tipos de autor⁵³⁸. Portanto, não há dúvidas de que o Direito Penal do inimigo é um Direito Penal do autor, que busca isolar, do convívio social, determinada classe de infratores.

Para Fábio Roberto D’Avila, a teoria estabelece um novo Direito Penal focado na figura do autor, “no qual o objetivo da pena é tão somente inocuizar uma inaceitável fonte

⁵³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1, p.107

⁵³⁶ CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 102.

⁵³⁷ DURÁN MIGLIARDI, **El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal**, p. 748.

⁵³⁸ CORNACCHIA, **La moderna hostis iudicatio: entre norma y estado de excepción**, p. 426.

de perigo, e no qual o processo se assume como instrumento de facilitação na obtenção de fins político-criminais acentuadamente demagógicos”⁵³⁹.

Eduardo Demetrio Crespo defende que o Direito Penal do inimigo, ao se converter em uma manifestação do Direito Penal do autor, elenca um conceito de “culpabilidade de autor”, em oposição à “culpabilidade pelo fato”, esta última própria do Direito Penal dos Estados Democráticos. Segundo Demetrio Crespo, um bom exemplo disso é que a decisão acerca de quem é o inimigo é tomada *a priori*: Jakobs estabelece, previamente, determinados criminosos que são considerados inimigos (não-pessoas). A Prisão de Gantánamo seria um grande exemplo dessa situação⁵⁴⁰.

Assim, o Direito Penal do inimigo se apresenta como “um Direito Penal não da culpabilidade, nem da retribuição, mas da periculosidade, da prevenção e do estigma”⁵⁴¹. Isso significa que determinados tipos de autores são estigmatizados e recebem, previamente à própria comissão de fatos típicos, a alcunha de inimigos ou não-pessoas, que devem ser severamente combatidos para garantir a segurança da sociedade.

Nessa esteira de pensamento, Manuel Cancio Meliá expõe que o Direito Penal do inimigo demoniza certos infratores. Ao optar por uma resposta estruturalmente diversa para os inimigos, o Direito Penal do inimigo praticamente reconhece a competência normativa (a capacidade de questionar a norma) do agente infrator, por meio da demonização de determinados indivíduos implícita em sua tipificação, dando ressonância aos seus fatos, através de uma forma exagerada de reprovação⁵⁴².

Jakobs, portanto, demoniza alguns autores e esta é uma característica estrutural do Direito Penal do inimigo que o distingue do Direito Penal do cidadão. Isso o torna internamente disfuncional e, sobretudo, incompatível com o princípio do fato. Sobre o conceito de demonização, Carlos Julio Lascano ensina que “é a técnica retórica e ideológica de apresentar entidades políticas, étnicas, culturais ou religiosas como radicalmente más e nocivas, como forma de justificar um tratamento político, militar ou social diferenciado, normalmente, adverso”⁵⁴³.

⁵³⁹ D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 43.

⁵⁴⁰ DEMETRIO CRESPO, **El Derecho penal del enemigo *Darf Nicht Sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad**, p. 494.

⁵⁴¹ Tradução livre, do original: “(...) un Derecho Penal no de la culpabilidad, ni de la retribución, sino de la peligrosidad, de la prevención y del estigma”. (DONINI, **El Derecho Penal frente al “enemigo”**, p. 616).

⁵⁴² CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 99/100.

⁵⁴³ Tradução livre, do original: “(...) es la técnica retórica e ideológica de presentar a entidades políticas, étnicas, culturales o religiosas como radicalmente malas y nocivas, como forma de justificar un trato político, militar o social diferenciado, normalmente, adverso”. (JULIO LASCANO, **La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor**, p 230). Para o

A demonização de infratores não é uma técnica nova no Direito Penal. Ela foi usada já em 1484, no *Malleus Maleficarum* (documento utilizado pela Igreja Católica no período da Inquisição), pelo Direito Penal autoritário dos Estados totalitários europeus, após a Primeira Guerra Mundial, e pelas ditaduras dos países latino-americanos na década de 70. Agora, a demonização e a estigmatização de inimigos aparecem no Direito Penal do inimigo, “que legitima a inocuidade ou exclusão de um determinado grupo de infratores, a quem se ‘sataniza’ pelo que são, e não pelo que fazem, com o qual nos encontramos claramente em presença de um Direito Penal do autor”⁵⁴⁴.

Cumprido ressaltar que o Direito Penal do autor está comumente associado ao Direito Penal de Estados autoritários e antidemocráticos. Ademais, para Carlos Julio Lascano também há uma identificação entre esses modelos jurídico-penais e a imagem bélica que legitima o poder punitivo, com base em discursos penais de emergência que incentivam a luta contra os inimigos do sistema⁵⁴⁵. Também receberam a alcunha de Direito Penal do autor o Direito do Estado nazista e dos regimes totalitários da segunda metade do século XX⁵⁴⁶.

Assim, pode-se afirmar, com convicção, que noção de inimigo da sociedade, ou seja, a ideia de estabelecer determinados grupos de infratores que são considerados entes perigosos, a ponto de perderem a qualidade de pessoa, só é compatível com um Estado absoluto⁵⁴⁷.

Tem-se que a aceitação jurídica da ideia de inimigo sempre representou historicamente “o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de Direito (...) o poder do soberano fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é pessoa”⁵⁴⁸. Por esta razão, Luigi Ferrajoli

autor, em casos mais extremos, certos membros de um grupo ou seres humanos dotados de determinadas características são apresentados como seres inferiores ou até mesmo como não humanos, como aconteceu com os judeus na Alemanha nazista. Entretanto, o mais comum é uma presunção de culpabilidade contra certos grupos, com a consequente restrição de direitos, o que foi o caso dos muçulmanos nos Estados Unidos, logo após os atentados terroristas de 11 de setembro, assim como a situação dos comunistas nos países capitalistas nas décadas de 50 e 60. (JULIO LASCANO, *La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor*, p 230).

⁵⁴⁴ Tradução livre, do original: “(...) que legitima la inocuidade o exclusión de un determinado grupo de infratores, a quienes se ‘sataniza’ por lo que son y no por lo que hacen, con lo cual nos encontramos claramente en presencia de un Derecho penal de autor””. (JULIO LASCANO, *La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor*, p 232).

⁵⁴⁵ JULIO LASCANO, *La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor*, p 206.

⁵⁴⁶ “Na primeira metade do século XX, os totalitarismos nazista e bolchevique usaram o Direito Penal para justificar, com duvidosa ‘legalidade’, a eliminação física de centenas de milhares de seus ‘inimigos’. Os judeus e os não-arianos eram os inimigos do nazismo. Os burgueses e contra-revolucionários eram os inimigos de Lênin e de Stálin”. (LUISI, *Um Direito Penal do inimigo: o Direito Penal soviético*, p. 114).

⁵⁴⁷ ZAFFARONI, *O inimigo no Direito Penal*, p. 12

⁵⁴⁸ ZAFFARONI, *O inimigo no Direito Penal*, p. 152/153.

ensina que o Estado de Direito não pode conhecer inimigos ou amigos, mas apenas culpados e inocentes⁵⁴⁹.

Portanto, a noção de inimigo é claramente inaceitável no ordenamento jurídico-penal de um Estado Constitucional Democrático. No entanto, mesmo que, por amor ao debate, se aceitasse a possibilidade de se elencar uma determinada categoria de inimigos, ainda assim a teoria do Direito Penal do inimigo não seria admissível. Isto porque, referida tese viola outra barreira inquebrantável das sociedades democráticas: o respeito e a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Por isso, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que “referir-se a um Direito Penal garantista em um Estado de Direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro Direito Penal senão o de garantias”⁵⁵⁰.

Na verdade, só há que se falar em um Estado Constitucional Democrático na medida em que os direitos fundamentais de todos são reconhecidos, garantidos e respeitados. Os direitos fundamentais demarcam um âmbito de invulnerabilidade no desenvolvimento da vida jurídica e social das pessoas, o que exige proteção frente a qualquer tentativa de intervenção dos poderes públicos, a fim de evitar os abusos do Estado contra quaisquer cidadãos, sem distinção. Assim, diante do *status* de supremacia dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos democráticos, não há qualquer espaço para justificar a flexibilização, restrição ou supressão de determinados direitos para certos destinatários⁵⁵¹.

Os direitos humanos e sua proteção são elementos constitutivos dos Estados Constitucionais Democráticos. Faz-se necessário que eles sejam igualmente garantidos e concedidos a todos, não sendo admissível a sua exclusão ou restrição para determinados categorias de infratores, já que são o limite mais importante para toda a pretensão político-criminal, filosófico-política, filosófico-jurídica, sociológica ou dogmática⁵⁵². Logo, “não há

⁵⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 828.

⁵⁵⁰ ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 173. Assim, complementa Zaffaroni que “o direito penal de garantias é inerente ao Estado de direito porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, ou seja, são o próprio Estado de direito. O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e conteúdo. Agindo de outro modo, passaria a liberar poder punitivo irresponsavelmente e contribuiria para aniquilar o Estado de direito, isto é, se erigiria em ramificação cancerosa do direito do Estado de direito”. (ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 173).

⁵⁵¹ CALLEGARI; DUTRA, **Derecho Penal del enemigo y derechos fundamentales**, p. 333/334.

⁵⁵² DEMETRIO CRESPO, **El Derecho penal del enemigo *Darf Nicht Sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad**, p. 509. Para este autor, os direitos fundamentais não são um luxo, que se pode renunciar em tempos de crise, e muito menos uma tese conservadora. Ao contrário, trata-se de um discurso progressista e crítico, que sustenta um modelo democrático e constitucional de Estado, estritamente vinculado a garantias que devem existir para todas as pessoas, sem distinção. (DEMETRIO

como compatibilizar um direito excepcional do inimigo com a supressão de garantias fundamentais com o Estado de Direito. São (...) situações jurídicas incompatíveis e contraditórias”⁵⁵³.

Este é o efeito secundário mais significativo do Direito Penal do inimigo: um retrocesso na luta histórica pelos direitos fundamentais e, em última instância, na própria construção e consolidação do Estado Constitucional Democrático, uma vez que a restrição ou supressão de garantias e direitos fundamentais, mesmo que apenas para determinados grupos, demonstra a falta de capacidade de respeito ao direito de todos e às próprias bases do Estado Constitucional Democrático⁵⁵⁴.

Ademais, existe ainda um grande, real e concreto perigo de que as fronteiras entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas) sejam confundidas e transpostas, de forma que os direitos e garantias fundamentais de todos, os cidadãos e os inimigos, vejam-se ameaçados.

Por isso se diz que o Direito Penal do inimigo prejudica, a curto prazo, diretamente e de forma perceptível, apenas aqueles que são previamente sinalizados como inimigos (os terroristas, os criminosos sexuais, os membros de organizações criminosas etc). No entanto, a longo prazo, de forma imperceptível, o Direito Penal do inimigo prejudica a todos. Ninguém será beneficiado por sua aplicação⁵⁵⁵.

Logo, mesmo que se admitisse a criação de categorias de inimigos no Direito Penal, não há como separar, com precisão, o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal do cidadão. O Direito Penal do inimigo, atuando fora dos parâmetros e limites do Direito Penal democrático, utiliza ferramentas vedadas por este último, as quais tendem a espalhar-se e sobrepor-se aos instrumentos de cunho democrático.

Mais cedo ou mais tarde, o Direito Penal do cidadão será contaminado pelos mecanismos destinados aos inimigos, que tendem a se infiltrar em todo o ordenamento jurídico: “uma vez que a brecha está aberta, uma vez que se habilita o discurso da emergência, o direito penal liberal será violado de forma irreversível (...) com o Direito Penal do inimigo,

CRESPO, *El Derecho penal del enemigo *Darf Nicht Sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad*, p. 481). No mesmo sentido, Adela Asua Batarrita entende que os direitos fundamentais possuem um caráter substancial e intangível, sendo o pressuposto básico e irrenunciável dos sistemas democráticos. (ASUA BATARRITA, *El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas*, p. 242).

⁵⁵³ Tradução livre, do original: “(...) no hay cómo compatibilizar un derecho excepcional del enemigo con la supresión de garantías fundamentales con el Estado de Derecho. Son (...) situaciones jurídicas incompatibles y contradictorias”. (CALLEGARI; DUTRA, *Derecho Penal del enemigo y derechos fundamentales*, p. 335).

⁵⁵⁴ GARCÍA CAVERO, *Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?*, p. 933.

⁵⁵⁵ SCHEERER; BÖHM; VÍQUEZ, *Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho Penal del enemigo*, p. 934.

o Estado de Direito sofre um enfraquecimento impossível de evitar, que geralmente tende a se aprofundar”⁵⁵⁶.

É por essa razão que a admissão resignada de um tratamento especial diferenciado para uma determinada categoria de infratores, mesmo que de criminosos graves, não pode ser aceita, “entre outras razões porque não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo, dado que não sabemos *ab initio* quem são essas pessoas”⁵⁵⁷. O poder de selecionar inimigos estará sempre nas mãos daqueles que efetivamente podem empregar esse poder, que poderão utilizá-lo segundo interesses próprios.

A própria formulação de Jakobs deixa muitas questões em aberto, no que diz respeito à noção de inimigo (não-pessoa). Ele não responde, por exemplo, se podem ser criadas novas categorias de inimigos e, em caso positivo, a quem cabe a tarefa de defini-las. Também não responde o que ocorre se um cidadão for erroneamente definido como inimigo ou ainda se é possível deixar de ser inimigo e quem controlaria esse processo. Enfim, há várias questões que permanecem sem respostas e que geram insegurança e desconfiança.

Destarte, diante de todo o exposto, é possível concluir que o Direito Penal do inimigo não pode, de maneira alguma, ser aceito pelos ordenamentos jurídico-penais dos Estados Constitucionais Democráticos e, em consequência, não deve ser admitido no Direito Penal brasileiro. É absolutamente necessário expurgar de nosso ordenamento qualquer forma de manifestação concreta do Direito Penal do inimigo, enquanto manifestamente conflitante

⁵⁵⁶ Tradução livre, do original: “Una vez que la brecha há sido abierta, una vez que se habilita el discurso de emergencia, el Derecho penal liberal queda violado de forma irreversible. (...) con el Derecho penal del enemigo el Estado de Derecho sufre un debilitamiento imposible de evitar , que generalmente tiende a profundizarse” . (SCHEERER; BÖHM; VÍQUEZ, **Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho Penal del enemigo**, p. 934). Em complemento, os mencionados autores afirmam que “extender una carta blanca a la legislación del enemigo beneficia aparentemente a muchos, pero perjudica en definitiva a todos ya que causa dos problemas fundamentales a futuro: en primer término, los enemigos no pueden durar para siempre, es decir, los límites se pueden correr fácilmente para abarcar a los nuevos; en segundo lugar, esta respuesta al delito promueve la propagación de soluciones de corte autoritario para enfrentar los problemas en forma simbólica mas que realmente reformadora”. (SCHEERER; BÖHM; VÍQUEZ, **Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho Penal del enemigo**, p. 935).

⁵⁵⁷ ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 191/192. “Não só é ilusória a afirmação de que o direito penal do inimigo afetará unicamente as garantias destes, como também é ilusória a sua suposta eficácia contra os inimigos. Quando são postas de lado as considerações teóricas e se admite que os direitos de todos os cidadãos serão afetados, imediatamente invoca-se o eficientismo penal, próprio do Estado autoritário e de sua razão de Estado, recolocando a opção tão reiterada quanto falsa entre eficácia e garantias, mediante a qual a única coisa que se quer dizer é que, dessa forma, serão obtidas mais sentenças condenatórias ou – o que dá no mesmo na América Latina- mais prisões cautelares. Ao mesmo tempo é inegável que, ao aumentar a discricionariedade investigadora das agências policiais, ampliam-se as oportunidades para a tortura. Uma crua e correta tradução do eficientismo penal em termos reais permite defini-lo -livre de suas máscaras- como uma tácita reclamação de legalização da tortura”. (ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 119).

com os princípios fundamentais de nossa República Federativa, sociedade livre, democrática e pautada na dignidade da pessoa humana.

Por fim, cabe mencionar que, em resposta às críticas recebidas, Günther Jakobs defendeu que apenas de forma abstrata pode-se afirmar que um Estado de Direito que não se utiliza de instrumentos como a incomunicabilidade, os agentes infiltrados e as escutas telefônicas está mais próximo de um ideal de Estado de Direito do que aqueles que não fazem uso desses instrumentos e medidas. Para ele, em uma análise concreta, abrir mão desses instrumentos, instituições e medidas significaria esvaziar de conteúdo o direito dos cidadãos à segurança, direito este que nada mais é que outra denominação ao estado de vigência real do Direito⁵⁵⁸.

Também complementa que não se pode afirmar que o Estado de Direito seja real porque é pensado ou postulado: “quem defende a posição de que no Estado de Direito sempre tudo deve converter-se em realidade, sem concessões, deveria saber que aquele ‘tudo’, na realidade concreta vem acompanhado por um ‘ou nada’”⁵⁵⁹.

Por isso, Jakobs reafirma a sua visão de que o Direito Penal do inimigo deve existir e ser aplicado, mas limitado ao necessário, já que deve se lidar com o real e concreto, com o alcançável e o ótimo na prática, e não com uma visão meramente abstrata do Direito Penal e do Estado Democrático de Direito.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, o Estado concreto de Jakobs torna-se inviável, porque o soberano, invocando a necessidade e a emergência, pode suspendê-lo e designar inimigos, na extensão que lhe permitir o poder que dispõe. Dessa forma, o Estado de Direito concreto defendido por Jakobs “anula o Estado de Direito abstrato, ou seja, cancela o próprio princípio do Estado de Direito, ficando o limite do poder em mãos de um soberano que individualiza inimigos por decisão política e contra quem não se pode oferecer resistência”⁵⁶⁰.

Na prática, ao afirmar que o Estado de Direito concreto não será sempre da forma como se pretende em uma visão abstrata, admitindo uma aplicação do Direito Penal do inimigo na medida do necessário, o que Jakobs está a fazer é negar o próprio Estado de Direito.

Cumprido destacar que é positivo verificar que, na realidade, o Estado Constitucional Democrático não é vivenciado como deve ser, ou seja, não segue um modelo

⁵⁵⁸ JAKOBS, **Terroristas como personas en Derecho?**, p. 87.

⁵⁵⁹ Tradução livre, do original: “(...) quien defiende la posición de que en el Estado de Derecho siempre todo debe convertirse en realidad, sin concesiones, debería saber que aquel ‘todo’ en la realidad concreta se ve acompañado por un ‘o nada’”. (JAKOBS, **Terroristas como personas en Derecho?**, p. 87/88).

⁵⁶⁰ ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 163/164.

ideal e abstrato. Tal reconhecimento permite diagnosticar os defeitos e verificar o grau de implementação do Estado Constitucional Democrático, para buscar, a partir desse *ser* real e concreto, um *dever ser* ideal. Entretanto, isso não significa legitimar seus erros e defeitos, nem valorá-los positivamente ou aceitá-los como necessários⁵⁶¹.

O que se deve fazer, após constatados os defeitos e erros, “é exercer ao máximo -otimizar- o poder jurídico de contenção para reduzi-los e eliminá-los. A resistência jurídico-penal à admissão do conceito de inimigo no Estado de Direito deve ser frontal”⁵⁶². Os defeitos e erros devem ser analisados e constatados, não para serem legitimados, mas sim para serem corrigidos e eliminados.

Aceitar o Direito Penal do inimigo seria aceitar um retrocesso na defesa dos direitos e garantias fundamentais da pessoa; seria retroceder nas conquistas de um Estado pautado pela democracia e pela dignidade da pessoa humana. Enfim, seria retroceder em anos de lutas e conquistas históricas

Destarte, a grande questão que se impõe diz respeito ao qual modelo de Estado se quer consagrar: um Estado Constitucional Democrático, pautado pelos direitos e garantias e pela dignidade da pessoa humana, ou um Estado totalitário, autoritário, violador desses mesmos direitos e garantias.

Se a resposta é (como deve ser) a favor de um Estado Constitucional Democrático e, como consequência, de um Direito Penal democrático, então, não há espaço para quaisquer dúvidas. O Direito Penal do inimigo não pode, de maneira alguma, ser admitido e não há espaço algum para a eleição de inimigos. Não se pode legitimar a presença do inimigo sem que se renuncie ao próprio Estado Constitucional Democrático.

⁵⁶¹ ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 178.

⁵⁶² ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 178.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se afirmar que, no momento contemporâneo, profundas transformações estão acontecendo em esfera global, transformações estas que podem ser explicadas pelas construções teóricas da pós-modernidade e da sociedade de risco. A complexidade da sociedade pós-moderna e de risco, ao atingir todos os aspectos da vida em sociedade, também promove modificações na Ciência Jurídica, sobretudo no Direito Penal.

O momento pós-moderno, no qual se desenvolve a sociedade de riscos, é caracterizado pela produção e distribuição de riscos em escala global, sem respeito a fronteiras ou limites territoriais. Esses riscos não se reduzem aos danos e efeitos presentes, mas também se ligam a possibilidade de danos futuros. Todo esse incremento assustador e desenfreado dos riscos traz uma consequência: produz-se uma sensação constante e crescente de insegurança individual e coletiva, que permanece existindo mesmo sem a comprovação de perigos reais.

A sociedade da insegurança e do medo é, pois, um subproduto da sociedade de risco. A busca pela segurança faz com que os indivíduos reclamem do Estado a prevenção frente a estes riscos e uma garantia de segurança. Nesse cenário, o Direito Penal emerge como a solução, por excelência, para os problemas apresentados. Ele passa a avocar um papel de instrumento fundamental para a proteção dos cidadãos.

O Direito Penal, portanto, assume uma clara tendência de expansão, o que gera uma tensão com os princípios e instrumentos clássicos do Direito Penal. A busca de segurança favorece uma tutela penal mais dura que, por muitas vezes, resulta em restrições ou até mesmo supressões de garantias e direitos fundamentais. Essa situação, aliada a uma pressão e movimentação pública e da mídia em favor de uma repressão penal rigorosa, favorece o despontar de teorias e movimentos como “Lei e ordem” e “Tolerância zero”. É também nesse contexto que surge o Direito Penal do inimigo.

Embora a discussão do inimigo não seja nova, havendo, ao longo da história jurídico-penal, várias menções ao inimigo, coube a Jakobs o mérito de sistematizar uma teoria de tratamento deste. Além disso, a discussão do tema ganhou força após os atentados terroristas de 11 de setembro, a partir do qual medidas extremas de proteção e reação jurídico-penal, com legislações penais repressivas e duras no combate ao inimigo terrorista, foram adotadas por vários países. Esse endurecimento da legislação penal e processual penal não se

restringiu ao tratamento do terrorismo, estendendo-se também ao crime organizado, ao tráfico de drogas e à violência sexual.

No entanto, o Direito Penal do inimigo não é compatível com o modelo de Estado Constitucional Democrático e com a dignidade da pessoa humana enquanto base fundamental do ordenamento jurídico desse Estado. Portanto, ele não pode, de maneira alguma, ser admitido nesses Estados, em especial no Estado brasileiro.

Em primeiro lugar, há uma incompatibilidade do ponto de vista dogmático-constitucional. Não se pode admitir, dentro de um Estado Constitucional Democrático, que determinados indivíduos sejam tratados como não-pessoas ou inimigos. Isso viola de forma clara e direta o atributo maior da dignidade da pessoa humana, que é consagrado constitucionalmente, sendo, no Direito brasileiro, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme expresso no artigo 1º, inciso III da Carta constitucional.

A dignidade humana é atributo inerente e intrínseco a todo e qualquer ser humano e, portanto, dele não pode ser retirado. Pertence a todos, sem distinção, possuindo-a até mesmo o pior dos criminosos. Logo, nenhum ordenamento democrático pode estabelecer regras e procedimentos para a negação da dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana protege o cidadão e seus direitos e garantias fundamentais frente ao arbítrio do poder político estatal. Portanto, tendo em vista que o Direito Penal do inimigo viola a dignidade da pessoa humana, ponto de partida e de chegada de todo e qualquer ordenamento de Estados Constitucionais Democráticos, não é legítima qualquer forma de manifestação deste Direito nos ordenamentos democráticos.

Além disso, o Direito Penal do inimigo defende uma inaceitável relativização de direitos e garantias fundamentais, como os princípios da legalidade e da presunção de inocência. Observa-se que só falar-se em Estado Constitucional Democrático se direitos e garantias fundamentais forem reconhecidos, consagrados e, especialmente, respeitados. Não se deve admitir a exclusão de direitos e garantias para determinados grupos de pessoas, já que estes direitos se destinam a todos. A relativização de direitos de alguns significa, a longo prazo, a relativização e supressão do direito de todos.

Também se deve falar em uma incompatibilidade do ponto de vista dogmático-penal. O Direito Penal do inimigo viola vários princípios penais e processuais penais, entre eles o princípio do fato (Direito Penal do fato), segundo o qual somente fatos (condutas humanas: ações e omissões) podem ser penalizados, posição esta adotada pelo Código Penal brasileiro.

O Direito Penal do inimigo é, na verdade, um Direito Penal do autor, que demoniza certos infratores. Assim, não se punem determinados fatos criminosos, mas sim se elege uma determinada categoria de infratores, os inimigos, que merecem uma punição diferenciada pelo que são, e não pelo que fizeram. Observa-se a suposta periculosidade desses autores, e não suas ações ou omissões.

Esse Direito elege um tratamento jurídico-penal diferenciado focado nas características de um grupo de infratores (criminosos sexuais, terroristas, membros de organizações criminosas etc), em sua conduta/ estilo de vida, em seus hábitos e costumes, na sua personalidade e postura ideológica, muito mais que nos fatos delituosos praticados. Há, então, uma culpabilidade do autor, e não uma culpabilidade do fato, em uma clara violação ao princípio do fato.

Logo, o Direito Penal do inimigo está muito mais adequado a um modelo de Estado policial totalitário, autoritário e antidemocrático, o qual se encontra em plena oposição ao modelo de Estado Constitucional Democrático e à própria noção de dignidade da pessoa humana. De fato, no cerne dos Estados antidemocráticos se encontra a estigmatização de determinadas categorias de indivíduos, que recebem o rótulo de inimigos, admitindo-se a sua eliminação, exclusão ou inocuização.

É preciso, então, extirpar do ordenamento jurídico-penal dos Estados Constitucionais Democráticos, como o Estado brasileiro, qualquer forma de manifestação de um Direito Penal do inimigo, sob pena de se legitimar um Estado autoritário e ainda de se estar eliminando anos de conquistas históricas da dogmática penal e do próprio Estado Democrático.

Em conclusão, diante de todo o exposto, claro está que o Direito Penal do inimigo é inadmissível em um Estado Constitucional Democrático. Neste, só há espaço para um Direito Penal do cidadão, onde todos sejam tratados como pessoas, dotadas de dignidade humana e onde se respeitem os direitos e garantias fundamentais. Não cabe, no Estado Constitucional Democrático, conclusão em sentido diverso, sob pena de se legitimar um Estado autoritário e antidemocrático.

REFERÊNCIAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.
- ABRÃO, Guilherme Rodrigues. Breves reflexões sobre o Direito Penal do inimigo. **Revista Bonijuris**, Curitiba, n. 566, p. 14-18, jan. 2011.
- ABREU, Francisco Ferreira de. Resocialización o inocuización? Acerca del Derecho Penal del enemigo en el contexto de la reforma penal venezolana. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.
- ADELMAN, Mirian. Visões da pós-modernidade: discursos e perspectivas teóricas. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, n.º 21, p. 184-217, jan./jun.2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n21/09.pdf>>. Acesso em 14 de agosto de 2012.
- ALLER, Germán. El Derecho Penal del enemigo y la sociedad de conflicto. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.
- AMARAL, Francisco. O Direito civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- AMBOS, Kai. Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.
- ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.
- _____. Derecho penal del enemigo VS. Derecho Penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.
- ASUA BATARRITA, Adela. El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./ maio 2002.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v.18, n.1, jan./mar. 2004.

BARBERÁN, Pablo Marshall. El Estado de Derecho como principio y su consagración en la constitución política. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, Chile, ano 17, n. 02, p. 185-204, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros en el umbral: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

_____. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____. **O mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica, 1998.

BELLO RENGIFO, Carlos Simón. Las razones del Derecho penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

_____. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea, p. 109-134. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). **Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL. **Código Brasileiro de Aeronáutica** (Lei 7.565/86). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm>. Acesso 16 de agosto de 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 13 de junho de 2012.

_____. **Lei de execução penal** (Lei 7.210/84). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 16 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 104.339/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3900686>>. Acesso em 22 de maio de 2012.

BUNG, Jochen. Direito Penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 62, p. 107-133, set./out. 2006.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, ano 04, n. 14, p. 137-145, 2004.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho Penal del enemigo y derechos fundamentales. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. Bases do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista Impulso**, p.81-94. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp20art08.pdf>>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

_____. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel. De nuevo: “Derecho Penal” del enemigo?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

_____. **"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000**, n. 44, 2002, p. 18. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=264123>>. Acesso em 22 de maio de 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. **Estado de Direito**, p. 01-26. Disponível em: <<http://libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2012.

CARVALHO, Salo de. Política de guerra às drogas na América Latina: entre o Direito Penal do inimigo e o estado de exceção permanente. **Revista Crítica Jurídica**, n. 25, p. 253-267, jan./dez. 2006.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, n. 4(1), p. 7-26, jan./dez. 2005.

COLARES, Virgínia. Apresentação: por que a linguagem interessa ao Direito?. In: _____ (org). **Linguagem e Direito**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORNACCHIA, Luigi. La moderna *hostis iudicatio*: entre norma y estado de excepción. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

COSTA, José de Faria. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou esperanto universal?. In: D’AVILA, Fábio Roberto (org.). **Direito Penal e Política Criminal no terceiro milênio**: perspectivas e tendências. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011.

DAMIÁN MORENO, Juan. Un Derecho procesal de enemigos? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

D’AVILA, Fábio Roberto. **A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal (um breve excuroso sobre o Direito Penal do Risco)**. Disponível em: <<http://firtadvocacia.com/artigosepublicacoes/0%20A%20crise%20da%20modernidadeSite.pdf>>. Acesso em 22 de dezembro de 2011.

_____. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Crítica al funcionalismo normativista. **Revista de Derecho penal y criminología**. Madrid, n. 3, p. 13-26, 2010.

_____. El Derecho penal del enemigo *Darf Nicht Sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

DEZALAY, Yves. A reestruturação global e o Direito. In: **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=inimigo>>. Acesso em 28 de agosto de 2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

DONINI, Massimo. El Derecho Penal frente al “enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

DUBBER, Markus D. Guerra y paz: Derecho Penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del Derecho Penal estadounidense. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho Penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

DWORKIN, Ronald. O terror e o ataque às liberdades civis. **Direito e Democracia (Revista de Ciências Jurídicas-Ulbra)**, Canoas, v. 05, n. 01, p.169-186, jan./jun. 2004.

EDUARDO ABOSO, Gustavo. El llamado “Derecho Penal del enemigo” y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v.1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

ESPERANDIO, Mary Rute Gomes. **Para entender: pós-modernidade**. São Leopoldo: Sinodal, 2007.

FARALDO CABANA, Patricia. Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

FAYET JÚNIOR, Ney. A criminalidade econômica e a política criminal: desafios da contemporaneidade. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 9-20, jul./dez. 2008.

FAYET JÚNIOR, Ney; MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna. Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 84-100, jul./dez. 2009.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FICHTE, Johann Gottlieb. **Ética**. Madrid: Akal, 2005.

_____. **Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos**. Tradução de Faustino Oncina Coves. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

FOLHA ONLINE. **Argentina promulga lei polêmica contra o terrorismo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1027364-argentina-promulga-lei-polemica-contra-o-terrorismo.shtml>>. Acesso em 22 de maio de 2012.

_____. **Governo Obama diz que Guantánamo deve ser fechada até 2013**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u685463.shtml>>. Acesso em 22 de maio de 2012.

GALGANO, Francesco. **La globalización en el espejo del Derecho**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

GARCÍA CAVERO, Percy. Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

GARCÍA MARCOS, Francisco J. Linguística y Derecho. **Revista ELUA**, n. 18, p. 59-86, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. “Direito Penal” do inimigo e os inimigos do Direito Penal. **Revista Ultima Ratio**, Rio de Janeiro: Lumens Juris, ano 01, n. 0, p. 329-356, 2006.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. **Revista de Direito do consumidor**, v. 58, abr./maio 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Normatividad del ciudadano Versus Facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normatización jurídico-penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 7, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. Acesso em 04 de maio de 2012.

_____. La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, n. 03, p. 27-72, 2010.

_____. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; SAKAI, Rita Becca. Terrorismo e Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, ano 12, n. 14, p. 15-43, 2008.

GRECO, Luis. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: Revista dos Tribunais, p. 80-112, set./out. 2005.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo”? : una aproximación crítica al concepto. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1993, p. 15.

_____. Modernidade, um projeto inacabado. Tradução de Márcio Suzuki. In: ARANTES, Otília Fiori; ARANTES, Paulo (orgs.). **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas**. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 118.

HARVEY, David. Passagem da modernidade à pós-modernidade. In: _____. **A condição pós-moderna**. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/brunoagustini/harvey-david-passagem-da-modernidade-ps-modernidadecapitulo-de-condio-psmoderna>>. Acesso em 14 de agosto de 2012.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

_____. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: VÁRIOS AUTORES. **Pena y Estado**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HINESTROSA, Fernando. Palabras Del Dr. Fernando Hinestroza, rector de la Universidad Externado de Colombia. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: el funcionalismo en Derecho Penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

HOBBS, Thomas. **De cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão**. Tradução de Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HÖRNLE, Tatjana. Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; Díez, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

ITURRALDE, Manuel. Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los Estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. **Revista de Estudios sociales**, n. 15, p. 29-46, jun. 2003.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: _____. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Civitas, p. 293- 324, 1997.

_____. Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; Díez, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

_____. Personalidad y exclusión en derecho penal. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. **Sobre la teoría de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998.

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional.** Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

_____. Terroristas como personas en Derecho?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.** v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

JULIO LASCANO, Carlos. La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.** v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

KALECK, Wolfgang. Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.** v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO (Edições Profissionais Ltda.), 2003.

_____. **A paz perpétua: um projecto filosófico.** Tradução de Artur Morão. Covilhã: LusoSofia, 2008. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em 07 de maio de 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDHÄUSER, Urs. Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado Democrático de Derecho. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión.** v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LANDA, César. Dignidad de la persona humana. **Cuestiones Constitucionales**, n. 07, p. 109-138, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho.** 3.ed. Tradução espanhola. Barcelona: Ariel, 2009.

LEÃO, Emmanuel Carneiro. A pós-modernidade. **Revista da FAGED**, Salvador, n. 09, p. 117-124, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito.** Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUIZI, Luiz. Um Direito Penal do inimigo: o Direito Penal soviético. In: STRECK, Lenio DIAS (org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 111-131, 2007.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006.

MANNA, Adelmo. Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: la *privacy*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis. El Derecho penal del enemigo : evolución (o ambigüedades?) del concepto y su justificación. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: el funcionalismo en Derecho Penal**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 83, p. 95-119, mar./abr. 2010.

_____. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, ano 03, p. 53-82, jan./jun. 2006.

_____. De nuevo sobre el “Derecho Penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

_____. **Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo**: estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo. 4 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Método, 2010.

ORCE, Guilherme. Derecho penal del enemigo: influencia de una idea negativamente cargada en la solución de casos limite. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal. **Revista Penal**, Editorial Praxis S.A., n. 02, p. 49-60, 1998.

PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo e democracia: um paradoxo brasileiro. **Revista Medições**, Londrina, v. 10, n. 02, p. 183-198, jul./ dez. 2005.

PASTOR, Daniel R. El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. El hecho: ocasión o fundamento de la intervención penal?. Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del “peligro de peligro”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n.10-03, 2008. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf>>. Acesso em 07 de maio de 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio- Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y ficción en el Derecho Penal del enemigo. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 485-519, 2009.

_____. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). **El funcionalismo en Derecho Penal**: libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial- a proteção contratual no Direito brasileiro. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito civil constitucional**: cadernos 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v.2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, p. 31-45, mar./ abr. 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La revisión del delito político: islamismo y otros problemas. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

_____. Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). **Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2003.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REYES ALVARADO, Yesid. Normativismo y Derecho Penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. Sobre a fundamentação político-filosófica do “Direito Penal do inimigo”. In: RIBEIRO, Bruno de Moraes (coord.). **Direito Penal na atualidade**: escritos em homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes. Rio de Janeiro: Lumens Juris, p. 15-27, 2010.

RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. A linguagem do Direito Penal: uma abordagem crítica. **Revista Justitia**, v. 58, n. 173, p. 09-17, jan./mar. 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito). Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997.

SALIGER, Frank. El Derecho Penal del enemigo: un concepto crítico o totalitario del Derecho Penal. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 01, p. 67-89, 2007.

SANCHES, Pierre. Modernidade e pós-modernidade. **Revista Análise e conjuntura**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2 e 3, p.44-52, maio/dez. 1992.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Liziane dos. **Crimes hediondos à luz da apreciação levada a efeito pelo STF no HC 82.959/SP e a Lei 11.464/2007**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10402>. Acesso em 22 de maio de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n 09, p. 361-388, jan./jun. 2007

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAVEDRA, Giovanni Agostini. Violência e reificação: linhas fundamentais da criminologia do reconhecimento. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 198, p. 16, maio 2009.

SCHEERER, Sebastian; BÖHM, María Laura; VÍQUEZ, Karolina. Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho Penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Tradução de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

SCHULZ, Lorenz. Fricciones de uma ficción. El Derecho Penal de Jakobs para enemigos. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho Penal del enemigo?: crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. **Revista Internacional de Direito e cidadania**, n. 05, p. 165-176, out./2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 167, p. 213-230, jul./set. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TERRADILLOS BASOCO, J.M^a. Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

URQUIZO OLAECHEA, José. Derecho Penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los “extraños”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 6 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.