

Universidade Metodista de Piracicaba

Mestrado em Direito

Fernando José Ferreira da Silva

**O INIMIGO NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL E OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: O ENFOQUE SOBRE A QUESTÃO TERRORISTA.**

Piracicaba-SP

Fevereiro de 2011

Universidade Metodista de Piracicaba

Mestrado em Direito

Fernando José Ferreira da Silva

**O INIMIGO NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL E OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: O ENFOQUE SOBRE A QUESTÃO TERRORISTA.**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Metodista de Piracicaba para a obtenção do título de **MESTRE em Direito**, sob a orientação do **Professor Doutor Rui Décio Martins.**

Piracicaba-SP

Fevereiro de 2011

**O INIMIGO NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL E OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: O ENFOQUE SOBRE A QUESTÃO TERRORISTA.**

Fernando José Ferreira da Silva

BANCA EXAMINADORA

.....

Professor Dr. Rui Décio Martins

Orientador

.....

Professor Dr. José Renato Martins

.....

Professor Dr. Jorge David Barrientos-Parra

Silva, Fernando José Ferreira da.

O Inimigo no âmbito do Direito Penal e os Direitos Fundamentais: O enfoque sobre a questão terrorista / Fernando José Ferreira da Silva - Piracicaba, 2011.

135 f.

Orientador: Prof. Dr. Rui Décio Martins

Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba

1. Direito Penal. 2. Direito Penal do Inimigo. 3. Günther Jakobs. I. Martins, Rui Décio. II. Título.

CDU: 343.2

## Resumo:

O trabalho em tela, desenvolvido junto ao programa do Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, tem por fundamento o estudo da teoria do penalista alemão Günther Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo. O citado autor foi discípulo de Hans Welzel (criador do finalismo penal) e, atualmente, é professor Catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, na Alemanha. Para ele, apenas a aplicação contínua da norma penal é que impõe à sociedade as condutas aceitas e os comportamentos indesejados. Jakobs propõe uma distinção entre pessoas cidadãs e pessoas ameaçadoras do sistema no que concerne ao tratamento que cada indivíduo deve receber da norma penal. Este estudo confronta as ideias centrais da proposta de Günther Jakobs com os Direitos Fundamentais, levando-se em conta que o Direito hodierno afasta qualquer tentativa de negar ou suprimir Direitos Fundamentais da pessoa humana.

Sendo assim, procuramos demonstrar que o intenso processo de internacionalização dos direitos humanos na atualidade conflita na sua totalidade com os pontos centrais da teoria do penalista alemão, qual seja o Direito Penal do Inimigo.

Pode-se dizer que a contribuição deste trabalho em termos sociológicos consiste na reflexão acerca da criminalidade moderna, seja no Brasil, seja no âmbito internacional. Procuramos analisar o aumento real da criminalidade atual e o que pode ser feito para combatermos esta realidade no que tange às novas formas de combate à criminalidade gerada principalmente pela crescente globalização.

Procurou-se, ainda, abordar os antecedentes ideológicos imediatos do Direito Penal do Inimigo, bem como seu lastro no campo da filosofia. No que concerne aos

Direitos Fundamentais, veremos, com a exposição da teoria no decorrer de nosso estudo, que o Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, eis que o direito de punir do Estado (*ius puniendi*) não pode ser exercido sem limites, levando-se em conta que o princípio maior do operador do direito deve ser sempre a dignidade da pessoa humana.

Importante salientarmos que a abordagem foi escolhida devido aos ataques ocorridos em 11 de setembro de 2001 e, por isso, procuramos abordar separadamente a questão do terrorismo.

Abstract:

The current work, developed to the mastering Law course of the Methodist University of Piracicaba, is based on the study of the theory of the German penalist Günther Jakobs, titled Enemy Penal Law. The quoted author was a disciple of Hans Welzel (creator of penal finalism) and is currently Cathedric professor of Penal law and Philosophy of Law at The University of Bonn in Germany. For him, the continuous application of the penal norm is what imposes on society the accepted conducts and unwanted behaviors. Jakobs proposes a distinction between average citizens and criminals with regards to their treatment relative to the penal norm. This study confronts the main ideas from Günther Jakobs' proposal with the fundamental laws, taking into consideration that the hodiern Law repels any attempt to deny or suppress the Fundamental Laws of human being.

In our study, we attempt to demonstrate that the worldwide effort towards universal human rights conflicts with the main points of the theory of the german penalist, which is the Penal Law of Enemy.

The contribution of this work in sociological terms consists of a reflection about modern criminality, whether in Brazil or internationally. We try to analyse the rise of criminality and what can be done to combat this new reality. These efforts involve new forms of combating criminality caused mainly by the increasing globalization.

We tried still to consider the principals which contributed to the development of Enemy Penal Law, as well its overall contribution to the study of Philosophy. In Jakobs' Fundamental Laws, we see that the Enemy Penal Law is incompatible with the Democratic State of Law. Moreover that the right of punishment by the State (*ius puniedi*) cannot be exercised without limits. The State must always take into

consideration the principle of dignity and universal human rights of the human beings.

It is important to point out that this approach was chosen due to the attacks that happened on September 11th 2001. Because of that, we tried to approach separately the question of terrorism.

## Resumen.

El actual trabajo, desarrollado junto con el programa del Maestrado en Derecho de la Universidad Metodista de Piracicaba, tiene como fundamento el estudio de la teoría del penalista alemán Günther Jakobs, denominada Derecho Penal del Enemigo. El citado actor fue discípulo de Hans Welzel (creador del finalismo penal) y, actualmente, es professor catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la universidad de Bonn, en Alemania. Para él, solamente la aplicación continua de la norma penal es lo que impone a la sociedad las conductas aceptas y los comportamientos indeseables. Jakobs propone una distinción entre personas ciudadanas y personas amenazadoras del sistema en lo que concierne al tratamiento que cada ciudadano debe recibir de la norma penal. Este estudio confronta las ideas centrales de la propuesta de Günther Jakobs con los Derechos Fundamentales llevando en consideración que el Derecho Hodierno aleja cualquier tentativa de negar o suprimir los Derechos Fundamentales de cualquier persona humana.

De esta manera, nosotros tratamos de demostrar que el intenso proceso de internalización de los derechos humanos actualmente entra en conflicto, en su totalidad, con los puntos centrales de la teoría del penalista alemán, que es el Derecho Penal del Enemigo.

Se puede decir que la contribución deste trabajo en termos sociológicos consiste en la reflexión acerca de la criminalidad moderna, sea en Brasil, sea en el ámbito internacional. Nosotros procuramos analizar el aumento real de la criminalidad actual y lo que puede ser hecho para combatir esta nueva realidad

en lo que tañe a las nuevas formas de combate a la criminalidad generada principalmente por la creciente globalización.

Nosotros también procuramos abordar los antecedentes ideológicos inmediatos del Derecho Penal del Enimigo, bien como su lastro en el campo de la filosofía. En lo que concierne a los Derechos Fundamentales, verificamos, con la exposición de la teoría en el decorrer de nuestro estudio, que el Derecho Penal del Enemigo es incompatible con el Estado Democrático del Derecho, que es el derecho de punir en el Estado (*ius puniedi*), no puede ser ejercido sin limites, llevandose en cuenta que el principio maior del operador del derecho deve ser siempre el principio de la dignidad de la persona humana.

Importante salientarnos que la abordaje fue escogida devido a los ataques ocurridos en 11 de septimbre de 2001 y, por eso, buscamos abordar separadamente la question del terrorismo.

## Résumé:

Le travail présenté, développé avec le cours master de Droit à l'Université Méthodologique de Piracicaba, a pour sujet l'étude de la théorie du pénaliste Allemand Günther Jakobs, appelée comme le Droit Pénale de l'Ennemi. L'auteur cité précédemment était un disciple de Hans Welzel (créateur du finalisme pénal) et est aujourd'hui un éminent professeur de Droit Pénal et de Philosophie du Droit à l'université de Bonn, en Allemagne. Pour lui, la continuelle application de la norme pénale impose à la société des conduites strictes et des comportements non-voulus. Jakobs propose une distinction entre les personnes citoyennes et les personnes menaçantes dans le système basé sur le traitement de chaque individus soumis à la norme pénale. L'étude confronte l'idée principale de la proposition de Günther Jakobs avec les lois fondamentales, prenant en considération que le Droit hodie repousse toute tentative de dénie ou de suppression des Droits de l'Homme.

De cette manière, nous essayons de démontrer que l'intense processus d'internationalisation des droits de l'homme aujourd'hui entre généralement en conflit avec les principaux points de la théorie du pénaliste Allemand, en l'occurrence le Droit Pénale de l'Ennemi.

On peut dire que la contribution de ce travail en termes sociologiques entraîne une réflexion à propos du crime moderne, au Brésil ou ailleurs dans le monde. Nous essayons d'analyser la réelle augmentation de la criminalité actuelle ce qui implique de trouver de nouvelles stratégies visant à combattre cette criminalité causée principalement par l'augmentation de la mondialisation.

Nous avons essayé d'approcher les antécédentes idéologie immédiates dictée pour le Droit Pénale de l'Ennemi, et aussi son fondement par le côté Philosophic. En

ce qui concerne les lois fondamentales, nous voyons, durant cette étude, que le Droit Pénale de l'Ennemi est incompatible avec l'État de Droit Démocratique, et que le droit de punir dans l'État (*ius puniedi*), ne peut être exercé sans limites, prenant en considération que le principal objectif est toujours de veiller à la dignité des droits de l'homme.

Il est important d'insister sur le fait que l'approche choisie a mené aux attaques survenues le 11 septembre 2001 et à cause de cela, nous avons essayé d'approcher la question du terrorisme séparément.

*In memoriam de Carlos  
Eduardo Tarsitano Wiggert, o  
Kadu, amigo leal o qual não  
posso lembrar o nome sem que  
meus olhos se encham de  
lágrimas.*

## Agradecimentos

Primeiramente agradeço a Deus, causa primária de todas as outras coisas.

A São Jorge, meu Santo Protetor que ilumina meus caminhos.

Ao meu pai Waldir, pelo companheirismo e estímulo em mais esta empreitada.

À minha mãe Antonia, que com sua fé inabalável em Deus esteve sempre ao meu lado.

À minha irmã Laura, acadêmica da Faculdade de Direito desta “Casa de Saber”, pelas sugestões e apoio incondicional.

À minha amiga Pâmela Donato, pela preciosa ajuda na elaboração dos resumos em francês e inglês.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes, pela concessão da Bolsa no ano de 2010.

À Universidade Metodista de Piracicaba, instituição que prometo sempre defender, onde também realizei o Bacharelado em Direito, em testemunho de gratidão.

Ao meu orientador, **Doutor Rui Décio Martins**, pela amizade e colaboração *sine qua non* para a realização deste trabalho.

Ao **Doutor José Renato Martins**, pela indicação de diversas obras e pela ajuda *sui generis* objetivando o aperfeiçoamento do trabalho.

Aos Professores do Mestrado em Direito, em especial aos seguintes: Dra. Ana Lúcia Sabadell (hoje na Universidade Federal do Rio de Janeiro), Dr. José Antonio Remédio, Dr. Jorge Luís Mialhe, Dr. Jorge Luiz de Almeida, Dr. Jorge Luiz

Gavião de Almeida, Dra. Mirta Gladys Lerena Manzo Misailidis, Dr. Paulo Affonso Leme Machado, Dr. Richard Paulro Pae Kim e Dr. Sérgio Resende de Barros.

Aos amigos do Mestrado em Direito, que dividiram comigo angústias e conquistas, em especial agradeço à Carol Manzoli Palma, Awdrey Frederico Kokol, Edeltrudes Quirino de Souza Hayacida, Fausto Kozo Kozaka, Gustavo Previdi Vieira de Barros e Stella Vicente Sefarini.

Aos Funcionários do Setor de Pós-graduação, em especial às funcionárias Dulce e Sueli, que não mediram esforços para solucionar minhas dúvidas no âmbito administrativo.

À Doutora Maria Helena Bittencourt Kiss, médica renomada e competente, pela amizade, humildade e por sempre me incentivar.

Aos meus amigos que de uma forma direta ou indireta incentivaram minha pesquisa, em especial: André Amato Neto, Davi Corrente Franzini, Gisele Costa, Graziela Tarsitano Wiggert, Maurício José Mantelli Marangoni, Paula Betheghelli, Paula Marcella Dametto e Samuel Camacho Castanheira.

Ao grande amigo e advogado Luis Augusto Silveira Luvizotto, pela lealdade, amizade e incentivo em minha pesquisa.

Ao Doutor Jesus Arriel Cones, “artista da palavra” na Tribuna do Júri.

Ao Doutor Edson José Meneghetti, Promotor de Justiça aposentado, exemplo de caráter que procuro sempre seguir. Agradeço o precioso auxílio que recebi durante a realização do Estágio Docente em Direito Penal realizado junto à graduação.

Aos Professores de Direito Penal e Processo Penal que, mesmo com todas as dificuldades existentes, ensinam diariamente as matérias mais apaixonantes do Direito.

Agradeço aos Advogados e Promotores do Júri que “combatem o bom combate”, cada qual com seu ponto de vista, mas sempre com respeito à parte adversária em busca de uma decisão justa.

Ao Promotor de Justiça Enzo de Almeida Carrara Boncompagni pelas palavras de incentivo na reta final da dissertação em tela.

Por derradeiro, agradeço a colega Mariana Luisi, que concluiu seu Mestrado junto a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) em Ciências Criminais e, após contato, gentilmente indicou algumas obras para que eu pudesse aperfeiçoar o trabalho.

## **EPIGRAFES.**

"Não pode haver couraça mais forte do que um coração limpo. Está três vezes mais armado quem defende a causa justa, ao passo que está nu, ainda que de aço revestido, o indivíduo de consciência manchada por ciúmes e injustiças".

**WILLIAM SHAKESPEARE.**

### **O “HOMEM-LIGHT”, A CRISE DO DIREITO E O SISTEMA.**

Aproveito de uma expressão de Arthur Kaufmann para se referir à nossa época: estamos na “fase da existência”, que é a fase da crise, onde o homem adentra fraturado em seu espírito, absolutamente em crise, já não sabendo o que e a quem seguir, dando azo aquilo que tenho chamado com Enrique Rojas, o surgimento do “homem light”: como nós temos a manteiga sem gordura, a cerveja sem álcool e o cigarro sem nicotina, nós temos um homem sem compromisso, sem conteúdo, sem projetar o amanhã, sem pensar no amanhã, vazio de considerações, oco de constatações, sem bandeiras a seguir, sem projetos a lançar. Caiu o muro de Berlim e com ele caíram grandes convicções. O “homem-light” prefere o aplauso fácil à crítica sincera, o elogio vazio ao aplauso convicto; um homem desprovido do ser, um homem absolutamente transparente, porque inócuo, o seu conteúdo não existe, é apenas um vazio existencial emoldurado pelo continente físico. É por isso que buscamos a significação de nossa existência e a formação de um homem ideal e superiormente comprometido com os valores humanísticos e sociais, absolutamente cômicos que nós poderemos criar um melhor sistema jurídico no mundo, sabendo, contrariamente ao filósofo conservador, que este “não é o melhor dos mundos possíveis”. É preciso, pois, avançar; pois nós jamais conseguiremos implementar uma página de justiça se aquele que for manobrar com este sistema não for um homem na acepção imensa da palavra. (“O Ministério Público e a Criminalidade Contemporânea”, Conferência de Abertura ao Congresso Mundial do Ministério Público, São Paulo, 2000, revista *Justitia*, SP, 2000, p. 723).

**EDILSON MOUGENOT BONFIM.**

"Todo aquele que se sente capaz de criar um DESTINO, com o SEU TALENTO e com o SEU ESFORÇO, está inclinado a admirar o esforço e o talento nos demais; o desejo da própria glória não pode sentir-se coagido pelo legítimo enaltecimento alheio. Aquele que tem méritos sabe o que eles custam, e os respeita; estima, nos outros, o que desejaria que os outros estimassem nele”.

**JOSÉ INGENIEROS.**

## SUMÁRIO

Introdução.....	19
1. Metodologia de pesquisa utilizada.....	28
2. Antecedentes: A presença da figura do Inimigo ao longo da história.....	29
2.1 O Inimigo na Alemanha Nacional-Socialista.....	31
2.2 O Inimigo na União Soviética.....	35
2.3 O lastro filosófico e o Direito Penal do Inimigo na Filosofia Hodierna.....	36
2.4 A abordagem de Johann Gottlieb Fichte.....	38
2.5 A abordagem de Emanuel Kant.....	39
2.6 A abordagem de Thomas Hobbes.....	41
3. Cidadão versus “inimigo”.....	42
3.1 O inimigo e a questão da globalização.....	46
3.2 Mudanças em um mundo cada vez mais globalizado.....	50
3.3 Riscos na Sociedade Atual.....	53
3.4 A mídia como formadora de opinião.....	55
3.5 Sociedade Global e Direito Penal.....	58
3.6 Direito Penal Internacional.....	61
4. A deficiência do Direito Penal e a Teoria de Günther Jakobs.....	80
4.1 O “Inimigo” ao redor do mundo.....	82
4.2 Políticas Criminais de Exceção.....	91
4.3 Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo.....	95
4.4 Dignidade da pessoa humana: o limite necessário.....	97
4.5 O evidente conflito entre o Estado Democrático de Direito e a teoria de Günther Jakobs.....	100
5. As Redes Terroristas.....	103
5.1 Os Reflexos do Terrorismo.....	102
5.2 Terrorismo e Fanatismo Religioso.....	106
5.3 Os Ataques Terroristas de 11 de Setembro de 2001 e a Globalização ..	107
5.4 A Alta Tecnologia e as Redes Terroristas.....	109
5.5 Ações Eficazes contra as Redes Terroristas.....	111
5.6 Instrumentos do Direito Internacional Contra o Terrorismo.....	112
5.7 A Posição de Eugênio Raúl Zaffaroni.....	115
Conclusões.....	119
Referências Bibliográficas.....	124

## INTRODUÇÃO.

Günther Jakobs iniciou as primeiras linhas sobre o tema “Direito Penal do Inimigo” (*Feindstrafrech*) em 1985 e retomou a abordagem em 1999.<sup>1</sup>

Especificamente, em 1985, Günther Jakobs apresenta o trabalho *Kriminalisierung im Vorfeleiner Rechtsgutverletzung* (“Criminalização no estado prévio à lesão a bem jurídico”), oportunidade na qual, pela primeira vez, traz a ideia do Direito Penal do Inimigo, confrontando-o com o Direito Penal. Seu pensamento, em síntese, é que o Direito Penal pode ver o autor como um cidadão, otimizando seu campo de liberdade, ou como um inimigo, enxergando-o como fonte de perigo dependendo de sua conduta.<sup>2</sup>

Se, a priori, o termo parecia ter caráter nitidamente negativo, tratando das hipóteses de “criminalização do estado prévio”, a partir de uma crítica que objetivava assegurar a esfera privada de liberdade<sup>3</sup>, posteriormente, em Congresso realizado na cidade de Berlim, Günther Jakobs considera o reconhecimento dessa esfera como inevitável. Parece que, nesse momento, o Direito Penal do Inimigo seria outro Direito Penal, que não o do cidadão, que não teria os mesmos princípios de funcionamento, dirigido àquelas pessoas que se recusam peremptoriamente a seguir a ordem jurídica, pondo em risco a integridade da sociedade e do Estado.

Necessário dizer que, quando falamos em conflito, em duelo, em disputa ou, de modo geral, quando pretendemos iniciar um movimento de “ataque”, deve-se

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Salo de. **A Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente**. In: *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Org: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54, nota 1.

<sup>2</sup> GRECO, Luís. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 56, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83-84 e 88-89.

<sup>3</sup> APONTE, Alejandro. **Derecho Penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12-17.

escolher alguém ou alguma entidade para mostrar inconformismo com a situação que se pretende modificar.

Neste diapasão, a figura do “inimigo”, segundo Masson:

É o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser um cidadão e, por consequência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas.<sup>4</sup>

Cuida-se de um indivíduo que abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.<sup>5</sup>

Para Silva Sánchez, a transição do “cidadão”, para o “inimigo” seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, principalmente e de maneira final, a integração deste indivíduo em organizações delitivas com estrutura de poder paralelo.<sup>6</sup>

Ainda nesta linha de pensamento, é importante destacarmos alguns exemplos trazidos por Günther Jakobs que, em tese, configurariam exemplos de “inimigos do Estado”. São eles: terroristas, autores de crimes econômicos de grande vulto, integrantes de organizações criminosas e, ainda, de maneira residual e a depender do caso concreto, autores de infrações penais graves e perigosas de modo geral. O penalista alemão ainda cita em sua obra, a título de exemplo, o trágico 11 de

---

<sup>4</sup> MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal - Parte Geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 83.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.149.

setembro, quando ocorreu o ataque terrorista às torres gêmeas na cidade de Nova York.<sup>7</sup>

A proposta idealizada por Jakobs na atualidade é apontada como a “terceira velocidade do direito penal”, vale dizer, os defensores da citada teoria, afirmam que só poder haver combate efetivo das organizações criminosas, se houver diminuição ou até mesmo supressão de direitos e garantias individuais. Neste sentido, se aplicarmos a teoria do direito penal do inimigo *ipsis litteris*, estaremos admitindo a possibilidade de cercear o direito à defesa, direito ao contraditório, ampla defesa e até mesmo a admissão no processo de provas obtidas através de tortura. Como se percebe, a teoria é bem polêmica e encontra na sociedade atual críticas e, conforme verificaremos, foi difundida através de diversos instrumentos, entre eles, a globalização. Diante da insegurança atual, gerada pelo incremento visível da criminalidade que parece não conhecer escalas, constatamos a denominada expansão do direito penal. De acordo com Silva Sánchez:

A escolha do direito penal para o desempenho da tarefa de tranquilizador social não se dá ao acaso. Em que pese o advento do risco e da sensação de insegurança possam vir a conduzir à expansão de outros mecanismos sociais, tais opções ou são insuficientes, ou inexistentes ou ainda desprestigiadas.<sup>8</sup>

De qualquer maneira, o que se constata é que as características da sociedade atual consolidam a expansão de um direito penal, que, de acordo com Greco:

Não reconhece outra eficácia “senão a de tranquilizar a opinião pública”, limitando-se a um efeito meramente simbólico, vale dizer,

---

<sup>7</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal del enemigo**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 2003, p. 39.

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, Op. Cit., p. 48.

“os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandando-se a ansiedade, ou, mais claramente, mente-se”.<sup>9</sup>

No que tange ao plano Internacional, podemos afirmar que a figura do “inimigo” é motivada ainda mais por atitudes de certos países, como, por exemplo, o caso da prisão de Guantánamo mantida pelos Estados Unidos em Cuba, que reflete indubitavelmente, ainda hoje, diversas violações a direitos fundamentais.

Ocorre que, a limitação ou até mesmo supressão de direitos e garantias individuais passa a ser legitimada pela já referida proposta de Günther Jakobs, isto é, o Direito Penal do Inimigo. Neste sentido, é deveras importante citarmos a teoria proposta por Günther Stratenwerth, denominada “o Direito Penal como proteção de contextos da vida em sociedade”, que pugna pela prevalência dos direitos difusos da sociedade, deixando em segundo plano os interesses individuais.<sup>10</sup>

Retornando à teoria de Jakobs, objeto central desta dissertação de mestrado, podemos afirmar que, para ele, as garantias pessoais que emanam do Direito, possuem como destinatários indivíduos que cumprem com as expectativas necessárias para se manter o equilíbrio do Estado de Direito. Neste diapasão, se alguém se revela incapaz de viver em harmonia dentro de uma determinada sociedade, não pode fazer jus ao chamado “Estado cidadão”, devendo então ser considerado um “inimigo” e, por consequência, privado de direitos e garantias materiais e processuais.

Ao diferenciar os cidadãos dos inimigos do Estado, Günther Jakobs sugere a adoção de duas espécies de Direito Penal; de um lado temos o delinquente-cidadão,

---

<sup>9</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.nadiatimm.jor.br/009/Materias/EspacoLivre/direitopenal.htm>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2010.

<sup>10</sup> MASSON, Cleber Rogério, Op. Cit., p. 83.

que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais penais, isto é, aqui vale a observância total do devido processo legal; já para o inimigo, não deve haver garantias e direitos assegurados, sendo instaurado contra ele uma espécie de “procedimento de guerra”.

Malan, nesse sentido, expõe as três principais características do Direito Penal do Inimigo que, segundo ele são:

O adiantamento do âmbito de incidência da punibilidade, que passa a adotar um enfoque prospectivo (pune-se o fato criminoso futuro), ao invés do tradicional enfoque retrospectivo (criminalização do fato já consumado); a acentuada desproporção da penas cominadas, pois o legislador não leva em consideração o adiantamento da punibilidade referido acima para efeito de reduzir proporcionalmente a pena; o abrandamento ou até mesmo supressão pura e simples de determinadas garantias processuais ao réu.<sup>11</sup>

Assim, o Direito Penal do Inimigo seria um modelo de “Direito Penal parcial”, com o qual se pune de forma antecipada e mais dura, restringindo-se a liberdade de agir e até mesmo de pensar.<sup>12</sup>

Destacamos que, inicialmente, analisamos os antecedentes ideológicos imediatos do Direito Penal do Inimigo juntamente com o lastro filosófico e, no decorrer do estudo, procuramos mostrar qual o caminho percorrido na difusão dos institutos do Direito Penal do Inimigo até os dias atuais.

---

<sup>11</sup> MALAN, Diogo Rudge. **Processo Penal do Inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais, IBCCRIM, nº 59, Mar/Abr. 2006, p. 228.

<sup>12</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais, IBCCRIM, nº 47, Papel. Mar/Abr. 2004.

Posteriormente relacionamos a teoria com enfoque voltado ao estudo do terrorismo. Desta feita, buscou-se ainda confrontar a teoria com os Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito.

A temática acerca das novas formas de combate à criminalidade e, em especial do Direito Penal do Inimigo, é deveras importante, pois é fruto de uma importante discussão doutrinária que ganhou destaque no âmbito internacional após os atentados de 11 de Setembro de 2001.

Com efeito, o pensamento de Jakobs coloca em xeque a real efetividade do Direito Penal existente na atualidade, pugnando pela flexibilização ou até mesmo supressão de diversas garantias constitucionais até então reputadas como dogmas em quase toda sociedade hodierna.

Sendo assim, a principal justificativa para a realização deste estudo advém principalmente do questionamento colocado por Jakobs ao direito moderno, que diz respeito justamente ao fato de que, segundo o autor, as organizações criminosas terem se utilizado cada vez mais das garantias constitucionais para ficarem acobertadas pelo “manto da impunidade”.

Para balizar a sua posição e dar força aos seus argumentos, Jakobs utiliza clássicos das Ciências Humanas. Conforme assevera Leonildo Correa:

Por exemplo, para dizer que o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, pois está em guerra contra ele, logo, deve morrer como tal, utiliza Rousseau. Ainda neste sentido, para afirmar que em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, mas como inimigo, utiliza Hobbes. E, finalmente, utiliza as ideias de Kant para dizer que

quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, e não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo.<sup>13</sup>

Desta feita, a teoria de Jakobs tem um lastro filosófico considerável; entretanto, nem tudo que é lógico e filosoficamente considerável pode ser aceito como solução para os problemas da realidade. É indispensável, antes de aplicar quaisquer teorias na prática, observar as suas repercussões sociais, assim como verificar se essa solução não representa um retrocesso na evolução da humanidade ou até mesmo uma contrariedade evidente.

As diversas afirmações de Jakobs são, sem sombra de dúvida, muito polêmicas e discutíveis. Por alguns é chamada de “teoria nazista”<sup>14</sup>, para outros podemos extrair de sua teoria ideias “compreensíveis”.

No que tange aos direitos humanos, Comparato apresenta as diversas fases para se chegar à denominada “afirmação dos direitos humanos”. A nosso ver, o jurista em questão desenvolve em seu trabalho um retrospecto histórico até chegar aos pensadores tidos como modernos, como é o caso de Kant e Nietzsche. O autor apresenta reflexões feitas durante o desenvolvimento do pensamento ocidental que serviram de base para uma identificação da natureza humana, pertencente a todo e qualquer indivíduo e dotadas de capacidade para lhe conferir o direito a garantias mínimas.<sup>15</sup>

Percebe-se, com isso, que seja no âmbito interno de um determinado país, seja no âmbito do Direito Internacional, a dignidade da pessoa humana deve ser vista como uma espécie de paradigma insuperável.

---

<sup>13</sup> CORREA, Leonildo. **A Banalidade do Mal e o Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/texto30.htm>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2010.

<sup>14</sup> Tal afirmação é feita devido aos antecedentes ideológicos do Partido Nacional-Socialista na Alemanha, conforme iremos verificar no decorrer da dissertação.

<sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26.

Em termos internacionais, observa-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu início estabelece a dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Esta afirmação é repetida em outros instrumentos de âmbito Internacional, vale dizer, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Utilizando-se de outras expressões, mas com o mesmo conteúdo, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”.<sup>16</sup>

Novamente no que concerne ao texto da Declaração Universal, verificamos que, em seu Artigo 1º: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. O Artigo 6º enfatiza que: “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”.

Afirmações semelhantes a essas são localizadas no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 16º), na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 3º) e na denominada Carta Africana de Direitos Humanos (artigo 5º), corroborando uma espécie de alinhamento dos sistemas regionais posteriormente elaborados.

Oportuno ainda, por derradeiro, citarmos a Convenção Internacional Sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas datada de 1997, que chancelou a

---

<sup>16</sup> CABRAL, Alex Ian Psarski. **A proteção internacional ao direito à liberdade de consciência. O sistema da ONU e o sistema europeu de proteção aos direitos do homem.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2212, 22 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13204>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2010.

dignidade da pessoa humana como algo imprescindível para a evolução da humanidade.

Nos Artigos 7º, 8º, 13º e 14º, o documento em tela estabelece os seguintes direitos para qualquer pessoa apresentada como suspeita pelos delitos de atentado (definidos em seu artigo 2º): comunicação com o Estado de sua nacionalidade (ou com o território em que resida); visita de representante desse Estado; informação sobre os seus direitos; instauração de processo destinado a apurar a sua responsabilidade em período razoável; manifestação de seu consentimento sobre transferência para outro Estado (a fim de participar de ato judicial); e, ainda, tratamento justo, incluindo-se o usufruto de todos os direitos e garantias de conformidade com a lei do Estado em cujo território estiver, bem como os direitos aplicáveis ao Direito Internacional, dentre os quais se refere expressamente o Direito Internacional em matéria de direitos humanos.

Diante de todos esses instrumentos internacionais que garantem de forma expressa a dignidade da pessoa humana, nos parece que há uma espécie de consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este, por seu turno, irreduzível no âmbito nacional ou internacional.

## **1. METODOLOGIA E TÉCNICA DE PESQUISA.**

No presente estudo foram feitas pesquisas teóricas com base em textos de cunho científico contidos em bibliografias.

Neste diapasão, foi utilizado o método de exploração de textos, o material contém textos jurídicos e sociológicos.

A execução do trabalho foi possível devido principalmente ao razoável número de obras existentes na atualidade que tratam acerca do tema “Direito Penal do Inimigo”, principalmente após o ataque às torres gêmeas em 11 de setembro de 2001, existindo estudos de caráter teórico sobre a matéria. Dentro da teoria do penalista alemão Günther Jakobs, a bibliografia especializada nos permitiu um estudo visando demonstrar os aspectos mais relevantes desta polêmica teoria.

O conteúdo teórico resultante dos trabalhos científicos tanto acerca do Direito Penal do Inimigo, quanto dos direitos fundamentais sobre o tema é relevante na seara jurídica, ocorrendo, portanto, o estudo interdisciplinar, objetivando esclarecer pontos polêmicos.

Quanto à parte histórica, há conteúdo bibliográfico; entretanto, o assunto foi abordado de forma menos detalhada, pois o conteúdo central do trabalho em tela buscou estudar a teoria do Direito Penal do Inimigo com enfoque voltado a questão do terrorismo.

## 2. ANTECEDENTES: A PRESENÇA DA FIGURA DO INIMIGO AO LONGO DA HISTÓRIA.

A teoria formulada por Günther Jakobs, não pode ser compreendida em sua totalidade sem estudarmos as concepções ideológicas e as construções jurídicas que a antecederam.

Neste sentido, assevera Mariana Luisi:

Ao revisar o exercício real do poder punitivo, verifica-se que este sempre reconheceu um inimigo, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, a partir da negação da sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de coisa ou ente perigoso.<sup>17</sup>

Ainda acerca da figura do “inimigo”, complementa a citada autora:

Com efeito, os perigosos ou inimigos foram denominados parasitas para os soviéticos, subumanos para os nazistas e inimigos do Estado para os fascistas, todas essas pessoas que apresentavam algum perigo, em maior ou menor grau, foram submetidos a um sistema penal paralelo, composto por tribunais especiais inquisitoriais/policiais. É claro que, na realidade, os nazistas foram muito mais cruéis, visto que eliminaram quase todos os seus inimigos em campos de concentração, assassinaram os doentes que consideravam incuráveis, castraram e esterilizaram milhares de pessoas por sua orientação sexual.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> LUISI, Mariana. **Os Discursos do Terrorismo Estatal e a Ineficácia dos meios de Controle da Criminalidade**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUC-RS, 2008, p.19.

<sup>18</sup> Ibid., p. 20.

Um dos autores que destacou rol de possíveis “inimigos” foi Franz Von Liszt, para quem são “inimigos”:

Mendigos e vagabundos, prostitutas e michês, além de alcoólatras, vigaristas e gente de origem social ambígua no sentido mais amplo do termo, degenerados morais e físicos, todos eles formam um exército de **adversários cerrados da ordem social**, um exército cujo estado maior deve ser encontrado entre os delinquentes habituais. A pena pode ter o fim de tirar, perpétua ou, temporariamente, o delinquente que se tornou inútil a sociedade.<sup>19</sup>

Luis Luisi, também faz um comentário histórico, afirmando que a concepção da figura do “inimigo”, não é algo que surgiu somente com Günther Jakobs:

Entretanto, esta concepção não é nova. No Direito Romano, o sujeito que cometia perduellio (traição à pátria) era considerado um inimigo da pátria e perdia a condição de pessoa. No Direito Penal medieval, precisamente nas ordenações européias, como as Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, várias pessoas eram condenadas como inimigos da pátria, tais como os hereges, os apóstatas, os feiticeiros, os pederastas e os autores de crimes de lesa majestade. Também, o totalitarismo nazista e bolchevique utilizaram o direito penal para eliminar seus “inimigos” judeus e não-arianos (nazismo de Hitler), burgueses e contra-revolucionários (bolchevismo de Lênin e Stálin).

<sup>20</sup>

Assim, verificamos que, aqueles que Jakobs denominou de “inimigos”, já foram visualizados em diversos períodos de nossa história, entretanto, a

---

<sup>19</sup> LISZT, Franz Von. **A ideia do fim no Direito Penal**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2005, p. 59.

<sup>20</sup> LUISI, Luiz. **Um Direito Penal do Inimigo: o direito penal soviético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 112.

denominação era outra, embora já existisse um paradigma para se definir quem deve ser “perseguido” em cada período histórico.

## 2.1 O INIMIGO NA ALEMANHA NACIONAL-SOCIALISTA.

Com o surgimento da Escola de Kiel, na Alemanha, que serviu como base ao regime nacional-socialista, Francisco Muñoz Conde, escrevendo sobre Edmund Mezger, destacou:

Também na teoria da pena mostra MEZGER sua ideologia nacional-socialista, não só quando vê nela “um meio indispensável para a manutenção da comunidade do povo”, que não é outra coisa que uma comunidade de destino baseada na raça e na história, mas também quando chega a afirmar que a função da pena deve ser também a eliminação dos elementos daninhos ao povo e à raça, ou propõe medidas de higiene racial para a eliminação das “ralés criminosas”.<sup>21</sup>

Podemos perceber através do conceito explanado acima, que há evidente similitude entre o que pretende Jakobs, com o que foi desenvolvido por Mezger durante o regime nazista (nacional-socialismo), difundido por Adolf Hitler.

Com a derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, a crise econômica que surgiu, durante a República de Weimar (1918-1933) promoveu, a nosso ver, o enfraquecimento dos princípios penais conservadores e, como consequência, houve um considerável aumento no número de marginalizados que passaram a viver à

---

<sup>21</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo – Estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo**. Tradução de Paulo César Busato. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 81.

margem da sociedade. Tal fato, indubitavelmente, contribuiu diretamente para o surgimento do nacional-socialismo.

O surgimento do terceiro Reich provocou a adoção de uma política criminal voltada a uma finalidade particular, isto é, o Direito Penal deve adaptar-se à necessidade de purificar a raça ariana. Essa política criminal nazista, de cunho preconceituoso, encontrou em Edmund Mezger seu grande expoente e, nesse sentido, Francisco Muñoz Conde procura resgatar a verdade histórica em sua obra.

Em 1933, Mezger é conduzido com outros juristas, à denominada “comissão de adaptação da lei penal”, com o fito de garantir a supremacia alemã. Nesse sentido, disserta Conde:

O principal penalista do nacional-socialismo concebe a raça como um fator determinante do comportamento do sujeito na comunidade, em razão do que deve o Direito Penal esmerar-se em assegurar a pureza étnica, mediante a eliminação dos “estranhos à comunidade” (*Gemeusehafts fremde*), não importando se o inimigo se encontra dentro ou fora do território nacional.<sup>22</sup>

Ainda acerca da contribuição de Mezger apontada por Conde durante o nazismo, eram rotulados como inimigos:

Não somente judeus, mas os estranhos à comunidade em geral (aqui abrangidos comunistas, ciganos, inimigos de guerra etc), os arianos classificados como inferiores (*Lebensunwert*); os doentes mentais; os viciados; os criminosos sexuais (aí abrangidos os homossexuais e as prostitutas); os pequenos infratores; os desocupados; os mendigos e toda sorte de párias, todos constituíam o alvo central do delírio eugênico do Terceiro Reich. Não se tratava só de eliminar os não arianos, mas dentro dos próprios arianos deveriam ser eliminados os

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 101 e ss.

que não estavam à altura, se afastassem do protótipo, físico e psíquico, do que, segundo os dirigentes nacional-socialistas, deveria ser o perfeito alemão e, com isso, um “*Volksgenosse*”, um camarada do povo.<sup>23</sup>

Diversos diplomas legais na época deram suporte para essa empreitada nazista, como a lei de delinquentes habituais e a lei de enfermidades hereditárias, ambas datadas de 1933.

No final da 2ª Guerra, o nacional-socialismo reforça as forças para ultimar o inimigo interno. Edmund Mezger participa do novo projeto de lei sobre tratamento de estranhos à comunidade (*Gemeusehafts fremde*) que, em sua última versão, de 1944, concede poderes à polícia para restringir a liberdade do indivíduo, inclusive sem lhe conferir a possibilidade de defesa e, conforme anota Conde traz ainda a possibilidade de esterilização para àqueles considerados “inimigos”, àqueles que possam trazer uma herança indesejável para a comunidade do povo.<sup>24</sup> Ainda quanto ao projeto, que também previa o emprego de pena de morte, são estranhos à comunidade aqueles que não podem por incapacidade de caráter cumprir as exigências mínimas da comunidade; que levam vida com tendência à mendicância ou vagabundagem ou a outros delitos menos graves; que vivem em estado de embriaguez; que perturbam a paz pública, e quem, por sua personalidade ou forma de vida, revela predisposição para cometer delitos graves.<sup>25</sup>

Conforme assevera Conde, o novo projeto de lei no combate aos estranhos à comunidade (*Gemeusehafts fremde*), foi feito devido a forte pressão exercida pela elite do exército alemão:

---

<sup>23</sup> Ibid., p. 108.

<sup>24</sup> Ibid., p. 121.

<sup>25</sup> Ibid., p. 118.

As SS e seu chefe, Himmler, não pareciam estar, apesar de tudo, satisfeitos com o resultado conseguido com essa medida e outras, como a esterilização e a castração para os delinquentes sexuais, em seu afã por incrementar a repressão e, no caso, o extermínio dessas pessoas, reduzir o escasso controle judicial e que ainda obrigava à anterior regulação, buscavam soluções mais eficazes e menos formalizadas judicialmente.<sup>26</sup>

Ainda acerca do novo projeto de lei, Conde afirma:

Com a nova lei sobre “*Gemeusehaftsfremde*”, tratava-se, pois, de assegurar em momentos de crise o controle total, atribuindo à Polícia e, em definitivo, às SS, um poder máximo que podia ser utilizado em qualquer momento contra os inimigos interiores do regime, fossem estes do caráter que fossem, inimigos políticos, sociais ou de raça. O mesmo de “*Gemeusehaftsfremde*” acolhia a todos por igual. Do mesmo modo que o regime se preparava para uma “guerra total” contra o inimigo exterior, também preparava sua peculiar guerra total contra o “inimigo interior”.<sup>27</sup>

Apesar da vontade de Himmler e seus subordinados, sob o comando de Adolf Hitler, a iminência da derrota no âmbito militar da Alemanha nazista impede a vigência do texto legal, mas não evita que seu conteúdo atroz seja usado como prova de acusação por ocasião do Tribunal de Nüremberg.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 84.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> Ibid., p. 110, 113 e 118. Apesar de toda participação de Edmund Mezger no regime nacional-socialista, devido a um processo deficientemente instruído, a comissão de classificação do pós-guerra reconheceu Mezger como colaborador de segunda ordem (*Miläufers* em alemão), ou seja, dentre aqueles que não apoiaram diretamente o movimento nazista, limitando-se a infligir-lhe apenas uma pena de multa. Favorecido por essa categorização, o professor pode enfim retornar a sua cátedra na Universidade de Munique, a partir de onde, surpreendentemente, restaura seu prestígio acadêmico, integrando tempos depois a vice-presidência da comissão de elaboração do Código Penal Alemão de 1959 (Ibid., p. 91, 96, 254 e 259).

## 2.2 O INIMIGO NA UNIÃO SOVIÉTICA.

Na época que em havia a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, também havia a figura do “inimigo”. Especificamente aqui se falava em “inimigo da classe trabalhadora”, trazendo um conceito demasiadamente aberto a nosso ver.

Nesse período inaugurou-se uma fase de total arbitrariedade.<sup>29</sup> Jiménez de Asúa ressalta:

Os juízes nesse período foram mais que intérpretes da lei, mas verdadeiros legisladores que deviam orientar-se tão-somente “pela idéia do direito socialista, da consciência socialista”. A realização desse tipo de justiça penal foi, em grande parte, delegada às Comissões Extraordinárias, às quais incumbia reprimir “a contra-revolução, a especulação e a sabotagem”, mas que na prática estendeu a intervenção dessas Comissões em todo tipo de assunto, com os mais amplos poderes e com o mais ilimitado arbítrio.<sup>30</sup>

Corroborando essa afirmação, dissertou Mariana Luisi:

Verifica-se no direito penal soviético, cujo sistema político era socialista, que, de 1917 até meados do século XX havia a figura do inimigo. E este inimigo era o “inimigo da classe trabalhadora”, cujo rótulo era empregado de forma arbitrária, pois não havia a menção dos delitos que este praticasse para ser enquadrado como criminoso; bastava que os juízes, guiados pela “consciência socialista”, entendessem que determinada conduta não era a mais adequada.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I, 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, p. 528.

<sup>30</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Direito Penal Soviético**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1947, p. 53-54.150

<sup>31</sup> LUISI, Mariana, Op. Cit., p. 151.

A citada autora ainda continua seu raciocínio acerca da problemática de não se definir precisamente quais os crimes cometidos que poderiam, em tese, taxar um indivíduo de “inimigo” no âmbito da então União Soviética:

A única restrição ao arbítrio do juiz centrava-se no princípio de classe, cuja única possibilidade de não aplicar a lei ou de criá-la era o critério da periculosidade social, vinculada obrigatoriamente ao interesse do proletariado e à construção da sociedade socialista.<sup>32</sup>

Observamos que, na então União Soviética, se falava em “inimigo da classe trabalhadora”, e essa delimitação se confundia como uma espécie de “sinônimo” de “inimigos do povo”, já que, indubitavelmente, a classe trabalhadora era formada por representantes do povo.

### **2.3 LASTRO FILOSÓFICO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO NA FILOSOFIA HODIERNA.**

Devido à importância da filosofia e sua indiscutível contribuição ao estudo do Direito e, em especial, ao entendimento acerca do Direito Penal do Inimigo, abordaremos alguns posicionamentos dos principais filósofos no que concerne a figura do “inimigo”.

Refletindo acerca do tema, nos orienta Luis Gracia Martín:

A visão daquele que demonstra com seus atos não ser capaz de se orientar pelo Direito, como um indivíduo que, por isso mesmo, deve ser expulso da sociedade, surge constantemente na filosofia ética e política pré-moderna e moderna muito mais desenvolvida, parecendo inclusive antecipar os atuais fundamentos teóricos propostos pelos

---

<sup>32</sup> Idem.

partidários do Direito Penal do Inimigo. Em Especial, trata-se da ideia de que o delinquente, ou pelo menos determinados delinquentes, não têm o status de cidadão ou a condição de pessoa e, por isso, não merecem que o ordenamento jurídico defenda seus interesses.<sup>33</sup>

Rousseau, a priori, parece reconhecer como “inimigos” alguns delinquentes, negando-lhes, desta feita, a condição de pessoas morais ou de cidadãos. Essa conclusão é extraída do próprio pensamento de Rousseau, em uma de suas mais importantes obras, denominada “O Contrato Social”. Neste diapasão, numa espécie de “compêndio”, Rousseau disserta:

Todo malfeitor, ao atacar o direito social, converte-se com seus delitos em rebelde e traidor da pátria; deixa de ser membro dela ao violar suas leis, e até a combate. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se mata o culpado, isso é feito em razão de sua condição de inimigo, e não de cidadão. Os procedimentos, o juízo, são as provas e a declaração de que rompeu o pacto social e de que, por conseguinte, já não é membro do Estado. Pois bem, como ele se reconheceu como tal, ao menos no que concerne à residência deve ser separado daquele mediante o desterro, com o infrator do pacto, ou mediante a morte, como inimigo público; porque um inimigo assim não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito de guerra consiste em matar o vencido.<sup>34</sup>

Notamos que, embora a teoria de Jakobs tenha evidente lastro filosófico apoiado em Rousseau, a separação feita pelo autor nos parece muito abstrata, devendo ser analisada com parcimônia.

---

<sup>33</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98.

<sup>34</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 34.

## 2.4 A ABORDAGEM DE JOHANN GOTTLIEB FICHTE.

De maneira *sui generis*, o filósofo alemão Fichte, citado por Luis Gracia Martín, dissertando acerca dos denominados “Fundamentos do Direito Natural”, alerta que:

Aquele que infringe o contrato cidadão em um ponto onde o contrato exigia prudência, seja voluntariamente ou por imprudência, perde, a rigor, desse modo, todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e fica completamente privado de direitos.<sup>35</sup>

Neste diapasão, podemos asseverar que o cidadão possui direitos positivos somente com a condição de que os direitos de todos os demais cidadãos estejam seguros perante ele e, se não for esse o caso, seja pelo fato de sua vontade ser vista totalmente contrária ao direito, seja por sua imprudência, o “contrato” é anulado e já não existe mais relação jurídica entre as partes. Nesta senda, arremata Fichte afirmando que o delinquente fica “fora da lei”, isto é, sua segurança está tão garantida quanto a de um pássaro e, essa exclusão do “fora da lei”, para o autor, deve ser feita pelo Estado.<sup>36</sup>

Desta feita, Fichte pretende expressar esse rigor e, para tanto, dirige sua atenção ao interesse do Estado na conservação de seus cidadãos, bem como ao interesse dos cidadãos em não serem privados de direitos. Partindo dessas premissas, o autor declara ser oportuno substituir por outras penas a exclusão da qual é merecedora todo delito. Essa espécie de “substituição” seria possibilitada, pelo que o autor denomina de “pacto de cumprimento”, feito entre as partes, que se

---

<sup>35</sup> FICHTE apud, GRACIA MARTÍN. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 99.

converteria em um tipo de “norma” para o poder executivo e, assim, todos se comprometeriam a não excluir o delinquente do Estado, mas sim permitir que o cumprimento da pena seja feito de outra maneira.

De outra banda, importante notarmos que Fichte afirma categoricamente que essa espécie de “pacto de cumprimento”, não deve ser válido para o homicida que agiu com dolo direto e que premeditou o assassinato. Nesse caso, conclui o autor que deve ser anulado o contrato social, e em virtude disso o assassino ficaria totalmente privado de qualquer direito.<sup>37</sup> Notamos que é exatamente nesse ponto que Fichte mostra, ainda que de maneira prematura, o fato pelo qual, para ele, o homicida, dependendo do caso concreto, deve ser visto como um “Inimigo do Estado”. O autor conclui seu pensamento afirmando que o condenado por homicídio doloso com dolo direto, deve ser tratado e visto como um animal, segundo o autor, como uma “cabeça de gado”.<sup>38</sup>

## **2.5 A ABORDAGEM DE EMANUEL KANT.**

No pensamento kantiano podemos encontrar afirmações que indicam para a consideração de alguns indivíduos como inimigos. Em sua obra “Sobre a paz perpétua”, Kant procura contrapor o estado de natureza com o denominado “estado de paz” entre homens que vivem juntos ou entre povos ou Estados que mantêm relação com outros, que só pode ser garantido mediante a criação de um “estado legal”, ou seja, de uma constituição jurídica segundo o direito político dos homens

---

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> Idem.

em uma sociedade e, também, conforme o direito internacional dos Estados nas suas relações mútuas, conforme assevera Kant.<sup>39</sup>

O estado de natureza é um estado de guerra, no qual existe uma ameaça constante, mesmo quando não há uma hostilidade declarada. A instauração de um estado legal, que deve afastar o estado de guerra característico do estado de natureza, proporciona, segundo Kant, garantia de paz, pois os indivíduos oferecem segurança uns aos outros.<sup>40</sup> Desta feita, nesse “estado legal”, portanto, somente poderá ser hostilizado quem realmente tenha lesado seu semelhante. Sendo assim, para Kant, se um homem (ou um povo) no estado de natureza priva alguém da segurança necessária, esse fato, no mínimo, pode se tornar uma ameaça constante. Por isso, “se um vizinho não dá segurança a outro (o que só pode acontecer em um estado legal), cada um pode considerar como inimigo quem tenha retirado essa segurança”,<sup>41</sup> e, por consequência, “eu posso obrigá-lo a entrar em um estado social-legal ou a afastar-se do meu lado”.

Kant considera como inimigos aqueles que, ou não tenham entrado no estado civil-legal (cidadão), ou o tenham abandonado e, desse modo, permanecem no estado de natureza ou regressam a ele.<sup>42</sup>

O estado de natureza, por sua vez, representa uma constante ameaça, vale dizer: é um estado de periculosidade do indivíduo que se encontra nele porque não oferece aos demais a suficiente segurança cognitiva de um comportamento pessoal.

Kant arremata seu raciocínio da seguinte maneira:

---

<sup>39</sup> KANT, Emanuel. **Sobre La Paz Perpetua**. Tradução de Joaquín Abellán e apresentação de Antonio Truyol y Serra. 5ª Edição, Madri: Tecnos, 1996, p.14-15.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> Idem.

O simples fato de um homem se encontrar em estado de natureza o converte em inimigo, e isso é suficiente para legitimar a hostilidade contra ele, mesmo quando não tenha realizado uma lesão de fato, pois “a mera omissão de hostilidades não significa, necessariamente, garantia de paz”.<sup>43</sup>

Percebemos que, na afirmação kantiana, todo cidadão está autorizado a obrigar qualquer outro indivíduo que se encontre no estado de natureza a ingressar em um estado civil-legal, vale dizer, ser cidadão para viver em sociedade.

## **2.6 A ABORDAGEM DE THOMAS HOBBS.**

Hobbes vislumbra, ao menos aparentemente, um Direito Penal do Inimigo no mesmo sentido proposto pela moderna dogmática, conforme trataremos adiante.

Na visão de Hobbes, nos parece que os inimigos são indivíduos que se encontram no estado de natureza, no qual a característica mais destacada seria, usando a terminologia mais moderna, “a falta de segurança cognitiva”. O bem supremo do homem é a sua própria existência, que parece não estar assegurada no estado de natureza, mas sim, em permanente perigo.

A igualdade natural de todos os homens e o direito comum de todos a tudo, todavia, são as razões pelas quais o estado de natureza é um estado de guerra de todos contra todos e, por isso, todos os homens, segundo Gracia Martín, passam a serem vistos muitas vezes como inimigos uns dos outros.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, Op. Cit., p. 103. Para Gracia Martín: “Hobbes configura, portanto, um Direito Penal do Inimigo no mesmo sentido proposto pela moderna dogmática, pois, para ele, o problema se situava em uma idêntica falta de segurança cognitiva que caracteriza o estado de natureza”.

### 3. CIDADÃO VERSUS INIMIGO.

Para Günther Jakobs, há indivíduos que deveriam ser tachados como inimigos. Essa diferenciação seria estabelecida com respeito aos chamados cidadãos. Nesse diapasão, disserta Martín:

Por essa razão Jakobs individualiza e distingue em Direito Penal do inimigo, que ele contrapõe ao Direito Penal, embora ultimamente pretenda relativizar essa contraposição mediante a apresentação de um ou de outros “tipos ideais” que dificilmente apareceriam na realidade em estado puro, pois, segundo ele, no Direito Penal do cidadão existiriam elementos do Direito Penal do inimigo e, vice-versa, neste último também haveria elementos do primeiro.<sup>45</sup>

O denominado Direito Penal do cidadão define e sanciona delitos ou infrações normativas realizados pelos indivíduos de um modo incidental e, normalmente, havidos como simples expressão do abuso, por parte de tais indivíduos, das relações sociais em que participam como o seu status de cidadãos, vale dizer, na sua condição de sujeitos vinculados ao e pelo Direito. O delito de um cidadão não surge como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só com o desgaste desta, como deslize reparável, e, por isso, afirma Jakobs:

O Estado moderno vê no autor de um fato, não um inimigo que deve ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que mediante sua conduta infringiu a vigência da norma e que por isso é chamada, ainda que de modo coativo, de cidadão, e não de inimigo.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, Op. Cit., p. 81.

<sup>46</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del inimigo**. Madri: Cuadernos Civitas, 2003, p. 36.

Por outro lado, inimigos são aqueles cuja conduta reflete seu distanciamento de maneira duradoura do Estado de Direito e, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando essa afirmação por meio de seus atos. Neste sentido, assevera Silva Sánchez:

As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não ocorrem no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, mas naquelas que são na verdade a expressão e o expoente da vinculação desses indivíduos a uma organização estruturada que opera à margem do Direito, e se dedica a atividades inequivocamente “delituosas”.<sup>47</sup>

Nesta esteira, conclui Silva Sánchez seu raciocínio da seguinte maneira:

Como exemplo, podemos citar os indivíduos pertencentes a organizações terroristas, de narcotráfico, de tráfico de pessoas, etc., e, em geral, de quem desenvolve atividades típicas da chamada criminalidade organizada. A conversão do “cidadão”, para o “inimigo” se produz mediante a reincidência, a habitualidade, o profissionalismo delitivo e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas.<sup>48</sup>

No que tange ao crime organizado, vale a pena ressaltar que no âmbito do Direito interno, não há definição exata a respeito. Entretanto, a recomendação nº3 do Supremo Tribunal Federal, datada de 30 de maio de 2006, sugeriu a adoção do conceito de crime organizado da Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de Novembro de 2000 (denominada Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e

---

<sup>47</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, Op. Cit., p. 164.

<sup>48</sup> Idem.

promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, considerando “grupo criminoso organizado aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há mais de algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.<sup>49</sup>

Parece-nos que as atividades dos ditos “inimigos”, se concretizam geralmente em fatos contra bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, tais como: assassinatos, lesões, danos, extorsões, dentre outros. Todavia, não são esses fatos segundo Jakobs que constituem a base dos dispositivos do Direito Penal do Inimigo. Desta feita, forçoso é concluir que os dados que realmente servem de norte para se falar em Direito Penal do Inimigo são a habitualidade, o profissionalismo (o delito é o meio de vida do criminoso contumaz), mas, principalmente, o fato de pertencerem seus autores a organizações que se opõem ao Estado de Direito. De outra banda, essas questões expostas dariam lastro, especificamente no que tange aos comportamentos desses indivíduos, para um significado adicional do que se convencionou chamar de “negação frontal dos princípios políticos ou socioeconômicos básicos do nosso modelo de convivência”<sup>50</sup> e, por isso, representariam perigos que ameaçam a existência da sociedade, ou infrações de normas “relativas a configurações sociais consideradas essenciais, mas que são especialmente vulneráveis, além das lesões dos bens jurídicos de titularidade individual”.

---

<sup>49</sup> Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação nº. 03 de 3 de maio de 2006**. Recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas e dá outras providências. Brasília, 28 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2010.

<sup>50</sup> É a expressão utilizada por Jesús-Maria Silva Sánchez.

Nesta esteira, se admitirmos que a existência de inimigos é um fato real da sociedade hodierna, somada à sensação de insegurança que reina na atualidade gerando o perigo que os denominados “inimigos” representam para a vigência do ordenamento jurídico, pode-se concluir, ao menos a priori, que a questão não pode ser apaziguada pelo Direito Penal comum (do cidadão), nem através de reforços policiais, mas somente através de um Direito Penal do Inimigo, que conterà seus próprios princípios.<sup>51</sup>

Neste sentido, o “criador” da Teoria do Direito Penal do Inimigo, Jakobs, disserta:

Quem não quer se privar do Direito Penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito, deveria então chamar de outro modo o que deve ser feito contra os terroristas se não deseja sucumbir, isto é, deveria entender o Direito Penal do Inimigo. Compete à ciência identificar as regras do Direito Penal do inimigo e separá-las do Direito Penal do cidadão.<sup>52</sup>

A afirmação de Jakobs nos alerta que o Direito Penal do Inimigo deve estar separado do Direito Penal dos cidadãos de um modo absoluto para que não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática ou por meio de analogia ou de qualquer outra forma no intitulado Direito penal dos cidadãos.

No âmbito do Direito Penal Alemão, afirma Luis Gracia Martín que Jakobs, para respaldar sua teoria, cita o fato de que foram sancionadas na Alemanha numerosas leis penais nos últimos anos que foram intituladas de “leis de luta ou de

---

<sup>51</sup> Em que pese manifeste reservas, Silva Sánchez também admite que esse Direito Penal do Inimigo (que ele denomina de Direito Penal de Terceira Velocidade), é, de acordo com o autor, “em alguns âmbitos excepcionais e por determinado lapso temporal, algo inevitável”.

<sup>52</sup> JAKOBS, Günther, Op. Cit., p. 53.

combate”, e, desta feita, segundo o autor, representam uma transformação da legislação penal em uma “legislação de luta”.<sup>53</sup>

Procuramos expor um panorama da teoria do Direito Penal do Inimigo, seja com o cunho de criticá-lo ou até mesmo de justificá-lo. De outra banda, o que realmente deve ser analisado e ponderado é o fato pelo qual o Direito Penal do Inimigo parece realmente não encontrar respaldo em um Estado Democrático de Direito. Isso se deve ao fato de que lhe falta legitimidade para que seja admissível perante um Estado de Direito.

### **3.1 O INIMIGO E A QUESTÃO DA GLOBALIZAÇÃO.**

Será que podemos “etiquetar” um ser humano como “inimigo” do direito? Para respondermos essa indagação, se faz necessária uma reflexão acerca da sociedade hodierna, bem como das consequências oriundas da globalização numa sociedade de massas. A forma inadequada com que se tem legislado principalmente na área penal e processual penal, a nosso ver, tem permitido que o denominado “Direito Penal do Inimigo” ganhe lastro, seja no direito interno, seja no direito internacional. Leis muitas vezes mal redigidas fazem com que na maioria das vezes sucumba o chamado “Direito Penal do Cidadão”.

Nesta senda, vale enumerarmos algumas evidências apontadas por Campilongo que sinalizam para novos valores da sociedade atual:

a) a ineficiência do Estado em fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário, o que vem ensejando a mitigação do Direito Penal clássico,

---

<sup>53</sup> São leis que acabam por ferir frontalmente os direitos e garantias individuais, padecendo na maioria das vezes de vícios de constitucionalidade, sendo consideradas inconstitucionais em diversos casos. GRACIA MARTÍN, Luis, Op. Cit., p. 89.

com a adoção do Direito de segunda velocidade (mitigação da pena de prisão e adoção de penas alternativas, como substituição ao pesado custo do sistema carcerário e fiscalizador), o que, ademais, vem contribuindo para o aumento da reincidência;

b) a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que acentua os índices de criminalidade;

c) o aumento da sensação subjetiva de insegurança da população, em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação;

d) temos hoje uma sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia (novos meios de transportes, de comunicação, etc.), incrementando, na legislação penal, novos tipos de perigo abstrato e omissivos impróprios (também denominados de comissivos por omissão ou espúrios), como respostas aparentemente adequadas para evitar tais riscos;

e) globalização econômica que vem intensificando as desigualdades sociais e incrementando no Direito, novos conceitos, com novos tipos penais, com abandono de consagradas figuras, tudo em nome da eficiência econômica;

f) aumento considerável da demanda penal, diante da tutela dos interesses difusos e coletivos e outros decorrentes das “novidades” da era pós-industrializada (econômicos, de informática, etc).;

g) a utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes em curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, criando uma colcha de retalhos legislativa incongruente e desproporcional;

h) o desprestígio de outras instâncias para a solução de conflitos que poderiam ser, a princípio, retirados da tutela do Direito Penal (como o Direito Administrativo);

i) o considerável aumento do descrédito da população nas instituições e na possibilidade de mudança a curto prazo que, acentuadas pela crise do próprio homem, vem fomentando a criação de “estados paralelos”<sup>54</sup>, à margem da ordem jurídica posta, aumentando e fortalecendo organizações criminosas, proliferando a justiça “pelas próprias mãos” (linchamentos, grupos de extermínio, etc.), desmobilizando os movimentos sociais e desarticulando os mecanismos de resistência à miséria, etc.<sup>55</sup>

Não se pode olvidar, ao que parece, que o direito, apesar de uno em sua essência, se transforma de acordo com os paradigmas de cada período vivenciado.

Para Miguel Reale:

A palavra “Lei” abarca sua etimologia mais provável, as referências de ligação, liame, laço, relação, o que se completa com o sentido nuclear de “jus”, que invoca a ideia de jungir, unir, ordenar, coordenar.<sup>56</sup>

Especificamente no que tange ao Direito Penal, mais precisa ainda é a lição de Franz Von Liszt:

*Ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, aí está o Direito). É a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico; “a necessidade origina

---

<sup>54</sup> MARTINEZ, Vinício C. **Estado de não - Direito: a negação do Estado de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1075, 11 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8501>>. Acesso em: 28 de outubro de 2010.

<sup>55</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. Apresentação e ensaio de Raffaele de Giorgi. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

<sup>56</sup> REALE. Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 02.

a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero”.<sup>57</sup>

Como bem ressalta Moraes, hoje falamos em novos sujeitos passivos e novos “gestores da moral” e, neste sentido, a “individualidade de massas” é o primeiro sinal característico da globalização e da sociedade “pós-moderna”.<sup>58</sup>

Ao analisar esse tema específico, Jakobs afirma que a sociedade moderna revela-se uma sociedade de massas, o que, por consequência, atribui à tarefa de administrar os comportamentos em massa. Podemos citar, por exemplo, a poluição realizada por uma só indústria. A priori, a diminuição da qualidade do ar é quase que imperceptível, todavia, pode assumir grande relevância quando analisada conjuntamente com a poluição provocada por outras indústrias.

Neste sentido, vale citar na íntegra Jakobs:

“el mayor dano posible del comportamiento individual permanece relativamente pequeno, pero a través de la masificación de pequeños daños, la infraestructura pierde ciertamente estabilidad de manera considerable”.<sup>59</sup>

Verificamos que, ao analisarmos a afirmação de Jakobs, o aumento da criminalidade individual é, indubitavelmente, uma das formas de se abalar a estrutura do Estado, gerando uma espécie de massificação de crimes que, considerados isoladamente, segundo o autor, não tem o condão de abalar a estrutura estatal.

---

<sup>57</sup> LISZT. Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 94.

<sup>58</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo – A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008, p.41.

<sup>59</sup> JAKOBS. Günther. **La Ciencia Del Derecho Penal Ante las Exigencias del Presente**. Tradução de Teresa Manso Porto. Universidade Externado de Colombia – Bogotá, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, p. 21-23.

### 3.2 MUDANÇAS EM UM MUNDO CADA VEZ MAIS GLOBALIZADO.

O fenômeno da globalização parece cada dia ganhar mais força, impulsionado, inclusive, pelo crescente e rápido desenvolvimento da tecnologia.

Vejamos a lição de Campilongo:

Não faltará quem diga que as desilusões geradas pela democracia e pela globalização, ao invés de serem atribuíveis à baixa complexidade das perspectivas valorativas, sejam produzidas pelas desigualdades, injustiças e perversidades de relações sociais concretas. Há quem insista na linearidade, causalidade e determinismo das relações sociais. Como se mais participação sempre provocasse, necessária e inequivocamente, mais legitimidade, e esta mais igualdade, e daí mais justiça, num incessante círculo virtuoso. A globalização seria a negação disso tudo e, conseqüentemente, tem um vínculo vicioso. Tudo simplório demais para ser levado a sério. Não há soberania mundial, mas sim consenso forçado. Não há oposição, mas capitulação ou resistência. Não há cronologia nem variabilidade de opções, mas cartilhas unilaterais. E, onde não há incerteza nem indeterminação, não pode haver democracia.<sup>60</sup>

Neste diapasão, Beck alerta que o processo de globalização é irreversível e, neste sentido, para tentar dar base à sua afirmação, ele elenca os seguintes argumentos:

- a) redução dos espaços geográficos e crescimento do comércio internacional, estimulando a conexão global dos mercados financeiros;
- b) revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação;

---

<sup>60</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, Op. Cit., p. 123-124.

- c) reclamação universal por direitos humanos, ou seja, estabelecimento do discurso democrático;
- d) indecifrável movimentação da indústria cultural global;
- e) aparecimento de atores como as organizações não-governamentais;
- f) pobreza mundial;
- g) destruição ambiental e seus efeitos globais;
- h) conflitos transculturais localizados.<sup>61</sup>

Com a exposição dos argumentos acima, nos parece evidente que, de fato, a globalização é uma espécie de “caminho sem volta”, ou, em outras palavras, possui mesmo cunho de irreversibilidade. Desta feita, devemos buscar maneiras de nos adaptarmos em nossas relações pessoais ou profissionais.

Com isso, Jakobs extrai alguns problemas provenientes da globalização no sistema jurídico, destacando principalmente o conflito entre ordenamentos jurídicos específicos.<sup>62</sup>

Pelo que se observa, a ordem econômica cada vez mais engloba a ordem jurídica, provocando uma espécie de simbiose entre Economia e Direito, em um mundo contextualizado pelo fenômeno global. Zaffaroni, em seu estudo acerca das atuais políticas criminais, elenca interessante rol acerca da economia no mundo global. Conforme Zaffaroni:

- a) revolução tecnológica e comunicacional;
- b) redução do poder regulador econômico, sob o argumento de favorecimento de um mercado mundial;

---

<sup>61</sup> BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 31.

<sup>62</sup> JAKOBS, Günther, Op. Cit., p. 36.

- c) aceleração da concentração de capital;
- d) redução dos custos por corte de pessoal;
- e) competição entre os poderes políticos para atrair investimentos, o que, paradoxalmente, reduz seus poderes, sobretudo em países periféricos;
- f) crescente desemprego e deterioração salarial;
- g) perda da capacidade dos Estados na mediação entre capital e trabalho;
- h) especulação financeira que adota formas que dificultam os limites entre lícito e ilícito;
- i) institucionalização de refúgios fiscais para capitais de origem ilícita, sem que haja efetivo e concreto interesse de combate, haja vista os interesses das instituições financeiras e bancárias em jogo;
- j) redução de precauções fiscais no afã de atrair capitais, etc.<sup>63</sup>

Nesta senda, continua Zaffaroni:

Nadie puede soportar un espectáculo en que todos los valores (incluyendo el de la propia vida humana) se convierten en valores de mercado.<sup>64</sup>

A constante busca do lucro, impulsionada pelo fenômeno da globalização, faz com que o mercado ofereça preços baixos e, evidentemente, estimule pessoas de má-fé a transgredirem a norma em busca do melhor preço ao cliente, na crença do “manto da impunidade”. Exemplo clássico é a tentativa de burlar o fisco, seja através do contrabando, seja através do descaminho. O sistema de repressão atual, parece não ter acompanhado a evolução ocasionada pela globalização. De acordo com

---

<sup>63</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 14-15.

<sup>64</sup> Idem.

Campilongo, a democracia sofre um grande impacto pelo enfraquecimento do sistema político do Estado, gerando os seguintes problemas:

a) regular o trabalho, vale dizer, a flexibilização dos direitos trabalhistas, a volatilidade do capital em busca de trabalhadores menos onerosos e o surgimento de formas novas e fragmentárias de prestação de serviço doméstico, terceirizado e informatizado;

b) promover o bem-estar social, isto é, expandir os serviços privados de saúde e educação;

c) garantir a segurança pública e controlar a violência (visando evitar a impunidade, a violação dos direitos humanos, bem como o descrédito na Justiça).<sup>65</sup>

### 3.3 RISCOS NA SOCIEDADE ATUAL.

A globalização e os diversos avanços de cunho tecnológico influenciaram de maneira significativa cada um de nós. A crescente competitividade entre as pessoas gerou o aumento da marginalidade que, como consequência, gerou a denominada “sociedade de riscos”, expressão utilizada por Silva.<sup>66</sup> Importante informarmos que, a expressão “sociedade de riscos”, na doutrina estrangeira, também já foi utilizada.<sup>67</sup>

Neste diapasão, conforme assevera Moraes:

Em síntese, os riscos modernos, acentuados pelas inovações trazidas à humanidade (globalização da economia e da cultura, meio

---

<sup>65</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, Op. Cit., p. 118.

<sup>66</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alfien da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 93.

<sup>67</sup> Expressão utilizada por BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998.

ambiente, drogas, o sistema monetário, movimentos migratórios, aceleração do processamento de dados, etc.), invariavelmente geram uma reação irracional e irrefletida por parte dos atingidos. Disso decorre a insegurança e o medo que têm impulsionado frequentes discursos postulantes de uma tutela a segurança pública, em detrimento de interesses puramente individuais.<sup>68</sup>

Martins, analisando a teoria explanada por Beck acerca da sociedade de riscos, esclarece:

Com sua teoria, Ulrich Beck teve como principal objetivo explicar as questões que envolvem o período da chamada sociedade (pós) moderna (ou de risco), surgida após o período industrial e de forma involuntária no contexto do dinamismo da modernização, isto é, uma sociedade emergente da continuidade dos processos de desenvolvimento social e que não presta maior atenção aos próprios efeitos, de forma que acaba questionando e, até mesmo, destruindo as bases da sociedade industrial.<sup>69</sup>

Ainda sobre a sociedade de riscos e sua relação com o direito penal, observa Martins:

Nos últimos anos, o direito penal tem sofrido reformas motivadas pelo uso que o legislador faz do instrumento penal para lutar contra os grandes riscos modernos que atentam contra o meio ambiente, a segurança coletiva ou outros problemas relacionados à manipulação genética, economia, dados informáticos, saúde pública, criminalidade organizada, corrupção política, extremismo de vários fatores ou terrorismo.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 50.

<sup>69</sup> MARTINS, José Renato. **Tutela Penal em Decorrência das Atividades Nucleares**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29-30.

<sup>70</sup> Ibid., p. 27.

Sendo assim, através da sociedade global, observamos que hoje temos a adoção de uma política criminal norteada pela crescente preocupação de criminalizar e até mesmo prevenir a criminalidade organizada, o tráfico de drogas, o terrorismo e os crimes contra a humanidade, condutas que “despertam” e trazem à baila a questão do Direito Penal do Inimigo, vale dizer, o Direito Penal de “terceira velocidade”.

### **3.4 A MÍDIA COMO FORMADORA DE OPINIÃO.**

Boa parte dos veículos de comunicação, como revistas, jornais, rádios, tendem a distorcer a realidade dos fatos. Oportuna aqui, a precisa lição de Roberto Lyra:

Todo julgamento deve ser feito em uma atmosfera serena, equilibrada, fechada às excitações e incitações: muitas vezes, no teclado das versões estampadas e sensacionalizadas, nenhuma subsiste. São inegáveis os malefícios mesmo das verdades prematuras e incompletas ou tendenciosamente publicadas à feição da freguesia intoxicada e só em certos casos oferecidos à multidão.<sup>71</sup>

Neste sentido, com base no pensamento de Lyra, podemos afirmar que hoje há uma espécie de “institucionalização da insegurança”, muitas vezes difundida por parte da imprensa. Nesta senda, parece que as notícias veiculadas sobre possíveis crimes pretendem caminhar além das suas fronteiras, decidindo de acordo com a voz das multidões enfurecidas, e não com os instrumentos de direito, perdendo consistência e credibilidade. Se a mídia, ao tematizar o sistema jurídico, avocar para si, o papel de “justiceira”, decepcionará a audiência. Indubitavelmente, podemos

---

<sup>71</sup> LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. São Paulo: José Konfino, 1977, p. 111.

afirmar que o ideal é que se mantenha uma análise racional da notícia recebida através dos veículos de comunicação, evitando pré-julgamentos que podem ter consequências irreversíveis na vida do acusado.

Oportuno citarmos Batista:

Os saltos tecnológicos, que elevaram as telecomunicações à magnitude negocial e ao protagonismo político de que hoje desfrutam, também imprimem suas marcas: enquanto, anteriormente, germinavam instrumentos de proteção da intimidade e da vida privada, o novo sistema penal do Estado neoliberal, replicante do vigilantismo eletrônico, é extremamente invasivo e cultua a delação, cujo estatuto ético virou-se pelo avesso.<sup>72</sup>

Acentua ainda Batista acerca do tema:

Antes de qualquer coisa, a mídia não apenas se adequou, mas colaborou definitivamente na expansão de uma mentalidade penal que imobiliza toda a riqueza e complexidade dos conflitos sociais na episteme binária e simplória do infracional: é assim que a questão da reforma agrária pode ser reduzida a delito contra a propriedade de integrantes do MST, por um lado, e aos “excessos policiais” contra eles (chacinas) de outro. Ao processo de desmerecimento do setor público, funcional para a implementação das privatizações, correspondeu a criminalização midiática da vida política. No núcleo ideológico deste movimento está não apenas um discurso criminológico único, que assume preponderância e influência muito superior ao acadêmico, e cujas toscas contradições e inconsistências não encontram canal de questionamento, mas principalmente uma novidade perigosa: o exercício direto de funções características das agências policiais do sistema penal.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 83-85.

<sup>73</sup> Idem.

Emblemático exemplo de como os veículos de imprensa podem gerar insegurança nas populações mundiais, se deve a intensa cobertura do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 ocorrido em Nova Iorque, que culminou na destruição das torres gêmeas do World Trade Center. De certa maneira o citado atentado foi “transmitido” ao vivo para todos os países e, assim, gerou terror e insegurança entre a população mundial.

Neste diapasão, conclui Moraes:

É, portanto, incontestável a correlação estabelecida entre a sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. A imprensa, de forma geral, transmite uma imagem de realidade que mistura o que está distante com o que está próximo, confundindo a percepção do telespectador. Essa percepção errônea aproxima o cidadão da cena do crime, aumentando sua sensação de impotência.<sup>74</sup>

De outra banda, Marina observa que:

Embora o desenvolvimento da tecnologia tenha induzido à mentalidade de que o homem pode dominar todas as coisas de seu mundo, este homem de hoje está pouco preparado para sofrer, vale dizer, qualquer dor é interpretada como um estímulo para tomar os remédios adequados com a finalidade de evitá-la ou suprimi-la.<sup>75</sup>

Nesta senda, oportuna é a lição de Zaffaroni afirmando que países como o Brasil cada vez mais se vêm às voltas com problemas, como contrabando organizado de armas de guerra, participação de policiais nos crimes mais

---

<sup>74</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 52.

<sup>75</sup> MARINA, José Antonio. **Crônicas de la Ultramodernid**. Madri: Anagrama, 2000, p. 147.

horrórosos, guetização dos ricos, privatização dos serviços de segurança e conflito violento entre policiais, delinquentes e vítimas.<sup>76</sup>

### 3.5 SOCIEDADE GLOBAL E DIREITO PENAL.

A priori, não é prematuro afirmarmos que se equivocaram aqueles que pensaram que o Direito Penal não seria atingido pela globalização somada à modernidade. Gomes, em trabalho denominado “O Direito Penal na Era da Globalização”, elenca rol de características acerca da “sociedade global”:

- a) a deliberada política de criminalização;
- b) as frequentes e parciais alterações pelo legislador da Parte Especial do Código Penal através de leis penais especiais, com intensificação dos movimentos de descodificação;
- c) a proteção funcional dos bens jurídicos com preferência para os bens difusos, forjados muitas vezes de forma vaga e imprecisa;
- d) a ampla utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato, com uma relativização do conceito de bem jurídico-penal;
- e) o menosprezo ao princípio da lesividade ou ofensividade;
- f) o uso do Direito Penal como instrumento de “política de segurança”, em contradição com sua natureza subsidiária e fragmentária;
- g) a responsabilidade penal da pessoa jurídica.
- h) a transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas (autoria e participação, consumação e tentativa, dolo e imprudência, etc),

---

<sup>76</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.22.

fundadas na imputação objetiva e subjetiva do delito, inclusive porque a imputação individual acaba constituindo obstáculo para a eficácia da nova política criminal de prevenção;

- i) o endurecimento da fase executiva da pena, inclusive por meio de inconstitucionais medidas provisórias;
- j) a privatização e terceirização da Justiça.<sup>77</sup>

Paralelamente às características apontadas por Gomes, para atingir o objetivo da denominada “efetividade”, o moderno processo penal está passando por diversas modificações e, na maioria dos casos, citadas modificações objetivam acelerar o procedimento, todavia muitas vezes acabam por atingirem frontalmente direitos e garantias individuais dos envolvidos no processo criminal.

Essa espécie de flexibilização com conseqüente diminuição de direitos e garantias individuais parece não encontrar lastro, ainda mais em um Estado de Direito. A denominada hipertrofia legislativa (crescente número de leis sancionadas) não resolve, ao menos de maneira satisfatória, a problemática relacionada à criminalidade contemporânea e, além disso, aumenta de maneira significativa o que Zaffaroni denominou de “quebra do Estado de Direito”.<sup>78</sup>

Para tentar balizar sua teoria, Günther Jakobs, faz uma distinção entre “Estado de Direito Concreto” e “Estado de Direito Abstrato”. Conforme interpreta Zaffaroni:

O “Estado de Direito concreto” é aquele que fica consignado nos fatos entregues ao juízo sobre a necessidade que o soberano tenha e o espaço de poder real de que ele dispõe, anulando, *incontinenti*, o

---

<sup>77</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25-33.

<sup>78</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Inimigo no Direito Penal – Coleção Pensamento Criminológico n.º 14**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 163.

denominado “Estado de Direito Abstrato”, ou seja, cancelando o próprio princípio do Estado de Direito, concentrando o poder nas mãos de um soberano que individualiza inimigos por decisão política e contra quem não se pode oferecer resistência.<sup>79</sup>

Neste diapasão, Zaffaroni completa e nos alerta:

Além de o Direito Penal legitimar as medidas de pura contenção para perigosos em todos os códigos que admitem o sistema binário, na América Latina o direito processual penal também faz o mesmo com a prisão cautelar. Em outras palavras, para quase três quartos dos presos da região vigoram condições análogas às de Guantánamo. O fato de estarem submetidos a processo não representa uma diferença substancial, porque quando os processos e a prisão cautelar se prolongam indefinidamente, a situação do preso processado torna-se idêntica à do não processado. Por conseguinte, o escândalo desencadeado por esta proposta não seria justificado, visto que não apenas não é muito diferente daquilo que sempre se fez e se legitimou nem tampouco daquilo que os tribunais de nossos países aceitam cotidianamente. A proposta é, na verdade, muito mais limitada, para evitar que alcance todos os criminalizados. Ademais, a verificação anterior é prova suficiente de que o Estado de direito invocado como crítica à sua proposta seria rompido pela simples presença real e jurídica do inimigo, e mesmo em maior medida do que aquela que o próprio autor estaria disposto a tolerar.<sup>80</sup>

Retomando a ideia acerca da hipertrofia legislativa, observamos que o aumento do número de normas penais, gerando uma falsa impressão de segurança, ocasiona uma espécie de “círculo vicioso”, passando a falsa ideia de que legislação, por si só, pode resolver a problemática do aumento da criminalidade.

---

<sup>79</sup> Ibid., p. 164

<sup>80</sup> Idem.

### 3.6 DIREITO PENAL INTERNACIONAL.

Em que pese não ser o objetivo central deste trabalho, não podemos deixar de analisar, ainda que de maneira sucinta, a relação do Direito Penal do Inimigo com o Direito Internacional. Segundo Zaffaroni, interpretando o pensamento de Jakobs:

Como não se estabeleceu a vigência universal dos direitos humanos, em caso de violação maciça procede-se pré-juridicamente, ou seja, primeiro faz-se a guerra e em seguida detém-se o infrator, atribuindo-lhe o caráter de cidadão para submetê-lo a juízo, quando o autor não é cidadão da sociedade que o julga.<sup>81</sup>

Desta feita, podemos afirmar através da interpretação de Zaffaroni, que os direitos humanos, para Günther Jakobs, não existem. A principal justificativa para o autor, se deve ao fato de que os chamados direitos humanos são diariamente violados. Para Jakobs, não se pretende, através da pena aplicada, a manutenção de um Estado comunitário-legal, mas sim o seu estabelecimento. Neste diapasão, Jakobs afirma que se deve separar a coação que se exerce para criação de uma ordem, daquela que se exerce para manter essa mesma ordem. Zaffaroni afirma, ao interpretar Jakobs, que não se trata de uma pena, mas sim de uma ação “contra inimigos perigosos e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito Penal do Inimigo”.<sup>82</sup>

Assim, Eugenio Raúl Zaffaroni conclui seu pensamento:

---

<sup>81</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Op. Cit., p. 164.

<sup>82</sup> Idem.

O direito de guerra funciona, na perspectiva internacional, quando há guerra propriamente dita. Nessas condições, o direito penal do inimigo que opera no interior do Estado, para uma guerra que não guerra, não serve para nada. Daí que, da perspectiva do duplo direito<sup>83</sup>, uma crítica liberal severa do Direito Penal do Inimigo não pressupõe o cancelamento do Direito Penal Internacional, mas sim a sua consideração como direito de guerra.<sup>84</sup>

Conforme assevera Moraes, a ausência de políticas públicas e uma política criminal irracional somadas à alta impunidade, por certo, representam fatores de aumento da criminalidade.<sup>85</sup>

Em determinados países, como é o caso dos Estados Unidos, o incremento da criminalidade impulsionado pela globalização tem estimulado a adoção de políticas públicas criminais, como o programa conhecido como “Tolerância Zero”<sup>86</sup>. Por outro lado, no Brasil, por exemplo, estabeleceu-se uma espécie de “critérios alternativos” à pena privativa de liberdade (penas restritivas de direito ou multa), sem resolver de maneira satisfatória o “cerne” da problemática relacionada à reincidência e a impunidade.

Neste diapasão, comenta Moraes Júnior:

As pesquisas sobre vitimização indicam que o Brasil emerge como campeão da subnotificação, ou seja, somente ¼ (um quarto) dos crimes perpetrados são efetivamente cientificados aos Poderes Públicos e órgãos de repressão policial. Elas representam, pois o

---

<sup>83</sup> Duplo Direito é a expressão utilizada por Zaffaroni em sua obra acerca do tema. Sua definição consiste no fato de que o direito internacional, apesar de não ser propriamente um “direito interno”, obriga os Estados que aderiram aos diversos Tratados e Convenções, a cumprir as determinações dos mesmos.

<sup>84</sup> Idem.

<sup>85</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 70.

<sup>86</sup> Os EUA, a partir da *broken windows theory* e da operação tolerância zero, conseguiram reduzir drasticamente os índices de criminalidade em algumas de suas grandes cidades, notadamente, em Nova Iorque.

“subproduto da impunidade que, aos olhos de gente ordeira, assume também a forma de punição insuficiente”.<sup>87</sup>

O aumento da criminalidade que atinge bem jurídicos penais individuais (vida patrimônio, entre outros), à qual o Direito Penal clássico já estava adaptado, por si só, vem gerando celeumas para adoção de posturas legislativas e repressivas mais contundentes. Imagine-se, agora, como se apresentam os clamores diante de uma realidade que o Direito Penal Clássico não está apto a enfrentar: narcotráfico internacional, crimes de lavagem de dinheiro, novas organizações criminosas, etc.

É iniciada, dentro de todo o panorama já delineado, a institucionalização de políticas públicas que discrepam completamente do modelo clássico (pena de prisão com amplas garantias legais e processuais) e do modelo de Direito Penal de “segunda velocidade”<sup>88</sup> (mitigação de garantias penais e processuais, consensos, barganhas e penas alternativas à prisão). Começa, pois, a aparecer, silenciosamente, nas legislações e modernas políticas de combate a estas formas de criminalidade, o que Günther Jakobs denominou de “Direito Penal do Inimigo”.

Cuida-se, do advento de um Direito de “terceira velocidade” capitaneado por flexibilização de direitos e garantias penais e processuais, antecipação da tutela penal, adoção de tipos de perigo abstrato e tipos penais abertos, concomitantemente com a adoção de regimes rigorosos de cumprimento de penas privativas de liberdade. Estamos assistindo ao despertar das primeiras acepções políticas criminais voltadas ao combate dos “inimigos”.<sup>89</sup>

Neste diapasão, Del Olmo, recorda que o discurso oficial “jurídico-transnacional” surgiu na década de 70, mas progressivamente se converteu em

---

<sup>87</sup> DIP, Ricardo; MORAES JR., Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo: Reflexões Politicamente Incorretas**. Campinas: Millennium, 2002, p. 119.

<sup>88</sup> Um dos maiores exemplos do “Direito Penal de Segunda Velocidade”, é a Lei 9.099 de 1995 que dispõe acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

<sup>89</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 71.

discurso “geopolítico”. Já naquela época, segundo a autora, o discurso norte-americano se construía em torno do “inimigo externo dos EUA”, ao qual se batiza com o nome de “narcotráfico”, e coloca em ênfase o “famoso” “Cartel de Medellin”.<sup>90</sup>

Já na década de 80, segundo Del Olmo, precisamente em 06.03.1981, o Presidente Ronald Regan classificou o abuso de drogas como um dos mais graves problemas a ser enfrentado e que, sem um combate efetivo, implicaria o “risco de perder uma grande parte de toda uma geração”.<sup>91</sup>

Esse panorama, realizado pela Casa Branca e registrado na Estratégia de 1984, legitimaria o que seria a “guerra contra as drogas” na administração Reagan. Mais tarde, a própria Casa Branca (1992), já diante da nova ordem global, passou a analisar o problema do tráfico de drogas como um desafio mundial, dada a natureza multinacional da ameaça.

A partir de então, a comunidade política global passou a reconhecer que os “agentes” do tráfico de entorpecentes já não estão mais dedicados exclusivamente a uma atividade criminal: são agora empresas multinacionais que se ocupam do comércio de mercadorias ilícitas, cujas operações misturam-se com mercados legítimos já existentes. Conforme assevera Moraes:

O discurso político passou a revelar uma preocupação fundamental com a economia, razão pela qual a questão passou a ser qualificada como “econômico-transnacional” e como um “inimigo global” a ser combatido de forma incisiva.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> DEL OLMO, Rosa. **Las Drogas Y Sus Discursos**. In: PIERANGELI, José Enrique (Coord.). **Coleção Jus aeternun**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 131.

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 72.

A transnacionalização do crime, nas palavras de Cervini, é o ponto alto da criminalidade organizada contemporânea, diante da qual os Estados, isoladamente, se vêem reduzidos à impotência. Ademais, destaca o autor que:

Llegados a este punto, debe resaltarse una paradoja cuya previa comprensión resulta fundamental. Ciertos procedimientos operativos de cobertura y transacciones ilícitas, entre ellas las de lavado de dinero, por su misma naturaleza, se desarrollan en circunstancias que excluyen muy frecuentemente una de las características esenciales de los modernos mercados capitalistas: la impersonalidad de los intercâmbios. Por eso, para el delito transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comucación y intercambio, capaces de garantizar un cierto “estándar de fiabilidad ilícita” para todos os miembros del circuito clandestino.<sup>93</sup>

Nesse esteio, as novas figuras típicas, indubitavelmente, trouxeram à baila a questão da mitigação da soberania dos Estados. Como assevera Silva Sánchez:

Com maior evidência, os Direitos nacionais somente em algumas ocasiões apresentam semelhanças, e no mais das vezes expressam importantes divergências culturais ou de tradições jurídicas. Isso situa qualquer abordagem conjunta do problema da criminalidade da globalização ante importantes dificuldades adicionais.<sup>94</sup>

Imprescindível afirmar, desta feita, que a era da globalização mostrou-se, por excelência, a era da delinquência organizada, da criminalidade de massa, e, por isso, é possível afirmarmos que o crime organizado tem finalidade precipuamente econômica. Sendo assim, parece apropriado dizer que o crime organizado é o crime

---

<sup>93</sup> CERVINI, Raúl. **Criminalid Organizada y Lavado de Dinero**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 67.

<sup>94</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, Op. Cit., p. 81.

dos poderosos (*crimes of the powerful*). É o que assevera Silva Sánchez que conclui, neste diapasão, o seguinte:

....Sua delinqüência é predominantemente econômica, em sentido amplo, ou seja, tem por objeto de estudo delitos diversos do paradigma clássico (homicídio, crimes patrimoniais “tradicionais”, entre outros, **Crimes of powerfull**; além disso, a delinqüência dela decorrente se concebe em termos punitivistas (evitação de hipotéticas lacunas). (...) Se a isso se adiciona o evidente déficit de aplicação (Vollzugsdefizit) da legislação penal em tais âmbitos, data a magnitude da tarefa assumida, parece razoável pensar que a menor **certainy** da consequencia jurídico-penal (ou, em outras palavras, o inevitável caráter seletivo da repressão) se veja compensada com uma maior **severity** da mesma (isto é, com um reforço dos aspectos simbólicos da sanção).<sup>95</sup>

Com efeito, para se ter uma ideia da difícil tarefa de combate ao crime organizado e sua efetiva punição, Cervini nos alerta que “a efectos de dimensionar este riesgo, debe tenerse presente, por ejemplo, que el 90% de los flujos financieros normales son meramente especulativos”.<sup>96</sup>

Importante aqui o destaque de Bonfim no que se refere à “grande reivindicação hoje consistente na uniformização da reação contra os delitos que perturbam a “ordem internacional”, particularmente o crime organizado”. Fala-se, desta feita, em “harmonização das legislações contra a criminalidade transnacional”.<sup>97</sup>

Em termos exemplificativos, a Organização das Nações Unidas conta com diversos projetos de internacionalização das reações penais: lavagem de capitais,

---

<sup>95</sup> Ibid., p. 76-77.

<sup>96</sup> CERVINI, Raúl, Op. Cit., p. 72.

<sup>97</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Direito Penal da Sociedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 210.

inspirada na Convenção de Viena datada de 1998; combate à tortura, propugnada por diversos organismos internacionais; responsabilidade fiscal, exigência de órgãos econômicos internacionais (FMI, Mercosul, etc.); crimes de “colarinho branco”, perpetrados contra os bens e interesses difusos da coletividade (criminalidade ecológica, violações da qualidade de vida, evasões de impostos, fixação monopolista de preços, infrações à saúde pública, corrupção governamental, fraudes ao consumidor, formação de cartéis, infrações cambiárias, obtenção fraudulenta de fundos do Estado, *dumping* de produtos farmacêuticos, indústria de insolvências, agiotagem bancária e todas as formas de abuso de poder econômico e político).<sup>98</sup>

Citadas imposições e as diretivas transnacionais, além de pressionarem os países a legislar continuamente, também orientam a produção de leis especiais e sempre se fundam em um sentido repressivo, como salienta Gomes.<sup>99</sup>

Firmadas as principais premissas, vale dizer, contexto da sociedade moderna e pós-industrial, novas demandas diante de novos sujeitos passivos, globalização econômica, sociedade de risco, aumento da criminalidade de massa e profissionalização das organizações criminosas, gerando o aumento inevitável da sensação de insegurança coletiva, indaga Moraes: Como fazer uma política criminal que resolva de maneira, ao menos satisfatória, as questões apontadas?<sup>100</sup>

Neste sentido, podemos afirmar que a globalização influenciou e muito o Direito Penal nessa era moderna e, desta feita, devido à influência desse fenômeno no Direito Penal, amplamente demonstrada, preferimos chamá-lo de “Direito Penal Global Internacional”. Para Batista, a “velocidade” da uniformização das legislações aparenta desprezar o aspecto sistemático e racional que deveria pautar o ordenamento jurídico-penal. Nesta linha de pensamento, ele contextualiza:

---

<sup>98</sup> Ibid., p. 174.

<sup>99</sup> GOMES, Luiz Flávio, Op. Cit., p. 64

<sup>100</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 75.

As novas tendências do direito penal não se subordinam hoje, como nos tempos da polêmica causalismo-finalismo, apenas às marés das categorias jurídicas. Elas provêm de reflexos e influência que os dados econômicos e sociais concernentes a questão criminal introduzem nas teorias da pena e do delito. Nossa torre de marfim caiu e, cá entre nós, já era tempo.<sup>101</sup>

Nessa linha de raciocínio, nos parece que não seria realista um discurso que pregasse o desrespeito a princípios de uma Constituição sem o congruente balanceamento de bens. Ademais, não seria conveniente e oportuno aceitar, com a devida delimitação e estrita legalidade, um modelo de Direito Penal e Processual Penal diferente do modelo clássico-iluminista ainda que, a priori, seja apto ao eficaz combate da hodierna criminalidade. E as inúmeras falhas do Poder Público em “recuperar o criminoso”? Essas questões devem ser refletidas sempre à luz dos Princípios Gerais do Direito, bem como à luz da corrente jus-naturalista.<sup>102</sup>

O referencial do Direito Penal clássico é, exemplificativamente, o homicídio com autor individual. Já o da globalização é o delito econômico organizado tanto na modalidade empresarial, como na macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada. Para esse tipo, Jakobs assevera que, ou se assinalam menos garantias pela menor gravidade das sanções ou, através de uma legislação “excepcional”, assinalam-se menos garantias pelo enorme potencial de perigo que possui.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> BATISTA, Nilo, Op. Cit., p. 26.

<sup>102</sup> Para o autor deste trabalho: A corrente jus-naturalista defende que o “Direito Natural”, isto é, o mínimo existencial em matéria de direitos fundamentais, não pode ser suprimido pelo “Direito Positivo”, haja vista serem direitos inerentes aos seres humanos e, portanto, existentes antes das normas positivistas.

<sup>103</sup> JAKOBS, Günther, Op. Cit., p. 53.

Ainda tratando da transição do modelo clássico, Gomes destaca o simbolismo das tendências modernas, destacando que:

Na base do atual Direito Penal, conseqüentemente, além de uma crise evidente, parece residir uma irrefutável contradição: por um lado, justamente porque se pretende que ele cumpra um papel (missão) de tutela de bens jurídicos para a manutenção da paz social, foi gradualmente transformando-se em um instrumento de prevenção político-social; por outro, quanto mais se incrementa essa função, mais a sociedade se dá conta da falta de operatividade do sistema e da ausência de uma verdadeira tutela dos bens jurídicos. Com isso, o que resulta de concreto é uma função puramente simbólica de proteção, que se caracteriza então não só pela flexibilização dos princípios jurídicos e das garantias, senão especialmente pela antecipação da intervenção penal.<sup>104</sup>

Nesta esteira, Alflen da Silva acentua que, “as novas tendências revelam a total impenetrabilidade dos conceitos clássicos aos novos tempos”,<sup>105</sup> enquanto que Jesús-Maria Silva Sánchez afirma o seguinte: O Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais.<sup>106</sup>

A visão mundial da globalização também é esboçada pelo Professor Winfried Hassemer, que observa o fato de que a ideia de prevenção se desprende de seu fator terapêutico, individual ou até mesmo social, estruturando-se como instrumento efetivo e altamente intervencionista na luta contra a violência e o delito. Neste diapasão, segundo o autor:

---

<sup>104</sup> GOMES, Luiz Flávio, Op. Cit., p. 108-109.

<sup>105</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da, Op. Cit., p. 102.

<sup>106</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, Op. Cit., p. 75.

Há uma tendência do delinquente a converter-se em inimigo, e o direito penal, em um direito penal para inimigo.

Acontecendo isso, tem-se um retorno à velha visão da criminologia clássica, que concebia o delito como um enfrentamento formal, simbólico e direto entre dois rivais (o Estado e o infrator), os quais travam um maniqueísta conflito do bem contra o mal. Um personificava o lado bom da sociedade, sem máculas, perfeito, congregando os justos e pacíficos; o outro, o perigoso delinquente, tumor a ser extirpado o mais rápido possível, com o fito de sanear novamente o corpo social.<sup>107</sup>

Notamos, portanto, que é inevitável que esses novos valores da modernidade fomentem a sensação do denominado “terror”. Todavia, será que tais valores já conferem legitimidade a teorias “extremadas”, como a teoria do Direito Penal do Inimigo? E o Estado Democrático de Direito? Haveria alguma forma de a polêmica teoria se adequar?

Para melhor compreendermos essas indagações, necessário se faz entender o pensamento de Niklas Luhmann. Para o autor:

O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, que lhe apresenta uma multiplicidade de possibilidades de experiências e ações, contrapondo-se ao seu limitado potencial perceptivo de assimilação de informações e ação atual e consciente. Assim, cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes.<sup>108</sup>

Neste sentido, esse elevado número de possibilidades complexas e contingentes, inegavelmente, dificulta a tomada de decisões e aumenta a sensação

---

<sup>107</sup> HASSEMER, Winfried. **El Destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz. Estudios Penales y Criminológicos.** N° XV. Santiago de Compostela: 1992. n° 71, p.183-198.

<sup>108</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y Modernidad: de la Unidad e la Diferencia.** Edição e tradução de Josetxo Berian e José Maria García Blanco, Madri: Editora Trotta, 1998, p. 162.

de insegurança. Seria, então, possível frear essa sensação e facilitar as escolhas do homem e do Estado?

Inicialmente, é preciso refletir acerca do assunto, ou seja, no debate acerca da legitimidade ou não, de um direito repressor (ou “do inimigo”), serão superficiais as análises formuladas sem a compreensão clara das mudanças de valores sociais, sem o entendimento adequado das premissas utilizadas por Günther Jakobs.

Tais premissas, de maneira sucinta, foram pautadas na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann que, como observa Moraes:

Elaborou uma teoria social com a finalidade de solucionar esse problema do Direito moderno: como diferenciar o Direito dos outros sistemas de modo a evidenciar que ele não pode operar adequadamente com demandas a que não está apto a atender.<sup>109</sup>

Günther Jakobs, nessa linha de raciocínio, se vale do modelo luhmanniano de sociedade<sup>110</sup>, vislumbrando o Direito Penal como uma forma de garantia da identidade da norma. A sociedade, segundo o autor, não deve ser compreendida a partir da consciência individual ou do sujeito, mas como um processo de comunicação. Por isso, ela poderia estar configurada de modo diverso, tratando-se, sempre, de um estado configurado, e não constitutivo; determinado a partir de normas, e não de estados ou bens. Daí a importância do Direito Penal enquanto meio de confirmação dessa identidade normativa, em face de modelos divergentes que possam surgir, a fim de que não se tome toda divergência como evolução.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 77.

<sup>110</sup> LUHMANN, Niklas. **O Conceito de Sociedade - A Nova Teoria dos Sistemas**. Org. Clarissa Neves e Eva Samios. Tradução de Eva Samios. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, Goethe- Institut/ICBA, 1997, p. 80.

<sup>111</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Tradução de Marco Antônio R. Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 10-11. Uma importante correlação entre Luhmann e Jakobs está em: PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. **La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la “persona”**. Aspectos del proceso de formación de una estructura social. In: *DPE*, v. 2, p. 571-581.

Na concepção de Lynett:

A teoria dos sistemas, basicamente, lida com a premissa de complexidade das sociedades modernas, nas quais, para facilitar a orientação do homem no mundo, devem-se criar maneiras que permitam a redução dessa complexidade, entre os quais figuram os sistemas sociais, demarcando o Direito os limites de configuração que dá a si mesma a própria sociedade. A norma gera, nesse sentido, determinada expectativa, que é um conceito relativo, vale dizer, pode ou não ocorrer.<sup>112</sup>

Para Bechmann e Stehr:

Luhmann introduz três premissas em sua análise da sociedade que produziram não apenas críticas vigorosas, mas também muita incompreensão, a ponto de ser acusado de ter um pensamento anti-humanista e cínico: 1. A sociedade não consiste de pessoas. Pessoas pertencem ao ambiente da sociedade. 2. A sociedade é um sistema autopoietico que consiste de comunicação e mais nada. 3. A sociedade só pode ser adequadamente entendida como sociedade mundial.<sup>113</sup>

Com a flexibilização dos conceitos jurídicos e a consequente criação de inevitável instabilidade interna do sistema jurídico, parece que a legitimação do Direito para novos conflitos vem sendo ignorada por alguns pensadores do Direito Penal hodierno.

A disparidade dentro de uma sociedade, além de motivar novas demandas e conflitos penais, fatalmente vem desencadeando a instabilidade interna do sistema jurídico e insegurança ao meio, gerando, pois, a crescente produção de legislações

---

<sup>112</sup> LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à Obra de Günther Jakobs**. Tradução de André Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-14.

<sup>113</sup> BECHMANN, Gotthard; STEHR., Nico. **Retrato Intelectual de Niklas Luhmann**. Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo/USP, Novembro de 2001, p. 192.

esdrúxulas e decisões judiciais alheias aos limites operacionais do Direito Penal. Proliferam as leis e o medo parece permanecer.

Volney Moraes Júnior e Ricardo Dip, neste sentido, observam:

A hiperinflação de leis penais e, sobretudo, a instabilidade da ordem jurídico-penal em concreto respondem, em parte, por um descrédito na segurança pública. (...) Quando muita coisa se criminaliza normativamente, parece que o delito se trivializa na ordem concreta. Além disso, leis que se sucedem vertiginosamente são leis que sempre estão a exigir um tempo de ponderação, de amadurecimento, para que suas normas implícitas sejam compreendidas pelos juristas (e leigos) e, depois disso, interpretadas diante da ordem jurídica concreta: o interregno é um campo muito propício para a insegurança.<sup>114</sup>

No que tange ao número, à diversidade e à interdependência das ações possíveis, a sociedade hodierna é muito complexa visto que a complexidade e contingência são elementos cada vez mais característicos da sociedade dita “pós-industrial”, desestruturando e dificultando os processos de tomada de decisão daquilo que podemos denominar de “sistema jurídico”. De outra banda, vale frisar, todavia, mais uma vez: no contexto de Estado de Bem-Estar Social, onde as dicotomias Estado-Sociedade, Política-Economia, Coletividade-Indivíduo foram relativizadas, muitas teorias passaram a apresentar o aspecto funcional do Direito de modo a tratá-lo como instrumento de transformação.

Neste diapasão, conforme alerta Moraes, o próprio conceito de sanção penal deu lugar a conceitos como “*sanção premial*”; as próprias teorias da pena (a princípio voltadas para a simples retribuição) passaram a pensá-la como instrumento

---

<sup>114</sup> DIP, Ricardo; MORAES JR., Volney Corrêa Leite de., Op. Cit., p. 221.

capaz de, com uma só tacada, acabar com a criminalidade e reeducar aquele que já estava segregado socialmente.<sup>115</sup>

Com efeito, questionamos: Será que essas mudanças foram positivas? Ou melhor, esses avanços são operacionalmente tolerados pelo Direito Penal? O Direito é, enfim, capaz de prevenir o crime, diminuir a criminalidade e, concomitantemente, reeducar o “criminoso”?

Nesta linha de raciocínio histórica-evolutiva, surgiram diversas correntes oriundas das Teorias da Pena, sempre permeadas por acaloradas polêmicas e discussões. Todas essas correntes, como assinala Santoro Filho, foram passíveis de severas críticas, pois não serviam ao principal objetivo que se propunham, ou seja, extinguir, ou, ao menos, diminuir a criminalidade.<sup>116</sup>

Levando-se em conta as facetas dessas correntes de pensamento acerca da função da sanção penal, atualmente se questiona se o Direito de punir e, especialmente, a sanção penal buscam somente assegurar as expectativas da sociedade, ou também assegurar efeitos, seja com enfoque econômico, seja com enfoque de cunho sociológico.

Bonfim ilustra que o discurso da ressocialização do delinquente desembocaria em um impedimento constante de punição dos criminosos. Seria o dilema sem resposta: “(...) se fosse pobre o réu, não haveria por que puni-lo para ressocializá-lo, porque se antes ele era um “excluído”, se nunca fora “socializado”, não se poderia falar em “ressocialização”; se fosse rico, da mesma sorte, seria inócuo, porque o rico é hiperssocializado...”.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 78.

<sup>116</sup> SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme/SP: Editora de Direito, 2000, p. 53.

<sup>117</sup> BONFIM, Edilson Mougénot. **Discurso de Abertura do I Congresso Mundial do Ministério Público (2000)**. Disponível em: <<http://www.emougénotbonfim/portuguese/index.htm>>. Acesso em: 4 de setembro de 2010.

Bonfim continua,

(...) ressocializar pela prisão quem mata? Ressocializar pela prisão a professora que matou o marido? Explicar-lhe, pela pena, que não pode matar? Ressocializar pela prisão o dentista que matou o advogado, decapitando-o? Explicar-lhe, pela pena, que é muito grave o que cometeu, para que não faça mais isso, “reaprendendo” a viver em sociedade e nela “reinserindo-se” após o cumprimento da pena?<sup>118</sup>

Nesta trilha, essa procura que busca definir com clareza pra que serve exatamente o Direito Penal continua a ser um dos maiores desafios da atualidade, cuja resposta poderá socorrer ou descredenciar um pretense “Direito Penal do Inimigo”. Oportuna, acerca da afirmação, a colocação de Luiz Flávio Gomes:

Impõe-se definir com toda a clareza para que serve o Direito Penal. Esse sempre foi o grande desafio da ciência penal. Não se pode atribuir a ele papel que nunca conseguirá desempenhar. Valendo-se da imagem do elefante e dos ratos, dá para dar uma ideia (bastante aproximada) do que vem ocorrendo com o tradicional Direito penal, que é, em termos de velocidade, um verdadeiro elefante (tendo em conta que se finda na pena de prisão e exige, conseqüentemente, o devido processo legal clássico: investigação burocratizada, denúncia, provas, instrução demorada, contraditório, ampla defesa sentença recursos, tribunais lentos e abarrotados, etc.). A criminalidade da era pós-industrial e, agora, da globalização, por seu turno, é velocíssima (tanto quanto os ratos).

Ao longo do século XX, mais particularmente depois da Segunda Guerra Mundial, acreditou-se que seria possível conter ou controlar (“combater”) os ratos com o elefante (com o Direito penal tradicional), desde que alguma mobilidade extra lhe fosse dada. O legislador, assim, começou a sua deformação, colocando algumas rodas mecânicas nas suas patas (leia-se: para fazer frente à criminalidade

---

<sup>118</sup> Idem.

moderna, começou a transformar o Direito penal tradicional flexibilizando garantias, espiritualizando o conceito de bem jurídico, esvaziando o princípio da ofensividade, mediante a construção de tipos de perigo abstrato, eliminando grande parcela da garantia da legalidade, etc).<sup>119</sup>

Vale ainda frisar que, como não poderia deixar de ser, a deformação do Direito Penal é ainda mais elevada em países considerados subdesenvolvidos.

Como alerta Moraes em seu estudo:

Em vez de construir presídios, de investir em educação e de criar programas sociais, a Política invade o mundo do Direito, ora protagonizando decisões judiciais injustas, ora fomentando legislações que afastam as penas privativas de liberdade, gerando a sensação de insegurança que, em um círculo vicioso, faz com que a sociedade reclame da ineficiência do Direito Penal e da Justiça Criminal.<sup>120</sup>

Assim, o Direito Penal atual acaba gerando frustrações que, ou ativam a produção de legislações esdrúxulas, ou formatam magistrados “políticos”, “economistas”, “sociólogos” e “benevolentes com a pobre situação do encarcerado”.<sup>121</sup>

A mesma preocupação foi externada por Campilongo em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo:

Para garantir expectativas que não se ajustam às desilusões, compete aos tribunais exercer o papel de afirmar o direito, não confirmar o poder. Para isso devem estar protegidos contra pressões

---

<sup>119</sup> GOMES, Luiz Flávio, Op. Cit., p. 34.

<sup>120</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 78.

<sup>121</sup> Ibid., p. 80.

que procuram enfraquecer suas estruturas ou tentam processar questões que não se amoldam à técnica jurídica.<sup>122</sup>

Hungria, lembrando Francesco Carrara que, acertadamente, a nosso ver, afirmava: “sempre que a política entra pelas portas do templo da justiça, esta foge espavorida pela janela para livrar-se ao céu”.<sup>123</sup>

Nesta senda, Campilongo expõe:

O problema das periferias está ligado a uma exposição tão grande e promíscua com o ambiente que, muitas vezes, podendo não decidir, o sistema jurídico acaba decidindo de modo que, sem comprometer o fechamento operativo do sistema, subtrai dos Tribunais um auto-isolamento cognitivo que, nos países centrais, é muito mais forte do que o isolamento do legislador ou daqueles que estipulam contratos.<sup>124</sup>

De outra banda, compreender e questionar a legitimidade de um Direito Penal para o “inimigo da sociedade” pressupõe, pois, entender o contexto da realidade do Direito Penal; pressupõe entender como o Direito vem sendo contaminado por ideias estranhas ao seu “código operativo” e, neste sentido, como novas demandas decorrentes dos avanços tecnológicos, da globalização e da aceleração da comunicação vêm modificando o Direito Penal clássico, vale dizer, “Direito Penal de Primeira Velocidade”.

De que maneira, desta feita, em um quadro de aparente democracia na maior parte dos países, surgem teorias como a do “Direito Penal do Inimigo”? Um Direito

---

<sup>122</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A função política do STF**. Folha de São Paulo, 22 de novembro de 1999, p. 3.

<sup>123</sup> HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.183-184.

<sup>124</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 172.

excepcional, que trata parte dos criminosos como inimigo, buscando positivar e legitimar a flexibilização de garantias típicas do Direito Penal de cunho clássico, teria legitimidade?

Nesta última reflexão, vale transcrever a precisa lição de Bonfim:

O Brasil jurisdicionalizado transformou-se em um imenso e babélico cipoal ideológico, doutrinário, “dogmático”, configurando a grande “colcha de retalhos” que é nosso ordenamento jurídico-penal, fruto de todos os traumas e de todas as não soluções, onde testamos muito da doutrina importada, muitas vezes sem eco sequer em seu país de origem, e lastreamo-nos em uma legislação muitas vezes misericordiosa, noutra “de terror”, acentuando a inaplicabilidade de um produto estranho, a uma realidade toda própria.<sup>125</sup>

Como se verificou, temos uma nova representação social: a frustração advinda com a implementação, do que Moraes denominou de “Direito Penal Mágico”<sup>126</sup> somada a insatisfação com o suposto papel do Direito Penal em diminuir a criminalidade vêm desencadeando essa inversão de valores. Parece-nos que uma possível solução para essa “inversão de valores”, reside, ao menos parcialmente, na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann que, como uma espécie de paradoxo, constituiu o ponto de partida de Jakobs para definir sua Teoria e seu conceito de finalidade da sanção penal até chegar à concepção do “Direito Penal do Inimigo”.

Enfim, política criminal efetivista com tendência antigarantista, caos normativo, instrumentalização e simbolismo do Direito penal, excessiva antecipação da tutela penal, descodificação, flexibilização das garantias penais e processuais, são, indubitavelmente, questões que devem ser combatidas juntamente com o aumento da criminalidade de massa e com o crime organizado transnacional que, a

---

<sup>125</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Direito Penal da Sociedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 161.

<sup>126</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 82.

cada dia que passa, parece não conhecer escalas e muito menos fronteiras, impulsionado pelo incremento de criminalidade.

#### 4. A DEFICIÊNCIA DO DIREITO PENAL E A TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS.

Na sociedade hodierna, é inequívoca a existência de formas de criminalidade diferenciadas, modernas, que rompem fronteiras e desafiam as autoridades. Podemos tomar como exemplo a denominada criminalidade econômica, impulsionada pela globalização. Citada forma de criminalidade, supera e muito a criminalidade tradicional (crimes contra o patrimônio como furto e roubo), tanto em nível de capacidade lesiva, como em relação a possível produção de danos materiais e imateriais; e, por outro lado, o Direito Penal econômico, na hora de definir seus conteúdos, não conseguiu se desprender totalmente da definição de delito econômico formulada nos anos 40 do século passado por Shuterland e definida pelo autor do ponto de vista criminológico, como “o delito praticado por uma pessoa respeitável e de elevado status social, na esfera de sua profissão”, conforme cita Gracia Martín.<sup>127</sup>

Além das organizações terroristas e da criminalidade de Estado, existe um amplo leque de atividades delitivas que, por seus objetos, podemos denominar de maneira inequívoca como ilícitas, pois se opõem, radical e frontalmente, aos valores sociais fundamentais e inclusive às estruturas sociais básicas. A doutrina jurídico-penal deve o importante conceito dogmático de “objeto inequivocamente ilícito” a Gimbernat, que o formulou pela primeira vez em 1991 por ocasião da sua investigação sobre os delitos contra a propriedade intelectual, como pressuposto de igualmente importante e dogmaticamente frutífera categoria dos (também por ele denominados), “delitos com objeto plural inequivocamente ilícito”; esses delitos têm em comum o fato de se realizarem sobre uma pluralidade de coisas ou uma

---

<sup>127</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, Op. Cit., p. 128.

quantidade indeterminada de mercadorias, que ostentam, *ab initio*, ou em um momento posterior, um inequívoco caráter delitivo.<sup>128</sup>

Imaginemos, a título exemplificativo, o tráfico de drogas, a falsificação e tráfico de moedas, o tráfico de armas, de órgãos humanos, de pessoas para a prostituição ou ainda o crime de lavagem de capitais.<sup>129</sup> À margem da elevada lesividade social que supõe esse tipo de criminalidade, deve-se prestar atenção, sobretudo, no fato de que tais atividades são impensáveis sem a utilização de sólidas redes logísticas e sem o estabelecimento de eficientes estruturas organizacionais. Tal fato permite, em um contexto de globalização como o atual, às organizações dedicadas a tais atividades criminosas usufruírem, em alguns casos, de maior poder que os Estados, ou, pelo menos, escaparem ao controle político e jurídico destes e que, com isso, dificultam a persecução e punição dessas atividades criminosas, conforme alerta acertadamente Hans-Jörg Albrecht, sofrendo uma espécie de “déficit crônico”.<sup>130</sup>

Com efeito, se essas modalidades de criminalidade representam uma contínua falta de segurança cognitiva, como não se pode olvidar; se a sociedade atual demanda segurança ao Estado frente a toda essa problemática; se o direito penal não pode prestá-la de maneira adequada, devido a esse déficit crônico de eficácia da *persecutio criminis* e posterior punição de seus autores, estaria justificado e deveria ser instituído para esse tipo de criminalidade um Direito Penal “especial”, com regras diversas do denominado Direito Penal “comum”? Para Jakobs a resposta é afirmativa, todavia parece não ser possível encontrarmos um “terreno

---

<sup>128</sup> GIMBERNAT ORDEIG, apud GRACIA MARTÍN. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 129.

<sup>129</sup> Idem.

<sup>130</sup> Idem.

firme” para a respeitada teoria quando confrontamos a mesma com o Estado Democrático de Direito.

#### 4.1 O INIMIGO AO REDOR DO MUNDO.

De maneira acertada, a nosso ver, Francisco Muñoz Conde afirma:

Exemplos deste Direito Penal excepcional têm existido sempre desde as origens da Codificação penal no século XIX, quando desde o primeiro momento se teve que recorrer a leis penais excepcionais, contrárias ao espírito liberal e constitucional que inspiraram os primeiros Códigos penais.<sup>131</sup>

O mesmo autor ainda ressalta que:

Este tipo de Direito Penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados democráticos de Direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o da legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e, sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **As Reformas da parte especial do Direito Penal Espanhol em 2003: Da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”**. Tradução de Themis Maria Pacheco e Carvalho. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em: <[http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/AS\\_REFORMAS\\_PARTE\\_ESPECIAL\\_DIREITO\\_PENAL\\_ESPANHOL.doc](http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/AS_REFORMAS_PARTE_ESPECIAL_DIREITO_PENAL_ESPANHOL.doc)>. Acesso em: 13 de dezembro de 2010.

<sup>132</sup> Idem.

Importante destacarmos aqui algumas considerações de Muñoz Conde acerca das reformas penais do Código Penal espanhol introduzidas em 2003. Citada transcrição é oportuna, pois reflete cabalmente características que, segundo Jakobs, guardam correspondência ao “Direito Penal de Terceira Velocidade”.

Como exemplo de penas desproporcionadas, junto as que desde muito tempo podem aplicar-se em caso de tráfico de drogas e terrorismo; em respeito ao terrorismo, teremos agora a nova regulação dos delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros, que no art. 318 permite impor penas que podem chegar aos 15 anos de prisão, em caso de tráfico ilegal ou imigração clandestina, quando o propósito for a exploração sexual de pessoas, se realize com ânimo de lucro, e o culpado pertença a uma organização ou associação, inclusive de caráter transitório, que se dedique a realização de tais atividades; ou até 17 anos e seis meses de prisão quando se trate de chefes, administradores ou encarregados de ditas organizações ou associações.

Um regime de dureza extrema, nunca havida antes, se prescindirmos agora da pena de morte, com a pena da prisão na Espanha, representa o novo regime de prolongação de dita pena até quarenta anos, sem possibilidades de redução e concessão da liberdade condicional, tal como estabelecem agora os artigos 78 e 90, depois da reforma de 30 de junho de 2003, em que entrou em vigor no mesmo dia da publicação, para os delitos de terrorismo. <sup>133</sup>

Já no cenário norte-americano, os paradigmas desta espécie de política criminal estão no chamado “Combatente Inimigo” e ainda contidos no chamado “Patriot Act”. <sup>134</sup> Neste diapasão, Moraes acerca do tema, nos alerta que:

---

<sup>133</sup> Idem.

<sup>134</sup> Também denominado como USAPA (United States Patriot Act, sinônimo para Uniting and Strengthening América by providing Appropriate Tools Required to intercept and Obstruct Terrorism e Lei Pública nº 107-56). Para acesso eletrônico: <<http://news.findlaw.com/cnn/doc/terrorism/hr3162.pdf>>. Acesso em: 4 de outubro de 2010. A Sigla significa “Unindo e Fortalecendo a América ao conceder instrumentos adequados exigidos para interceptar e obstruir o terrorismo”.

O estatuto do “combatente inimigo” permitiu às autoridades norte-americanas manter um indivíduo preso indefinidamente e privá-lo de todos os direitos que poderia ostentar perante a Justiça Civil, sobretudo os de ter um advogado e receber visitas. Enquanto o *Patriot Act* corresponde a um abrangente pacote legislativo antiterror que viola, segundo entidades de defesas dos direitos civis, uma série de liberdades individuais, valendo destacar, a título ilustrativo, a permissão de monitoramento de registros de bibliotecas para saber quem empresta determinados tipos de livro.<sup>135</sup>

Em relação ao *Patriot Act*, Vizzoto nos alerta que citado ato representou, indubitavelmente, a reação mais severa e imediata tomada pelo governo norte-americano, para dar uma resposta aos atos terroristas desencadeados no trágico 11 de setembro de 2001. Assinada pelo então presidente George W. Bush em 26 de outubro de 2001, após rápida e quase unânime aprovação do Senado, a legislação em tela aumenta a abrangência de atuação do FBI (Federal Bureau of Investigation), conferindo poderes até então inéditos. Seu enfoque principal era o de prender os terroristas responsáveis pelo ataque; na atualidade, objetiva evitar novos atos de terror em solo norte-americano:

O texto integral, composto por 342 páginas, aborda mais de quinze estatutos, e, além de autorizar agentes federais a rastrear e interceptar comunicações de eventuais terroristas, traz as seguintes inovações: a) torna mais rigorosa leis federais contra lavagem de dinheiro; b) faz com que leis de imigração sejam mais exigentes; c) cria novos crimes federais; d) aumenta a pena de outros crimes anteriormente tipificados; e e) institui algumas mudanças de

---

<sup>135</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 236.

procedimento, principalmente para autores de crimes de terrorismo.<sup>136</sup>

De maneira oportuna, Riquer e Palácios destacam alguns exemplos sobre o tratamento dado ao “inimigo”, ao “estrangeiro” e “àqueles que se encontram fora do contrato social”, tirados da ordem do Presidente dos Estados Unidos, datada de 13 de novembro de 2001. Tal ordem permite a instauração de tribunais militares secretos que se ocupem de julgar os “não-cidadãos” acusados de terrorismo.<sup>137</sup>

Com efeito, conforme nos alerta Moraes, a França, por sua vez, com a Lei de 31 de outubro de 2001 sobre “segurança cotidiana”, ampliou o poder policial de intervenção na esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, assim como estendeu a competência do Estado para intervir e controlar a comunicação de possíveis terroristas, embora, ao que parece, não tenha resolvido nem mesmo a questão básica de exclusão social de imigrantes.<sup>138</sup>

De maneira semelhante, também o faz o governo britânico. Assevera Contreras neste diapasão:

Al igual que sucede con la italiana y francesa, la legislación británica en esta matéria gravita en torno a un concepto de terrorismo internacional ampliado y la concesión de poderes desorbitados a la policía; junto a ello, utiliza especialmente el concepto de terrorismo centrado en el inmigrante ilegal.<sup>139</sup>

<sup>136</sup> VIZZOTO, Vinícius Diniz. **A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro**. Breve Análise e dispositivos polêmicos do Patriot Act. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6037>>. Acesso em: 4 de outubro de 2010.

<sup>137</sup> RIQUER, Fábian Luis; PALÁCIOS, Leonardo P. **El Derecho Penal del enemigo o las excepciones permanentes em la ley**. Disponível em: <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf>>. Acesso em: 4 de outubro de 2010.

<sup>138</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 237.

<sup>139</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **El Derecho penal y procesal del enemigo: Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos**. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset e Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, tomo I.

Do Jornal **Folha de São Paulo** (versão on line), podemos reproduzir diversas medidas tomadas em Londres, que trazem à baila os riscos pelos quais os direitos humanos estão expostos. Um cronológico rol é elencado por Moraes:

- 07/07/2005 - Série de explosões deixa 37 mortos e 700 feridos em Londres. As explosões atingiram ônibus e trens no momento em que as pessoas se dirigiam ao trabalho, entre 8h51 e 9h47 (entre 4h51 e 5h47, no horário de Brasília), e foram reivindicadas por um grupo supostamente ligado à rede terrorista Al Qaeda;

- 23/07/2005 - Polícia britânica mata o brasileiro Jean Charles de Menezes, 27, na estação de Stockwell (sul de Londres) após confundir-lo com um terrorista ligado aos ataques da última quinta-feira na capital do Reino Unido;

- 25/07/2005 - O Diário "The Times" afirma, em editorial, que a morte do brasileiro não deve comprometer a busca pelos responsáveis pelos atentados. O chefe da Polícia Metropolitana de Londres, Ian Blair, afirmou que a ordem de "atirar para matar com o intuito de proteger" vai continuar apesar da "tragédia". Ele pediu desculpas pela morte Jean Charles de Menezes, 27, mas defendeu seus policiais;

- 26/07/2005 - O primeiro-ministro britânico, Tony Blair, se reúne nesta terça-feira com líderes dos dois principais partidos de oposição, o Conservador e o Liberal Democrata, para discutir mudanças nas leis anti-terrorismo do país. Os líderes reunidos com o primeiro-ministro devem analisar um pedido da polícia de aumentar o tempo máximo que suspeitos podem ficar detidos sem acusações formais dos atuais 14 dias atuais para três meses;

- 27/07/2005 - O chefe da polícia britânica, Ian Blair, disse que desde os atentados do dia 7 de julho houve 250 incidentes em que policiais pensaram estar diante de militantes suicidas. Em sete dessas situações, disse Blair, a polícia

considerou se deveria atirar ou não contra o suspeito, mas resolveram não fazê-lo.<sup>140</sup>

Apenas para citar outro exemplo de país desenvolvido, o jornal “Folha de São Paulo”, edição de 12/07/2005, noticiara que na esteira dos atentados de Londres, o governo italiano levaria ao Parlamento uma proposta de alteração na legislação de segurança do país. Entre as propostas estariam, a ampliação do período de detenção preventiva, o arquivamento de correspondência eletrônica e a criação de benefícios para informantes nos casos de suspeita de atos de terror.<sup>141</sup>

Percebemos, assim, que foram poucos os países da atualidade que não tiveram um significativo aumento da criminalidade. Esse aumento, já destacaram Gomes e Cervini<sup>142</sup>, vem gerando uma forte demanda de “políticas criminais duras”. São políticas que defendem respostas estatais criminalizadoras e penalizadoras cada vez mais severas. Acentua ainda Moraes que, inicialmente, houve o combate ao tráfico de drogas, depois aos crimes violentos e, agora, os grandes “inimigos” da era “pós-industrial”, vale dizer, o crime organizado e o terrorismo.<sup>143</sup>

No Brasil, já há alguns anos, foram elaboradas novas legislações que, indubitavelmente, apresentam mecanismos e parâmetros penais e processuais penais diversos do panorama clássico.

Gomes e Cervini já afirmavam, até mesmo antes de se falar em um “Direito Penal de Terceira Velocidade”, que duas vinham sendo as premissas principais dessa política puramente repressiva no Brasil: o incremento de penas (penalização) e a restrição ou supressão de garantias do acusado. “A lei dos crimes hediondos e,

---

<sup>140</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. , Op. Cit., p. 238.

<sup>141</sup> Mais um exemplo vem da Rússia que, em 23 de novembro de 2005 anunciou um pacote de medidas para fortalecer a segurança do país e combater o terrorismo. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2004/set/14/0mun.htm>>. Acesso em: 4 de outubro de 2010.

<sup>142</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9034/95) e político criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

<sup>143</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de., Op. Cit., p. 239.

agora, a lei de “combate” ao crime organizado, dentre outras, são expressões desse modelo exclusivamente “dissuasório” isto é, modelo que confia na “força ameaçadora da lei”.<sup>144</sup>

A hipertrofia legislativa, símbolo da sociedade pós-industrial, segundo assevera Moraes, no âmbito nacional, é facilmente constatada por meio de um exercício meramente descritivo de leis criadas, seja para atender às novas demandas penais, seja para o combate da nova criminalidade organizada. Vejamos somente alguns exemplos:

- Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas) - Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências;

- Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional) - Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências;

- Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Preconceito Racial) - Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor (alterada pela Lei 9.459, de 13/05/97);

- Lei 8.072, de 25 julho de 1990 - Dispõe sobre os Crimes Hediondos, regulamenta o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências (alterada pelas Leis 9.695/98 e 8.930/94);

- Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);

- Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 - Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências;

---

<sup>144</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl., Op. Cit., p. 28-29.

- Lei 8.176, de 08 de fevereiro de 1991 - Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis;
- Lei 9.034, de 03 de maio de 1995 - Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (alterada pelas Leis 9.303/96 e 10.217, de 11.04.01);
- Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 - Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências (alterada pela Lei 10.455, de 13 de maio de 2002 e Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal);
- Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, prevendo a forma pela qual o judiciário deveria autorizar a interceptação telefônica;
- Lei 9.455, de 7 de abril de 1997 - Define os crimes de tortura e dá outras providências;
- Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 - Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências (alterada pela Lei 9.985, de 18.07.00);
- Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, publicada no Diário Oficial de 12 de abril do corrente, que autoriza a infiltração de agentes policiais, para o fim de se obter prova em investigação criminal, desde que com autorização judicial, além de outras poucas disposições. Essa lei nova modificou os artigos 1º e 2º da Lei 9.034 de 3 de maio de 1995 e dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, inserindo, ainda, a possibilidade de captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, com autorização judicial;

- Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) - Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

- Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003 - Altera a Lei 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências, instituindo o regime disciplinar diferenciado – RDD;

- Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do desarmamento) - Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm -, define crimes e dá outras providências.<sup>145</sup>

Anotamos que, citadas legislações, elaboradas tanto para atingir novas demandas da sociedade hodierna, quanto para atender demandas de combate ao crime organizado e transnacional vem, de maneira equivocada, a nosso ver, alterando tanto a concepção dos tipos penais, quanto os instrumentos processuais para a necessária persecução, bem como as clássicas garantias penais e processuais típicas do Direito Penal de primeira velocidade, para usar a expressão de Silva Sánchez já delineada no decorrer de nosso estudo.

Nesta senda, finalmente, um registro a respeito da intitulada “Lei do Abate” (Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986, regulamentada pelo Decreto presidencial 5.144, de 16 de Julho de 2004) que, caso fosse promulgada na América do Norte, fatalmente já estaria rotulada como um típico “Direito Penal do Inimigo”, conforme bem observa Moraes.<sup>146147</sup>

---

<sup>145</sup> MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de., Op. Cit., p. 240-241.

<sup>146</sup> Idem.

<sup>147</sup> Segundo a FAB, a Lei do Abate abrange somente o caso de aeronaves suspeitas de envolvimento com o tráfico internacional de drogas. Em razão do que prescreve a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o princípio de autodefesa, o governo brasileiro considerou necessária a regulamentação da lei para esse aspecto.

De outro turno, Maierovitch, defendendo a inconstitucionalidade da lei em questão salientou que o Presidente da República, ao regulamentar, no combate ao tráfico de drogas, o tiro de abate de aeronaves por suspeita de narcotráfico, disciplinando, ainda, o afundamento de embarcações tripuladas em mar territorial brasileiro, institucionalizou a pena de morte. Afirma o autor:

Quanto aos inocentes tripulantes, usa-se a máxima calhorda de que os fins (repressão ao narcotráfico) justificam os meios (morte). “Na realidade, tudo não passa de pura militarização, imoderada e excessiva, no enfrentamento da questão das drogas ilegais, com execuções sumárias e decorrentes de suspeita”.<sup>148</sup>

Cuida-se, segundo Gomes, de um perfeito retrato da esquerda no Poder. Esquerda que, rotineiramente, levantava bandeiras contra a exclusão social, agora faz parte de uma espécie de consenso:

As manifestações do Direito penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onda punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva; fruto disso é o Direito penal do inimigo).<sup>149</sup>

## **4.2 POLÍTICAS CRIMINAIS DE EXCEÇÃO.**

É perceptível que a adoção de políticas criminais excepcionais de combate revelam, por si só, as mudanças, sejam positivas ou até mesmo negativas, que está sofrendo a sociedade moderna.

---

<sup>148</sup> MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **A Lei do Abate é uma forma de pena de morte?** Folha de São Paulo, 27 de julho de 2004, “Tendências/Debates”.

<sup>149</sup> GOMES, Luiz Flávio, Op. Cit., p. 64.

Guillamondegui, neste sentido, assevera que:

Aquellos fundados postulados del liberalismo receptados por el clásico Derecho Penal pareciera que de a poco van perdiendo fuerza o flexibilizándose ante las nuevas exigencias de las sociedades post-industriales, y empezamos a ser testigos que, a la par de los bienes jurídicos individuales y colectivos, ahora se refuerza la protección de los llamados bienes jurídicos universales, cada vez más inaprensibles y difíciles de delimitar (...) utilizando el legislador a esos fines particulares diferentes técnicas de creación, tales como la de los denominados tipos penales en blanco, o el recurso de los delitos de peligro abstracto, o la configuración de los delitos de comisión por omisión, que ante determinados supuestos de hecho pueden resultar vulnerados los Principios de intervención mínima, de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, etc., o sintéticamente, el derecho de defensa reconocido constitucionalmente.<sup>150</sup>

De outra banda, como bem destaca Silva Sánchez, a criminalidade dos poderosos e das empresas evidencia um erro de perspectiva, vale dizer, 80% da criminalidade permanece manifestando-se como criminalidade dos marginalizados.

Por isso, segundo o autor:

A aposta que parece decidida por uma expansão do Direito Penal, que conglome a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída a dos *powerless*, algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> RAÚL GUILLAMONDEGUI, Luis. **Los Discursos de Emergência y la tendencia hacia um Derecho Penal del Enemigo**. Disponível em: <[www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)>. Acesso em: 25 de outubro de 2010.

<sup>151</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva, Op. Cit., p. 53-55.

Há, ainda, delitos que podem ser elencados no intitulado Direito Penal Econômico, crimes como a lavagem de dinheiro, a sonegação fiscal, os crimes contra o sistema financeiro nacional, entre outros.

Klaus Tiedemann, citado por Maria Guerrero, define o delito econômico como:

A infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal, en la economía de un país. Aquella infracción que, a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.<sup>152</sup>

Nesse sentido, não há como olvidar que a tradicional fórmula da quadrilha ou bando não é mais capaz de subsumir as sofisticadas organizações criminosas que atuam hoje no cenário global e mundial. Neste diapasão para Luis Luisi:

A inadiável necessidade de enfrentamento desse fato alarmante, que vem se constituindo no tema principal e mais importante da agenda dos cultores do direito penal. O grande desafio da atualidade é, portanto, constituir a legitimidade de um Direito Penal do Inimigo, isto é, conciliar um modelo eficaz de enfrentamento da criminalidade organizada transnacional com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. Será possível enfrentar a criminalidade organizada, respeitando-se as garantias do estado democrático de direito, e do seu direito penal substantivo e adjetivo? Ou necessário se faz um direito penal e processual penal de emergência, com sacrifício nas garantias individuais? Eis o dilema que se apresenta.

153

---

<sup>152</sup> GUERRERO, Maria. **Introducción a la criminalidad económica**. Caracas: Editora da Universidade Católica Andrés Bello, 2006, p. 48.

<sup>153</sup> LUISI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p.192-193.

Kujawski, por sua vez, expõe seu pensamento através do seguinte raciocínio:

A consequência mais lógica, previsível e perigosa desse pipocar indiscriminado do terrorismo particularista, sem hora nem local para irromper, é que se estabeleça, em contrapartida, uma espécie de “terror de Estado”, também de alcance universal.<sup>154</sup>

Neste sentido, o tão polêmico Jakobs reconhece que “a introdução de um cúmulo (praticamente já inalcançável) de linhas e fragmentos de Direito Penal do Inimigo no Direito penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito”.<sup>155</sup>

Por outro lado, Jakobs disserta:

Há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada. Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinquente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos “guerra” e “processo penal”.<sup>156</sup>

Na sequência, ele próprio conclui:

Quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito (controle das paixões, reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a

---

<sup>154</sup> KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Império e Terror**. São Paulo: IBASA - Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda, 2003, p. 9-10.

<sup>155</sup> JAKOBS, Günther, Op. Cit., p. 43.

<sup>156</sup> Ibid., p. 36-37.

meros atos preparatórios a respeito da personalidade do delinquente no processo penal, etc), deveria chamar de outra forma aquilo que tem *que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.

Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.<sup>157</sup>

Compulsando as ideias expostas até aqui, talvez, um “Direito Penal do Inimigo”, que pudesse ser claramente delimitado, seria mais coerente, partindo do enfoque voltado ao Estado de Direito somado ao fato de vivermos numa sociedade global e, na acertada expressão de Silva Sánchez, “vivermos numa sociedade pautada pela expansão do Direito Penal”.<sup>158</sup>

De qualquer modo, o enfoque de Jakobs consiste em tentar diferenciar o intitulado “Direito Penal do Cidadão”, do “Direito Penal do Inimigo”, entretanto, há severas críticas que serão abordadas na sequência de nosso estudo.

### **4.3 ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.**

Uma reflexão *ab initio*, a nosso ver, sugere que o discurso do Direito Penal do Inimigo conduz a indagar se este não leva a uma espécie de “beco sem saída”. Nesta senda, se o Direito Penal do Inimigo possui lastro a partir do reconhecimento de seus destinatários como “não pessoas”, parece que teria que partir também da existência dessa espécie de não-pessoas já na própria realidade prévia a ele, pois do contrário, conforme a precisa lição de Schönemann:

---

<sup>157</sup> Ibid., p. 37.

<sup>158</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, Op. Cit., p. 148.

Seria o próprio Direito Penal do Inimigo que construiria esse conceito de um modo completamente auto-referente e, por isso mesmo, circular. De outra banda, os inimigos concretos e as não-pessoas deveriam ser identificados como tais antes mesmo da aplicação desse ordenamento em cada caso, pois do contrário não haveria como saber se o mesmo é aplicado realmente a um inimigo ou a um cidadão, isto é, a uma não-pessoa ou a uma pessoa.<sup>159</sup>

Ao analisarmos o pensamento de Jakobs no decorrer de nosso estudo, parece forçosa a conclusão de que o discurso do Direito Penal do Inimigo afirma encontrar esse conceito prévio de não-pessoa, necessário para poder entrar em ação, no abandono duradouro do Direito por parte de um indivíduo, abandono este que pode ser medido a partir de sua dedicação habitual e reiterada à prática de infrações ao Direito. Se partirmos dessa premissa, conforme alerta Luis Gracia Martín:

Se isso for assim, então não parece necessário nenhum esclarecimento acerca da natureza do Direito que deve ser infringido, reiterada e permanentemente, pelo indivíduo em questão, que só pode ser o Direito do “cidadão”. Porém, um direito só pode ser infringido por quem seja destinatário de suas normas e, como reconhece o discurso do Direito Penal do Inimigo, só pode ser destinatário de uma norma jurídica uma pessoa.<sup>160</sup>

O citado autor nos deixa um questionamento para reflexão:

Ora, se segundo os postulados da doutrina do Direito Penal do Inimigo, todo aquele que é julgado pelo Direito Penal do Cidadão o é na sua condição de pessoa, e se a pena imposta ao condenado por esse Direito não o priva do status de cidadão nem de sua condição

---

<sup>159</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Lá Relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática Jurídico-penal**. In: *Modernas tendencias em la Ciencia del Derecho Penal y em la Criminología*. Madri: Uned, 2001, p. 211-212.

<sup>160</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, Op. Cit., p. 157.

de pessoa, que são conservados integralmente apesar da condenação, onde o Direito Penal do Inimigo encontrará seus destinatários, isto é, indivíduos que careçam da condição de pessoa e que preexistam logicamente a uma possível normatização e aplicação desse Direito? <sup>161</sup>

Ao analisarmos a indagação proposta por Gracia Martín, poderíamos tentar responder com a afirmação de que é justamente o processo penal que determinará com a decisão final a privação da condição de pessoa do indivíduo e, com isso, a exclusão da cidadania e a sua “declaração” como inimigo. Entretanto, esse fato não impediria que o processo tivesse que ter todas as garantias próprias do cidadão, pois durante a instrução processual (do recebimento da denúncia à sentença penal condenatória), o acusado conservaria o intitulado “status de cidadão”. Com efeito, a partir da lição de Gracia Martín, podemos afirmar que o Direito Penal do Inimigo só poderá partir da prévia existência de pessoas. Todavia, se realmente partirmos dessa premissa, as regras desse Direito não poderiam ser diferentes das regras do Direito Penal do Cidadão. Parece-nos que, apesar da sólida base da argumentação apresentada pelo autor, ela, por si só, não tem um valor dialético, por consequência, pode ser aceita, mas não de maneira isolada contra a teoria de Jakobs.

#### **4.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O LIMITE NECESSÁRIO.**

A estrutura do ser humano, que necessariamente deve ser respeitada pelo Direito, é constituída por tudo aquilo que fundamenta a dignidade humana. Neste diapasão, transcrevemos importante definição de “dignidade”, trazida à baila por Gracia Martín:

---

<sup>161</sup> Ibid., p. 158.

Por dignidade não deve ser entendido senão um valor que remete à ideia de que algo merece a consideração pelo que é e que, em consequência, deve ser tratado como é, e não como outra coisa distinta. Nesse sentido pode-se falar, e de fato se fala, tanto da dignidade de um cargo, de uma arte, ou de qualquer outra coisa. O conceito de dignidade, portanto, faz remissão àquilo que especifica, individualiza e diferencia o objeto ao qual se pretende predicar sua dignidade. Essa, portanto, remete às estruturas do objeto que fundamentam tanto o predicado (dignidade) como as exigências derivadas dele (respeito a tal dignidade).<sup>162</sup>

A dignidade da qual estamos abordando, a nosso ver, não é produto de nenhuma construção positivista, mas é algo que pertence a todo homem, pelo simples fato de existir. Pufendorf corrobora nosso entendimento, ao afirmar que:

Na simples palavra “homem” já vislumbro alguma dignidade. Essa dignidade extraímos do homem empírico, através do emprego de um método científico de análise mediante a observação que, obviamente, permite a posterior realização de generalizações (empíricas). A qualidade mais evidente da natureza humana é a *imbecilitas*, entendida como o desamparo do homem entregue a si mesmo, explicando-a através da ficção de um homem abandonado em um país deserto. Semelhante qualidade, no entanto, é seguida pela *socialitas*, isto é, pela necessidade do homem de viver em sociedade com outros homens.<sup>163</sup>

Neste diapasão, analisando por esse enfoque, a dignidade humana existe em igual medida para qualquer ser humano, até mesmo teria àquele que optasse por viver totalmente isolado. Nesta senda, ao menos no campo teórico, seria possível imaginar, como apregoa o discurso do Direito Penal do Inimigo, que alguns seres

---

<sup>162</sup> Ibid., p. 172.

<sup>163</sup> PUFENDORF, Samuel. **Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural**. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007, p.43.

humanos renunciassem à sociabilidade e optassem desse modo por viver sua vida à margem da sociedade e que, desta feita, se opusessem de maneira frontal à ordem estabelecida. Parece-nos que, nesses casos, nenhuma razão haveria para negar que uma decisão semelhante não fosse a expressão de um ser humano eticamente livre, de modo que também aqueles que decidissem se desligar de maneira permanente da ordem social deveriam ser vistos como pessoas responsáveis e tratados como tais, vale dizer, de acordo com sua inerente dignidade humana.

Oportuno citarmos, nesse esteio, a precisa lição de Welzel:

A igualdade natural dos homens não é, como pensava Hobbes, uma igualdade nas forças, mas uma igualdade no Direito cujo fundamento se radica na sociabilidade verificada na própria natureza humana. Essa ideia de dignidade humana vinculante para o Direito, constitui o argumento decisivo contra o Direito Penal do Inimigo. A ideia de dignidade do homem como ser eticamente livre, formulado por Pufendorf antes mesmo de Kant, constitui a base a partir da qual se desenvolve a noção dos direitos do homem e da liberdade.<sup>164</sup>

Partindo das ideias de Hans Welzel e de Samuel Pufendorf, podemos afirmar que um Direito Penal do Inimigo dificilmente poderia encontrar espaço legítimo, eis que o Direito Penal tem como destinatário a pessoa humana e a retirada dessa condição seria inviável, levando-se em conta que é inerente a todo ser humano.

Gracia Martín, neste sentido, lança crítica que, a nosso ver, encontra fundamento:

Se o Direito Penal tem como destinatário o homem, entendido como indivíduo humano, então não será possível, ao menos partindo dessa ótica, fundamentar legitimamente nenhum “Direito Penal do Inimigo”, isto é, nenhum ordenamento diferente e excepcional. Se as regras

---

<sup>164</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía Del Derecho: Derecho natural y Justicia material**. Madri: Aguilar, 1977, p. 146.

desse Direito Penal tivessem apenas características “especiais” e não “excepcionais”, em razão das particularidades dos fatos e dos autores aos quais ele se dirige, de modo que as mesmas partissem da consideração de seus destinatários como pessoas responsáveis e fossem, por conseguinte, compatíveis com o devido respeito à dignidade do ser humano, então estaríamos na presença de um mero setor particular do Direito Penal.<sup>165</sup>

Schünemann, de outra banda, crítica a terminologia “Direito Penal do Inimigo”, de maneira veemente a nosso ver, quando afirma que a denominação “Direito Penal do Inimigo” não teria senão um sentido formal e semântico, ou, melhor ainda, tal denominação carrega o valor do que podemos chamar de “metáfora enganosa”.<sup>166</sup>

Independente da posição que se adote acerca da polêmica teoria, o Direito, a nosso ver, deve sempre mostrar-se como Direito e não simplesmente como poder, para que dessa maneira haja sempre o debate no campo das ideias e não se busque a submissão através da tirania.

#### **4.5 O EVIDENTE CONFLITO ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS.**

Conforme pudemos observar, a grande novidade da concepção de Jakobs é que admite e legitima a necessidade de um Direito Penal do Inimigo também nas sociedades democráticas, configuradas conforme o modelo do Estado de Direito.

Nesse sentido, cabe ao Estado a função de aplicador da lei, regulando as relações em sociedade, entretanto, o direito de punir do Estado encontra limitações nos direitos fundamentais da pessoa humana. Quando falamos em um modelo de

---

<sup>165</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, Op. Cit., p. 176.

<sup>166</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, Op. Cit., p. 212.

Estado Democrático de Direito não se pode enxergar a possibilidade de um indivíduo ser tratado como um objeto de direito e não como um sujeito de direito. Assim, tratar um criminoso como inimigo, suprimindo-lhe garantias como o contraditório, a ampla defesa entre outras, se mostra flagrantemente inconstitucional.

Delmanto Júnior, acerca da aplicação da teoria em tela no Estado de Direito, disserta:

A idéia sustentada por Jakobs, revela um retrocesso terrível, aproximando-se de um “direito penal do autor”, típico dos regimes totalitários; e o que é pior, o “Direito penal do inimigo” estaria sendo admitido em Estados tradicionalmente democráticos, como os Estados Unidos e Inglaterra, especialmente após os ataques às torres gêmeas do World Trade Center em Nova Iorque.<sup>167</sup>

Os direitos fundamentais caracterizam uma conquista da humanidade. Seria um retrocesso a limitação de direitos fundamentais simplesmente com o objetivo de punir mais facilmente aqueles que violarem as leis. Vale frisar que, a missão do direito penal não é só castigar, mas sim buscar o equilíbrio. O legítimo direito penal deve existir para tutelar e preservar os bens jurídicos mais importantes, e não para servir de instrumento de guerra. A partir do momento em que o Estado trata alguns criminosos como inimigos, passa a agir como verdadeiro tirano.

Sendo assim, disserta Sammini Neto:

Outra crítica que se deve fazer ao Direito Penal do Inimigo é pelo fato de adotar a teoria do direito penal do autor. O direito penal do autor pune o indivíduo pelo o que ele é, e não pelo o que ele fez. Cria-se, assim, um direito penal discriminatório, racista e preconceituoso, uma

---

<sup>167</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Do iluminismo ao “direito penal” do inimigo**. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 97, v. 869, mar./2008, p. 463.

vez que passa a tratar um cidadão possuidor de direitos como mero objeto e não como pessoa.

Ademais, o direito penal do autor atua de maneira tão repressiva que acaba punindo o agente pela simples cogitação do crime, ou seja, pune-se o mero pensamento. Assim, o direito penal passa a controlar, inclusive, tudo que se passa na cabeça das pessoas, o que fere vários princípios penais, como o da lesividade, da ofensividade e da materialização do fato.<sup>168</sup>

Quando falamos em Estado Democrático de Direito, pensamos nas garantias de todos os seres humanos. Todavia, ao partir do conceito de “inimigos do Estado”, são afastadas essas garantias constitucionais. Afastadas as garantias, conforme alerta Ulfrid Neumann, “para com o transgressor da norma se está autorizado a proceder segundo critérios de conveniência e oportunidade”.<sup>169</sup>

Em conclusão, podemos afirmar que o Direito Penal do Inimigo é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, mostrando-se como um retrocesso para a sociedade, uma vez que o *ius puniendi* Estatal não pode ser exercido de forma discricionária e, por consequência, arbitrária, sendo limitado por diversos princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>168</sup> NETO, Francisco Sammini. **Direito penal do inimigo e Estado Democrático de Direito**. Disponível em:

<[http://www.revistaautor.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=457&Itemid=38](http://www.revistaautor.com/index.php?option=com_content&task=view&id=457&Itemid=38)>.

Acesso em: 5 de janeiro de 2011.

<sup>169</sup> NEUMANN, Ulfrid. **Direito Penal do inimigo**. Tradução de Antônio Martins. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 15, n. 69, nov./dez. 2007, p. 173.

## **5. AS REDES TERRORISTAS.**

As redes terroristas, a nosso ver, é o principal exemplo trazido por Günther Jakobs para justificar a aplicação de sua teoria, motivo pelo qual achamos por bem tratar do referido assunto em capítulo próprio devido a sua particularidade e importância. Na atualidade, em um mundo hodierno, podemos falar de um novo modelo de conflito, agora não só abrangido na noção de guerra protagonizada entre países, mas sim em um novo ator no cenário mundial: o terrorismo. Este ator transnacional, com ímpeto cultural e pretensões universais, que se vislumbram na condição cada vez maior de força e, por corolário, abalando o poder mundial, revela a lacuna teórica de seu estudo no plano das relações internacionais. Nesse esteio, analisamos o surgimento deste novo modelo de terrorismo denominado “terrorismo global”, o qual parece representar uma ameaça, pois relativiza à soberania dos países e também coloca em xeque as relações entre as Nações no palco das Relações Internacionais.

### **5.1 OS REFLEXOS DO TERRORISMO.**

Como podemos definir o que vem a ser o denominado terrorismo pós-moderno? Alguns pesquisadores acerca da temática, ao longo dos anos, tentaram dar uma definição ao terrorismo. Entretanto, quando falamos em terrorismo hodierno como novo ator global, precisamos de um conceito mais específico. Inicialmente, o terrorismo de maneira geral, de acordo com Castells, pode ser definido como “uma

forma violenta de protesto visando desestabilizar algum regime, forma esta conhecida desde a antiguidade”.<sup>170</sup>

Neste diapasão, precisamos agora definir o denominado “terrorismo pós-moderno”, que, segundo Laqueur, significa:

O terrorismo pode ser definido como o uso da violência ou ameaça deste uso por grupos desvinculados do Estado, com os objetivos de semear o pânico em determinada sociedade, de enfraquecer ou mesmo derrubar seus poderes constituídos e de provocar mudanças políticas.<sup>171</sup>

Precisa ainda é a lição de Hector Luis Saint-Pierre, que conceitua:

Terrorismo é uma ação violenta que procura, mediante a espetaculosidade do ato, provocar na população uma reação psicológica de medo: o terror. Ele não é um fenômeno novo, é tão velho quanto a guerra acompanha a sociedade desde sempre.<sup>172</sup>

Depois de apresentado o conceito inicial de terrorismo e o conceito mais atual, vale destacar algumas questões pertinentes ao tema. A questão do terrorismo se tornou um dos principais assuntos internacionais desde setembro de 2001. Os ataques de 11 de setembro de 2001, que fizeram em ruínas as duas torres gêmeas do famoso World Trade Center em Nova Iorque e ainda partes do Pentágono situado

---

<sup>170</sup> CASTELLS, Manuel. **A conexão perversa e a Economia do Crime Global**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 203.

<sup>171</sup> LAQUEUR, Walter. **Posmodern terrorism**. Disponível em: <<http://www.foreignaffairs.org>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

<sup>172</sup> SAINT-PIERRE, Hector Luis. **A Dificuldade para se definir terrorismo**. Disponível em: <<http://www.fatoemfoco.jex.com.br/tempo+real/nao+ha+conceito+para+definir+terrorismo>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

em Arlington, no Estado da Virgínia, deixaram em alerta os cidadãos dos Estados Unidos da América.

Neste sentido, forçoso é o reconhecimento da presença do terrorismo global no âmbito das relações internacionais, com capacidade, inclusive, de iniciar uma guerra, vale dizer, a maior e mais temida manifestação de poder que um País pode realizar contra outro. No que tange a relativização da soberania, segundo Foglia, “é nítido o enfraquecimento da noção de soberania, e independência que, classicamente, se constituiu na marca dos Países na visão realista de mundo”.<sup>173</sup> Especificamente, no caso do terrorismo, é importante ressaltarmos que este “novo terrorismo”, também chamado de “terrorismo global” ou ainda “terrorismo pós-moderno”, não tem necessariamente um objetivo político claro, isto é, específico e, salvo algumas exceções, as organizações criminosas que os praticam normalmente não assumem a autoria de seus atos. Essa conclusão lógica acerca da evolução do terrorismo decorre principalmente do abismo existente atualmente entre o que era denominado de “velho terrorismo” e o que ora denominamos “terrorismo global”.

Neste sentido, precisa é a lição de Lesser acerca do assunto:

O “velho terrorismo” procurava eliminar figuras estratégicas do regime que combatia, evitando atingir inocentes. Já para o “novo terrorismo”, não há inocentes, todos devem sofrer as conseqüências dos atos do regime sob o qual vivem e eventualmente apóiam. Nem mesmo as populações que, em tese, seriam “libertadas” ou “esclarecidas” pelos terroristas são afinal inocentes que devem ser poupados, pois na lógica de sua argumentação existe a idéia de que “quem morre pela causa”, deve se sentir realizado.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> FOGLIA, Mariana. **El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S**. Debate y perspectivas. Disponível em: <<http://www.caei.com.ar>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

<sup>174</sup> LESSER, Íon. **O novo terrorismo**. Entrevista, Revista Veja em 15 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.veja.com.br>>. Acesso em: 3 de março de 2010.

## 5.2 TERRORISMO E FANATISMO RELIGIOSO.

O fanatismo religioso muitas vezes serve como “falsa justificativa” para se praticar atos de terrorismo, dizimando vidas inocentes e se cometendo os mais desprezíveis atos contra a humanidade. Podemos dizer, neste sentido, que existe um novo modelo de conflito no âmbito global, no qual a violência se faz dirigida a terceiros inocentes, que se constituiu numa espécie de dogma contemporâneo de reivindicação ou insurgência contra ordens políticas constituídas e, alcançando uma dimensão de cunho transnacional, possivelmente se constitui no maior problema da política internacional contemporânea em sua busca pela almejada e quase utópica paz universal.

Nesta esteira não se pode deixar de citar o enfoque filosófico que envolve a questão da paz universal e seus reflexos frente às teorias no âmbito das relações internacionais, inclusive no que tange às premissas, tipicamente eventuais, sobre as quais se fundamentam tal apreciação.

Precisamos definir se a condição natural do homem é viver em “estado de guerra”, ou se na verdade a paz é que precisa ser compreendida como uma espécie de “condição natural da humanidade”.

Este novo modelo de conflito violento que transcende territórios, denominado terrorismo global, afasta cada vez mais aquela idéia de “guerra entre países”.

Neste diapasão, o terrorismo praticado com cunho de fanatismo religioso é, indubitavelmente, uma importante questão que, como tal, precisa ser objeto de análise teórica no plano do Direito Internacional.

Neste sentido, disserta Safarti:

A natureza anárquica do sistema internacional parece constituir-se no palco apropriado a sua proliferação. Ator transnacional de pretensão universalista, o terrorismo global de cunho religioso, que para alguns se constitui numa espécie de religião política, ao que parece, em primeiro exame, reclamou para si, no mundo pós-guerra fria, o papel de força insurgente contra o desequilíbrio de poder global corporificado pela consolidação de um mundo unipolar.<sup>175</sup>

Esta peculiar “espécie de terrorismo com lastro religioso”, que se utiliza de argumentos falaciosos, de cunho transnacional, colocou este tema em clara evidência no arcabouço do plano internacional, principalmente considerando a manifestação dos Estados Unidos da América após o ato terrorista em 11 de setembro de 2001, sobretudo quando efetivamente este país foi atingido por este terror dito global, entendidas, naquele primeiro momento e de maneira precipitada, como ato de guerra.

A ótica a ser observada, assim, para o estudioso que busque relacionar o fenômeno sob a ótica das Relações Internacionais, reside em analisar até que ponto se retirou dos países, pelo surgimento deste novo personagem do cenário internacional, a condição de centro decisório das políticas internacionais, relativizando, assim, a dogmática do Princípio da Soberania Nacional.

### **5.3 OS ATAQUES TERRORISTAS DE 11 DE SETEMBRO DE 2001 E A GLOBALIZAÇÃO.**

Parte da doutrina indica a globalização como um dos principais motivos que levou ao trágico 11 de setembro em 2001. Nesta linha de raciocínio, segundo

---

<sup>175</sup> SAFARTI, Gilberto. **Teoria de Relações Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 325.

Keneddy, “os Estados Unidos foram escolhidos como alvo dos ataques, uma vez que o foco principal do atentado terrorista era atacar o sistema global, vale dizer, a globalização”.<sup>176</sup>

No que concerne aos grupos religiosos radicais que praticam atos de terrorismo, assevera Samuel Huntington:

A política mundial está sendo reconfigurada seguindo linhas culturais e civilizacionais. Nesse mundo, os conflitos mais abrangentes, importantes e perigosos não se darão entre classes sociais, ricos e pobres, ou entre outros grupos definidos em termos econômicos, mas sim entre povos pertencentes a diferentes entidades culturais.<sup>177</sup>

Temos que compreender aqui que os grupos religiosos fanáticos que cometem atos de terrorismo não são apenas grupos islâmicos. A questão central que devemos refletir se deve principalmente a facilidade que qualquer grupo fanático independente da religião pregada como ideologia, possui para cometer atos terroristas. Facilidade esta que foi majorada ainda mais pelas conseqüências da globalização, gerando novos problemas no cenário Internacional como é o caso dos “atos de terror”.

Os primeiros indícios que nos remetem ao ataque ocorrido em 11 de setembro apontavam para terroristas vistos como “fundamentalistas islâmicos”, que, na lição de Sutti:

Os Norte-Americanos tornaram-se símbolo do ódio daqueles que consideram a civilização ocidental a responsável por todo o mal e desvirtuamento da ética e do comportamento. Além da política norte-americana a favor de Israel, sua política intervencionista

---

<sup>176</sup> KENNEDY, Paul. **A Era do Terror**. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 12.

<sup>177</sup> HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque das Civilizações**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997, p. 21.

internacional, seu poderio econômico que o torna um país hegemônico, suas posições e ações caracterizadas imperialistas, ajudaram a promover o sentimento de ódio contra os norte americanos.<sup>178</sup>

#### **5.4 A ALTA TECNOLOGIA E AS REDES TERRORISTAS.**

O sociólogo Émile Durkheim afirmava que podemos diminuir o número de crimes, mas que não existe sociedade sem crimes.<sup>179</sup> Tal conclusão, a nosso ver, também se aplica aos atentados terroristas.

Sendo assim, o tratamento da questão terrorista pode ser comparável àquele dispensado ao crime, vale dizer, pode-se reduzir o índice de furtos, roubos e homicídios, mas não acabar de vez com os mesmos. Podem ser minimizados os efeitos gerados por estas ações, mas não se pode afirmar um combate definitivo, pois seria utopia. O combate necessário a essas redes será feito não simplesmente pela captura de um líder fanático religioso como, por exemplo, Osama Bin Laden, ou pelo ataque militar a países como o Afeganistão, mas por outros métodos, tais como o rastreamento financeiro, o combate aos denominados paraísos de lavagem de dinheiro, os diversos compromissos de Tratados Internacionais para coordenação de ações, o reforço das políticas públicas voltadas à segurança pública, entre outros.

Nos dias atuais, a globalização, somada à interdependência, culmina na problemática de que a guerra contra o terrorismo não se trava contra uma pessoa física determinada, uma religião ou até mesmo contra um país. Temos, na verdade, uma luta contra uma rede global de organizações terroristas que, a nosso ver, podem ser identificadas como organizações criminosas quando possuem

---

<sup>178</sup> SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. **As Diversas Faces do Terrorismo**. São Paulo: Habra, 2003, p. 106.

<sup>179</sup> DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 83.

habitualidade de praticar atos de terror. A rede terrorista “*Al Qaeda*”, que significa “*A Base*”, é, ainda hoje, um exemplo claro após quase dez anos dos atentados contra as torres gêmeas de um modelo de organização que não possui necessariamente uma estrutura hierarquizada de maneira vertical. A citada organização é formada por “células”, representadas por seus integrantes, que são incumbidos da responsabilidade de elaborar e executar os atos de terrorismo. Nesta afirmação parece residir o grande problema da questão: a complexidade de identificar membros pelo fato de que em boa parte dos atos de terror ocorre uma ação por parte de um integrante que, sequer chega ao conhecimento dos demais membros da organização.<sup>180</sup>

Portanto, verificamos que o terrorismo global, como novo assunto da ordem mundial, é caracterizado por ser algo de difícil controle por parte dos países, principalmente pelo fato de ser quase impossível sancionar um “inimigo” tão moderno e globalizado, seja o terrorismo com, ou, ainda, sem lastro de fanatismo religioso. O que corrobora nossa afirmação é o fato de hoje termos alta tecnologia, que trouxe indubitavelmente benefícios reais, todavia ampliou-se o alcance dos atos de terrorismo facilitando a movimentação e a troca de informações entre praticantes dos atos de terror.

## **5.5 AÇÕES EFICAZES CONTRA AS REDES TERRORISTAS.**

Para alguns autores, o combate ao terrorismo, para produzir resultados eficazes, deve ser realizado através de ações militares. Esses autores pugnam pela

---

<sup>180</sup> SILVA, Fernando José Ferreira da. **As Redes Terroristas Sob o Enfoque Pós-Moderno.** Disponível em: <[http://www.diritto.it/system/docs/29542/original/As\\_Redets\\_Terroristas\\_Sob\\_o\\_Enfoque\\_Pós-Moderno\\_-\\_Diritto.pdf](http://www.diritto.it/system/docs/29542/original/As_Redets_Terroristas_Sob_o_Enfoque_Pós-Moderno_-_Diritto.pdf)>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

ideia da necessidade da existência do que eles convencionaram denominar de “ação militar constante”, e essa ação seria uma espécie de *ultima ratio* no combate efetivo ao terrorismo. Nessa esteira, temos o pensamento de Caleb Carr, que sintetiza:

A resposta bem-sucedida à ameaça terrorista, portanto, não está em repetidas análises dos movimentos terroristas contemporâneos tomados individualmente, nem em tentativas legalistas de condenar seu comportamento em tribunais internacionais, nem em políticas e medidas reacionárias que punem as populações civis tanto quanto os terroristas que operam em seu meio. Em vez disso, está na formulação de uma estratégia abrangente e progressiva que possa tratar todas as ameaças terroristas como as únicas medidas coercitivas capazes de afetar ou moderar o comportamento terrorista: ofensivas militares preventivas destinadas a fazer com que não só terroristas, mas também Estados que abrigam, provêem e de alguma forma ajudam esses indivíduos, experimentem a mesma insegurança constante e que tentam impor a suas vítimas.<sup>181</sup>

Esse pensamento, todavia, nos parece radical demais, haja vista que o combate ao terrorismo deve ser efetivo, mas não pode ser feito em detrimento dos direitos humanos. Temos aqui uma importante problemática: a contrariedade deste pensamento que se conflita com os princípios dos Direitos Humanos e do Direito Internacional.

Neste sentido, a visão que é mais aceita na atualidade acerca das formas de combate ao terrorismo global e que nos parece mais acertada pela coerência e seriedade que possui, é a visão da Organização das Nações Unidas. No debate ocorrido no ano de 2002, mais precisamente em 30 de agosto, se discutiu acerca das formas de se reforçar o combate ao terrorismo que transcende fronteiras. Em

---

<sup>181</sup> CARR, Caleb. **A assustadora história do terrorismo**. Tradução de Mauro Silva. São Paulo: Ediouro, 2002, p. 25.

citada oportunidade foi exposto que os “atos de terror” só podem ser diminuídos com a participação de todos os membros da comunidade internacional, culminando em um esforço global. Deve-se evitar, ainda, associar a questão terrorista com religião, nacionalidade e etnia, para não alimentarmos mais conflitos.<sup>182</sup>

## 5.6 INSTRUMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL CONTRA O TERRORISMO.

Há Tratados e Convenções que visam especificamente combater a atuação das redes terroristas. Historicamente, no ano de 1937, a extinta “Sociedade das Nações”, adotou uma Convenção sobre o Terrorismo. Importante citarmos que o protocolo dessa Convenção continha o Estatuto de um Tribunal Penal Internacional. No entanto, à época, a Índia foi o único país que ratificou tal documento e, por esse motivo, nunca chegou a efetivamente entrar em vigência. Com esse aspecto histórico, notamos que a preocupação de combate ao Terrorismo foi iniciada antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, que, por sua natureza jurídica de recomendação e não de tratado ou convenção, não detinha força de lei e, por consequência, não gerava obrigação entre os países signatários.<sup>183</sup>

Já em termos atuais, podemos citar primeiramente a Convenção Internacional Sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas datada de 1997, que chancelou a dignidade da pessoa humana como algo imprescindível para a evolução

---

<sup>182</sup> **United Nations Office on Drugs and Crime.** Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/index.html>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2010.

<sup>183</sup> SILVA, Fernando José Ferreira da. **As Redes Terroristas Sob o Enfoque Pós-Moderno.** Disponível em: <[http://www.diritto.it/system/docs/29542/original/As\\_Redets\\_Terroristas\\_Sob\\_o\\_Enfoque\\_Pós-Moderno\\_-\\_Diritto.pdf](http://www.diritto.it/system/docs/29542/original/As_Redets_Terroristas_Sob_o_Enfoque_Pós-Moderno_-_Diritto.pdf)>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

da humanidade. A citada Convenção além de garantir o direito de plenitude de defesa aos acusados de “atos de terror”, também procurou trazer em seu bojo formas de combate ao terrorismo especificamente no que concerne ao *modus operandi* dos atos terroristas com bombas.<sup>184</sup>

Nos artigos 7º, 8º, 13º e 14º, A Convenção em tela estabelece os seguintes direitos para qualquer pessoa apresentada como suspeito pelos delitos de atentado (definidos em seu artigo 2º): comunicação com o Estado de sua nacionalidade (ou com território em que resida); visita de representante desse Estado, informação sobre os seus direitos; instauração de processo destinado a apurar a sua responsabilidade em período razoável; manifestação de seu consentimento sobre transferência para outro Estado (a fim de participar de ato judicial); e, ainda, tratamento justo, incluindo-se o usufruto de todos os direitos e garantias de conformidade com a lei do Estado em cujo território estiver, bem como os direitos aplicáveis ao direito internacional, dentre os quais se refere expressamente o direito internacional em matéria de direitos humanos.<sup>185</sup>

Vale citar, aqui, um importante instrumento Internacional de combate aos “atos de terror”, cuida-se da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados e promulgada pelo Brasil em 26 de Dezembro de 2005, através do Decreto 5.639.<sup>186</sup>

Esta Convenção surge com o objetivo de prevenir, punir e eliminar o terrorismo. Para esses fins, os países assumem o compromisso de adotar as medidas necessárias visando o eficaz combate ao terrorismo.

Este importante instrumento de combate foi aberto à assinatura de todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Neste sentido, a

---

<sup>184</sup> Idem.

<sup>185</sup> Idem.

<sup>186</sup> Idem.

Convenção ficou sujeita a ratificação por parte dos Estados signatários, de acordo com seus respectivos procedimentos constitucionais. Vale dizer que os instrumentos de ratificação foram depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Ainda, precisamos destacar a recente Convenção Contra o Terrorismo Nuclear. A Convenção Internacional contra os atos terroristas praticados através de armamentos nucleares foi assinada pelo Brasil na cidade de Nova Iorque em 14 de Dezembro de 2005. O ponto central é assegurar a punição do agente que fizer uso ilegal de materiais radioativos e se valer de instalações nucleares para práticas terroristas.

O Instrumento foi elaborado e adotado pela Organização das Nações Unidas anos depois de a Rússia gerar preocupação internacional, devido ao desaparecimento de armas nucleares em seu território, e, com isso, se tornou a 13ª Convenção contra o terrorismo adotada pela Organização das Nações Unidas, mas a primeira desde os atentados de 11 de setembro de 2001. O texto reconhece o direito de todos os Estados de desenvolver energia nuclear, mas somente para fins pacíficos.<sup>187</sup>

A Convenção determina a adoção das medidas necessárias para garantir que os atos criminosos previstos no documento não sejam justificáveis por considerações, sejam elas políticas, filosóficas, ideológicas, raciais, ou até mesmo de cunho religioso.<sup>188</sup>

De maneira inegável, podemos afirmar que o terrorismo internacional praticado através das redes terroristas ganha cada vez mais relevância no campo do Direito Internacional. Independentemente da postura que se adote um fundamento

---

<sup>187</sup> Idem.

<sup>188</sup> Idem.

que não pode ser deixado de lado, isto é, refutado, é que o combate aos atos de terrorismo deve ser realizado sob a égide das regras democráticas de cunho internacional, levando-se em conta, precipuamente, o respeito aos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. Devemos pensar no combate ao terrorismo sempre se pautando nos Princípios do Direito Internacional, sob pena de tornar-se inviável este árduo e legítimo combate ao terrorismo.

Considerando, assim, a complexidade do assunto e a dificuldade no combate ao terrorismo, nosso intuito não foi esgotar o tema, motivo pelo qual nos limitamos a demonstrar as posições existentes entre os autores e a dificuldade do combate aos “atos de terror”, atos que são exemplos, por excelência, trazidos à baila por Jakobs como atos praticados por inimigos do Estado.

A reação ao terrorismo, não deve, portanto, ser meramente “simbólica”, deve-se buscar seguir os fundamentos das Organizações das Nações Unidas no que tange ao seu combate e, neste sentido, o terrorismo dito como “global”, parece permanecer como foco dos estudos nas relações internacionais.

## **5.7 A POSIÇÃO DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.**

Não podemos encerrar o capítulo acerca das Redes Terroristas, sem explanar, ainda que de maneira sintética, o pensamento de Zaffaroni acerca do assunto. Nesse sentido, indagamos: O que efetivamente podemos fazer com os terroristas? Zaffaroni, assim, assevera:

Poderíamos responder a indagação com a chamada “lógica do quitandeiro”, que não apenas é extremamente respeitável como também impecável, e com a qual nós, penalistas, temos muito o que

aprender. Se uma pessoa vai a uma quitanda e pede um antibiótico, o quitandeiro lhe dirá para ir à farmácia, porque ele só vende verduras. Nós, penalistas, devemos dar este tipo de resposta saudável sempre que nos perguntam o que fazer com um conflito que ninguém sabe como resolver e ao qual, como falsa solução, é atribuída natureza penal.<sup>189</sup>

Complementa o referido autor:

Geralmente julgamo-nos obrigados a opinar sobre como resolvê-lo, quando, na realidade, não o sabemos. O correto seria que procedêssemos como o sábio quitandeiro: nós só sabemos decidir quando se habilita, ou não, o poder punitivo, e também sabemos que, no caso, isso não serve ou não é suficiente para resolver o conflito.<sup>190</sup>

Ao menos a priori, indubitável é a conclusão de que o direito penal não pode propiciar um combate efetivo ao terrorismo, ao menos quando falamos de um Direito Penal Clássico. Se o terrorismo é cometido, seus responsáveis devem ser individualizados, processados, julgados, condenados e levados ao cumprimento da reprimenda penal. Essa é a interpretação do pensamento de Zaffaroni, que extraímos da seguinte afirmação do citado autor:

Se os delitos tiverem a gravidade e as características dos crimes de lesa-humanidade, deverão receber o tratamento reservado para esses delitos; se não tiveram, deverão ser apenados conforme os tipos penais previstos para o caso concreto. A melhor garantia de eficácia do direito penal é o respeito aos direitos fundamentais. Sua violação obscurece qualquer intervenção penal, desacredita-a, uma vez que cria dúvidas sobre sua correção, com o agravante de que

---

<sup>189</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Op. Cit., p. 184.

<sup>190</sup> Idem.

essas dúvidas podem facilmente descambar em impunidade, pela via de inconstitucionalidades, nulidades, revisões extraordinárias, etc.<sup>191</sup>

Oportuno aqui, citarmos voto proferido por Lorde Hoffman no Supremo Tribunal Britânico, por ocasião da discussão da constitucionalidade de uma legislação de 2001 que admitia a detenção indefinida, sem contraditório e ampla defesa, de estrangeiros suspeitos de manter laços com redes terroristas. Nesse esteio:

Naturalmente, o governo tem o dever de proteger a vida e os bens de seus cidadãos. Porém, ele está incumbido disso em todos os momentos e está obrigado a cumpri-lo sem destruir nossas liberdades constitucionais. A real ameaça para a vida da Nação, no sentido de um povo que vive conforme suas leis e valores tradicionais, não provêm do terrorismo, mas sim de leis como estas. Esta é a verdadeira medida que o terrorismo pode levar a cabo. O Parlamento deve decidir se confere ao terrorismo semelhante vitória.<sup>192</sup>

Concluimos que, para Zaffaroni, devemos tomar certo cuidado com discursos que nos induzem a erro, pois sustentam que a solução única para o combate ao terrorismo é o endurecimento do Direito Penal. Há, a nosso ver, outros aspectos em jogo, como os aspectos religiosos, e, nesse ponto compartilhamos da ideia de Zaffaroni, todavia, não se pode olvidar que o direito penal bem ou mal é o instrumento através do qual se busca proteger a sociedade, seja para delitos que atinjam bens individuais, seja para delitos que atinjam bens da coletividade.

---

<sup>191</sup> Idem.

<sup>192</sup> **Opinions of the Lords of Appeal on Thursday 16 December 2004, parágrafos 95 e 97, em “The United Kingdom Parliament”, Publications on the Internet.** Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&others.pdf>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

Devemos sempre considerar o fato de que não é para todo e qualquer crime que Jakobs, com seu funcionalismo sistêmico ou radical, a nosso ver, prega a utilização do Direito Penal do Inimigo, e sim apenas para aqueles crimes onde há evidente afronta a direitos metaindividuais ou transindividuais (bens jurídico-penais coletivos), vale dizer, como exemplo, delitos como o terrorismo, a lavagem de dinheiro, crimes contra o sistema financeiro, tráfico internacional de drogas, crimes contra o meio ambiente, dentre outros que coloquem a coletividade como sujeito passivo ou até mesmo o Estado.

## CONCLUSÕES.

Para finalizarmos o presente estudo, apontamos algumas considerações para fins de reflexão acerca do polêmico tema, que procuramos extrair diante de toda exposição sobre a teoria de Günther Jakobs:

- a) Os paradigmas atuais do Direito Penal representam uma espécie de “retrato da sociedade”. Fala-se em crise no mercado de trabalho, crise nas relações entre as pessoas, intensificadas pelo individualismo contemporâneo, todavia, a nosso ver, toda e qualquer crise começa na “crise do ser humano”, ou seja, a crise do homem em sentido amplo, gerando teorias como o Direito Penal do Inimigo;
- b) A sociedade hodierna é influenciada cada vez mais pela globalização, que trouxe alguns aspectos negativos, trazendo à baila a necessidade do Direito Penal proteger os interesses ou Direitos coletivos;
- c) Teorias como a de Jakobs possuem, como vimos, argumentos “sedutores”, baseados em posições filosóficas com grande lastro, e ganham força impulsionada pelo crescente desprestígio do Poder Público;
- d) A nosso ver, o denominado “Direito Penal Clássico”, não consegue mais ter aplicação exclusiva, em decorrência dos chamados bens jurídicos de terceira geração (transindividuais ou metaindividuais), em razão das novas formas de criminalidade provenientes dos

constantes avanços tecnológicos, que trouxeram, conforme vimos, aspectos positivos, mas também negativos em termos de criminalidade;

- e) Destacamos que o Direito Penal do Inimigo é visto como a terceira velocidade do Direito Penal ou do Processo Penal, haja vista que prega a flexibilização dos direitos e garantias individuais, gerando, assim, uma maior celeridade para criminosos considerados “inimigos”, de acordo com os critérios de Jakobs;
- f) A análise inicial da teoria de Günther Jakobs foi feita exclusivamente de maneira crítica; a posteriori, a teoria foi discutida por diversos países, principalmente após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001;

Além das conclusões expostas até aqui, em termos de Direito Penal em nosso país, constatamos o fato pelo qual, independente da postura que se adote, temos que “delimitar” em qual campo realmente poderia ou não atuar o modelo do “Direito Penal do inimigo”.<sup>193</sup>

Em que pese haja muitas divergências de opiniões pela polêmica do assunto, é mister afirmarmos que as bases do Direito Penal do Inimigo, a nosso ver, estão longe de se amoldarem aos parâmetros mínimos de direitos humanos. Essa forçosa conclusão se deve ao caráter descartável dado por Günther Jakobs à humanidade ou à condição humana. Neste sentido, surge o principal problema de sua teoria: há muito tempo os direitos e garantias individuais são vistos como fatores que todos os

---

<sup>193</sup> Nesse sentido, anotamos que até os dias atuais não há precisamente a definição de organização criminosa em nosso ordenamento jurídico, conforme vimos no presente estudo, sendo sugerida o conceito atribuído na Convenção de Palermo. Ademais, não se definiu de maneira clara, na legislação penal, qual é o conceito de terrorismo, havendo apenas referência na Lei de Segurança Nacional, mas não há um conceito delimitado (Lei de Segurança Nacional – Lei 7.170 de 1983).

indivíduos possuem, não sendo, assim, um conceito vago ou simples, como o autor alemão alega.

Verificamos que, quando confrontamos o Direito Penal do Inimigo com os direitos fundamentais, constatamos que a teoria de Günther Jakobs parece não encontrar respaldo para se legitimar enquanto proposta hodierna de combate à criminalidade, nem mesmo quando refletimos nas questões que foram apresentadas no presente estudo, como, por exemplo, a “expansão do direito penal” e a “sociedade de riscos”.

O Estado de Direito, analisado à luz da teoria de Jakobs, sofre uma espécie de anulação, principalmente, a nosso ver, pela possibilidade existente de se valer de argumentos duvidosos para suspender direitos individuais ou até mesmo “apontar” como inimigo quem não se adequar às regras daquela determinada sociedade.

Parece-nos que, apesar de toda polêmica, a teoria do Professor de Bonn encontra mais críticos do que adeptos, todavia, é importante destacarmos que o combate à criminalidade deve ser feito de maneira diuturna, sob pena de vermos sucumbir o próprio Direito Penal quando comparamos nossa legislação atual com o incremento da criminalidade impulsionado pela globalização.

Neste sentido, o legislador tem que fazer sua parte, deve criar tipos penais capazes de combater o que denominamos de “modernos delitos”, até porque, dessa forma, o campo de atuação da teoria de Jakobs poderia ser melhor delimitado, diminuindo a grande polêmica acerca do assunto, bem como fazendo com que o crédito depositado por parte dos cidadãos no Poder Legislativo seja restabelecido.

Por derradeiro, afirmar que a sociedade, na qual todos nós fazemos parte, é composta por cidadãos e por inimigos, para os quais estes últimos devem receber tratamento com flexibilização de direitos e garantias, como se houvesse um estado

de guerra, é querer voltar ao passado cuja história a humanidade quer, a nosso ver, esquecer, é, ainda, ir na “contra mão da história”. Através do argumento voltado ao delinquente habitual, ou criminosos pertencentes às facções organizadas, como acontece com os terroristas e traficantes de drogas, taxando-os de irrecuperáveis, propondo-se, para eles, medidas de privação da liberdade com tempo indeterminado, enfim, tratar o ser humano como um estranho à comunidade lembrando o regime nacional-socialista, é o máximo da falta de lucidez a que pode chegar o ser humano.

Não se pode desistir do ser humano, sob o falso argumento de ser ele uma espécie de “caso perdido”, de possuir um estigma de caráter, que o impede de agir conforme os demais cidadãos. Tanto o projeto criado durante o inditoso regime do nacional-socialismo, como o que atualmente se discute como uma das frentes mais severas do funcionalismo sistêmico ou radical capitaneado por Günther Jakobs, ou seja, o Direito Penal do Inimigo, devem ser rechaçados por nós.

Conforme já deixamos claro no decorrer da dissertação, quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podemos afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações... E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, o conceito não é preciso. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. Assim, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por Jakobs, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, com o fito de tratá-lo sem quaisquer das garantias conquistadas ao longo do tempo.

Em suma, apesar de toda polêmica acerca do tema, não podemos afastar as nossas conquistas que foram conseguidas com muito sacrifício ao longo dos anos, sob o demagogo argumento do cidadão contra o inimigo, levando-se em consideração que, não sendo possível conhecer o dia de amanhã, quem sabe algum déspota chegue ao poder e diga que inimigo também é aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo e, nesse caso, lá estarei eu sendo preso, privado de qualquer direito ou garantia, em troca de um argumento que cai por terra quando vai ao encontro do consagrado princípio da dignidade da pessoa humana, inerente a todos nós.

Ademais, o Direito Penal do Inimigo tal como foi formulado por Jakobs é incompatível com nosso Estado Democrático de Direito. Parece-nos que, não só é perigosa, como também errônea a ideia de que os direitos fundamentais e certas garantias próprias de tal sistema são apenas para alguns seres humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

APONTE, Alejandro. **Derecho Penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12-17.

BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECHMANN, Gotthard; STEHR., Nico. **Retrato Intelectual de Niklas Luhmann.** São Paulo: Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo/USP, Novembro de 2001, p. 185-200.

BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo.** Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998.

\_\_\_\_\_. **O que é globalização?** Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Direito Penal da Sociedade.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. **Discurso de Abertura do I Congresso Mundial do Ministério Público (2000).** Disponível em: <<http://www.emougenotbonfim/portuguese/index.htm>>. Acesso em: 4 de setembro de 2010.

CABRAL, Alex Ian Psarski. **A proteção internacional ao direito à liberdade de consciência. O sistema da ONU e o sistema europeu de proteção aos direitos do homem.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2212, 22 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13204>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A função política do STF.** Folha de São Paulo, 22 de novembro de 1999, p. 3.

\_\_\_\_\_. **O Direito na Sociedade Complexa.** Apresentação e ensaio de Raffaele de Giorgi. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARR, Caleb. **A assustadora história do terrorismo.** Tradução de Mauro da Silva. São Paulo: Ediouro, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A conexão perversa e a Economia do Crime Global.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CARVALHO, Salo de. **A Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente.** In: Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo. Org: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CERVINI, Raúl. **Criminalid Organizada y Lavado de Dinero.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação nº. 03 de 3 de maio de 2006**. Recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas e dá outras providências. Brasília, 28 nov. 2006. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2010.

CORREA, Leonildo. **A Banalidade do Mal e o Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/texto30.htm>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2010.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Do iluminismo ao “direito penal” do inimigo**. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 97, v. 869, mar./2008, p. 463.

DEL OLMO, Rosa. **Las Drogas Y Sus Discursos**. In: PIERANGELI, José Enrique (Coord.). **Coleção Jus aeternun**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIP, Ricardo; MORAES JR., Volney Corrêa Leite de. **Crime e Castigo: Reflexões Politicamente Incorretas**. Campinas: Millennium, 2002.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

FOGLIA, Mariana. **El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S.** Debate y perspectivas. Disponível em: <<http://www.caei.com.ar>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

GUERRERO, Maria. **Introducción a la criminalidad econômica.** Caracas: Editora da Universidade Católica Andrés Bello, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal na Era da Globalização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRACIA MARTIN, Luis. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 56, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83-84 e 88-89.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo.** Disponível em: <<http://www.nadiatimm.jor.br/009/Materias/EspacoLivre/direitopenal.htm>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2010.

HASSEMER, Winfried. **El Destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz. Estudios Penales y Criminológicos N° XV.** Santiago de Compostela: 1992. n° 71, p.183-198.

HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. **Comentários ao Código Penal.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque das Civilizações**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

INGENIEROS, José. **O Homem Medíocre**. Campinas: Edicamp, 2002.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal del enemigo**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del inimigo**. Madri: Cuadernos Civitas, 2003.

\_\_\_\_\_. **La Ciência Del Derecho Penal Ante las Exigencias del Presente**. Tradução de Teresa Manso Porto. Universidade Externado de Colombia – Bogotá, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.

\_\_\_\_\_. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Tradução de Marco Antônio R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Direito Penal Soviético**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1947.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I, 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956.

KANT, Emanuel. **Sobre La Paz Perpetua**. Tradução de Joaquín Abellán e apresentação de Antonio Truyol y Serra. 5ª ed. Madri: Tecnos, 1996.

KENNEDY, Paul. **A Era do Terror**. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Império e Terror**. São Paulo: IBASA - Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda, 2003.

LAQUEUR, Walter. **Posmodern terrorism**. Disponível em: <<http://www.foreignaffairs.org>>. Acesso em: 3 de março de 2010.

LESSER, Íon. **O novo terrorismo**. Entrevista, Revista Veja em 15 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.veja.com.br>>. Acesso em: 3 de março de 2010.

LISZT, Franz Von. **A ideia do fim no Direito Penal**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Campinas: Editora Russell, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y Modernidad: de la Unidad e la Diferencia**. Edição e tradução de Jostein Berian e José Maria García Blanco, Madri: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **O Conceito de Sociedade - A Nova Teoria dos Sistemas**. Org. Clarissa Neves e Eva Samios. Tradução de Eva Samios. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, Goethe- Institut/ICBA, 1997, p. 80.

LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Um Direto Penal do Inimigo: o direto penal soviético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LUIZI, Mariana. **Os Discursos do Terrorismo Estatal e a Ineficácia dos meios de Controle da Criminalidade**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUC-RS, 2008.

LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à Obra de Günther Jakobs**. Tradução de André Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-14.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. São Paulo: José Konfino, 1977.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **A Lei do Abate é uma forma de pena de morte?** Folha de São Paulo, 27 de julho de 2004, "Tendências/Debates".

MALAN, Diogo Rudge. **Processo Penal do Inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, IBCCRIM, nº 59, Mar/Abr. 2006, p. 228.

MARINA, José Antonio. **Crônicas de la Ultramodernid**. Madri: Anagrama, 2000.

MARTINEZ, Vinício C.. **Estado de não - Direito: a negação do Estado de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1075, 11 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8501>>. Acesso em: 28 out. 2010.

MARTINS, José Renato. **Tutela Penal em Decorrência das Atividades Nucleares.**

Curitiba: Juruá, 2010.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal - Parte Geral.** 2ª ed. Rio de Janeiro:

Método, 2009.

MORAES, Alexandre da Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo – A Terceira**

**Velocidade do Direito Penal.** Curitiba: Juruá, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **As Reformas da parte especial do Direito Penal Espanhol em 2003: Da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”.**

Tradução de Themis Maria Pacheco e Carvalho. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em:

<[http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/AS\\_REFORMAS\\_PARTE\\_ESPECIAL\\_DIREITO\\_PENAL\\_ESPANHOL.doc](http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/AS_REFORMAS_PARTE_ESPECIAL_DIREITO_PENAL_ESPANHOL.doc)>. Acesso em: 13 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo – Estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo.** Tradução de Paulo César Busato. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NETO, Francisco Sammini. **Direito penal do inimigo e Estado Democrático de Direito.** Disponível em:

<[http://www.revistaautor.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=457&Itemid=38](http://www.revistaautor.com/index.php?option=com_content&task=view&id=457&Itemid=38)>. Acesso em: 5 de janeiro de 2011.

NEUMANN, Ulfrid. **Direito Penal do inimigo.** Tradução de Antônio Martins. Revista

Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 15, n. 69, nov./dez. 2007, p. 173.

**Opinions of the Lords of Appeal on Thursday 16 December 2004, parágrafos 95 e 97, em “The United Kingdom Parliament”, Publications on the Internet.**

Disponível em:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&others.pd>

Acesso em 22 de dezembro de 2010.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **El Derecho penal y procesual del enemigo: Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos.** Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset e Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, tomo I.

PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, IBCCRIM, nº 47, Papel. Mar/Abr. 2004.

PUFENDORF, Samuel. **Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural.** Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

RAÚL GUILLAMONDEGUI, Luis. **Los Discursos de Emergência y la tendencia hacia um Derecho Penal del Enemigo.** Disponível em: [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar). Acesso em: 25 de outubro de 2010.

REALE. Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIQUER, Fábian Luis; PALÁCIOS, Leonardo P. **El Derecho Penal del enemigo o las excepciones permanentes em la ley.** Disponível em: <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf>>. Acesso em: 4 de outubro de 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** Sao Paulo: Martin Claret, 2000.

SAFARTI, Gilberto. **Teoria de Relações Internacionais.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SAINT-PIERRE, Hector Luis. **A Dificuldade para se definir terrorismo.** Disponível em <<http://www.fatoemfoco.jex.com.br/tempo+real/nao+ha+conceito+para+definir+terrorismo>>. Acesso em 21 de março de 2010.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal.** Leme/SP: Editora de Direito, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Lá Relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática Jurídico-penal.** In: Modernas tendencias em la Ciencia del Derecho Penal y em la Criminologia. Madri: Uned, 2001.

SHAKESPEARE, William. **Henrique VI – 2ª parte, Ato III, Cena II.** Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/MjYzODcx/>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

SILVA, Fernando José Ferreira da. **As Redes Terroristas Sob o Enfoque Pós-Moderno.** Disponível em:

<[http://www.diritto.it/system/docs/29542/original/As\\_Redetes\\_Terroristas\\_Sob\\_o\\_Enfoque\\_Pós-Moderno\\_-\\_Diritto.pdf](http://www.diritto.it/system/docs/29542/original/As_Redetes_Terroristas_Sob_o_Enfoque_Pós-Moderno_-_Diritto.pdf)>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUTTI, Paulo; RICARDO, Silvia. **As Diversas Faces do Terrorismo**. São Paulo: Habra, 2003.

**United Nations Office on Drugs and Crime**. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/index.html>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2010.

VIZZOTO, Vinícius Diniz. **A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro**. Breve Análise e dispositivos polêmicos do Patriot Act. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6037>>. Acesso em: 4 de outubro de 2010.

WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía Del Derecho: Derecho natural y Justicia material**. Madri: Aguilar, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Inimigo no Direito Penal – Coleção Pensamento Criminológico n.º 14**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal.**

Belo Horizonte: Del Rey, 2000.