

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

MARIA FERNANDA SOARES MACEDO

DIREITO PENAL DO INIMIGO E CIDADANIA: POLOS OPOSTOS

São Paulo

2012

MARIA FERNANDA SOARES MACEDO

DIREITO PENAL DO INIMIGO E CIDADANIA: POLOS OPOSTOS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Francisco

São Paulo

2012

M141d Macedo, Maria Fernanda Soares

Direito penal do inimigo e cidadania: polos opostos. / Maria Fernanda Soares Macedo.
São Paulo, 2012.

142 f. ; 30 cm

Referências: p. 132-142

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)- Universidade Presbiteriana
Mackenzie, São Paulo, 2012.

1. Direito Penal. 2. Direito Penal do Inimigo. 3. Cidadania. 4. Proteção da Dignidade da
Pessoa Humana. 5. Inimigos do Estado. I. Título.

CDD 341.5

MARIA FERNANDA SOARES MACEDO

DIREITO PENAL DO INIMIGO E CIDADANIA: POLOS OPOSTOS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Francisco

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Carlos Francisco – Orientador

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio – Examinador Interno

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Walter Claudius Rothenburg – Examinador Externo

Instituição Toledo de Ensino

Aos meus amados pais, Luiz e Elisa, verdadeiros exemplos de força e determinação. Muito obrigada pelo carinho e apoio de sempre.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre iluminar meu caminho, me proporcionando a oportunidade de aprender todos os dias. Este aprendizado me mostra que o Direito deve estar sempre em harmonia com a Justiça, para que alcancemos o nosso objetivo: uma sociedade mais digna e justa para todos. Aos meus amados pais, Luiz Carlos Soares Macedo e Elisa Maria Fernandes Camacho Soares Macedo por todos os anos de dedicação e compreensão, por serem os grandes exemplos a serem seguidos por mim. Sem vocês, este sonho não seria possível. Agradeço a toda a minha família, pelo incentivo: avó Benedicta Correa Macedo, tios Marlene e Toninho, queridas Vera e Viviane Furis, tios João e Nancy e queridos Marcelo, Camila, Mariana, Walter e Ana Beatriz Camacho, tios Francis e Gracia, queridos Rodrigo, Sara, Giovaninha, Renata, Pedro e Alice Camacho, tios Franco, Luciana, queridos Frank, Willian, e Fabíola Guglielme. Registro meus agradecimentos também à Daniela, Jarbas, Guilherme, Matheus e Fátima, Júlio, Aline e Leonardo Caruso pelo carinho, incentivo e apoio incondicional. *In memoriam*, aos queridos avós Pedro Soares de Macedo Sobrinho, Francisco e Maria Pesce Camacho, e tios Dilza e Júlio Caruso. Agradeço à Dona Geny, Marisa, Marquito, Carlos, Guiga, Otávio, Yara e Maristela Mendes de Oliveira. Deixo registrada toda a minha admiração à Professora Doutora Yara Maria Botti Mendes de Oliveira, não só por todos os anos de amizade sempre tão especiais, como também por ser um exemplo de comprometimento e dedicação à Universidade Presbiteriana Mackenzie e à fascinante atividade da docência.

Ao querido Professor Doutor José Carlos Francisco, meus eternos agradecimentos, não apenas pelas inúmeras lições e aprendizados proporcionados desde a graduação, como também por todo o apoio no desenvolvimento da presente dissertação, e no incansável auxílio para superação de todas as dificuldades e obstáculos que surgiram, na concretização deste sonho.

Ao prezado Professor Doutor Walter Claudius Rothenburg, por todas as sugestões gentilmente trazidas para a conclusão da pesquisa, na banca de qualificação, bem como pelas preciosas sugestões apresentadas na defesa da presente dissertação.

Ao respeitado Professor Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, por todos os enriquecedores debates acerca dos inúmeros mecanismos e caminhos para a preservação e a defesa da cidadania.

Ao querido Professor Ms. Evandro Fabiani Capano, minha eterna admiração por todas as lições transmitidas desde a época da graduação. Obrigada, também, por todas as oportunidades, pela confiança, e, especialmente, por ser sempre um exemplo incansável de dedicação à carreira acadêmica e à advocacia.

Ao querido Professor Dr. Marco Antônio Ferreira Lima, por todo o apoio, toda a confiança e incentivo, desde as minhas primeiras lições sobre o Direito e o Processo Penal.

Agradeço a todos os Professores da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que, desde a época da graduação, se mostram incansáveis na busca dos ensinamentos tão valiosos sobre a importância do Direito para a sociedade, bem como na demonstração de sua melhor aplicação, para a pacificação social.

Ao estimado Professor Doutor José Francisco Siqueira Neto, paradigma a ser seguido, na vida acadêmica, e por todo o seu comprometimento para a excelência de qualidade na pós graduação *strictu sensu* em Direito Político e Econômico, na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Agradeço à CAPES, pela oportunidade de desenvolvimento da presente pesquisa.

À querida Professora Doutora Ana Cláudia Silva Scalquette, minha admiração e os meus agradecimentos por todas as lições transmitidas desde a época da graduação. À prezada Professora Doutora Zélia Luiza Pierdoná, pelas profundas reflexões acerca da efetividade aos fundamentos e direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro. Aos estimados Professores Doutores Fabiano Dolenc Del Masso e Vicente Bagnoli, pela inovadora visão a respeito da Teoria Jurídica do Mercado. Aos Professores Doutores Cláudio Lembo e Mônica Hermann S. Caggiano, por todos os debates propostos, para uma profunda reflexão acerca da importância da democracia para a preservação do Estado Democrático de Direito. À Professora Doutora Clarice Seixas Duarte, por todos os debates sobre a proteção da cidadania. À querida Professora Ms. Susana Mesquita Barbosa, exemplo a ser seguido pela dedicação acadêmica. Ao estimado Professor Ms. Claudinor Roberto Barbiero, por todas as lições de Processo Civil, lecionadas com tanto carinho e dedicação.

Agradeço, também, a todos os funcionários da Universidade Presbiteriana Mackenzie, por tornarem a Universidade um local ainda mais especial e acolhedor, especialmente aos queridos amigos que conheci, e, a quem levarei para a vida toda: Pablo Miranda de Sousa, Júlio César Campos Marques, Paula, Renato de Moraes Santiago, Eduardo, Daniel, Rosana, Ronaldo e Miro. À prezada Sr^a. Eunice Roquet, pelo cuidado com a revisão final da dissertação.

Agradeço ao querido Isalino Antônio Giacomet Júnior, não só por participar de tantos momentos importantes na minha vida como também por todo o incentivo, apoio e auxílio, inclusive no desenvolvimento da minha carreira acadêmica. Agradeço aos queridos Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Simone Behar, Luis Ismael, Jonathan Erket, Vanessa Cordeiro, Rebeca Alves de Souza Garcia, Orly Kibrit, Fernanda Rocha Martins, Fernando Fabiani Capano, Ângelo Fernando Vaz Rosa, Alexandre Manoel Gonçalves, André Norberto, Fábio Fernandes Desimone, Alexandre Rozentraub Alves da Sliva, Fabiana Larissa Kamada, Lays Tenente, Saulo Caldeira, Sandra Sueli Ferreira Nunes, Fernanda Salgueiro Borges, Jaime Gonçalves e Efren Fernandes Pousa Júnior, com quem tive a honra de cursar os créditos do Mestrado. À querida amiga Milena Desimone, que acompanhou a nossa turma nesta jornada. À querida amiga Ms. Christiany Pegorari Conte, pela amizade que começou no curso de pós graduação e que, com certeza, para minha alegria, se estenderá para a vida inteira.

Agradeço também aos Professores Mestres Humberto Barrinuevo Fabretti e Rodrigo Felberg por todas as sugestões, muito valiosas, para o desenvolvimento da presente pesquisa. Agradeço a todos os amigos, membros dos grupos de estudos, liderados pelos estimados Professores Doutores Patrícia B. Tuma e Gianpaolo Poggio Smanio, por todas as pesquisas e debates, sempre enriquecedores, especialmente às queridas amigas Mestres Aline da Silva Freitas e Michelle Asato Junqueira.

Agradeço também à estimada Professora Doutora Lia Felberg e aos Doutores Euláio, Marcos, Alessandra, Flávia e Margarete, pela oportunidade de aprendizado no Juizado Especial Cível do Mackenzie. Deixo registrados os meus eternos agradecimentos também ao querido amigo Alexandre Theodoro da Silva, que tanto me auxiliou em todos os problemas que envolvem a informática. Também agradeço aos amigos muito queridos e especiais, e, que, cada um a sua maneira, traz muitas alegrias na minha vida: Francisco Sanchez Corchado Júnior, Riccieri Patini, Juliana Akemi Takeuti, Eduardo Esteves de Lima, Ranieri Nogueira Ferraz, Beatrice

Sertori, Adriano e Daniela Carolina da Costa e Silva, Barbara Pugliesi, Luiz Paulo Gouveia, Ricardo Próspero, Lucas Anielo Scarapicchia, Matheus José Scarapicchia, Juliana Milanov Nahas, Maurício Testoni, Priscila R., Miriam Adabo de Melo, Vânia Aparecida de Souza Merlan, Larissa Klumpp e Arabela Oliveira Freire. À estimada Paula Loureiro da Cruz, por todo o apoio, no TRF.

Aos queridos Dalton, Ivani, Maria Giulia e Marcella Santaniello Buccelli, pelo carinho e quase uma década de amizade, sempre tão especiais.

Agradeço também ao estimado Dr. Renato Rossi, por todos os debates, de extrema relevância, acerca da importância do Direito Penal para a pacificação social.

Agradeço também a toda a equipe e amigos dos respeitáveis: Faculdades Metropolitanas Unidas, Complexo Jurídico Damásio de Jesus e Uniequipe Concursos, por todo o carinho e atenção de sempre. Ao Doutor Paulo Renato Ribeiro e à Doutora Márcia Chicareli Costa, exemplos na Medicina e na Psicologia. Registro todo o meu carinho a três amigades que começaram há mais de vinte anos, que continuam sendo cada vez mais especiais, e que estão comigo desde os primeiros passos: tia Lydia, Laura Caroline e Francis Helena Cozta.

A todos vocês, meu eterno carinho, respeito e meus eternos agradecimentos!

“A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça – e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos.

Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza.

O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.”(Rudolf Von Ihering. A Luta pelo Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002).

RESUMO

A presente dissertação possui como finalidade principal a demonstração da colisão entre a teoria do Direito Penal do Inimigo, amplamente defendida pelo professor alemão Günther Jakobs e a Cidadania, abrigada pela ordem constitucional brasileira. A ênfase da referida incompatibilidade versa sobre a necessidade da proteção da dignidade da pessoa humana, e de seus direitos e garantias fundamentais. Insta salientar que o estudo da referida teoria comporta inúmeras maneiras de análise. O objetivo da presente dissertação consiste em confrontá-la com o exercício da cidadania, especialmente nos quesitos de igualdade e liberdade entre as pessoas.

Palavras-Chaves: Direito Penal – Direito Penal do Inimigo – Cidadania – Proteção da dignidade da pessoa humana – Inimigos do Estado.

ABSTRACT

This dissertation has as main objective present the collision between the theory of Criminal Law of Enemy and Citizenship, sheltered by the Brazilian constitutional order. The emphasis above the collision is about protection of human dignity and fundamental rights and guarantees. This theory can be analyzed by many ways. The purpose of this paper is to compare the theory with the exercise of citizenship, especially in questions of equality and freedom.

Key – Words: Criminal Law; Criminal Law of the enemy; Citizenship; Protection of human dignity; State enemy.

SUMÁRIO

Cidadania e Direito Penal do Inimigo: Polos Opostos

INTRODUÇÃO	14
1 – GARANTISMO E CIDADANIA	16
1.1 - PANORAMA HISTÓRICO DA CIDADANIA	28
1.1.1 – A Revolução Inglesa e a afirmação da cidadania	30
1.1.2 – A Revolução Americana e as inovações acerca da cidadania	33
1.1.3 – A Revolução Francesa e a plenitude da cidadania	34
1.1.4 – Resultados das Revoluções para a Cidadania	35
1.2 – O QUE É SER CIDADÃO E AS DIMENSÕES DA CIDADANIA	36
1.2.1 – A primeira dimensão histórica: o cidadão nacional	37
1.2.2 – A segunda dimensão histórica: o cidadão como sujeito de direitos	38
1.2.3 – A terceira dimensão histórica: o cidadão e a participação política	39
1.2.4 – Contratualismo e o Direito Penal do Inimigo	40
1.3 – GARANTISMO PENAL E CIDADANIA	41
2 – TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS	48
2.1 – O PERÍODO DE HUMANIZAÇÃO DA PENA	49
2.2 - DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO A TER DIREITOS EM EQUILÍBRIO COM A FUNÇÃO PUNITIVA DO ESTADO	53
2.3 – A TEORIA DE HANS WELZEL: BREVES ASPECTOS	56
2.4 – BREVE ANÁLISE ACERCA DO DIREITO PENAL DO CIDADÃO	58
2.5 – MEDIDAS DE COMBATE À CRIMINALIDADE E PRESERVAÇÃO DA CIDADANIA	60
2.5.1 - Ação controlada	64
2.5.2 - Infiltração de agentes	65
2.5.3 - Interceptação telefônica	66
2.5.4 - Interceptação ambiental	67
2.5.5 - Delação premiada	68
3 – DIREITO PENAL DO INIMIGO	69
3.1 – FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	71
3.2 – TRANSFORMAÇÕES NO PENSAMENTO de Günther Jakobs	72
3.2.1 – Em 1985	73
3.2.2 – Em 1999	75
3.3 – QUEM É O INIMIGO DO ESTADO: RAÍZES FILOSÓFICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	76
3.4 – CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO, EM ÂMBITO PROCESSUAL E MATERIAL	80
4 – DIREITO PENAL DO INIMIGO E CIDADANIA: POLOS OPOSTOS	84
4.1 – TORTURA	86
4.2 – HIPERTROFIA LEGISLATIVA	89
4.3 – ANTECIPAÇÃO DA PUNIÇÃO: O DIREITO PENAL DO AUTOR	91
4.4 – JUSTIFICATIVA DA VIOLÊNCIA NO IMAGINÁRIO	94
4.5 – DIREITO PENAL E A SOCIEDADE DE RISCO	97
4.6 – MEDIDAS DE COMBATE AO TERRORISMO E A PRESERVAÇÃO DA CIDADANIA	99
5 – SITUAÇÕES CONCRETAS QUE SE APROXIMAM DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	103

5.1 – TERRORISMO	104
5.2 – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE .	107
5.3 – PATRIOT ACT	108
5.4 – GUANTÁNAMO BAY.....	111
5.5 – PELICAN BAY.....	118
5.6- SOCIEDADE BRASILEIRA – O RDD	120
5.6.1 - Proposta para o maior rigor à aplicação do regime	125
CONCLUSÕES	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	132

INTRODUÇÃO

O principal objetivo da presente dissertação consiste na apresentação de uma análise crítica, sob o aspecto jurídico, entre a teoria do Direito Penal do Inimigo e o exercício da Cidadania, em polos opostos. Justifica-se a relevância da pesquisa, por buscar apresentar uma das questões atuais mais tormentosas e não pacificadas do ordenamento jurídico: afinal, como conciliar e equilibrar a proteção da dignidade da pessoa humana, a proteção da sociedade, e combater as diversas vertentes do crime, em especial, o organizado? Qual seria o limite de atuação do Estado, na aplicação das respostas aos crimes e fatos típicos cometidos? E mais, na configuração estatal, é possível considerar que existam cidadãos e inimigos? A teoria do Direito Penal no Inimigo é aplicada na prática? Sendo admitida, quais situações a ilustram, ou se aproximam¹ desta teoria? É possível a flexibilização dos direitos² e garantias fundamentais, sob a perspectiva da sociedade de risco? Em caso afirmativo, quais seriam os limites ou as barreiras de núcleos de direitos inatingíveis? Para a reflexão acerca destas questões é imprescindível a análise dos novos desafios que devem ser enfrentados e tutelados pelo Direito Penal Moderno³. O estudo do tema será dividido em cinco capítulos.

O primeiro capítulo apresentará diversos aspectos acerca do garantismo e da cidadania, com ênfase na importância do Direito Penal para a proteção da cidadania.

O capítulo seguinte cuida de importantes informações acerca da teoria do Professor Günther Jakobs, e o fracionamento do Direito Penal em duas vertentes, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Dispõe, também, sobre as seguintes medidas de combate à criminalidade à luz da proteção da cidadania: ação controlada, infiltração de agentes, interceptação telefônica, interceptação ambiental e delação premiada.

¹ Optamos por inserir o vocábulo “aproximação”, pois por muitas vezes, a previsão teórica difere em alguns aspectos do caso concreto.

² É necessário esclarecer que existem diversas classificações acerca da definição terminológica acerca dos direitos e garantias fundamentais, que serão utilizadas como sinônimos para a fundamentação do presente estudo. Este mesmo posicionamento é adotado na dissertação de Mestrado “Direito Penal do Inimigo: uma análise sob os aspectos da cidadania”, de Humberto Barrionuevo Fabretti. Neste sentido André Ramos Tavares leciona que “Muitas têm sido as expressões utilizadas para denominar uma mesma realidade, no caso, a referente aos direitos fundamentais. Assim é que são indistintamente empregadas as seguintes expressões: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.350.

³ Insta salientar que o Direito Penal possui diversas funções, dentre as quais destacaremos, para o presente estudo, a missão do controle social, bem como a efetividade à dignidade humana e a pacificação social.

O terceiro capítulo trata dos fundamentos que embasam a teoria do Direito Penal do Inimigo, bem como a transformação do pensamento do Professor Günther Jakobs.

O capítulo quarto apresenta a incompatibilidade entre o Direito Penal do Inimigo com todos os parâmetros protetivos da cidadania e da dignidade humana.

Por fim, o capítulo cinco apresenta as seguintes situações concretas, que se aproximam da aplicação do Direito Penal do Inimigo: *patriot act*; *Guantánamo Bay*, *Pelican Bay*, e, na sociedade brasileira, o Regime Disciplinar Diferenciado e a proposta para o seu enrijecimento.

É necessário destacar que a preservação dos referidos direitos e garantias, e a proteção da dignidade humana não significam a impunidade dos crimes cometidos. Existem diversos mecanismos - tanto investigativos, preventivos, quanto repressivos - legalmente previstos, que podem e devem ser utilizados no combate e na repressão ao crime, em suas diversas modalidades. Tais medidas não vulneram a dignidade humana, portanto não apenas devem ser aplicados como devem constantemente ser aperfeiçoados. Os métodos investigativos são de extrema valia para a diminuição da criminalidade, justamente por apresentarem às autoridades policiais meios para a repressão e para a prevenção das práticas criminosas.

Para o embasamento da presente dissertação, além da pesquisa bibliográfica, também foram estudados casos práticos nacionais e internacionais de jornais e revistas de notória credibilidade, para a comprovação da efetiva existência do tratamento aplicado aos presos, em contradição com os direitos e garantias inerentes aos seres humanos.

1 – GARANTISMO E CIDADANIA

Tanto a configuração quanto a aplicação do Direito Penal da atualidade representam um grande desafio. Isto porque com os novos paradigmas e receios existentes nas sociedades, questiona-se a eficácia das normas penais já existentes para a repressão das práticas criminosas, que fragilizam e aterrorizam tanto as populações quanto os Estados. Afinal, se condutas criminosas horripilantes acontecem, seria a solução mais adequada para a pacificação social a previsão legal do endurecimento das normas penais? Seria possível a tipificação e a aplicação das penas, dirigidas para o potencial infrator⁴, sem que ele efetivamente tenha cometido alguma conduta criminosa (de maneira tentada ou consumada), como medida de prevenção? Seria viável a punição da cogitação dos atos atentatórios, em prol da segurança nacional e internacional? Em outras palavras, seria plausível, além do reconhecimento, a aplicação de dois tipos de direitos penais, para dois tipos de indivíduos: os cidadãos e os inimigos?

Estes questionamentos podem ser analisados por diversos prismas. O enfoque do presente estudo versa sobre a análise da teoria do Direito Penal do Inimigo, amplamente difundida pelo professor alemão Günther Jakobs, que possui como pilar de sustentação a existência de dois polos do Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão, e o Direito Penal do Inimigo. Conseqüentemente esta teoria aceita a presença, no mesmo Estado Democrático de Direito, de cidadãos e inimigos (respectivamente, pessoas e não pessoas). Dentre as diversas críticas que são dirigidas a esta teoria, é necessário destacar que o fracionamento do Direito Penal nestes dois ambitos se afasta de importantes conquistas obtidas pela humanidade, para a preservação da dignidade frente à atividade estatal⁵. Segundo a classificação apresentada pelo Professor Günther Jakobs, na sustentação da teoria do Direito Penal do Inimigo, o que diferencia os infratores é o critério cognitivo, ou seja, o comportamento do indivíduo, frente às normas da sociedade⁶.

⁴ Esta antecipação na repressão criminal, que pune a pessoa pelo que ela é, e não pelos fatos por ela cometidos, retoma a ideologia do Direito Penal do Autor, que será explicada no momento oportuno.

⁵ Dentre todos os avanços conquistados pela humanidade, o presente estudo se fixará na análise de importantes garantias previstas nos seguintes ramos do Direito: Constitucional, Penal e Processual Penal.

⁶ Embora não seja o foco desta dissertação, é imprescindível esclarecer que o Professor Gunther Jakobs fundamenta a sua Teoria à luz do funcionalismo sistêmico. Ou seja, a base da sociedade é fundada em contatos e interações, o que reverbera na segurança jurídica e estabilidade cognitiva. O crime gera um desequilíbrio e o criminoso considerado como inimigo perde o direito a ter direitos, já que não é considerado como uma pessoa.

Deste modo, para os que se submetem ao Pacto Social, são aplicadas as garantias constitucionais e as normas penais e processuais penais, quando ocorre a prática de um delito. Estas condutas, apesar de serem criminosas, não rivalizam com a estrutura dos Estados. A infração (tentada ou consumada) é praticada por um cidadão. Já os inimigos rompem com o referido Pacto, portanto, não apresentam garantias cognitivas de que irão se portar de acordo com as normas sociais, e, por este motivo, a eles é aplicado o outro polo do Direito Penal: o destinado aos inimigos do Estado. Como justificativa para este raciocínio jurídico, compreende-se que o indivíduo que não se comporta como cidadão não possui o direito das garantias inerentes à proteção da cidadania. As principais críticas apontadas sobre a referida teoria se pautam justamente no seu ponto fundamental: os argumentos legitimadores para a aceitação, a separação e o reconhecimento dos seres humanos em cidadãos e inimigos, além da existência e aplicação dos dois supracitados modelos do Direito Penal.

Este fracionamento apresenta consequências no ordenamento jurídico, especialmente nos seguintes ramos do Direito: Direito Penal, Direito Processual Penal⁷ e Direito Constitucional⁸. A manifestação também existe em âmbito administrativo⁹. Afinal, inúmeras são as condutas que tipificam o abuso de autoridade, e diversas são as sanções para os agentes públicos que as cometem. Mas, se o Estado legitima, fundamenta e reconhece o tratamento diferenciado aos inimigos do Estado, os agentes estarão atuando em conformidade com as diretrizes estatais, segundo o princípio da legalidade, e as atividades plenamente vinculadas ou discricionárias, que encontram amparo legal em âmbito administrativo. Aos cidadãos que cometem infrações penalmente previstas, se aplica um tratamento jurídico institucionalmente respaldado em direitos constitucionalmente previstos e consagrados como, por exemplo, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, individuais, presunção de inocência, proporcionalidade entre o fato cometido e a sanção recebida, o devido processo legal, o contraditório, e a ampla defesa. Esta resposta do Estado, que corresponde ao seu direito de punir o autor da conduta criminosa, ocorre após a prática, ou à tentativa da consumação do fato.

⁷ Desta maneira, se existe a classificação dos indivíduos em dois grandes grupos, os cidadãos e os inimigos do Estado, naturalmente haverá também o processo penal para o cidadão e o processo penal para o inimigo. Este tópico será novamente abordado.

⁸ Insta salientar também que a aceitação da Teoria do Direito penal do Inimigo apresenta impacto direto na análise da função da pena. Apesar de não ser o objeto de análise da presente dissertação, é importante esclarecer que existem teorias legitimadoras e deslegitimadoras acerca do Direito Penal. Dentre as teorias, podemos classificar o Direito Penal do Inimigo como teoria legitimadora de prevenção geral positiva (em que a pena atua positivamente em todos os cidadãos, para discipliná-los).

⁹ No ordenamento jurídico brasileiro, as consequências civis, penais e administrativas, previstas para a prática do abuso de autoridade encontram-se dispostas na Lei nº.4898, de 09 de dezembro de 1965.

Portanto, este é o caráter repressivo do Estado frente à infração criminal cometida¹⁰. Em contrapartida à proteção dignificante, bem como aos claros limites de atuação estatal, aos inimigos se aplica tratamento jurídico diverso, consistente no efetivo combate às práticas criminosas, com a supressão de inúmeros direitos e garantias, especialmente a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Trata-se de uma medida de política criminal polêmica, que possui como objetivo o combate ao crime cometido pelos que se afastam do Direito, e não apresentam segurança cognitiva por seu comportamento. São considerados, portanto, riscos para a estabilidade e segurança das sociedades, tanto em âmbito nacional quanto internacional (afinal, sob a óptica do funcionalismo penal, o cometimento do crime ameaça o sistema de comunicação das sociedades). A repressão ocorre pela possibilidade da prática destas infrações.

Para a análise da gravidade das consequências desta divisão, faz-se necessário apresentar a evolução histórica do rol de direitos e garantias fundamentais, que são inerentes aos seres humanos, e devem ser absoluta e universalmente respeitados. O patamar de segurança jurídica atualmente existente foi construído e embasado por muitas lutas, movimentos revolucionários e reivindicações das pessoas, que viveram em épocas marcadas por abusos, subjetividade nas condenações e arbitrariedades.

Também é imprescindível o resgate da importância do Iluminismo e da obra “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria, em decorrência da humanização do Direito Penal, especialmente na aplicação das penas.

Se antigamente o Direito, em especial em sua esfera Penal, era pautado pela subjetividade, violência, vingança e desproporcionalidade, e os castigos eram aplicados publicamente, para que servissem de exemplo para os outros indivíduos, bem como a obediência fosse conquistada através do medo e do terror, a humanização deste ramo do Direito apresentou grandes impactos, por buscar reintegrar e reinserir o condenado, para que ele se readequasse às regras previstas para o bom convívio em sociedade.

¹⁰ Estas medidas protetivas do indivíduo frente à atuação estatal estão relacionadas ao garantismo penal, que será trabalhado no item 1.3 do presente capítulo.

A pena passa a ser retributiva e proporcional ao ato infracional cometido, e não à pessoa que o praticou¹¹. Começa a ser delineada a busca pelo tratamento isonômico entre as pessoas, na repressão criminal. É necessário também esboçar a íntima relação entre a sociedade e o Direito. Afinal, o ordenamento jurídico apresenta as diretrizes que são os parâmetros para a pacificação, para a organização e manutenção da ordem desta¹². A aplicação penal, em sua função de pacificação social, pautada em parâmetros objetivos apresenta, também, a previsão, a tipificação legal das condutas cuja prática é reprovada socialmente, e, com esta previsão, a sanção correspondente. Portanto, merece destaque a análise da relação entre o Direito e a sociedade tanto na esfera preventiva, quanto na esfera repressiva. Sobre a referida relação, entende Walter Vieira do Nascimento que¹³:

A idéia de que tudo quanto o homem realiza em função do meio ao qual ele pertence está evidentemente relacionada com a idéia de direito. É que o direito, como manifestação social por excelência, constitui o próprio instrumento disciplinador de toda a atividade humana. Neste caso, o direito atua como força de contenção dos impulsos individualistas e egoístas do homem, o que torna a sua presença inevitável no seio do grupo social. Assim, se o grupo evolui, o direito há de evoluir igualmente, em condições tais, porém, que essa evolução não se pode processar através de saltos bruscos nem de etapas isoladas umas das outras.

Na verdade, por mais que estejam sujeitos a um processo de evolução, sociedade e direito trazem na sua estrutura algo capaz de resistir sempre a todas as mudanças que se operam em si mesmos no decurso do tempo. Eis como se estabelece a relação entre passado e presente. Por isso, o direito jamais poderá ser desvinculado de suas origens se o quisermos melhor compreendido no contexto da sociedade de nossos dias.

A função primordial do Direito (em especial, na ramificação do núcleo de normas constitucionais, penais, e processuais penais) consiste na preservação da sociedade. O ordenamento jurídico proporciona as diretrizes para a preservação da segurança jurídica, bem como do tratamento digno e igualitário a todos os indivíduos. Este é um dos motivos que leva a teoria defendida pelo professor Günther Jakobs a ser tão recriminada.

¹¹ A individualização da pena representa grande conquista como medida de preservação da dignidade humana. O estudo do caso concreto permite a aferição da culpabilidade dos infratores e a punição proporcional à participação do infrator, quando a infração é cometida em concurso de pessoas. Na legislação penal brasileira, esta previsão encontra-se disposta no art. 29 do Código Penal brasileiro.

¹² Neste sentido, importantes são as lições de Miguel Reale, na obra *Lições Preliminares de Direito*. (27 ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 06):

“O Direito, por conseguinte, tutela os comportamentos humanos: para que essa garantia seja possível é que existem as regras, as normas de direito como instrumentos de salvaguarda e amparo da convivência social. Existem tantas espécies de normas e regras jurídicas quantos são os possíveis comportamentos e atitudes humanas. Se o comportamento humano é de delinquência, tal comportamento sofre a ação de regras penais, mas se a conduta visa à consecução de um objetivo útil aos indivíduos e à sociedade, as normas jurídicas cobrem-na com o seu manto protetor”.

¹³ NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

As críticas acerca da teoria do Direito Penal do Inimigo devem necessariamente demonstrar o afastamento de seus fundamentos do Direito Penal Clássico, e dos princípios protetivos constitucionalmente consagrados para a preservação da dignidade humana na aplicação das penas. Desta forma, ao aderir ao pacto social, respeitá-lo e submeter-se a ele, o indivíduo demonstra que irá se comportar de acordo com as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico. A segurança cognitiva de seu comportamento, e o respeito às normas da sociedade lhe garantem a condição de cidadão, e o tratamento como pessoa. O indivíduo que se comporta como cidadão não só é considerado como pessoa, como também possui todos os direitos inerentes à cidadania. Caso o cidadão venha a cometer algum crime ou contravenção, não está rivalizando com o contratualismo, nem com o pacto social. Está, sim, transgredindo uma norma, violando direito alheio e, pela infração cometida, como resposta do Estado, recebe a sanção proporcional ao ato praticado. Nos trâmites processuais, são garantidas: a proporcionalidade entre o fato típico cometido, e a sanção recebida, o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, o devido processo legal, dentre outras proteções e garantias constitucionais. Há proteção das normas de cunho material e processual ao infrator que é considerado cidadão. Insta salientar que toda e qualquer investigação criminal representa uma restrição aos direitos e garantias fundamentais, mas apesar disto, há limites constitucionalmente previstos, que devem ser respeitados.

Caso contrário, se o indivíduo, por seu comportamento criminoso, se afasta do ordenamento jurídico, e não apresenta nenhuma garantia cognitiva de que irá respeitar as normas estabelecidas pela sociedade, este é considerado como inimigo do Estado. O objetivo é neutralizá-lo para que sejam preservados tanto o Estado quanto a segurança dos cidadãos e, para isto, inúmeros direitos e garantias fundamentais, constitucionais, materiais, processuais e individuais são suprimidos (desta forma, os pilares garantistas são desprezadas).

O combate ao crime, em suas modalidades e desdobramentos, inclusive o crime organizado conta com diversos mecanismos investigativos legais e eficientes. No exercício das rigorosas investigações, há restrição de alguns dos direitos constitucionalmente previstos, como, por exemplo, a quebra de sigilo telefônico, ou a violação autorizada de correspondência. Estes mecanismos, apesar de restringirem o direito e a preservação da intimidade, não violam o direito à preservação da dignidade da pessoa humana. Há, então, uma ponderação, um sopesamento entre os direitos, na busca pela pacificação social, segurança e respeito à dignidade humana.

A questão do referido conflito entre a Cidadania e o Direito Penal do Inimigo é de extrema complexidade, e aborda, em uma de suas vertentes, os limites de atuação do Estado, na prevenção da segurança dos indivíduos e na repressão das práticas criminais. As transgressões de normas ocorrem tanto em âmbito nacional quanto internacional. Neste contexto de insegurança e medo por conta dos crimes violentos, reascendem-se os debates sobre o comportamento dos criminosos.

A retomada para o estudo e os debates sobre a referida teoria encontra-se relacionada aos ataques terroristas que ocorreram no dia 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, bem como os ataques terroristas que ocorreram no dia 11 de março de 2004, em Madrid. Mas é imprescindível esclarecer que apesar destes debates decorrerem dos ataques terroristas, o professor Jakobs não se restringe apenas ao estudo deste tipo de crime, e, sim, aos casos de todos os criminosos que tenham se desvinculado do Direito. E o distanciamento não precisa ser permanente. Pode ser também temporário o abandono do Direito e das regras do contrato social¹⁴. Por seu comportamento, então, desvincula-se das regras contratuais estabelecidas para a organização, manutenção e pacificação social. Em outras palavras, inimigo não apresenta, em seu comportamento, nenhuma garantia cognitiva de comportamento conforme o Direito, e de respeito às normas estabelecidas na sociedade.

¹⁴ A respeito do tema, importantes são as explicações de FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Direito penal do inimigo: uma análise sob os aspectos da cidadania*. Dissertação (Mestrado) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. 2008..p. 10-11):

“Pode-se dizer que no âmbito do Moderno Direito Penal a teoria do Direito Penal do Inimigo, lapidada pelo professor alemão Günther Jakobs, é um dos temas que tem dominado os debates acadêmicos em todo o mundo, principalmente em países como Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Argentina, Colômbia, etc. Apesar de ser uma construção ideológica com quase vinte anos, é inegável que os atentados terroristas que atingiram os Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, bem como os que se seguiram na Europa, serviram para resgatar o tema – que se encontrava esquecido e marginalizado – e colocá-lo sob os holofotes da dogmática penal.

Entretanto, esse resgate não se deu apenas pela sede acadêmica em rediscutir o tema que agora voltava a ser atual, mas também, e talvez mais por isso, o resgate tenha se operado na tentativa de se encontrar uma resposta efetiva em como combater e prevenir esse tipo de peculiaridade tão peculiar.

Porém, embora tenha sido em virtude dos ataques terroristas que se voltou a discutir o Direito Penal do Inimigo, não é somente a esse tipo de criminoso que se destina essa concepção, mas sim a todos aqueles criminosos que tenham se distanciado de maneira “mais ou menos duradoura” do Direito.

Portanto, para Jakobs, o inimigo é um indivíduo, que não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais), em sua ocupação profissional (delinquência econômica, delinquência organizada e tráfico de drogas) ou, principalmente, através de sua vinculação a uma organização (terrorismo, delinquência organizada e tráfico de drogas), ou seja, em qualquer caso, de uma forma duradoura abandona o direito, portanto, não dá a mínima garantia de que irá se comportar conforme o Direito”.

Günther Jakobs¹⁵ esclarece que o Direito Penal do Inimigo é uma exceção, e somente é possível a sua existência no Estado de Direito, afinal, segundo seu entendimento, no Estado de Não - Direito, a regra é a existência e a visualização de inimigos em toda a parte. Não há um pacto social a ser seguido. Em um contexto de inimigos, na instabilidade pertinente ao Estado de Não - Direito, não há que se falar em um fracionamento entre os cidadãos e os inimigos estatais.

Desta maneira, permitido o Direito Penal do Inimigo, passam a existir, no mesmo Estado, duas espécies, dois desdobramentos do Direito Penal: o Direito Penal Comum – ou do Cidadão (aplicável aos cidadãos que cometem crime sem rivalizar com o Estado e desrespeitar o Pacto Social) e o Direito Penal do Inimigo, destinado aos indivíduos que, por terem se afastado de modo mais ou menos duradouro do Direito, deixam de ser considerados cidadãos, e passam a ser considerados inimigos do Estado.

A aplicação da teoria, portanto, apresenta consequências gravíssimas para a proteção das pessoas, bem como para a preservação da segurança jurídica. Ao incluir o indivíduo no rol de inimigos do Estado, além de lhe ser retirado o tratamento como pessoa, há legitimidade para afirmar que este não possui os direitos de cidadania, e nem deve haver respeito à sua dignidade humana. Ainda, esta teoria deve ser discutida e debatida, pois há diversos casos concretos que ilustram a legitimação e a efetiva privação e violação dos direitos e garantias individuais, na luta pela repressão das práticas criminosas, e que em muito se aproximam do Direito Penal do Inimigo. A análise da presente dissertação, sobre Direito Penal do Inimigo e Cidadania, em polos opostos, demanda, em primeiro momento, uma análise sobre o que é a cidadania, e qual é a sua relação com a garantia da vida humana digna. Isto porque, para a demonstração da colisão e da incompatibilidade entre os institutos, é necessária a apresentação de ambos, para que então se possa traçar um paralelo sobre o antagonismo entre a aplicação prática da teoria e a preservação da dignidade, bem como dos direitos e garantias fundamentais. Tal pesquisa, entretanto, apresenta grande complexidade¹⁶. Afinal, definir academicamente o conceito de cidadania é uma das tarefas mais árduas, especialmente pelos diversos enfoques cujo tema pode ser abordado. A referida análise pode versar sobre a

¹⁵ Este posicionamento encontra-se em sua obra *Direito Penal do Inimigo*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Organização Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

¹⁶ Dentre os diversos critérios estabelecidos pelos historiadores, seguiremos, para o presente trabalho, o conceito trazido por Jaime Pinsky, que engloba e relaciona os direitos civis, políticos e sociais, para o exercício da cidadania. Tal escolha foi motivada justamente pela definição concisa clara e objetiva sobre o núcleo de direitos mínimos que devem existir para a garantia do exercício da cidadania.

vertente jurídica, filosófica ou sociológica. Ainda, além da estrita relação entre o Direito e a sociedade, o Direito também sofre influências tanto da Economia quanto da Política. Todos estes fatores reverberam, naturalmente, nas análises sobre a cidadania, e a relação entre os cidadãos, bem como o estudo da relação destes com o Estado (insta salientar que os direitos inerentes à dignidade humana englobam as suas relações tanto com o Estado Nacional/Pátrio quanto Internacional. A proteção e o respeito ao ser humano deve ser universalmente respeitada e protegida). A cidadania se reflete na história e no Direito. O desenvolvimento da cidadania se encontra vinculado ao desenvolvimento de ambos. O cidadão possui direitos e deveres. A relação de cidadania se desenvolve tanto em plano horizontal (entre os cidadãos), quanto vertical (na relação entre os administrados e os administradores, no Estado), em todas as áreas do Direito. Um dos desdobramentos da organização do Direito na sociedade se reflete justamente na proteção da dignidade humana, e na garantia do exercício da cidadania. Esta segurança é essencial para a proteção de todos os direitos a ela inerentes. Para tanto, é necessário destacar tanto o questionamento quanto o conceito, apresentados por Jaime Pinsky, bem como o entrelaçamento entre os direitos sociais, civis e políticos na busca pelo respeito à cidadania¹⁷:

Afinal, o que é ser cidadão?

Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à uma velhice tranqüila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais.

É interessante observar, após a exposição desta definição sobre o cidadão, breves considerações sobre a cidadania, trazidas por Fustel de Coulanges, para que se verifique as mudanças e evoluções sobre o conceito¹⁸:

Reconhecia-se o cidadão naquele que participava do culto da cidade, e era dessa participação que lhe vinham todos os direitos civis e políticos. (...)Se quiséssemos definir o cidadão dos tempos antigos por seu atributo mais essencial, deveríamos dizer que é o homem que possui a religião da cidade. É aquele que honra os mesmos deuses da cidade.

¹⁷ PINSKEY, Jaime; PINSKEY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.p. 09

¹⁸ FUSTEL DEL COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de J.Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p. 177.

É possível averiguarmos que a inclusão e a universalidade da cidadania foram se alastrando com o decorrer do tempo. Inúmeras vitórias, a expansão e a preservação dos direitos fundamentais encontram-se relacionados com as conquistas advindas da cidadania. Ser cidadão significa, conforme anteriormente abordado, possuir direitos e deveres, frente aos outros cidadãos, e frente ao Estado. Significa, igualmente, o direito universal de ser respeitado e o dever de respeitar. A cidadania, desta forma, não se encontra vinculada apenas à nacionalidade, e, sim, deve ser respeitada e garantida internacionalmente¹⁹. Também abrange o direito de o indivíduo ser tratado e reconhecido como pessoa, bem como a preservação a todos os direitos inerentes desta condição.

A importância da limitação da atuação estatal encontra grande respaldo no Iluminismo (Século XVIII), período que ocorreu após o Absolutismo (Séculos XVI e XVII), para combater todas as arbitrariedades então existentes. O conceito de cidadania vai se configurando, amoldando e se modificando com o decorrer do tempo. Interessante observar que a História, assim como o desenvolvimento e a consolidação do Direito, bem como a organização das sociedades, é marcada por avanços e retrocessos. Para as conquistas da proteção da dignidade humana, foi de extrema importância a humanização do Direito Penal, a limitação ao poder-dever Estatal de punir e a reconfiguração da aplicação das penas²⁰.

Ainda, a linha evolutiva da história da humanidade possui, por exemplo, os resquícios de todas as crueldades praticadas nas duas grandes guerras mundiais, bem como nas guerras regionais, o que reflete como consequência, na necessidade do fortalecimento da proteção dos direitos e garantias fundamentais. Ambos (os progressos e os retrocessos) possuem extrema importância. Afinal, os avanços representam as garantias e os direitos conquistados, e apontam os patamares mínimos, que devem ser preservados, para a vida digna.

¹⁹ Ainda, é importante esclarecer que a cidadania se aplica a todas as ramificações do Direito. Para o desenvolvimento da presente pesquisa, entretanto, será analisada a cidadania à luz do Direito Penal, especialmente na limitação ao poder punitivo do Estado, e o direito de ser punido como cidadão, e não como inimigo. A pena privativa de liberdade não exclui a condição de pessoa humana do infrator encarcerado.

²⁰ Neste sentido, importantes são as lições de MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 16.

“As sementes do processo penal moderno encontram-se na segunda metade do século XVIII, com o chamado *período humanitário do Direito Penal*. O objetivo é a humanização da Justiça, procurando-se conciliar a legislação penal com as exigências da justiça e os princípios da humanidade. Montesquieu elogiava a instituição do Ministério Público, que fazia desaparecer os delatores; Beccaria condena a tortura, os juízos de Deus, e o testemunho secreto, preconiza a admissão em juízo de todas as provas, investe contra a prisão preventiva sem prova da existência do crime e de sua autoria. Voltaire censurava a lei que obrigava o juiz a portar-se não como magistrado, mas como inimigo do acusado”.

E o retrocesso aponta as falhas existentes, bem como confirma a necessidade dos debates e dos mecanismos e instrumentos a seres utilizados no fortalecimento da proteção e da dignidade da pessoa humana, em caráter universal. Aponta, ainda, os sacrifícios cometidos contra os direitos e a dignidade humana. Apresenta também a fragilidade da preservação da vida, bem como apontam a necessidade da existência de mecanismos protetivos para a segurança jurídica, além de patamares mínimos de direitos e garantias. Sobre o assunto, é oportuno o registro das observações da historiadora Lynn Hunt, sobre a proteção dos direitos humanos²¹:

Os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: devem ser *naturais* (inerentes nos seres humanos), *iguais* (os mesmos para todo mundo) e *universais* (aplicáveis por toda parte).

Para que os direitos sejam direitos *humanos*, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seu status como seres humanos. Acabou sendo mais fácil aceitar a qualidade natural dos direitos do que a sua igualdade ou universalidade. De muitas maneiras, ainda estamos aprendendo a lidar com as implicações da demanda por igualdade e universalidade de direitos.

Entretanto, nem o caráter natural, a igualdade e a universalidade são suficientes. Os direitos humanos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político. Não são os direitos de humanos num estado de natureza: são os direitos de humanos em sociedade.

A universalidade dos direitos humanos é de tamanha relevância que está prevista e consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948), senão vejamos²²:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I

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.

²¹ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 19.

²² DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

O reconhecimento expresso da igualdade entre as pessoas e a universalidade da proteção destas representa uma das mais importantes conquistas para a humanidade. Significa, ainda, que, a partir da preservação deste núcleo de direitos, há a possibilidade de expansão destes, para a melhoria da qualidade de vida e ampliação da proteção da vida humana. Este conjunto de direitos (dentre os quais se inclui o exercício pleno da cidadania) deve ser protegido, e todo e qualquer tipo de ação ou mecanismo que o vulnere deve ser repellido. Ainda sobre a dinâmica das relações desenvolvidas e vivenciadas em sociedade, bem como as mudanças e transformações para o exercício da cidadania, é oportuna a apresentação da opinião de Jaime Pinsky²³:

Cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço. É muito diferente ser cidadão na Alemanha, nos Estados Unidos ou no Brasil (para não falar dos países em que a palavra é tabu), não apenas pelas regras que definem quem é ou não titular da cidadania (por direito territorial ou de sangue), mas também por direitos e deveres distintos, que caracterizam o cidadão em cada um dos Estados-nacionais contemporâneos.

Por não ser uma definição estagnada, o conceito de cidadania vem se modificando e se ampliando com o decorrer da história. A cidadania pode ser analisada de maneira multifocal tanto na esfera nacional quanto internacional. O estudo da cidadania também pode versar sobre as sociedades orientais e ocidentais. Além da dinâmica constante e das alterações que a definição de cidadania apresenta, pode-se perceber que esta é lapidada de acordo com os acontecimentos históricos e o desenvolvimento dos institutos jurídicos, da busca pela proteção da dignidade da pessoa.

Humberto Barrionuevo Fabretti, trazendo as dificuldades para a definição do conceito de cidadania, chama a atenção sobre as diversas vertentes para a sua análise²⁴:

Assim, é possível referir-se à “cidadania” como sinônimo de nacionalidade, como quando se diz que alguém tem cidadania italiana, por exemplo; é também possível falar em cidadania como o direito de votar (cidadania ativa) e ser votado (cidadania passiva), ou seja, apenas como possibilidade de participação política em determinado Estado, como também é possível que se trate da cidadania como um conjunto de deveres e direitos inerentes a determinadas pessoas dentro de um Estado.

²³ PINSKEY, op. cit., p. 09

²⁴ FABRETTI, op. cit, p. 138.

Os rompantes existentes na história, as Grandes Guerras mundiais e regionais, os retrocessos, bem como as respostas mediatas e imediatas das sociedades na busca pela proteção da vida humana, interferem e influenciam diretamente na análise do conjunto de direitos que devem ser respeitados para a existência de uma vida digna.

Verificada a complexidade da apreciação supracitada, inclusive pelas diversas possibilidades de focos a serem analisados, é importante a apresentação de diversos direitos e deveres relacionados com a cidadania. Antes, porém, é necessário esclarecer que, se o conceito de cidadania se altera e se complementa ao longo do tempo, naturalmente o mesmo ocorre com o significado de ser cidadão. Sobre os direitos do homem, Norberto Bobbio afirma que²⁵:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.

A relação dos cidadãos, na sociedade, e frente ao Estado, foi se amoldando e modificando com o decorrer do tempo. Se, anteriormente, o conceito de cidadania não era inclusivo, e a realidade de muitos indivíduos era apenas cumprir com os deveres impostos pelas autoridades, atualmente, a cidadania abarca diversos deveres e direitos, com enfoque na proteção da dignidade da pessoa humana, os direitos e garantias fundamentais, bem como a efetiva participação na sociedade.

Os debates que versam sobre a proteção da dignidade da pessoa humana encontram-se relacionados com a missão do Direito (uno, desdobrado em ramificações, não só para fins didáticos, como, também, para a análise específica de cada área), com o objetivo da preservação da sociedade e também dos direitos e garantias fundamentais²⁶.

²⁵BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18.

²⁶ Neste sentido, entende Miguel Reale que²⁶:

“Antes de se fazer o estudo de determinado campo do Direito, impõe-se uma visão de conjunto: ver o Direito como um todo, antes de examiná-lo através de suas partes especiais. O Direito abrange um conjunto de disciplinas jurídicas”.

Todos os ramos do Direito devem ser analisados à luz da Lei Maior (a Constituição Federal). Entende Walter Claudius Rothenburg²⁷:

A estética da Constituição tende a inspirar todo o ordenamento jurídico. Em razão da superioridade normativa que possui e da regulação da produção normativa que contém, a Constituição propaga sua estética, que ecoa na legislação.

A Constituição, portanto, apresenta as linhas filosóficas, que devem ser seguidas por todos os ramos do Direito²⁸. Em complementação à proteção humana, frente ao direito penal em conformidade com os pilares constitucionais, para Francesco Carrara, sem as normas penais “seriam as cidades um contínuo teatro de lutas e de guerra sem limite. E aí está porque na tranquilidade reside, no meu modo de entender, o verdadeiro fim da pena”.²⁹ Ainda, as normas protetivas da dignidade humana encontram-se também intimamente relacionados com o Estado Democrático de Direito, a democracia, a cidadania, e a garantia de acesso à justiça. A proteção da dignidade da pessoa humana também se relaciona com a análise da proteção dos princípios constitucionais, e princípios processuais. No atual estágio em que as sociedades ocidentais se encontram, não é possível admitir o retrocesso, na preservação dos direitos e garantias fundamentais. Os grandes debates ocorrem justamente na busca pelo equilíbrio entre a proteção destes direitos e os atuais desafios enfrentados pelas sociedades de risco. É imprescindível a análise da cidadania, e do cidadão, neste novo contexto social.

1.1 - PANORAMA HISTÓRICO DA CIDADANIA

O desenvolvimento e da consolidação da cidadania é de vital importância para a fundamentação desta pesquisa, para que a análise da mesma possa apresentar o confronto

²⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2010. p.49.

²⁸ Insta salientar que a Constituição não norteia apenas as normas penais e processuais penais. Apesar do foco do trabalho se pautar neste núcleo de normas, é fundamental a observação de Zélia Luiza Pierdoná, acerca de outro ramo constitucional protetivo:

“A Constituição de 1988, visando dar efetividade aos fundamentos do Estado brasileiro, em especial, o da dignidade da pessoa humana, bem como, concretizar seus objetivos previstos no art. 3º, dentre os quais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, instituiu um importante instrumento de proteção social, o qual visa a proteção de todos os cidadãos nas situações geradoras de necessidades. Referida proteção foi denominada seguridade social”.

em PIERDONÁ, Zélia Luiza. A proteção social na Constituição de 1988. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, n. 28, 2007. p. 1.

²⁹ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Campinas: LZN, 2002. v. 2. p. 82.

entre a garantia destes direitos e os impactos sofridos pelo Direito Penal, na era da sociedade de risco. É importante ressaltar que a apresentação da história, de maneira didática, representa um grande desafio³⁰. A construção e o delineamento do conceito e do exercício da cidadania, portanto, acompanham o desenvolvimento de diversos fatores, dentre os quais se destacam a história, a política e a economia. Para que se alcance a liberdade, e a igualdade dos homens, de modo universal, é imprescindível a observação dos grandes movimentos históricos que fortaleceram e garantiram a proteção dos seres humanos.

O núcleo de garantias para o exercício da cidadania é inatingível, deve sempre ser respeitado e engloba, segundo a obra clássica *Cidadania, Classe Social e Status*, de Thomas Humphrey Marshall, direitos civis, sociais e políticos. Entende o autor, ainda, sobre a relação entre o Estado e a cidadania³¹:

Não há nenhum princípio universal que determine o que esses direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de cidadania ideal em relação a qual o sucesso pode ser medido em relação à qual aspiração pode ser dirigida.

É importante observar que Marshall desenvolveu os seus estudos sobre a cidadania, baseando-se na história da Inglaterra. Os direitos, lá se desenvolveram na seguinte ordem: direitos civis, direitos políticos e sociais. Ensina-nos Marshall que a sequência de desenvolvimento dos referidos direitos, além de ser cronológica, é, também, lógica. É necessário ainda observar que, no Brasil, a linha evolutiva dos referidos direitos apresenta outra configuração. Neste sentido, para José Murilo de Carvalho³²:

³⁰ Isto porque muitos dos fatos históricos não foram documentados, ou há imprecisão na interpretação destes. Sobre o tema, é importante a observação de Werner Jaeger, sobre a educação como meio de perpetuação das informações e o resgate da história, senão vejamos:

Todo povo que atinge um certo grau de desenvolvimento sente-se naturalmente inclinado à prática da educação. Ela é o princípio por meio do qual a comunidade humana conserva e transmite a sua peculiaridade física e espiritual. Com a mudança das coisas, mudam os indivíduos; o tipo permanece o mesmo. Homens e animais, na sua qualidade de seres físicos, consolidam a sua espécie pela procriação natural. Só o homem, porém, consegue conservar e propagar a sua forma de existência social e espiritual por meio das forças pelas quais a criou, quer dizer, por meio da vontade consciente e da razão.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia**: a formação do homem grego. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 03.

³¹ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Merton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 76.

³² CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 11-2.

O surgimento sequencial dos direitos sugere que a própria ideia de direitos, e, portanto, a própria cidadania, é um fenômeno histórico. O ponto de chegada, o ideal da cidadania plena, pode ser semelhante, pelo menos na tradição ocidental dentro da qual nos movemos. Mas os caminhos são distintos e nem sempre seguem linha reta. Pode haver também desvios e retrocessos, não previstos por Marshall. O percurso inglês foi apenas um entre outros. A França, a Alemanha, os Estados Unidos, cada país seguiu seu próprio caminho. O Brasil não é exceção. Aqui não se aplica o modelo inglês. Ele nos serve apenas para comparar por contraste. Para dizer logo, houve no Brasil pelo menos duas diferenças importantes. A primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na sequência em que os direitos foram adquiridos: entre nós o social precedeu os outros.

Sobre o conjunto de direitos supracitados, é importante esclarecer que o núcleo de direitos civis é composto por direitos que versam sobre a liberdade; enquanto o elemento político versa sobre a possibilidade de participação dos cidadãos nas decisões tomadas pelo Estado. Este núcleo de direitos se traduz na democracia, e na possibilidade de participação, ativamente, nas decisões políticas tomadas na sociedade (por exemplo, o direito de votar). Os direitos sociais correspondem ao núcleo de direitos ao bem-estar mínimo econômico, e de cunho social. Sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, com enfoque nos direitos sociais, José Carlos Francisco nos ensina que³³:

Claramente, os Direitos Fundamentais mostram uma sequência evolutiva, com transformações que acompanham o contexto social, ora para criar novos direitos, ora para relativizar o conteúdo de direitos clássicos etc.

De fato, partindo do alcance liberal e individualista atribuído a esses direitos no Século XVIII (as chamadas Liberdades Públicas), no início do século XX, surgiram novos direitos (sociais, econômicos e coletivos) ampliados no limiar do século XXI pela solidariedade no plano nacional e internacional.

Ainda que cada país delinhe o desenvolvimento da cidadania de um modo, é necessário e imprescindível destacar as conquistas e vitórias decorrentes das Revoluções: Inglesa, Americana e Francesa, que acabaram por influenciar o desenvolvimento da cidadania. É o que se passa a demonstrar.

1.1.1 – A Revolução Inglesa e a afirmação da cidadania

A Revolução Inglesa apresenta imensuráveis contribuições para o respeito aos direitos dos indivíduos. O Século XVII foi marcado por inúmeras manifestações de crises e insatisfações do povo a respeito do tratamento aplicado pelas autoridades, marcado pelo absolutismo, hierarquia e privilégios para poucos. A Idade Moderna trouxe inúmeras inovações para o

³³ FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37-8.

desenvolvimento da cidadania, especialmente pela transição vivenciada, do feudalismo para o capitalismo. Com a racionalidade, passa-se a justificar as ações humanas pela razão, e não pelas forças divinas. Este contexto proporcionou uma nova visão de mundo, afinal, as desigualdades e as injustiças não poderiam mais ser justificadas através do Teocentrismo. Marco Mondaini afirma que³⁴:

Essa historização da desigualdade servirá de pano de fundo para uma das mais importantes transformações levadas a cabo na trajetória da humanidade: a do cidadão/ súdito para o cidadão/ cidadão.

O fato de habitar uma cidade (de ser cidadão) não basta mais ao homem. Os novos tempos exigem que ele passe a ter também direitos nessa mesma cidade e não mais somente deveres.

A obscuridade da Era dos Deveres abre espaço para uma promissora Era dos Direitos.

A história do desenvolvimento dos direitos do cidadão, a evolução da cidadania na Europa centro-ocidental, transcorre há pelo menos três séculos - de acirrados conflitos sociais – relacionada à conquista de três direitos, diversos entre si: os direitos civis, no século XVIII; os direitos políticos, no século XIX; e os direitos sociais, no século XX.

Naturalmente, este novo pensamento apresenta diversos reflexos na sociedade, e no desenvolvimento da cidadania. Os conflitos e as insatisfações decorreram de diversos motivos, inclusive de todo o sofrimento vivenciado pela população, e que era justificado pela vontade das divindades. Ao lado da descoberta desta nova maneira de compreender as relações entre as pessoas, e entre as pessoas e o Estado, merece destaque a Revolução Inglesa, que teve início em 1640, e encerramento em 1688, que possui imensurável importância para o desenvolvimento do conceito de cidadania, pois dela se originou o primeiro país capitalista do mundo. Mas, quais são as outras grandes contribuições trazidas pela Revolução Inglesa, para o desenvolvimento e o fortalecimento da cidadania? Em outras palavras, qual é a sua relevância para a proteção da dignidade da pessoa humana, e a preservação dos direitos e garantias fundamentais do ser humano?

A transição do feudalismo para o capitalismo apresentou grande impacto para a Economia, e, conseqüentemente, alterou a relação dos cidadãos com as cidades. O processo de acúmulo de capitais apresentou reflexos diretos no trabalho. Afinal, se, antes, a produção deveria ser manufaturada e em pequena quantidade, para a subsistência, com o desenvolvimento de técnicas para a aceleração da produção, surgiu a necessidade de adaptação ao novo cenário e aperfeiçoamento dos trabalhadores para o novo tipo de produção. A valorização passou a ser a

³⁴MONDAINI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. In: PINSKEY, Jaime; PINSKEY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 116.

da produção do trabalho, e o acúmulo de capitais. O direito à propriedade passa a ser cada vez mais estimado. Naturalmente, a queda da legitimação do absolutismo monárquico ensejou uma nova relação entre os homens e o Estado. Se antes não havia limitação de poder, e de atuação dos soberanos, a partir desta mudança de paradigma, foi necessário estudar e refletir sobre os mecanismos de limitação da atuação estatal, na garantia e proteção dos direitos dos seres humanos. Ainda, Cláudio Lembo apresenta valiosas considerações sobre a Revolução Inglesa³⁵:

Muitas variáveis levaram à eclosão da Revolução Inglesa, uma guerra civil que envolveu a Inglaterra, a Escócia, o País de Gales e atingiu duramente a Irlanda. Três fatores, no entanto, podem ser identificados com precisão para o detonar dessa guerra civil e sua expansão. Constituem tais motivações o que poderíamos denominar a *trindade revolucionária inglesa*, ou seja: *Religião, liberdade e propriedade*.

Todo o conjunto de insatisfações eclodiu em uma Revolução que trouxe importantes consequências para o desenvolvimento e a proteção dos direitos das pessoas. Neste sentido, retomando as lições de Marco Mondaini, percebe-se que³⁶:

Em Hobbes, o Estado absoluto passa a ser visualizado como o resultado do estabelecimento de um “contrato social” entre indivíduos que viviam até então em “estado de natureza” e que, por determinadas razões, decidiram abandoná-lo em prol da entrada em um corpo social e político. O caráter absolutista do contratualismo hobbesiano torna-se explícito à medida que caracteriza o seu “estado de natureza” como uma situação marcada pela existência de homens livres e iguais, mas tão livres e iguais que não possuem freios às suas ações, dando assim forma a um conflito generalizado, “uma guerra de todos os homens contra todos os homens”, onde “um é lobo do outro”. Com suas vidas permanentemente ameaçadas, os homens tomam a decisão de firmar um pacto que preservasse o “direito à vida” em troca de sua individualidade, colocando-a plenamente nas mãos de um terceiro – o Estado-Leviatã -, que passa a ter a única obrigação de protegê-los.

O Estado, desta forma, está relacionado com a vontade dos homens e com a existência de um pacto social, destinado à preservação da vida humana, e a organização da sociedade. Através deste pacto, os cidadãos abrem mão de parte de sua individualidade, em troca do manto de proteção do Estado para a organização social. Em continuidade, Marco Mondaini leciona que³⁷:

Se para Hobbes o poder é absoluto, indivisível e irresistível, para Locke, ao contrário, é limitado, divisível e resistível. Foi precisamente na ultrapassagem dessa fronteira que se constituíram os primeiros passos daquilo que chamamos

³⁵ LEMBO, Claudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007. p. 31.

³⁶ MONDAINI, Marco, op. cit., p. 128-9.

³⁷ MONDAINI, op. cit., p. 129.

comumente hoje de “direitos humanos”. Uma fronteira que, ultrapassada, nos abriu a possibilidade histórica de um Estado de direito, um estado dos cidadãos, regido não mais por um poder absoluto, mas, sim por uma Carta de Direitos, um *Bill of Rights*. Uma nova era descortinava-se, então, para a humanidade – uma Era dos Direitos.

A Revolução Inglesa, portanto, apresenta importante contribuição para o fortalecimento da cidadania, pois se rompe com a falta de limites de atuação estatal, e as arbitrariedades praticadas pela monarquia. Além destas características, há a preservação do direito de propriedade, bem como da limitação de atuação estatal. Esta nova realidade representa, portanto, novos contornos na relação dos cidadãos com o Estado. Começa-se a desenhar a cidadania, composta por deveres e também direitos do cidadão frente ao Estado. Cláudio Lembo elenca importantes avanços dos cidadãos especialmente na esfera constitucional³⁸:

Com a Revolução Inglesa e seu conteúdo calvinista, os vencedores atingiram alguns relevantes objetivos, trazendo o significativo avanço em matéria constitucional, principalmente no campo da defesa dos *direitos humanos*, como expresso no *Bill of Rights* de 1688, que assegura:

- *habeas corpus* universal e não exclusivo para os nobres;
- *mandatos parlamentares trienais*, que aponta para a temporariedade dos mandatos parlamentares;
- *constituição de partido de defesa dos interesses burgueses*;
- *liberdade religiosa plena*;
- *liberdade de imprensa*;
- *justiça independente e subordinada à lei*;
- *finanças e exército subordinados ao controle do Parlamento*;
- *monarquia constitucional limitada, após experiência republicana*.

Apesar destes grandes avanços, a cidadania estava muito arraigada à proteção e à defesa da propriedade. Portanto, o conceito de cidadania ainda era muito limitado, apesar dos avanços, ainda precisava ser ampliado e universalizado. Além da Revolução Inglesa, merece destaque a Revolução Americana, que também trouxe grandes contribuições para o exercício da cidadania. Isto porque a independência dos Estados Unidos da América trouxe uma visão inovadora nos conceitos de cidadania e de liberdade.

1.1.2 – A Revolução Americana e as inovações acerca da cidadania

As raízes filosóficas da Revolução Americana são de extrema importância para a proteção dos direitos e da cidadania. Isto porque este momento histórico marca todo o processo de independência americano que já vinha se consolidando. A Declaração da Independência

³⁸LEMBO, op. cit., p. 33.

possui importantes características, dentre as quais se destacam o cunho revolucionário, bem como a busca pela tutela universal dos direitos fundamentais.

Leandro Karnal, ao analisá-la, afirma que³⁹:

Os documentos fundadores da nova nação são amplos e generosos. A Declaração de Independência afirma que todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de direitos inalienáveis, como vida, liberdade, busca da felicidade. Da mesma forma, a Constituição elaborada em 1787 inicia com a consagrada expressão “*We, the people of United States*”(Nós, o povo dos Estados Unidos). Os termos são coletivos e não há traços de limitação escrita e jurídica nesses documentos.

A cidadania, então, ganha novos e ampliados contornos, na busca pela liberdade e pela igualdade, além de novos contornos da limitação da atuação estatal, bem como a preservação da propriedade privada. Mas a liberdade, aqui, ainda está arraigada ao plano individual. Ora, o conjunto de direitos individuais é de extrema importância para a proteção da pessoa humana. Afinal, trata-se de um conjunto de prestações positivas e negativas da atuação estatal. A cidadania e a liberdade possuem profunda relação com todo este núcleo de conquistas individuais. Mas além das conquistas individuais, são fundamentais também as tutelas em plano coletivo, alcançadas através da Revolução Francesa.

1.1.3 – A Revolução Francesa e a plenitude da cidadania

Foi com a Revolução Francesa que o conceito de cidadania alcançou a plenitude, no plano ideal, na busca pela garantia da liberdade e de igualdade, em âmbito coletivo. O lema desta Revolução é emblemático. A busca é pela liberdade, igualdade e fraternidade. O caráter protetivo da dignidade humana, portanto, busca ser universalizado. Desta forma, a liberdade, que antes era buscada no plano individual, passa, no século XVIII, com o Iluminismo, a ser uma conquista e uma garantia coletiva. O que se pode perceber claramente é o fortalecimento do núcleo de direitos civis, e a expansão da cidadania. O novo contexto vivenciado, baseado na Razão, apresenta possibilidades concretas da busca pela igualdade. Neste sentido, Nilo Odalia relaciona a Revolução Francesa e a busca pela liberdade como meta coletiva⁴⁰:

³⁹ KARNAL, Leandro. Estados Unidos, liberdade e cidadania. In: PINSKEY, Jaime; PINSKEY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 142.

⁴⁰ ODALIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. In: PINSKEY, Jaime; PINSKEY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 164.

Tanto quanto a Americana, a Revolução Francesa tem como apogeu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O primeiro traço que distingue a Declaração Francesa da americana é o fato de a primeira pretender ser universal, isto é, uma declaração dos direitos civis dos homens, repetimos e enfatizamos, sem qualquer tipo de distinção pertençam não importa a que país, a que povo, a que etnia. É uma declaração que pretende alcançar a humanidade como um todo.

A proteção da dignidade humana, especialmente na luta pela igualdade e pela liberdade, ganha projeção universal. Analisando as conquistas trazidas pela Revolução, leciona Celso Lafer que⁴¹:

De fato, é só a partir da Revolução Francesa que uma *renovatio ad imis fundamentis*, de natureza interna, passou a ser encarada como evento transformador e instaurador da autoridade, deixando de ser vista como revolta e rebeldia desagregadora da ordem.

O movimento inovador proporcionado por estes grandes marcos históricos (as Revoluções), apresenta impacto direto para a tutela da vida humana com dignidade.

1.1.4 – Resultados das Revoluções para a Cidadania

As Revoluções (Inglesa, Americana e Francesa) foram marcos de extrema importância para a proteção dos seres humanos, bem como na expansão de seus direitos. Dentre as inúmeras conquistas para a consagração dos direitos (em plano individual e coletivo), são de vital importância a igualdade, a liberdade e a universalidade dos mesmos para os indivíduos.

Nos dizeres de Lynn Hunt⁴²:

Por quase dois séculos, apesar da controvérsia provocada pela Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão encarnou a promessa de direitos universais. Em 1948, quando as Nações Unidas adotaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o artigo 1º dizia: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos.” Embora as modificações na linguagem significativas, o eco entre os dois documentos é inequívoco.

Finalmente, após tantas lutas, resultantes da revolta e do inconformismo dos indivíduos frente à insatisfação da realidade vivenciada, bem como à supressão de direitos e garantias, começa a ser debatida a necessidade da cidadania em caráter universal. A proteção dos direitos e garantias deve ser estendida, garantida e proporcionada a todos os seres humanos.

⁴¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 25.

⁴² HUNT, op. cit., p. 15.

Lynn Hunt entende que ⁴³:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tinha traçado apenas princípios gerais de justiça: a lei devia ser a mesma para todos, não devia permitir a prisão arbitrária os castigos além daqueles “estrita e obviamente necessários”, e o acusado devia ser considerado inocente até ser julgado culpado. O decreto de 8-9 de outubro de 1789 começava com uma invocação da declaração: “A Assembleia Nacional, considerando que um dos principais direitos do homem, por ela reconhecido, é o de usufruir o acusado de um delito criminal, de toda a liberdade e segurança para a defesa que possa ser conciliada com o interesse da sociedade que pede a punição dos crimes (...)”. Passava então a especificar os procedimentos, a maioria dos quais se destinava a assegurar a transparência para o público. Num lance inspirado pela desconfiança, no Judiciário entra então em vigor, o decreto requeria a eleição de comissários especiais em cada distrito para ajudar em todos os casos criminais, inclusive na supervisão da coleta de evidências e testemunhos. Garantia o acesso da defesa a todas as informações reunidas e a natureza pública de todos os procedimentos criminais, pondo em prática um dos princípios mais acalentados por Beccaria.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 positivava os direitos mais básicos do cidadão, tanto no plano individual quanto no coletivo. O caráter universal destes direitos lhes garante a aplicação de maneira integral, e em todos os lugares, visto que eles são intrínsecos à condição humana. Apesar de serem direitos inerentes ao ser humano, para que se fortaleça o seu reconhecimento, os mesmos foram professados nesta Declaração. Neste ponto, é clara a colisão e a absoluta incompatibilidade entre a proteção aos supracitados direitos e a teoria do Direito Penal do Inimigo, que legitima o tratamento como não - pessoa aos inimigos do Estado. Os patamares mínimos de dignidade da pessoa humana devem ser universalmente respeitados. O combate na esfera criminal conta com uma série de eficazes medidas respaldadas legalmente previstas, que, apesar do cunho repressivo, não excluem a condição de pessoa para o indivíduo.

1.2 – O QUE É SER CIDADÃO E AS DIMENSÕES DA CIDADANIA

Dentre as diversas vertentes relacionadas ao conceito de cidadania, pode-se entender que ser cidadão é possuir deveres e direitos, bem como possuir meios para a preservação e o exercício dos mesmos⁴⁴. O desenvolvimento da cidadania pressupõe a liberdade, a igualdade e a garantia universal dos direitos relacionados à dignidade humana.

⁴³ Ibidem. p.137.

⁴⁴ É importante registrar que existe a previsão de cinco gerações de direitos, estabelecidas em ordem cronológica: direito de liberdade, sociais, solidariedade, biotecnologia e direitos virtuais. Este núcleo de direitos visa tutelar a dignidade humana.

Conforme previamente aclarado, o exercício da cidadania está relacionado com as conquistas históricas da humanidade, e encontra-se vinculado com a efetiva garantia e preservação dos núcleos dos direitos civis, políticos e sociais. Ainda, verificamos que nem a cidadania e nem o significado de ser cidadão são conceitos estanques. Este significado vem acompanhando do desenvolvimento da história, do direito e da política. Faz-se necessário, desta maneira, apresentar um breve quadro evolutivo sobre a expansão do significado da relação do cidadão com o Estado, na perspectiva evolutiva do Direito Penal.

Cada ramificação do Direito apresenta tutelas e mecanismos específicos que garantem a proteção do cidadão. O Direito Penal lida com bens muito valiosos para a pessoa humana: a liberdade, a dignidade, a integridade e a vida⁴⁵. Por este motivo, deve sempre estar relacionado com os direitos e garantias fundamentais. A tutela penal garante não apenas a cidadania como também a dignidade humana, portanto, o rol destes direitos e mecanismos protetivos deve também ser garantido universalmente. Para a análise sobre o que significa ser cidadão, necessário é também resgatar o seguinte conceito: se, no passado, o Poder do Estado era absoluto para administrar, e não existiam parâmetros de limitação para a atuação do Estado, gradualmente, a relação dos moradores da cidade (os cidadãos) com o Estado (os administradores do Poder) passa a se alterar. Gradativamente, começam a ser estabelecidos e ampliados inúmeros direitos para os cidadãos, e surgem as limitações ao Poder Estatal, e sua atuação. A referida limitação passa a se refletir em todos os ramos do Direito. Para a presente dissertação, delinearemos as limitações constitucionais, penais e processuais penais, mas observamos que a limitação da atuação estatal se reflete nas outras áreas jurídicas também. Didaticamente, é possível fracionar as conquistas dos direitos e da cidadania em dimensões.

1.2.1 – A primeira dimensão histórica: o cidadão nacional

Gianpaolo Poggio Smanio expõe um panorama sobre as dimensões da cidadania supracitadas. Para tanto, apresenta a seguinte classificação: o cidadão como nacional do Estado (primeira dimensão histórica); o cidadão como indivíduo sujeito de direitos (segunda dimensão histórica); a participação política (terceira dimensão histórica). Elenca, também, a importância

⁴⁵ Insta salientar que o Direito Penal tutela diversos bens, que são de extrema importância, como, por exemplo, o patrimônio, a Administração Pública. Mas para a fundamentação da presente dissertação, que busca demonstrar o conflito entre a cidadania e o direito penal do inimigo, a ênfase da tutela penal será baseada na proteção da vida, dignidade, liberdade e proteção da integridade humana, frente à atuação estatal.

da força das revoluções para a formação da cidadania, além de cuidar da questão da cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Para a apresentação das dimensões supracitadas, iniciaremos apresentando as observações do autor sobre a primeira dimensão histórica da cidadania, e o cidadão como nacional do Estado, senão vejamos⁴⁶:

O momento histórico do surgimento do uso linguístico da expressão “cidadania” no sentido que evoca o que utilizamos atualmente encontra-se em Jean Bodin, em 1576, na *Lês Six Livres de La Republique* onde ocorre o início da fundamentação jurídica do Estado Moderno, como poder absoluto, perpétuo e incondicionado do soberano sobre os súditos. A formulação da ideia de soberania traz a conceituação da cidadania como instituto.

O vínculo de cidadania se manifesta na referida obra, exclusivamente na relação entre súdito e soberano, e ninguém poderia interpor-se entre eles. A cidadania era uma obrigação geral de obediência ao soberano.

Apesar da proteção decorrente deste vínculo de cidadania, a tutela dos direitos ainda é embrionária, e se encontra regionalizada. A tutela ainda não se encontra universalizada. O cidadão exerce a sua cidadania obedecendo às normas apresentadas por seu soberano. Apesar de este momento histórico apresentar extrema relevância, pela configuração inicial da cidadania, o que podemos concluir é, ainda, grande limitação e restrições no conceito de cidadão.

1.2.2 – A segunda dimensão histórica: o cidadão como sujeito de direitos

Gianpaolo Poggio Smanio alerta para a importância das conquistas apresentadas na segunda dimensão histórica da cidadania (por agregar as conquistas da primeira dimensão histórica, e ampliar esta gama de direitos), qual seja, a vertente da análise da cidadania que versa sobre o cidadão como indivíduo sujeito de direitos. A segunda dimensão apresenta enorme importância por ampliar o conceito e a autonomia do cidadão, desvinculando-o apenas de sua relação com o soberano, e incluindo a participação do Estado na referida relação⁴⁷:

A concepção de cidadania na obra de Jean Bodin, por limitar-se na relação entre o súdito e o soberano, não realiza uma construção teórica geral, faltando uma maior precisão conceitual.

Coube a Thomas Hobbes, em *Do Cidadão*, efetivar a abstração conceitual da cidadania.

⁴⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Dimensões da cidadania. In: **Revista Jurídica Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, 2009. p. 13.

⁴⁷ SMANIO, op. cit., p.14.

E o faz concebendo o cidadão como um indivíduo igual aos demais cidadãos que compõem o conjunto sob autoridade do soberano. Hobbes valoriza a dimensão individual, afirmando que o indivíduo, buscando uma fuga da guerra perpétua instalada no estado de natureza, conduzido voluntariamente a se submeter ao soberano. No momento em que ocorre esta submissão, o indivíduo se reconhece como cidadão.

A configuração do exercício da cidadania começa a se expandir, mas todos os direitos e garantias ainda estão profundamente relacionados com o plano individual, o que não corresponde mais ao caráter universal da tutela protetiva humana.

1.2.3 – A terceira dimensão histórica: o cidadão e a participação política

Neste período histórico, o exercício da cidadania se expande ainda mais. Há, então, neste momento, uma troca entre os indivíduos, o soberano e o Estado. Ao obedecer ao soberano e ao Estado, o indivíduo recebe destes a proteção e a segurança. Além de esclarecer que a segunda dimensão histórica da cidadania está relacionada com o dever de respeitar as leis civis, que devem ser iguais para todos, Gianpaolo Poggio Smanio apresenta as características da terceira dimensão histórica, como abaixo se transcreve⁴⁸:

O século XVIII trouxe o movimento iluminista que resgatou os ideais clássicos, combatendo o Estado absoluto e defendendo a liberdade do indivíduo face ao poder do soberano.

Os iluministas resgataram a cidadania clássica, fundamentada na constituição da comunidade política e na participação política dentro dela.

A perspectiva da cidadania deixa de ser vertical em relação ao Estado e passa a ser horizontal, uma vez que os cidadãos estão ligados entre si na formação do Contrato Social que dá origem ao Estado.

Trata-se de uma das questões mais importantes para o exercício da cidadania, que versa justamente sobre o equilíbrio entre as liberdades públicas e os direitos e garantias individuais. O Estado deve respeitar tanto as prestações positivas quanto as prestações negativas, em sua relação com o cidadão. Deve haver estabilidade entre os planos: público e privado, bem como a proteção da coletividade frente à proteção da individualidade. Administrados e administradores possuem, na relação estatal, direitos e deveres, que devem ser preservados.

⁴⁸ Idem. p. 14.

1.2.4 – Contratualismo e o Direito Penal do Inimigo

A evolução da relação entre o Estado e o cidadão se reflete em direitos e deveres recíprocos. O resgate histórico mostra que o Iluminismo marca a Era da Razão, especialmente por proporcionar diversos impactos frente à cidadania e a relação do cidadão com o Estado. As explicações deixam de ser divinas e são justificadas pela razão. A limitação do Poder Estatal também apresenta grande importância, como meio de proteção dos cidadãos, no resguardo de seus direitos, frente ao Estado. Ainda, esta limitação também se reflete no direito a possuir e exercer os direitos. Esclarecemos que para a análise da teoria do Direito Penal do Inimigo, é imprescindível o estudo da vinculação da cidadania ao Contrato Social⁴⁹.

Isto porque o professor alemão Günther Jakobs baseia o desenvolvimento de sua teoria na postura que os indivíduos adotam frente ao Contrato Social. Desta forma, aos que respeitam o Contrato Social, e apresentam garantias de segurança cognitiva, quando cometem uma infração de natureza penal, é aplicado o Direito Penal do Cidadão. Já aos que se afastam do Contrato Social, e, portanto, não apresentam, pelo seu comportamento, nenhuma segurança cognitiva de que irão respeitar as normas, deve ser aplicado o Direito Penal do Inimigo. Gianpaolo Poggio Smanio entende que⁵⁰:

A cidadania pressupõe a liberdade para o exercício dos direitos fundamentais. A cidadania é uma condição da pessoa que vive em uma sociedade livre. Onde há tirania não existem cidadãos. A cidadania pressupõe a igualdade entre todos os membros da sociedade, para que inexistam privilégios de classes ou grupos sociais no exercício de direitos.

Ora, se a cidadania abrange a proteção humana em caráter de igualdade, liberdade e universalidade, ela se encontra em posição contrária ao entendimento de Günther Jakobs. A aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo viola toda a esfera protetiva dos direitos da dignidade humana. Antes de apresentarmos os fundamentos e a análise aprofundada sobre o conflito entre o exercício da cidadania e a Teoria do Direito Penal do Inimigo, é oportuna a apresentação de outro enfoque sobre o desenvolvimento da cidadania e a sua relação com a proteção da dignidade humana. É o que se passa a apresentar.

⁴⁹ O contratualismo busca fundamentar o respeito dos cidadãos ao Estado. Ao se submeter ao contrato social, o cidadão abre mão de parte de sua liberdade para se submeter às normas sociais, com a finalidade de conviver em sociedade. Se no Estado de Natureza, os limites nas relações sociais não são claros, e a convivência (bem como a organização da sociedade) são árduas tarefas, com a submissão dos indivíduos ao contrato, esta missão se torna mais tangível. O Direito Penal do Inimigo cuida dos indivíduos que rejeitam o pacto social. As mazelas do Estado de natureza são muito bem descritas por Hobbes.

⁵⁰ SMANIO, op. cit., p. 20.

1.3 – GARANTISMO PENAL E CIDADANIA

Esta abordagem é enriquecedora para a análise da cidadania e da preservação dos direitos frente à atuação estatal, e, conseqüentemente, a sua oposição com a teoria do Direito Penal do Inimigo versa sobre o garantismo penal⁵¹. Insta salientar que as diversas facetas de meios protetivos para a dignidade humana se complementam, e por este motivo é tão relevante a sua exposição. O idealizador desta teoria, Luigi Ferrajoli, discorre na obra *Direito e Razão* sobre diversos aspectos filosóficos e históricos acerca do direito penal, inclusive na vertente da humanização deste ramo do direito.

Dentre os inúmeros e relevantes aspectos apresentados por Luigi Ferrajoli, trataremos da importância da proteção penal na preservação da dignidade da pessoa humana. Esta preocupação encontra-se vinculada à proteção dos direitos de maneira difusa, frente à atuação estatal (em especial, na ramificação do Direito que abrange as normas penais). Norberto Bobbio, no prefácio da obra “*Direito e Razão*”, afirma que⁵²:

A aposta é alta: a elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de arbítrio do poder, particularmente odioso no direito penal.

Para a compreensão da importância do garantismo penal, é necessária a interpretação das linhas mestras da referida obra à luz do Iluminismo, e o equilíbrio entre a liberdade individual e o poder preventivo e punitivo do Estado.

⁵¹ A análise do garantismo penal encontra-se relacionada com o desenvolvimento das obras do jurista italiano Luigi Ferrajoli. Em sua obra “*Direito e Razão*”, Ferrajoli apresenta os postulados do garantismo penal, que versam sobre os parâmetros sólidos da justiça, racionalidade e legitimidade. Nesta obra, destacam-se três importantes acepções, que são relacionadas entre si: 1) modelo normativo de direito (em que o sistema jurídico seja compatível com o Estado Democrático de Direito); 2) teoria jurídica crítica (que distingue o ser e o dever ser); e, 3) filosofia política (que dispõe sobre a importância do Direito e do Estado na proteção dos direitos). Dentre os diversos desdobramentos, destaca-se a importância do garantismo penal para a tutela dos direitos individuais, frente à atuação estatal. Esta limitação se mostra como uma garantia de preservação do Estado Democrático de Direito. Insta salientar que o jurista Luigi Ferrajoli também cuida, nesta obra, do garantismo processual penal.

In: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 851-3.

⁵² BOBBIO, Norberto. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 7.

Neste sentido, a respeito da legitimação do direito de punir pelo âmbito penal, o Professor Luigi Ferrajoli apresenta o seguinte questionamento⁵³:

O problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um de seus membros é, talvez, o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito. Em que se baseia este poder não poucas vezes chamado de “pretensão punitiva” ou “direito de punir”?

O garantismo enseja uma proteção aos princípios constitucionais, bem como a busca pelo equilíbrio entre a liberdade de atuação dos homens, e do Estado. Ora, se é necessária a sistemática punitiva do Estado, para coibir a prática das infrações penais, que esta seja realizada de modo a preservar a dignidade humana, de maneira igualitária e universal, senão vejamos⁵⁴:

O sentimento dos próprios direitos fundamentais – toda outra coisa, como visto, dos próprios “direitos-poderes” – equivale, justamente pelo seu caráter universal, igualitário e indivisível, ao de outros, e por esta razão do reconhecimento dos outros como pessoas, dotadas do mesmo valor associado à própria pessoa. É deste amor próprio jurídico que deriva a disponibilidade de cada um para a luta pela defesa e a atuação dos direitos vitais próprios e de outros ou ainda pela própria (ou por outra) identidade de pessoa: para as identidades ameaçadas e a defender e para as novas identidades, a afirmar ou reivindicar.

Trata-se de um modelo ideal, que nem sempre corresponde à realidade das sociedades. Apesar de ainda não ser aplicado em sua plenitude, o garantismo penal representa uma grande conquista na proteção dos direitos e da vida humana. Os questionamentos que resultaram nesta teoria visam à proteção individual frente à atuação estatal. Estes elementos limitadores possuem como objetivo a ampliação da preservação dos direitos individuais, e a diminuição da possibilidade das ameaças dos governadores.

A ênfase do garantismo na esfera penal ocorre justamente pela preocupação com os bens mais valiosos para o ser humano: a vida, a proteção de sua liberdade e de sua dignidade. As garantias penais e processuais penais amoldam-se ao pensamento de que o direito penal deve ser a *última ratio* para a solução dos conflitos. O garantismo penal, portanto, encontra-se relacionado com a preservação do Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias fundamentais.

⁵³ FERRAJOLI, op. cit., 3. ed. p. 221.

⁵⁴ Idem. p. 869.

Radam Nakai Nunes apresenta importantes considerações sobre o tema⁵⁵:

O italiano Luigi Ferrajoli idealizador da teoria do garantismo penal, que, posteriormente, influenciará toda a sistemática de interpretação do Direito Penal e Direito Processual Penal, preconiza principalmente os valores substantivos e os direitos fundamentais da pessoa humana, adequando-se perfeitamente às finalidades do Poder Estatal de garantir as normas pragmáticas previstas na Constituição.

A teoria do garantismo penal dissemina o sistema político-jurídico destinado a assegurar a máxima correspondência entre a normatividade e a efetividade da proteção aos direitos fundamentais, apresentando como exemplo: a dignidade humana, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Marco Antônio Ferreira Lima leciona que⁵⁶:

Uma das principais características do garantismo está no seu caráter cogente e indeclinável, ou seja, a garantia compõe a própria dignidade e é imposta, sendo irrenunciável, enquanto composição da própria dignidade.

A garantia obedece ao preceito difuso, como sendo de todos, e, ao mesmo tempo, não pertencendo a ninguém.

Desta maneira, deve-se buscar o equilíbrio entre o direito do Estado, de punir, e a proteção das garantias dos acusados, especialmente na busca pela pacificação social. As limitações da atuação estatal, frente aos indivíduos, encontram previsão constitucional. Os outros ramos do Direito devem seguir e respeitar as diretrizes constitucionalmente previstas. Portanto, tanto as normas penais quanto as normas processuais penais devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com a Lei Maior dos países. Ora, se o garantismo penal visa à proteção da dignidade humana, naturalmente se encontra relacionado com o exercício da cidadania. As suas bases filosóficas asseguram tanto os direitos quanto as liberdades do acusado, além de limitarem o poder de punir do Estado. É relevante a apresentação da diferença entre a vertente repressiva e a face garantista do direito penal. Ivan Luis Marques Silva traça um paralelo entre ambos⁵⁷:

Ao contrário do aspecto repressivo, o Direito Penal garantista preocupa-se com a humanização, com a ressocialização do condenado que tece a sua liberdade restringida, com o devido processo legal e todas as demais garantias presentes na Constituição e nas leis. Ao contrário do que o raciocínio deveria impor, não busca o

⁵⁵ NUNES, Radam Nakai. *A cooperação jurídica internacional à luz do garantismo penal*. Dissertação NUNES, Radam Nakai. **A cooperação jurídica internacional à luz do garantismo penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2006. p.63-4.

⁵⁶ LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Acesso à justiça penal no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 111.

⁵⁷ SILVA, Ivan Luis Marques da. *O Direito Penal como Garantia Fundamental (o novo enfoque decorrente da globalização)*. Dissertação de Mestrado em Direito Penal. Universidade de São Paulo. 2007. p.146.

caráter abolicionista da pena, e sim, a teoria relativista ou utilitária, demonstrando, assim, uma preocupação embrionária com o princípio da proporcionalidade. Nessa vertente, sobrepõem-se as conquistas clássicas e Iluministas do Direito Penal tradicional.

Em continuidade, leciona que⁵⁸:

Em apertada síntese, Ferrajoli apresenta as duas vertentes de forma muito clara, ao mencionar que o objetivo do Direito Penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam (vertente repressiva). Fazendo uma análise geral, é a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários. Ao monopolizar a força de forma legítima – delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados -, a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os suspeitos, indiciados, réus e condenados contra as vinganças e outras reações mais severas.

O garantismo penal também busca integrar o sistema protetivo de normas constitucionais com as normas infraconstitucionais, para que a tutela repressiva e opressora do Estado, em sua função (poder-dever) punitiva, respeite os parâmetros mínimos que garantem a preservação da dignidade humana. Por este motivo, pode-se afirmar que o garantismo penal também é um meio de preservação da cidadania.

1.3.1 – Direito penal e a proteção da cidadania

A humanização do Direito Penal surge como uma resposta a todas as arbitrariedades cometidas nos julgamentos, e nas aplicações das penas, no Absolutismo. Acompanha a evolução das sociedades. Os princípios constitucionais são paradigmas e parâmetros protetivos dos indivíduos, frente ao Estado. Nesta seara, pode-se afirmar que a função do Direito Penal é, também, a proteção humana.

A legislação penal, que, em regra, classifica a tutela em duas esferas (parte geral e parte especial), visa evitar as lesões aos bens jurídicos, e prevê as respectivas sanções, em caráter repressivo, no caso do cometimento das infrações penais. Deve haver equilíbrio entre o direito de punir do Estado, e a proteção da dignidade humana, com ênfase no respeito aos direitos e

⁵⁸ Idem. p. 146-147.

garantias fundamentais. Todos os meios degradantes, e todos os tipos de tortura devem ser rechaçados. Para Luigi Ferrajoli⁵⁹:

O direito penal, porquanto circundado por limites e garantias, conserva sempre uma intrínseca brutalidade que torna problemática e incerta sua legitimidade moral e política. A pena, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que é programada e executada por uma coletividade organizada, contra um solitário indivíduo. (...) Se a propriedade privada foi dita por BECCARIA “um terrível e talvez desnecessário direito”, o poder de punir e de julgar resta, seguramente, como escreveram MONTESQUIEU e CONDORCRET, o mais terrível e “odioso” dos poderes: aquele que se exercita de maneira mais violenta e direta sobre as pessoas e no qual se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre autoridade e liberdade, entre segurança social e direitos individuais.

Percebe-se como é conflitante a relação entre o poder e o dever do Estado, de punir os infratores das normas. Tanto a análise do Direito Penal, que possui como missão, a preservação e a pacificação da sociedade, atuando preventiva e repressivamente, quanto o Direito Processual Penal, que apresenta mecanismos para a efetivação das normas de cunho material (as normas penais), precisam, conforme previamente abordado, ser interpretados à luz das normas constitucionais, bem como precisam respeitar os direitos e garantias constitucionalmente consagrados. O direito penal não possui apenas a função opressora na sociedade. É sim, também, um meio de organização social e de inibição das infrações. Uma das grandes conquistas da humanidade foi justamente o reconhecimento dos julgamentos de maneira humanizada. Sobre esta humanização da vertente repressiva do direito penal, explica Ivan Luis Marques Silva⁶⁰:

Munõz Conde afirma que falar de Direito Penal é falar de violência. Violentos são os casos tratados pelo Direito Penal, mas também violenta é a forma utilizada pelo Direito Penal para resolvê-los (com o cárcere, manicômio, suspensões de direitos, etc.)

Impossível falar em Direito Penal sem mencionar a existência dessas características apontadas como instrumentos de concretização dos ditames das normas penais, em especial, de cumprimento de seus preceitos secundários.

Entretanto, esse poder de coerção através da violência, legitimado pelo Estado Democrático, deve ter como centro de seu ordenamento de seu ordenamento a preocupação com a dignidade do ser humano e como limites de sua expansão as normas materiais constitucionais.

⁵⁹FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão Teoria do Garantismo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p. 15.

⁶⁰ SILVA, Ivan Luis Marques da. **O direito penal como garantia fundamental**: o novo enfoque decorrente da globalização. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 147.

O direito de punir apresenta claras barreiras, constitucionalmente e infraconstitucionalmente previstas. Estas limitações decorrem da conquista dos direitos, alcançados através de muitas lutas e reivindicações. O ser humano tem direito de sua proteção física, moral, religiosa e somática. Ainda é importante ressaltar uma grande conquista da humanidade: o direito de ser julgado e punido como pessoa, e com a preservação da dignidade. Antes de ser alcançado este patamar, muitas atrocidades foram cometidas e muito sofrimento foi impingido aos considerados culpados. Como exemplo ilustrativo da aceitação da tortura na antiguidade, a historiadora Lynn Hunt esclarece⁶¹:

Pela compreensão tradicional, as dores do corpo não pertenciam inteiramente à pessoa condenada individual. Essas dores tinham os propósitos religiosos e políticos mais elevados da redenção e reparação da comunidade. Os corpos podiam ser mutilados com o objetivo de impor a autoridade, e quebrados ou queimados com o objetivo de restaurar a ordem moral, política e religiosa. Em outras palavras, o ofensor servia como uma espécie de vítima sacrificial, cujo sofrimento restauraria a integridade e a ordem do Estado.

Não havia limite para a aplicação das sanções. O caráter de repressão não era pautado em nenhum parâmetro, e não havia a preocupação com a reintegração do transgressor à sociedade. Neste contexto, não é possível afirmar que a dignidade humana era respeitada. A humanização do Direito Penal se consolidou com o decorrer dos anos. Superado o momento inicial de aplicação das penas, Ivan Luis Marques Silva esclarece que⁶²:

A partir da substituição da autoridade divina pela razão humana, a lei penal, quando faltem outros instrumentos com menor incidência sobre a liberdade e a personalidade individual para uma correta e funcional intervenção, deve se encarregar de reprimir somente os comportamentos que perturbem as condições para uma pacífica coexistência em liberdade e que sejam danosos socialmente, ou seja, que atinjam bens jurídicos de conteúdo materialmente constitucional.

A preocupação com a concentração máxima de poder nas mãos do Estado e com o monopólio estatal para a resolução dos conflitos, fez com que o constituinte originário limitasse esse poder com regras de valor hierárquico máximo, imutáveis e de observação obrigatória.

Esses limites são os direitos fundamentais que se expressam em normas penais constitucionais asseguradas por instrumentos garantidores de sua aplicabilidade.

O conjunto de direitos e garantias reconhecidos garante tanto estabilidade quanto segurança jurídica para as pessoas.

⁶¹ HUNT, op. cit., p. 94.

⁶² SILVA, op. cit., p. 151.

O reconhecimento do Direito Penal do Inimigo, apresentado pelo professor Jakobs, acarreta graves consequências para o ordenamento jurídico, e para os indivíduos classificados como inimigos. Há ainda o receio do deslocamento dos critérios para a classificação dos novos inimigos estatais. Isto porque, segundo o professor⁶³:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo como pessoa, já que o contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo.

Como pode ocorrer a aceitação de uma teoria, que nega os patamares mínimos de existenciais para as pessoas? Afinal, aceitar o fracionamento do Direito Penal em dois polos: Direito Penal do Inimigo, e Direito Penal do Cidadão, significa legitimar que o Estado reconheça a condição de “não pessoa” ou “não cidadão”.

Denota, também, a supressão dos princípios processuais constitucionais, como, por exemplo, a presunção da inocência, o contraditório e a ampla defesa. Percebe-se, nesta maneira, que a legitimação desta teoria fere as conquistas de direitos e garantias humanas, que são o resultado de muita luta em resposta às arbitrariedades e barbaridades que já foram praticadas, no passado, pela humanidade.

⁶³JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40.

2 – TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS

O capítulo inaugural da presente dissertação se dedicou a apresentar um quadro progressivo geral dos direitos do homem, e, conseqüentemente, todas as conquistas humanas relacionadas ao exercício da cidadania, sob o prisma do núcleo de direitos englobado pelos seguintes ramos jurídicos: constitucional, penal e processual penal. Após a demonstração evolutiva e sistematizada dos mencionados direitos, oportuno é o corte metodológico para a análise de importantes aspectos do Direito Penal. A ênfase do presente capítulo se consubstancia na apresentação da teoria do professor Günther Jakobs, e o fracionamento das normas penais em dois planos: as aplicáveis aos cidadãos e as aplicáveis aos inimigos do Estado. Ainda, será exposta também uma série de medidas preventivas e repressivas dos crimes, à luz da proteção da dignidade humana. A evolução do Direito Penal apresenta reflexos diretos na garantia e na proteção dos direitos fundamentais e da cidadania. A fixação de critérios objetivos e de limites para a sanção estatal, em face da infração cometida garante não apenas a integridade física como também a preservação moral do apenado⁶⁴. Este progresso na garantia da preservação da dignidade humana não deve admitir retrocessos, nem a eliminação ou supressão de direitos e garantias individuais⁶⁵. Para a compreensão do avanço da proteção aos homens, e o surgimento de normas penais protetivas⁶⁶ da dignidade humana, é necessária uma breve apresentação sobre os ideais evolutivos que nortearam o Direito Penal.

⁶⁴ Alexandre de Moraes esclarece que no ordenamento jurídico brasileiro: “O art. 5º da Constituição Federal prevê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inc.III); bem como que a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 44.

⁶⁵ Sobre a proteção dos indivíduos e o princípio do não retrocesso à luz e na missão dos direitos e garantias fundamentais, entende J.J. Gomes Canotilho: “A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar lesões agressivas lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541.

⁶⁶ Oportunas são as observações de Celso Antônio Bandeira de Mello: “A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e jurisdicionado pelos textos constitucionais em geral, ou em todos assimilado pelos sistemas normativos vigentes”.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ªed. 21ªtiragem. São Paulo: Malheiros,2010.

2.1 – O PERÍODO DE HUMANIZAÇÃO DA PENA

Anteriormente esclarecemos que o Direito Penal, antigamente (desde as configurações iniciais do Direito Penal até o Absolutismo europeu – Séculos XVI e XVII), não era pautado em parâmetros claros, humanos e igualitários para a repressão das infrações e a busca pela pacificação social. Apenas com o decorrer dos anos, a partir das bases filosóficas norteadoras do Iluminismo (Século XVIII), este cunho baseado nas agressões desmedidas foi sendo transformando. Apresentamos breves aspectos das lições de Edgard Magalhães Noronha sobre a evolução histórica das idéias penais⁶⁷:

Tempos primitivos. A história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isto porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou. Claro é que não nos referimos ao direito penal como sistema orgânico de princípios, o que é conquista da civilização e data de ontem. A pena, em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com a sua justiça. Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a *vingança privada*, a *vingança divina*, a *vingança pública* e o *período humanitário*. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado.

Desta forma, no passado as penas eram aplicadas como meio de castigo cruel e desproporcional ao fato praticado, e a sua finalidade principal consistia na manutenção do poder dos soberanos. Sacrificava-se não apenas a segurança jurídica como também a igualdade entre os indivíduos, na aplicação das penas. Afinal, salvavam-se destas punições (com a impunidade os o abrandamento das penas) os escolhidos dos soberanos. Portanto, o período era marcado por grande instabilidade e insegurança no campo jurídico. O Direito Penal não apresentava, na época, critérios objetivos na busca pela pacificação social. Não havia homogeneidade no conjunto de normas repressivas.

⁶⁷ NORONHA, Magalhães E. **Direito penal**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 20.

O doutrinador apresenta, nesta obra, um capítulo intitulado “Evolução histórica das idéias penais”. Para tanto, divide o sumário nas seguintes fases: Tempos primitivos, vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário e período criminológico. Dentre estes períodos, para a presente dissertação, será abordado com maior profundidade o período humanitário, por demonstrar a humanização do Direito Penal na aplicação das penas, bem como a clara limitação, por critérios objetivos, do direito de punir, do Estado. A obra é revista e atualizada pelo professor Adalberto T.Q. de Camargo Aranha.

A respeito da aplicação das penas neste período, leciona o autor⁶⁸:

A preocupação era a defesa do soberano e dos favorecidos. Predominavam o arbítrio judicial, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas (a de morte profusamente distribuída, como entre nós vemos nas Ordenações do Livro V, e dada por meios cruéis, tais quais a fogueira, a roda, o arrastamento, o esquartejamento, a estrangulação, o sepultamento em vida etc.), o sigilo do processo, os meios inquisitoriais, tudo isso aliado a leis imprecisas, lacunosas e imperfeitas, favorecendo o absolutismo monárquico e postergando os direitos da criatura humana.

Com o decorrer do tempo, diversos questionamentos foram apontados, acerca da repressão aos crimes. O período humanitário do direito penal apresenta imensurável importância para a compreensão da necessidade da proteção dos cidadãos frente à atuação estatal. Sobre a luta pela humanização das penas e o combate à tortura⁶⁹, Lynn Hunt entende que⁷⁰:

Muito do impulso imediato para pensar sobre o assunto veio do curto e vigoroso *Dos delitos e das penas*, publicado em 1764 por um aristocrata italiano de 24 anos, Cesare Beccaria. Promovido pelos círculos de Diderot, traduzido rapidamente para o francês e o inglês e avidamente lido por Voltaire no decorrer do caso Calas, o pequeno livro de Beccaria examinava o sistema de justiça criminal de cada nação. O sistema italiano recente não rejeitava apenas a tortura e o castigo cruel, mas também – numa atitude extraordinária para a época – a própria pena de morte. Contra o poder absoluto dos governantes, a ortodoxia religiosa e os privilégios da nobreza, Beccaria propunha um padrão democrático de justiça : “ a maior felicidade do maior número”. Virtualmente todo reformador a partir de então, de Philadelphia a Moscou, o citava. (...). Beccaria ajudou a valorizar a nova linguagem do sentimento. Para ele, a pena de morte só podia ser “perniciosa para a sociedade, pelo exemplo de barbárie que proporciona, e ao objetivar a “tormentos e crueldade inútil” na punição ele os ridicularizava como “o instrumento de um fanatismo furioso”. Além disso, ao justificar a sua intervenção ele expressava a esperança de que se “eu contribuir para salvar da agonia da morte uma vítima infeliz da tirania, ou da ignorância igualmente fatal, a sua bênção e lágrimas de êxtase serão para mim um consolo suficiente para o desprezo de toda a humanidade”. Depois de ler Beccaria, o jurista inglês William Blackstone estabeleceu a conexão que se tornaria característica após a visão do Iluminismo: a lei criminal, afirmava Blackstone, deve sempre “ se conformar aos ditados da verdade e da justiça, aos sentimentos humanitários e aos direitos indelegáveis da humanidade”.

As críticas do Marquês de Beccaria se pautam primordialmente no modo da aplicação das normas penais, bem como na diferença de tratamento jurídico penal entre os indivíduos. Ora, a falta de previsão legal do ordenamento jurídico, ou ainda, a dificuldade da interpretação das

⁶⁸ NORONHA, op. cit., p. 24.

⁶⁹ Sobre a definição de tortura, é importante a transcrição do trecho do voto do Relator Ministro Dr. Eros Grau, destacada pelo Ministro Dr. Celso de Mello, na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 153/DF (DJ e -145, 05 de agosto de 2010): “A tortura, nesse contexto, constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete-se enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e até mesmo a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo”.

⁷⁰ HUNT, op. cit., p. 80-1.

normas, além da desproporcionalidade entre a pena e o fato, são alguns dos comportamentos humanos, frente à atividade punitiva do Estado que geraram insegurança, injustiças e revoltas na população. Ainda, com este contexto era plenamente possível que pessoas que praticassem as mesmas infrações recebessem punições completamente distintas. A subjetividade na esfera punitiva, bem como o emprego de todos os meios para o alcance dos objetivos, especialmente na esfera da confissão (principalmente por intermédio da tortura) já não poderiam mais ser aceitos, sendo latente a sua incompatibilidade com a estabilidade do ordenamento jurídico.

Importantes são os dados trazidos por Lynn Hunt acerca da utilização da tortura para o reconhecimento da prática de um crime, bem como a sua precariedade na busca pela verdade dos fatos⁷¹:

Sobre a tortura: A principal dessas preposições era a de que a tortura podia incitar o corpo para falar a verdade, mesmo quando a mente individual resistisse. Uma longa tradição fisionômica na Europa tinha sustentado que o caráter podia ser desvendado a partir das marcas ou sinais do corpo. No final do século XVI e no século XVII foram publicadas várias obras sobre “metoposcopia” prometendo ensinar os leitores a interpretar o caráter ou a sorte de uma pessoa a partir das linhas, rugas ou manchas da face.

Assim, o criminoso podia dissimular, e o inocente podia muito bem confessar um crime que não cometera. Como Beccaria insistia ao argumentar contra a tortura, “o robusto escapará e o fraco será condenado”. A dor, na análise de Beccaria, não podia ser “o teste da verdade, como se a verdade residisse nos músculos e fibras de um desgraçado sob tortura”. A dor era meramente uma sensação sem conexão com o sentimento moral.

Ainda, esclarece a historiadora que⁷²:

A aplicação privada da tortura tornava-a especialmente repulsiva aos olhos de Beccaria. Significava que o acusado perdia a sua “proteção pública” mesmo antes de ser considerado culpado, e que qualquer valor impeditivo da punição também se perdia. Os juízes franceses também começavam claramente a sentir algumas dúvidas, sobretudo a respeito da tortura.

Estes questionamentos foram de extrema importância para a remodelagem de vários aspectos das normas penais. É o que se passa a expor, com arrimo nas lições de Beccaria, especialmente no que tange à importância da escolha dos homens, para a legitimação do

⁷¹ HUNT, op. cit, p. 101.

⁷¹ Idem.. p. 102.

Estado, para a aplicação do sistema normativo penal, tanto em âmbito preventivo quanto repressivo⁷³:

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo. (...). A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o direito de punir. Todo exercício do poder que desse fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo. As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano proporcionar aos súditos.

A ideologia contida nesta obra (*Dos Delitos e das Penas*) marca uma nova maneira e configuração sobre o direito e o dever de Estado, tanto na prevenção quanto na repressão as infrações criminosas. Busca, ainda, a submissão de todos à mesma Lei, além do tratamento dos indivíduos como pessoas, ou seja, sujeitos de direitos.

Ou seja, todos devem se submeter ao mesmo conjunto de normas penais, o que consolida a ideologia da igualdade de todos perante as leis. Para a aplicação da sanção, é necessária a análise individual do caso concreto. Trata-se de medida que garante o tratamento digno do transgressor, afinal, esta análise fixa os parâmetros exatos para a resposta do Estado à sua infração cometida⁷⁴.

Este conjunto de medidas é de vital importância para o equilíbrio entre a atuação estatal e a repressão dos infratores. Se no passado todos estavam submetidos às vontades dos soberanos, os critérios punitivos eram subjetivos, e permitiam que fosse admitida a tortura, atualmente esta é vedada, e há preocupação expressa em se preservar a condição de pessoa humana, na repressão criminal.

⁷³ BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 19-20.

⁷⁴ O Código Penal Brasileiro estabelece, em seu artigo 59, que o magistrado deve observar os seguintes critérios para fixar a pena: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente. Também deve analisar os motivos, circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima. A aplicação da pena deverá visar tanto a reprovação quanto a prevenção do crime. A individualização da pena é, na realidade brasileira, um direito constitucionalmente garantido, previsto no art. 5º, XLVI. As normas infraconstitucionais apresentam os parâmetros para a fixação e aplicação penal.

Manuel Monteiro Guedes Valente⁷⁵ discorre sobre a importância de Beccaria para a garantia dos direitos dos seres humanos, de serem tratados como pessoas, e a sua relação com o direito penal⁷⁶:

BECCARIA afirma a personalidade e a dignidade do homem que não pode ser tratado como coisa, mas como pessoa. Caso assim não se opte, já não estamos mais a falar de Direito e muito menos de Direito penal, mas de arbítrio e de despotismo. Os *Delitti* trazem para o discurso penal valores fundamentais do iluminismo, cuja legalidade se apresenta como fonte legitimante e limitadora do *ius puniendi* e assenta na igualdade penal e nas garantias processuais penais.

Portanto, conforme previamente aclarado, o sujeito ativo da infração criminosa tem reconhecido o seu direito de ser julgado e apenado como pessoa. Esta foi uma das grandes conquistas para a manutenção e garantia da dignidade humana. A condenação criminal deve respeitar os parâmetros legalmente fixados e garantir o respeito a todos os direitos inerentes à pessoa humana.

O Iluminismo apresentou uma nova visão para o Direito Penal, baseando-se na proteção da legalidade, e da igualdade. A visão humanista do Direito Penal também protege a dignidade da pessoa humana, impedindo o tratamento punitivo degradante, e valorizando a pessoa humana.

2.2 - DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO A TER DIREITOS EM EQUILÍBRIO COM A FUNÇÃO PUNITIVA DO ESTADO

A dignidade humana é um sobreprincípio no ordenamento jurídico. Esta a proteção pode ser analisada sob o prisma nacional, e internacional, e em todas as ramificações do direito. Nacionais e estrangeiros possuem direitos que devem ser garantidos e respeitados. Afinal, a proteção ao ser humano possui cunho universal.

⁷⁵ A obra *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo O “Progresso ao Retrocesso”*, de Manoel Monteiro Guedes Valente, teve por base um trabalho inicial sobre Política Criminal, apresentado pelo Professor Doutor Guilherme Cunha Werner, na Academia Nacional de Política, no Departamento da Polícia Federal, apresentado em 2009.

⁷⁶ VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso**. São Paulo: Almedina, 2010. p. 44.

A respeito da proteção da dignidade humana, dos direitos humanos e do direito constitucional internacional, e os riscos sobre a vulneração destes, Flávia Piovesan entende que⁷⁷:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou assim a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como fonte do Direito. Diante desta ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Neste cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.

Em síntese, portanto, conclui-se que é importante analisar o direito penal sob a ótica, proteção e égide do direito constitucional. O direito penal é aplicado na prevenção e na repressão das condutas e infrações tipificadas, e é direito do infrator ser punido como pessoa, e dever do Estado a aplicação de medidas para a garantia deste tratamento. Ainda, é direito do infrator o recebimento da punição prevista e consubstanciada no ordenamento penal. Logicamente, a aplicação da pena, em cada caso, enseja a análise do conjunto probatório de maneira individualizada. É relevante que se perceba que o ordenamento jurídico, na esfera penal, já possui meios de individualização e de execução⁷⁸ da pena. O direito penal, portanto, é uma das ramificações do direito que deve garantir o tratamento igualitário e digno para as pessoas, as vítimas e os infratores. As bases filosóficas defendidas pelo professor Jakobs se voltam para a direção completamente contrária a todo o núcleo de direitos mínimos para a garantia da dignidade humana. O direito penal do cidadão se diferencia do direito penal do inimigo em diversos aspectos. Günther Jakobs apresenta a importância do posicionamento do infrator frente à estrutura normativa dos Estados, e a consequente aplicação do conjunto de normas penais – ou protetivas do cidadão ou neutralizadoras do inimigo⁷⁹:

Há muitas outras regras do Direito Penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa. Assim, por

⁷⁷PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 140.

⁷⁸No ordenamento jurídico brasileiro, a execução da pena é prevista na Lei nº. 7210, de 11 de julho de 1984. Merecem destaque os artigos 1º (a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado) e 3º (ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei) que, respectivamente, cuidam dos objetivos da legislação e a preservação de direitos do apenado.

⁷⁹JAKOBS, op. cit., 4.ed., 33-4.

exemplo, o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas assim como, em geral, no que tange aos crimes.

Desta maneira, é muito clara a diferença entre o tratamento jurídico que o cidadão e o inimigo irão receber do Estado. Enquanto o cidadão lesa e fere uma norma de cunho penal, este receberá a pena em caráter retributivo, amparado nas garantias previstas legislação. Sua condição de cidadão não é retirada. O infrator-cidadão recebe a sua punição, proporcional ao fato cometido, sem perder a qualidade de pessoa. Ao inimigo, ao contrário, nos dizeres do professor Jakobs, “diminui-se a disposição em tratar o delinquente como pessoa”. Neste ponto, abrem-se os questionamentos e as críticas acerca da teoria. É possível a legitimação do Estado para retirar a condição e o tratamento como pessoa, do ser humano? Manuel Monteiro Guedes Valente cuida da dicotomia entre os dois pólos de normas penais, previstos pelo Professor Jakbos. Entende o autor, sobre o Direito Penal do Cidadão que⁸⁰:

Este pensar obriga a vigência de um Direito penal que atua não porque a pessoa representa um perigo para a segurança cognitiva comunitária, mas porque a pessoa provocou um dano na sociedade com a sua conduta – emergente de uma lesão ou da colocação em perigo de um bem jurídico tutelado jurídico-criminalmente -, ou seja, inflingiu um mal e do qual deverá ser responsabilizado como cidadão e não como uma *coisa* ou um *animal*.

O fracionamento do Direito nestas ramificações representa um golpe para todas as conquistas que foram se construindo com o decorrer dos anos, em relação à humanização do Direito Penal. São colocadas em xeque todas as garantias dos indivíduos, perante as limitações estatais para a aplicação das sanções, como resposta pelas transgressões penalmente previstas e cometidas. Surge insegurança também quanto à proteção, garantia e manutenção dos princípios⁸¹ constitucionais. A humanização e a valorização da proteção humana ganham espaço no momento vivenciado após a Segunda Guerra Mundial, junto com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de Dezembro de 1948. Insta salientar que a Segunda Guerra Mundial foi fortemente marcada pela crueldade e pelas atrocidades

⁸⁰VALENTE, op. cit., p. 46.

⁸¹ Importantes são as lições trazidas por Eros Roberto Grau: “Os princípios em estado de latência existentes sob cada ordenamento – isto é, sob cada direito posto – repousam no direito pressuposto que a eles corresponda. Nesse direito pressuposto os encontramos ou não os encontramos, de lá os resgatamos se neles preexistirem. (...) O que importa neste passo enfatizarmos é que o direito pressuposto é a sede dos princípios”> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito**. 3ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.p.144-145.

humanas. Manoel Monteiro Guedes Valente apresenta as suas ponderações a respeito da universalidade da dignidade humana⁸²:

O baluarte da dignidade da pessoa humana impõe aos Estados que tratem os seus membros – todos sem exceção – como cidadãos depositários de direitos, liberdades e garantias processuais penais.

O Direito penal do cidadão, aquele que infringindo as normas jurídico-criminais não ameaça a segurança cognitiva da comunidade, nem gera um sentimento de perigosidade, onera os Estados a criarem um Direito penal humanista e a promoverem um processo penal dentro do garantismo: dotado de garantias que possam permitir uma defesa condigna e uma auto responsabilização do fato criminoso e a futura reintegração do agente na sociedade.

Adite-se que a existência de garantias processuais penais não significa impunidade e muito menos poderá significar garantia de que pode ou está legitimado a delinquir. Garantismo significa a existência de normas processuais penais que possibilitem ao inocente provar sua inocência ou a justificação ou exculpação do seu comportamento. O Direito penal do cidadão exige que se olhe o Direito processual penal como o Direito por excelência dos inocentes.

O criminoso deverá reparar os danos cometidos, mas, para tanto, devem ser respeitados os seus direitos e garantias fundamentais. Percebe-se que a teoria amplamente defendida pelo Professor Günther Jakobs se mostra incompatível com o Estado Democrático de Direito por, justamente, aceitar a presença de cidadãos e inimigos (ou, ainda, pessoas e não-pessoas). Merecem profunda reflexão as consequências para a eliminação da condição de pessoa. Trata-se da exclusão plena deste indivíduo do seio social, bem como o banimento de todos os seus direitos.

2.3 – A TEORIA DE HANS WELZEL: BREVES ASPECTOS

Para o aprofundamento sobre a missão do Direito Penal nas sociedades, é imprescindível a abordagem de mais um aspecto: as considerações do Professor alemão Hans Welzel, que foi professor titular de Filosofia do Direito e Direito Penal na Universidade de Bonn, na Alemanha. Isto porque o Professor Günther Jakobs se baseou muito em seus ensinamentos para o desenvolvimento de sua carreira e de suas pesquisas na área jurídica. O Professor Welzel, nascido em 1904 e falecido em 1977, foi criador de um novo sistema jurídico-penal. Ainda, apresentou grande influência, ao afirmar que todas as condutas humanas são dirigidas a um fim.

⁸² VALENTE, op. cit., p. 49.

Segundo Hans Welzel⁸³:

O direito penal é a parte do ordenamento jurídico que determina as ações de natureza criminal e as vincula a uma pena ou medida de segurança. É missão da ciência do direito penal desenvolver o conteúdo dessas regras jurídicas em sua conexão interior, isto é, sistematicamente, e interpretá-las.

Ainda, sobre a função ético-social do Direito Penal, entende o Professor que⁸⁴:

É missão do direito penal amparar os valores elementares da vida da comunidade. Toda ação humana, seja no bom como no mau, está sujeita aos aspectos distintos de valor. Por uma parte, pode ser valorizada segundo o resultado que alcança (valor do resultado ou valor material); por outra parte, independentemente do resultado que se obtenha com a ação, segundo o sentido da atividade em si mesma (valor do ato).

Hans Welzel apresenta importantes considerações acerca do finalismo penal, e a análise do crime como resultado da atividade humana⁸⁵. Günther Jakobs é considerado um dos últimos discípulos de Hans Welzel. Com base nas lições de seu mestre, Jakobs apresenta a sua concepção sobre o Direito Penal. As duas concepções divergem, pois Jakobs discorda da dogmática ontológica prevista no finalismo welzeniano, e propõe a existência de uma nova concepção sobre o Direito Penal, que não se limita aos conceitos de adequação social, princípio da confiança e risco permitido.

Jakobs apresenta uma nova visão de prevenção, para o Direito Penal. Este mecanismo de prevenção para a proteção da sociedade retoma a ideologia do Direito Penal do Autor (em que a pessoa responde pelo que é, e não pelos fatos que praticou), que é de extrema subjetividade. O pensamento do Professor Jakobs é uma resposta à nova realidade vivenciada. Está relacionado com os novos desafios da sociedade moderna, dentre os quais destacaremos para o presente estudo a sociedade de risco⁸⁶, a violência no imaginário⁸⁷, o receio da

⁸³ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Antônio Celso Rezende. São Paulo: Romana, 2003. p. 27.

⁸⁴ Idem.. p. 27-8.

⁸⁵ A Teoria Finalista da Ação difere em diversos aspectos da Teoria Causalista da ação. A principal diferença consiste no seguinte aspecto: a primeira considera para a imputação da conduta ao agente a intenção, a finalidade perseguida pelo autor. Em contrapartida, a segunda não se pauta nesta essa análise, baseando-se um momento posterior, que consiste na aferição da culpabilidade.

⁸⁶ A sociedade de risco (e os traços para uma nova modernidade) é tratada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck. O conceito de sociedade de risco se encontra relacionado com o novo contexto proporcionado pela globalização, especialmente na possibilidade da ocorrência de riscos, que podem ocorrer em qualquer momento e qualquer lugar.

ineficácia das normas penais frente às novas modalidades de práticas criminosas. Estes temas serão apresentados detalhadamente em momento oportuno. Conforme anteriormente explicado, é impossível contextualizar o Direito Penal Moderno sem a volta aos princípios clássicos do Direito Penal. Através da análise dos referidos princípios é possível a apresentação das críticas tanto ao Direito Penal do Autor quanto ao Direito Penal do Inimigo. A humanização do Direito Penal, e busca para que a resposta do Estado seja apresentada aos fatos praticados pelo indivíduo, exclui a possibilidade de punição com base na sistemática do Direito Penal do Autor. Além disso, se busca a homogeneidade das normas penais, e este é mais um contraponto com a classificação do Direito Penal em dois ramos.

2.4 – BREVE ANÁLISE ACERCA DO DIREITO PENAL DO CIDADÃO

O Direito Penal atua nas esferas: preventiva e repressiva. Portanto, deve-se evitar o cometimento do crime, e, no caso de ocorrência do mesmo, cabe ao Estado apresentar uma resposta para o fato cometido (trata-se das seguintes atividades estatais: *jus perseguendi* e *jus puniendi*). A atuação deve ocorrer dentro dos limites constitucionais e legais, para a proteção dos direitos e garantias individuais, bem como para o exercício da cidadania. Afinal, o ônus de se arcar com uma acusação de caráter penal é imenso e deve ser pautado pelos limites constitucionalmente previstos. Delineado o conceito do Direito Penal, e considerando a existência de dois polos, como propõe o professor Jakobs, apresentemos a sua opinião acerca do Direito Penal do Cidadão⁸⁸:

⁸⁷ Sobre a violência no imaginário, entendem Maria Cecília Sanches Teixeira e Maria do Rosário Silveira Porto, no artigo “Violência, insegurança e imaginário do medo”: “Dentre os fatores externos que, sem dúvida, contribuem para aumentar os níveis de violência na escola, lembramos as condições sócio-econômicas, os níveis cada vez mais absurdos de miséria e pobreza de uma camada da população que se elevam aceleradamente, a disseminação do uso de drogas entre os adolescentes, a psicologização da educação e a permissividade que ela gerou, o descompasso entre a escola e a tecnologia cada vez mais sofisticada deste final de século, a falta de equipamentos de esporte e lazer, na maior parte das cidades e dos bairros, destinados às crianças e aos adolescentes. Nesse contexto, a violência é entendida como um saldo negativo e anacrônico de uma ordem bárbara que precisa ser controlada a qualquer preço ou como resposta a uma sociedade geradora de rejeições, de exclusões, expressão de xenofobia e de recusa do Outro. Tal situação vem contribuindo para o desenvolvimento de um imaginário do medo, cujas conseqüências podem estar influenciando o aumento da violência ou seu tratamento inadequado”.

SANCHES TEIXEIRA, Maria Cecília; SILVEIRA PORTO, Maria do Rosário. Violência, insegurança e imaginário do medo. Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>>. Acesso em: 3 mai. 2012.

⁸⁸ JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Organização Luiz Moreira e Eugêncio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 1.

Quando se fala, aqui, de Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, fala-se de dois tipos ideais, que é praticamente impossível encontrar realizados em suas respectivas formas puras: mesmo na aparição de um fato cotidiano que desperte pouco mais que enfado – Direito Penal do Cidadão – imiscui-se, ao menos, uma leve defesa contra perigos futuros – Direito Penal do Inimigo - e até mesmo o terrorista mais apartado do cidadão é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, quando lhe são concedidos, no processo penal, os direitos de um acusado cidadão. Logo, não se pode tratar de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de *um único* mundo ou de mostrar duas tendências opostas de *um único* contexto do Direito Penal. Essas tendências podem muito bem se sobrepor, isto é, uma, a do tratamento do agente enquanto pessoa; e a outra, a do tratamento do agente como fonte de perigo ou como meio de intimidação de outros.

O Direito Penal do Cidadão, desta forma, significa a punição às infrações cometidas, de acordo com todos os parâmetros e diretrizes de proteção à dignidade humanas, constitucionalmente previstas, tanto em âmbito material quanto em âmbito processual.

Günther Jakobs entende que o Estado pode adotar duas posturas, frente ao delinquente⁸⁹:

O Estado pode considerá-los como cidadãos delinquentes, pessoas que cometeram um erro ou, então, como indivíduos que devem ser impedidos, mediante coação, de destruir o ordenamento jurídico. Ambas as visões têm, em determinadas partes, seu âmbito legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que podem ser aplicadas no âmbito errado.

Dentre os dois núcleos de normas penais que podem ser aplicados, segundo esta teoria, o Direito Penal do Cidadão se aplica a todos os infratores que, após terem cumprido a condenação, se readaptarão ao convívio social. O cidadão é a pessoa que oferece as garantias e a fidelidade ao Pacto Social, e por este motivo, merece do Estado toda a proteção em sua atividade punitiva.

É inegável a necessidade do emprego de esforços e medidas para o combate ao crime organizado, bem como a luta contra a prática do Terrorismo. Para tanto, devem ser utilizados os instrumentos (preventivos e repressivos) adequados. Também é necessário esclarecer que o combate à estrutura do crime organizado enseja um tipo de política criminal diferente e mais rigoroso. Mas a busca pela pacificação social, com ênfase na repressão às práticas criminosas deve ocorrer dentro dos limites legalmente e constitucionalmente previstos. As ações que ocorrem ao arrepio da lei, e comportam meios de combate aos indivíduos que, segundo o

⁸⁹Idem., p. 17.

Professor Jakobs, se afastam do Direito, que violam a dignidade da pessoa humana devem ser repelidas do ordenamento jurídico.

Serão apresentados alguns dos instrumentos utilizados na repressão do crime organizado, que preservam os princípios norteadores da dignidade da pessoa humana. Em nenhum dos mecanismos de combate a estas modalidades de infração criminosa é retirada a condição de pessoa humana dos infratores. Portanto, para o combate das infrações penais, não é necessária a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo.

2.5 – MEDIDAS DE COMBATE À CRIMINALIDADE E PRESERVAÇÃO DA CIDADANIA

A apreciação da teoria do Direito Penal do Inimigo encontra-se profundamente vinculada com a análise do crime, inclusive em sua modalidade organizada, bem como a postura do infrator frente ao contrato social. Afinal, para o professor Jakobs, é inimigo do Estado quem se desvincula das normas previstas no pacto social, e o infrator que pratica os crimes com o suporte da criminalidade organizada rivaliza com a estrutura da segurança pública delineada pelo Estado.

A estrutura organizada do crime apresenta a potencialização das práticas criminosas, e em veios peculiares. Muitas das quadrilhas aperfeiçoam o *modus operandi* justamente por atuarem especificamente em um tipo de modalidade criminosa. A liderança e a hierarquização das funções, distribuídas entre os infratores, além da especialização dos criminosos são elementos que proporcionam maiores riscos para a população, e, portanto maior vulneração da segurança.

Mas afinal, o que é o crime, em sua vertente organizada? Quais são as maiores dificuldades para a desarticulação desta modalidade criminosa? Estes questionamentos são de extrema importância, especialmente pela necessidade da repressão ao crime organizado, em âmbito nacional e internacional. Cumpre antes ressaltar que a definição de crime organizado é uma das mais polêmicas e divergentes da doutrina. Apesar destas dificuldades, busca-se

estabelecer elementos que configurem a atuação da criminalidade organizada. Rodrigo de Campos Costa esclarece que⁹⁰:

A tarefa de estabelecer o conceito sobre o crime organizado é deveras difícil, haja vista a existência de diversos fatores que influenciam no estabelecimento de seu conceito.

Esses fatores são de cunho social, filosófico, ideológico, territorial, todos com diversas variantes, de modo que uma definição que atenda os anseios de todos esses fatores é, praticamente, inviável, senão impossível, isso sem falar na conceituação jurídica, a qual, irremediavelmente, segundo posicionamento adotado terá reflexos na dignidade da pessoa humana, com medidas, tanto de direito substantivo ou adjetivo, suprimindo garantias individuais.

Marcelo Mendroni, discorrendo sobre o tema, entende que o crime organizado é⁹¹:

Qualquer cometido por pessoas ocupadas em estabelecer uma divisão de trabalho: uma posição designada por delegação de trabalho: uma posição designada por delegação para praticar crimes que como divisão de tarefa inclui, em última análise, uma proteção para o corruptor, uma para o corrompido e uma para o mandante.

Apesar da visão divergente entre os doutrinadores acerca da uniformização deste conceito, Guaracy Mingardi apresenta as características mais marcantes da criminalidade organizada, bem como ramifica a sua existência em três modalidades, senão vejamos⁹²:

O que o define (o crime organizado) são algumas características que o tornam diferente do crime comum. Essas características, para a maioria dos autores, são cinco:

1. Hierarquia;
2. Previsão de lucros;
3. Divisão do trabalho;
4. Planejamento empresarial;
5. Simbiose com o Estado.

As quatro primeiras características, que são encontradas em toda atividade empresarial moderna, foram apenas adaptadas pelas organizações criminosas. (...). Outra característica marcante do crime organizado é que ele tem três modalidades: a tradicional, a empresarial e a endógena.

A criminalidade organizada enseja um combate de modo diferente do que o crime praticado sem esta estrutura. A respeito das referidas modalidades, esclarece que⁹³:

⁹⁰ COSTA, Rodrigo de Campos. **Formas de enfrentamento à criminalidade organizada**. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 84-85.

⁹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 6.

⁹² MINGARDI, Guaracy. O trabalho da inteligência no controle do crime organizado: 2007. Artigo científico de Estudos Avançados em Direito Penal, p. 51-9.. Disponível em: <[http:// www.scielo.com.br](http://www.scielo.com.br)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

As organizações da primeira modalidade, “tradicional”, possuem um modelo de relacionamento entre os membros baseado no apadrinhamento. Um membro recomenda um calouro e, a partir de então a carreira dos dois fica interligada. (...). Já a modalidade “empresarial” é marcada por transpor para o crime alguns princípios modernos de administração. As relações entre os membros são apenas de trabalho, sem nenhum vínculo mais forte. (...). As que seguem a modalidade “endógena” são aquelas que nascem dentro de determinadas instituições, visando aproveitar vantagens ilegais que não estão acessíveis aos “de fora”.

A articulação de pessoas, para a prática organizada e estruturada de crimes ocorre tanto em âmbito nacional quanto internacional. Desta maneira, não podemos citar apenas a realidade brasileira.

Para a complementação da pesquisa, na busca para a definição do que seja o crime organizado, é necessária a leitura da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.5.015, de 12 de março de 2004), conhecida também como Convenção de Palermo⁹⁴. Guilherme Madeira Dezem discorre a respeito de sua abrangência⁹⁵:

É certo que referida convenção cuida tão somente da criminalidade organizada transnacional (que é aquela que atua para além das fronteiras nacionais), não cuidando das organizações criminosas nacionais. Contudo, é razoável admitir a integração desta norma no sistema legal brasileiro como forma de identificação do conteúdo da criminalidade organizada, tendo em vista tratar-se do mesmo fenômeno, apenas com diferença espacial de atuação.

Embora não exista um conceito uno, doutrinariamente definido, sobre a criminalidade organizada, é certo que a repressão a esta configuração de crime não exclui dos infratores a

⁹³ MINGARDI, op. cit.p. 57-8.

⁹⁴ O objetivo da presente Convenção é a promoção da colaboração internacional para a prevenção e o combate de modo mais eficaz da criminalidade organizada transnacional. A Convenção aponta, em seu artigo 2º, “a”, os elementos que definem o conceito de grupo criminoso organizado:

Artigo 2. Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

CONVENÇÃO DE PALERMO. Disponível em : <<http://www.planalto.gov.br/D5015>. Acesso em: 7 abr. 2012.

⁹⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. *Crime Organizado*. In Legislação Penal Especial Volume 2. Coordenação Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, Paulo Henrique Aranda Fuller. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 149.

condição de pessoa. Portanto, a legislação repressiva adota medidas rigorosas para a desarticulação desta modalidade criminosa, mas que são diferentes dos moldes da teoria apresentada pelo professor Günther Jakobs. Inúmeros são os instrumentos e mecanismos legais utilizados para o combate ao crime organizado. Dentre eles, destacamos, na legislação brasileira, a escuta telefônica, ação controlada, a presença de agentes infiltrados nas operações, dentre outros. Para que se combata o crime organizado, assim como o terrorismo, não é necessário que se retire do criminoso a condição de cidadão, ou de pessoa. O combate a estes criminosos não enseja a classificação como Inimigos do Estado. Ou seja, é plenamente possível a conciliação entre a repressão da prática das infrações criminosas e a preservação da condição de ser humano, na aplicação das penas para os criminosos. As medidas repressivas são aplicadas de maneira diferente no crime organizado e no crime comum. Entende Guilherme Madeira Dezem⁹⁶:

Com efeito, não há que se distinguir as duas esferas de criminalidade do ponto de vista do afastamento dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Se é certo que a criminalidade organizada merece tratamento diferenciado das outras formas de criminalidade, também o é que não se pode transigir com os direitos humanos fundamentais.

Desta forma, é necessário o equilíbrio entre a repressão penal, e a busca pela manutenção da organização social. Em mesmo sentido, Luiz Regis Prado⁹⁷:

O Direito Penal compatível com um Estado Democrático de Direito deve ser liberal, democrático e garantista. Logo, uma teoria que se fundamente na separação entre pessoas e não-pessoas, a partir de um conceito meramente *normativo*, descartando flagrantemente o aspecto ontológico da condição de ser responsável e capaz de se portar conforme ou contra o preceito normativo inerente a todo ser humano, criando, dessa forma, uma "pessoa normativizada", não possui qualquer reflexo positivo. De outro lado, essa discussão não teria relevância em um Estado totalitário, em que o Direito Penal como um todo é voltado para o combate aos "inimigos" do Estado. Todavia, não se pode afirmar que todas as formas de delinquência devam ser tratadas da mesma forma. O Estado pode utilizar os próprios mecanismos para possibilitar persecução e punição mais eficazes a determinadas formas de criminalidade, sem rechaçar os preceitos lhe fundamentam, por meio do fortalecimento de medidas de prevenção, aparelhamento e modernização de instituições já existentes, dificultar a concessão de certos benefícios processuais e de execução penal com base em requisitos objetivos, sem que isso implique a supressão de tais benefícios, etc.

⁹⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. Crime organizado. In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; Fuller, Paulo Henrique Aranda (Coord.) **Legislação penal especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 146.

⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. Direito penal do inimigo: 2009. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br>>. Acesso em: 9 abr. 2012.

Tendo em vista a possibilidade de conciliação entre a repressão ao crime organizado e o respeito à dignidade humana, passemos para a análise de instrumentos legalmente previstos, para este combate. Rodrigo de Campos Costa apresenta diversas formas de enfrentamento à criminalidade organizada. O autor aponta os seguintes instrumentos deste combate e repressão:

- Ação controlada;
- Infiltração de agentes;
- Interceptação telefônica;
- Interceptação ambiental; e
- Delação premiada.

Todos estes mecanismos apresentam-se à luz do garantismo penal⁹⁸:

O binômio garantia e eficiência consiste na pedra fundamental do processo penal contemporâneo, sobretudo naqueles que têm como fundamento o Estado Democrático de Direito.

O binômio - garantia e eficiência – deve sustentar-se equilibrado, sob pena de afronta ao Estado Democrático de Direito e o cometimento de enormes injustiças, seja em desfavor do investigado, seja em desfavor da própria sociedade, que já vivenciou regimes totalitários e ditatoriais, nos quais eram suprimidas diversas garantias e direitos fundamentais, sob o manto da ilegítima proteção e manutenção da paz social.

Frente ao quadro do avanço da criminalidade, é fundamental a atualização dos instrumentos e mecanismos de combate ao crime organizado, mas sempre respeitando os direitos e garantias fundamentais. Retomemos então o rol de ações, extraído das lições de Rodrigo de Campos Costa, para uma breve explicação sobre os supracitados mecanismos de combate ao crime organizado, na legislação brasileira:

2.5.1 - Ação controlada

Trata-se de um instituto trazido pela Lei nº. 9.034/95, em seu art. 2º, inciso II. Insta salientar que esta Lei apresenta grande relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, por dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e para a repressão do crime organizado.

⁹⁸COSTA, op. cit., p. 100.

Segundo a legislação, a ação controlada consiste no retardamento da interdição policial do que se supõe serem ações praticadas por organizações criminosas ou a ela vinculadas.

A ação deve ser mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. É de extrema utilidade para o monitoramento e a análise dos movimentos realizados pelas quadrilhas. Posterga-se o flagrante para o momento mais adequado, para a desarticulação da organização criminosa.

Previsão similar existe no artigo 20 da Convenção de Palermo, que dispõe sobre a entrega vigiada. Este instituto, da entrega vigiada, apresenta grande eficiência no combate do narcotráfico, afinal, permite-se que se acompanhe o carregamento de drogas, sem interceptação no percurso necessário, pois, quando as drogas chegam em seu destino final, consegue-se identificar os responsáveis e os membros da quadrilha.

2.5.2 - Infiltração de agentes

A infiltração de agentes também está prevista na Lei nº. 9.034/95, em seu artigo 2º, V. Trata-se, portanto, de mais um instrumento eficaz de combate à criminalidade organizada. Isto porque, nesta vertente de combate ao crime organizado, policiais ou agentes de inteligência (entende-se por agentes de inteligência os pertencentes ao sistema brasileiro de inteligência – SISBIN – instituído pela Lei nº. 9.883/99, regulamentado pelo Decreto 4376/2002) se infiltram nas organizações criminosas, com a finalidade de obtenção de maior quantidade de dados, e informações, para o desarticulamento das quadrilhas. No ordenamento jurídico brasileiro, para esta ação, é necessária a autorização judicial. Maria Jamile José, porém, entende que este meio é um mal necessário aos direitos constitucionalmente previstos⁹⁹:

Fica claro que a infiltração de agentes é meio de investigação de prova extremamente agressivo aos direitos e garantias previstos em nossa Constituição da República. No entanto, devido às características peculiares das organizações criminosas, que dificultam ao máximo – se não impedem – a obtenção de provas para a persecução penal dos delitos a elas relacionados, é necessário que se na referida figura como “mal necessário” no combate ao crime organizado. Importa, assim, verificar a possibilidade de compatibilizar a utilização da figura da infiltração de agentes com as liberdades individuais garantidas pela Constituição da República, fazendo com que a restrição a estas, uma vez inevitável, seja reduzida ao

⁹⁹ JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 128-9.

seu mínimo. É que, para o emprego de meios excepcionais, se faz necessária a observância de cautelas excepcionais.

Ainda, imprescindível que se tenha em mente sempre o caráter excepcional da medida em questão, não se justificando, sob nenhuma hipótese, qualquer alargamento em seu âmbito de aplicação.

Concluindo que se trata de uma medida cogente, a autora ainda apresenta o dilema ético que envolve a utilização da infiltração policial¹⁰⁰:

Muito embora a infiltração de agentes possa ser considerada um método, pelo menos em princípio, eficaz para a investigação de provas nos delitos relacionados à criminalidade organizada, inúmeros são os questionamentos suscitados com a inclusão em nosso ordenamento jurídico, mormente os de caráter ético – o que não nos causa nenhuma surpresa, visto que se trata de um instituto que se propõe a elucidar crimes ao mesmo tempo em que se arrisca a cometê-los.

Apesar das referidas críticas, entendemos que a infiltração policial é um instrumento eficaz no combate à criminalidade organizada, e, por este motivo, a sua utilização apresenta uma resposta positiva na busca pela redução da criminalidade organizada.

2.5.3 - Interceptação telefônica

Trata-se de tema recorrente nos Tribunais, sobre a validade das provas obtidas através de monitoramento telefônico. A previsão legal, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se disposta na Lei nº. 9296/96, e encontra amparo constitucional (art. 5º, XII, CF/88). Apesar de ser uma medida muito eficiente para o mapeamento da atuação criminosa, é necessário observar as restrições legalmente previstas para a sua utilização. Isto porque a violação ao sigilo telefônico viola o direito à intimidade, que é constitucionalmente tutelado.

Curioso é observar que esta Lei não estabelece os casos em que a interceptação será admitida. Ao contrário, a Lei elenca as situações em que a interceptação não poderá ser admitida. São seguintes casos: quando não existirem indícios razoáveis ou da autoria ou da participação no cometimento da infração penal; quando a prova puder ser realizada de outra maneira ou quando o fato investigado for punido com pena de detenção. Portanto, se a prova puder ser produzida por outros meios, a interceptação não é admitida.

¹⁰⁰ JOSÉ, op. cit., p. 81.

A legislação autoriza que a interceptação seja realizada tanto nos casos de autoria quanto de participação dos infratores. Analisando a sistemática da comunicação do crime organizado, entende Rodrigo de Campos Costa que¹⁰¹:

O meio corrente de comunicação dá-se mediante a utilização de aparelhos de telefonia móvel ou fixa, aliado ainda à comunicação através da rede mundial de computadores, a *internet*.

A interceptação telefônica, como ferramenta de investigação e enfrentamento da criminalidade organizada, é peça fundamental, seja para impedir o evento criminoso, no caso de sequestros, homicídios, assaltos, tráfico de substância entorpecente, seja também para a identificação da forma de atuação de uma ORCRIM, sua infiltração no poder público, sua efetiva extensão e a possível identificação de seus líderes.

Ademais, pode-se afirmar ainda que a interceptação telefônica, utilizada de maneira séria e competente, é um poderoso instrumento não somente para a obtenção de provas, mas que também permite aparelhar o Estado no enfrentamento ao crime organizado, podendo antever efeitos danosos que atentem contra a sociedade.

A fundamentação para a prática da interceptação telefônica deve encontrar respaldo em situações que resultem em fortes evidências da existência das infrações criminosas.

2.5.4 - Interceptação ambiental

A interceptação ambiental foi uma das grandes inovações trazidas pela Lei nº. 9.034/95, em seu artigo 2º, inciso IV, justamente por prever a captação, a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, bem como o seu registro, mediante autorização judicial. Entende Guilherme Madeira Dezem que¹⁰²:

A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos é sistema que também é conhecido como vigilância eletrônica. Não se pode confundir tais institutos com a denominada interceptação telefônica. A interceptação telefônica é prevista pela Lei n. 9.296/96 e refere-se à interceptação das ligações telefônicas feitas por terceira pessoa sem o consentimento dos envolvidos na conversa. (...)Tendo em vista as restrições operadas no direito à intimidade, deve o magistrado indicar a quem se destina tal interceptação, o local, a finalidade da medida bem como seu tempo de duração. Quanto a este último, não há indicação legal do prazo de sua duração e a jurisprudência não se manifestou sobre o tema.

Trata-se de um meio de imensurável valia para as investigações, bem como a repressão ao crime organizado.

¹⁰¹ COSTA, op. cit., p.110.

¹⁰² DEZEM, op. cit., p. 156-7.

2.5.5 - Delação premiada

A delação premiada não é novidade no Direito Penal brasileiro. Já se encontrava consolidada através de antigas legislações. Como exemplos, elenquemos o art. 8º, parágrafo único da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos); o art. 25, § 2º, da Lei 7.492/86 (Crimes Contra o Sistema Financeiro); o art. 1º, §5º, da Lei nº. 9.613/97 (Lei da Lavagem de Dinheiro); art. 13, da Lei nº. 9.807/99 (Lei de Proteção a Testemunhas), e, finalmente, art. 41, da lei nº. 11.343/2006 (Nova Lei de Drogas). A delação premiada é a hipótese legal na qual o acusado, de maneira voluntária, auxilia as autoridades competentes, na elucidação dos crimes.

Em contrapartida, pelas informações prestadas, existe o impacto direto na aplicação de sua pena. A análise acerca da delação premiada envolve a participação do Ministério Público e do magistrado. A partir do momento em que este procedimento é solicitado pelo réu, a análise inicial sobre é realizada pelo promotor de justiça. Em seguida, o magistrado examina este pedido.

A delação premiada, portanto, encontra previsão legal e atenua ou extingue a pena do réu-colaborador. Registremos que este auxílio prestado pelo réu deve ocorrer de maneira efetiva e voluntária.

Dentre os inúmeros mecanismos investigativos para o combate ao crime organizado, que são amplamente eficientes, nenhum dos elencados acima retira do infrator a condição de pessoa. Desta maneira, não é necessária a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo para a repressão das infrações de cunho criminal. A repressão às infrações criminais não precisa entrar em conflito com o exercício da cidadania.

3 – DIREITO PENAL DO INIMIGO

A análise do Direito Penal do Inimigo, e a compreensão de sua incompatibilidade com a cidadania e com o Estado Democrático de Direito, enseja a investigação aprofundada sobre quais são os seus fundamentos, e seus pilares filosóficos. E mais, é necessária a contraposição entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, bem como as consequências desta diferenciação e seus impactos, no Direito Constitucional, no Direito Penal e no Direito Processual Penal.

Ainda, é imprescindível a apresentação da transformação do pensamento acerca da necessidade da aplicação da referida Teoria pelo Professor alemão Günther Jakobs, em dois momentos distintos: em 1985 e em 1999. Em continuidade, é necessário o questionamento sobre a possibilidade de se tratar de modo diferenciado o cidadão do “inimigo” do Estado (indivíduo que, por seu comportamento, demonstra não se submeter às regras mais básicas e necessárias para o convívio social, comprometendo a estrutura do ordenamento jurídico).

O estudo da Teoria defendida pelo Professor Günther Jakobs necessariamente passa pela questão filosófica sobre os questionamentos dos inimigos do Estado. Ainda, o Professor Jakobs alerta para a necessidade dos debates a respeito do Direito Penal do Inimigo. O professor entende que o assunto é muito delicado, mas, que a ausência de debates a respeito do tema não o fará desaparecer, e também não fará eliminar este tipo de criminalidade. Informa ao leitor, também, que seu ponto de vista é apenas descritivo, e não legitimador¹⁰³:

A Ciência distingue as declarações verdadeiras (não triviais) das não-verdadeiras; quando ela constata que existe um Direito Penal do Inimigo – e por razões óbvias – o caráter juridicamente indesejável dessa constatação não pode constituir uma objeção contra o fato. Pode-se objetar, contudo, que o fato está incorretamente descrito, que não existe um Direito Penal do Inimigo. Ou, então, pode-se aceitar o fato, e, a partir daí, tentar mudar a situação dos fatos, ou seja, abolir um Direito Penal do Inimigo existente. Mas, no início, há que se fazer uma inventariação rigorosa, e é isso que se tentará aqui. Portanto, não formulo meu texto dentro do sistema *jurídico*, mas olhando para ele a partir de fora, assim como tampouco o formulo dentro do sistema *político*. Logo, minhas afirmações devem ser entendidas sob o aspecto descritivo e não legitimador.

Deve-se, contudo, de plano, observar que, ao construir a Teoria do Direito Penal do Inimigo, baseando-se nos filósofos modernos, e na análise do contratualismo, o professor Jakobs não a

¹⁰³JAKOBS, op. cit., p. xxv.

apresenta apenas descritivamente, tendo em vista que apresenta em sua fundamentação critérios legítimos para que o Estado aplique o Direito Penal do Inimigo, aos inimigos estatais.

Neste sentido, importantes são as considerações apresentadas por Lúcio Antônio Chamon Júnior¹⁰⁴:

Não podemos, efetivamente, dizer que o autor realize uma mera “descrição” de algo incômodo, e acerca do qual se poderia gerar tão-somente um inflamado debate sobre a “correção” política de suas colocações, como, inclusive, são as primeiras palavras do Professor de Bonn.

E digo isso por uma razão que a mim se faz transparente, e que tratarei de nas linhas abaixo expor: na Modernidade, e no campo de questões jurídico-normativas, justificar algo é levantar pretensões de validade, de legitimidade.

Portanto, o autor entende que o Professor Jakobs não só legitima como também apresenta justificativas para a segregação dos indivíduos entre cidadãos e inimigos do Estado. Desta forma, é imprescindível a análise sobre o tratamento que será aplicado aos indivíduos que são considerados inimigos do Estado. Alexandre Rocha de Almeida Moraes discorre sobre o tema¹⁰⁵:

Para ele (inimigo), dirá JAKOBS, deve-se pensar em um Direito Penal excepcional, de oposição, um Direito Penal consubstanciado na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais. Há que se pensar em um novo tratamento que a sociedade imporá àquele que se comporta, cognitivamente, como seu inimigo. Um tratamento que não se amolda às diretrizes do Direito Penal clássico, mas que poderia ser, em tese, legitimado constitucionalmente.

Desta maneira, discordamos da fundamentação apresentada pelo Professor Jakobs, e acreditamos que os pilares que sustentam a referida teoria são sim legitimadores. Ainda, merecem destaque as novas reflexões acerca do Direito Penal no contexto das sociedades de riscos (sociedades que estão cada vez mais interligadas pela tecnologia e rapidez na transmissão de informações, e também cada vez mais competitivas)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ CHAMON, Lúcio Antônio Chamon. O direito penal do inimigo e o constitucionalismo. In: JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Organização Luiz Moreira e Eugêncio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 115.

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. **A terceira velocidade do direito penal**: o direito penal do inimigo. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. 2006. p. 9.

¹⁰⁶ Neste sentido, importantes são as considerações de Alexandre Rocha de Almeida Moraes (idem.p.26): As novas demandas e os avanços tecnológicos repercutiram diretamente no bem-estar individual. A sociedade tecnológica, cada vez mais competitiva, passou a deslocar para a marginalidade um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais, consolidando-se, pois, o conceito de “sociedade de risco”.

3.1 – FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Previamente esclarecemos que o Direito Penal do Inimigo, que é uma polêmica Política de Combate à Criminalidade, apresenta a diferenciação entre os cidadãos e os inimigos do Estado. Este contexto se insere na busca pela neutralização da atuação dos indivíduos que vulneram o pacto social, e, conseqüentemente, as normas basilares para a comunicação jurídica e normativa, bem como a proteção social. O Professor Jakobs apresenta claros critérios para a legitimação e a justificação da existência dos inimigos do Estado. Desta maneira, para esta teoria, há a necessidade da existência de dois conjuntos de núcleos de normais penais: as aplicáveis aos cidadãos infratores, e as aplicáveis aos inimigos do Estado. Nas lições do professor Jakobs¹⁰⁷:

A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza, pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos. Brevemente: a reflexão do legislador é a seguinte: O outro me lesiona por... (seu) estado (ausência de legalidade) (*status inisuto*), que me ameaça constantemente. Uma ulterior formulação: um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.

A classificação do indivíduo como inimigo do Estado, portanto, admite que dele se retire os direitos destinados para as pessoas. Ao combate do inimigo do Estado, são claras as características desta política criminal, que são apresentadas didaticamente por Alexandre Rocha de Almeida Moraes. São elas¹⁰⁸:

¹⁰⁷JAKOBS, op. cit., p. 34-5.

¹⁰⁸MORAES, Alexandre Rocha de Almeida, op. cit., p. 168. Em mesmo sentido, Lúcio Antônio Chamon Júnior:

- a) Uma ampla antecipação da punição, uma vez que o que seria central para o Direito Penal do Inimigo seriam fatos futuros que, por ser o indivíduo perigoso, poderiam vir a ocorrer, em detrimento da análise do caso concreto efetivamente ocorrido;
- b) A inexistência de um abrandamento da pena a ser aplicada, ainda que se tenha em vista esta antecipação na punição – afinal, a punição surge exatamente como uma forma de *combate* de futuros episódios;
- c) Uma certa mudança no discurso jurídico-penal que alternaria de uma legislação penal rumo a uma “legislação de combate”, ou seria até melhor, uma “legislação de emergência” no combate a infrações penais “perigosas”; e, por fim,
- d) A supressão de certas garantias processuais, como demonstrariam, segundo o autor, situações em que haveria o total isolamento do preso.

CHAMON, op. cit., p.132-3.

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de “leis de luta ou de combate”;
- d) restrição de garantias penais e processuais; e
- e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado, recentemente adotado no Brasil.

Esta legislação de combate¹⁰⁹ visa justamente prevenir os ataques criminosos dos inimigos, que poderão vir a ocorrer. Sendo assim, estas características representam um conjunto de medidas apto para a neutralização destes atos.

A supressão dos direitos e garantias fundamentais já ocorre na esfera preventiva (neutralização antes do cometimento dos atos criminosos), e perdura na repressão (na resposta estatal), após o cometimento dos mesmos. Ainda, o professor Jakobs alerta que o Direito Penal do Inimigo apenas pode existir dentro de um Estado de Direito, afinal, no Estado de Não-Direito, os inimigos podem existir em todas as partes. Em continuidade, ainda afirma que as formas puras do Direito Penal do Cidadão e do Direito Penal do Inimigo são muito raras. Entende que as duas formas podem se sobrepor.

O desenvolvimento da referida teoria se pauta na relação entre os indivíduos e o Estado, discorrida por filósofos modernos (especialmente por Kant, Fichte, Hobbes e Rousseau). O foco fundamental do desenvolvimento da teoria versa especialmente sobre a análise da submissão dos seres humanos ao contrato social (e as consequências no caso de seu rompimento, pela não aceitação, além do não cumprimento destas normas).

3.2 – TRANSFORMAÇÕES NO PENSAMENTO DE GÜNTHER JAKOBS

O pensamento de Günther Jakobs foi se transformando com o decorrer dos anos. O professor alemão apresentou, em dois momentos distintos (1985 e 1999), visões divergentes sobre o tratamento que deve ser aplicado pelo Estado, aos criminosos que com ele rivalizam, justamente por se afastarem do Direito, do ordenamento jurídico e das normas que compõem a boa convivência da sociedade, através do pacto social.

¹⁰⁹ A legislação de combate apresenta normas mais severas para a repressão ao crime, justamente por estar reprimindo a sua modalidade organizada. Ainda, é importante verificarmos que, com a globalização, a prática destes crimes não encontra mais as barreiras das fronteiras físicas. Deve, portanto, ser aperfeiçoada sempre para enfrentar a realidade das organizações criminosas.

3.2.1 – Em 1985

A primeira exposição sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, em sua atual concepção, ocorreu em 1985, no Congresso dos Penalistas Alemães de Frankfurt. Neste momento, o professor Jakobs apresentou os perigos no endurecimento exagerado das legislações penais (o foco da palestra se voltou aos debates da legislação penal alemã). Levantadas as questões sobre a atuação dos criminosos, o professor Jakobs manifestou expressamente a sua opinião sobre todos os perigos da antecipação das punições, na busca pela neutralização sobre este tipo de atuação criminosa. Manifestando-se contra a antecipação das punições, e contra o Direito Penal do Inimigo, explanou o Professor Jakobs¹¹⁰:

O tema que irei tratar designa um problema: o da incriminação do estado prévio a uma lesão, pensada como foi dada, de um bem jurídico. Ao problema citado dedicarei a primeira e mais extensa parte de minha palestra. Posto que a conclusão rezará que consideráveis porções das incriminações antecipadas que se encontram no StGB não podem ser legitimadas em um Estado de liberdades, seguirá uma segunda e mais breve seção em que tratarei de estabelecer a ilegitimidade da incriminação de condutas que têm lugar no estado prévio não poderia ser neutralizada pela proteção de bens jurídicos antecipados como a paz jurídica, a segurança pública, um clima favorável ao direito etc.

Em continuidade, afirmou que¹¹¹:

Em um Estado de liberdades estão isentas de responsabilidade não apenas as *cogitações*, e sim toda a conduta que se realize num âmbito privado e, também, toda conduta externa que seja *per se* irrelevante. Um cidadão somente se converte em autor se ultrapassa o limite que acaba de ser indicado e se comporta de um modo perturbador, é dizer, se é atribuída atualmente a configuração de âmbitos de organização alheios.

Em um Estado Democrático de Direito, portanto, o professor alemão não reconhece a legitimidade do Estado para a atuação no âmbito da vida privada dos autores, ou seja, reconhece a proteção da liberdade e da privacidade dos cidadãos. O momento da incriminação deve estar relacionado com o comportamento perturbador do autor. O professor alemão delineou a importância da segurança cognitiva dos indivíduos, conforme as normas sociais.

¹¹⁰ JAKOBS, Günther. Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico. Tradução de André Luis Callegari. In: _____. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 108.

¹¹¹ Idem, p.119-120.

Sobre a diferença entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, o professor Jakobs esclarece que¹¹²:

Uma diminuição semelhante do sujeito pertence a um direito penal de índole peculiar que se diferencia nitidamente do direito penal dos cidadãos: o direito penal de inimigos otimiza a proteção de bens jurídicos, o direito penal de cidadãos otimiza as esferas de liberdade.

Em continuidade, em sua palestra, o professor alemão elenca inúmeras situações previstas no Código Penal alemão (StGB) que caracterizam o Direito Penal do Inimigo, ao invés do Direito Penal do Cidadão¹¹³:

Já uma olhada bem superficial ao StGB põe em evidência que numerosos preceitos caem fora do limite do que aqui se denomina direito penal de cidadãos e pertencem ao direito penal de inimigos, em concreto, todas as incriminações do que materialmente são atos preparatórios, na medida em que a conduta preparatória seja efetuada no âmbito privado. Junto com a já tratada tentativa de participação, pertencem a esse âmbito alguns delitos contra a segurança do Estado, assim como a constituição de associações criminais ou terroristas¹¹⁴.

Apresentando o Direito Penal do Inimigo, o professor Jakobs tem a preocupação de registrar a necessidade da diferenciação entre as duas situações¹¹⁵:

Certamente são possíveis situações, que talvez ocorram inclusive neste momento, em que normas imprescindíveis para um Estado de liberdades perdem seu poder de vigências se se espera com a repressão até que o autor saia de sua esfera privada. Mas então o direito penal de inimigos também só pode ser legitimado como um direito penal de emergência que vige excepcionalmente. Os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal de cidadãos, preferivelmente também na sua apresentação externa.

O Direito Penal do Inimigo, desta maneira, seria aceito apenas em caráter excepcional. Pela gravidade das consequências, o professor Jakobs deixou clara a sua posição sobre a

¹¹² JAKOBS, op. cit., p. 114.

¹¹³ Ibidem., p. 114.

¹¹⁴ Analisando o contexto, entende Humberto Barrionuevo Fabretti afirma:

“Mas o importante nesse momento é salientar que Jakobs não deseja o Direito Penal do Inimigo, pelo contrário, o combate exaustivamente, sustentando, inclusive, sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, como quando afirma que “A existência de um direito penal de inimigos, portanto, não é sinal de força de um Estado de Liberdades, e sim um sinal que esta forma simplesmente não existe.”

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Direito Penal do Inimigo: uma análise sob os aspectos da cidadania*. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2008, p.61.

¹¹⁵ Ibidem., p. 143.

expectativa da consolidação do direito constitucional, para que fosse inviabilizada a possibilidade de aplicação desta teoria.

3.2.2 – Em 1999

Neste ano, na Conferência do milênio em Berlim, o professor Jakobs espantou toda a comunidade acadêmica quando se posicionou contra a sua visão inicial (de 1985). Sobre a alteração do pensamento do professor Jakobs, discorre Humberto Barrionuevo Fabretti¹¹⁶:

Em 1999, Jakobs surpreendeu o mundo acadêmico quando, na chamada Conferência do Milênio, em Berlim, abandonou a crítica que havia feito em 1985 e passou a legitimar o *Direito Penal do Inimigo*, desenvolvendo doutrinariamente a possibilidade e a necessidade de existência de dois “Direitos Penais”, um destinado à “pessoa/cidadão” – *Direito Penal do Cidadão*; e outro destinado à “não-pessoa/não-cidadão”, ou seja, ao inimigo – *Direito Penal do Inimigo*.

Nessa oportunidade Jakobs esboçou os fundamentos e as características do *Direito Penal do Inimigo* quando afirmou que a este não havia nenhuma alternativa, motivo pelo qual a ciência do Direito Penal teria a tarefa de “separar o que circula sobre o nome de direito penal, ou seja, submeter à discussão o complemento do direito penal através de um direito de combate ao inimigo”.

Apesar de ter sido a primeira vez em que Jakobs legitimou o Direito Penal do Inimigo, não foi a única, pois não obstante todo o espanto causado e as manifestações contrárias, o professor alemão publicou diversos outros textos onde aperfeiçoa sua teoria.

A análise da alteração do posicionamento do professor Jakobs, a respeito da aceitação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico, deve abranger acompanhar as novas situações existentes da sociedade, com impacto direto no Direito Penal, especialmente a questão da violência no imaginário.

Ainda, se o Direito Penal do Inimigo é reconhecido, e legitimado, é necessária a análise sobre os reflexos desta teoria tanto na esfera material quanto na esfera processual dos direitos e garantias fundamentais. Este reconhecimento proporcionou a possibilidade da existência de diversos debates, especialmente sobre os direitos e deveres do Estado, e a possibilidade (ou não) do reconhecimento deste retirar do ser humano a sua condição de pessoa.

¹¹⁶ FABRETTI, op. cit., p. 62-3.

3.3 – QUEM É O INIMIGO DO ESTADO: RAÍZES FILOSÓFICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Os debates filosóficos sobre a possibilidade de existência da classificação dos seres humanos entre cidadãos e inimigos do Estado existem muito antes da apresentação da teoria do Direito Penal do Inimigo, pelo professor Günther Jakobs. O professor alemão, inclusive, deixa claro que se baseia principalmente nos “filósofos da modernidade” para a construção de sua teoria. Embora a questão tenha sido discutida por muitos filósofos, destacaremos o posicionamento de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant acerca da relação do indivíduo frente ao contratualismo¹¹⁷, e as suas contribuições para a fundamentação da presente Teoria. Humberto Barrionuevo Fabretti, baseando-se nas lições de Luis Garcia Martins, apresenta a importância da filosofia moderna para a fundamentação desta teoria¹¹⁸:

A filosofia da Idade Moderna trata o tema da exclusão de pessoas de seus *status* de forma mais profunda e elaborada que os pensadores pré-modernos. E isso se dá, talvez, pelo fato de já haver uma teoria do Estado mais desenvolvida, “parecendo inclusive antecipar os atuais fundamentos teóricos propostos pelos partidários do Direito Penal do Inimigo”¹¹⁹.

O professor Jakobs também adverte que a análise do Direito, a relação entre os indivíduos e o Estado, bem como a ideia do contrato social para o Direito Penal do Inimigo é de imensurável valia para o desenvolvimento e a compreensão da referida teoria, senão vejamos¹²⁰:

“Direito” é o vínculo entre pessoas que, por sua vez, são titulares de direitos e deveres, enquanto a relação com um inimigo é determinada pelo não Direito, mas pela coação. Contudo, todo Direito está ligado à autorização para coagir, e a coação mais pungente é a do Direito Penal. Por isso, poderíamos argumentar que toda pena, e, até mesmo, que toda legítima defesa dirige-se a um inimigo. Essa argumentação não é de modo algum nova; pelo contrário, ela tem modelos filosóficos proeminentes. São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito através de um contrato os que representam o crime como uma violação de contrato por parte do infrator, que, a partir de então, não mais participa de seus benefícios: ele deixa de viver com os outros numa relação jurídica.

Sobre o pensamento de Jean-Jacques Rousseau, discorre o professor Jakobs¹²¹:

¹¹⁷ O estudo acerca do posicionamento apresentado por Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant está apresentado na obra de JAKOBS, op. cit.

¹¹⁸ FABRETTI, op. cit., p. 89

¹¹⁹ MARTIN, Luis Garcia. **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.

¹²⁰ JAKOBS, op. cit., p. 3-4.

Rousseau afirma que todo “malfeitor” que agride o “Direito Social” deixa de ser “membro” do Estado, porque está em guerra contra este, como demonstra a sentença contra ele pronunciada. A consequência é: “faz-se o culpado morrer menos como cidadão do Estado (*citoyen*) do que como inimigo (*ennemi*).

Ainda, trata sobre a questão do inimigo do Estado, para Johann Gottlieb Fichte¹²²:

Quem, por vontade ou imprudência, abandona o contrato civil numa parte em que, no contrato, contava-se com sua ponderação, perde, a rigor, todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, quedando-se destruído de direitos.

E, ainda, observa que¹²³:

Não gostaria de seguir o conceito de Rousseau e Fichte, pois é demasiadamente abstrato em sua distinção radical entre o cidadão com seu direito, de um lado, e, de outro, o injusto do inimigo. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também um criminoso, e isso por duas razões: o delinquente tem um Direito, de acertar-se novamente com a sociedade e, para tanto, deve conservar seu *status* de pessoa, de cidadão – em todo caso, no Direito; o delinquente tem, ademais, o dever de ressarcir, e deveres pressupõem personalidade, em outras palavras, o criminoso não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu fato.

O doutrinador Eugênio Raul Zaffaroni¹²⁴, entretanto, alerta para o fato de que a interpretação de Rousseau para o inimigo do Estado não é tão radical quanto o professor Jakobs afirma. Nem todo o crime, desta maneira, corresponderia a um ataque ao contrato social. Alerta, ainda, os perigos de uma análise não tão aprofundada sobre o pensamento de Rousseau, para a teoria acerca do Direito Penal do Inimigo.

As mesmas críticas que se dirigem ao professor Jakobs, pela justificativa, através de um parágrafo, das leituras de Rousseau, também se dirigem à interpretação que ele faz a respeito de Johann G. Fichte. Insta salientar, inclusive, que o professor Fichte também admite a preservação da condição de cidadão para os criminosos, ao contrário da teoria do Direito Penal do Inimigo, apresentada por Jakobs.

Ao analisar a importância de Hobbes, o professor Jakobs afirma¹²⁵:

¹²¹ JAKOBS, op. cit., p. 4.

¹²² Ibidem., p. 4.

¹²³ Ibidem., p. 5.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁵ JAKOBS, op. cit., p. 5-6.

Com efeito, por suas proposições, ele é (também) um teórico do contrato social, mas, na realidade, é mais um filósofo das instituições. Seu contrato de submissão – junto ao qual aparece, ao mesmo título, a submissão mediante violência – deve ser entendido menos como contrato no sentido real do que como metáfora de que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em sua auto-organização. Em absoluta conformidade com isso, Hobbes, em princípio, não retira ao criminoso seu papel de cidadão: o cidadão não pode invalidar seu *status* por si mesmo. Contudo, o mesmo não acontece em caso de rebelião, ou seja, de alta traição: “pois a natureza desse crime está na recusa de submissão, o que significa um retorno ao estado de guerra... E aqueles que delinquem dessa forma são punidos não como súditos, mas sim como inimigos.

Desta forma, das leituras extraídas das obras de Rousseau e Fichte, o professor Jakobs entende que todo criminoso que se afasta do ordenamento jurídico, de maneira permanente ou temporária, em si, é inimigo. Já para Hobbes, inimigo é o alto traidor. Sendo assim, o professor Jakobs compreende que Hobbes admite a classificação dos indivíduos entre cidadãos e inimigos do Estado. A alta traição, desta maneira, enseja o recebimento do castigo como inimigo, e não como súdito. Além da punição pelo crime de alta traição, devemos ressaltar que é direito do cidadão exigir, do Estado, medidas adequadas para a garantia da segurança individual e coletiva.

Humberto Barrionuevo Fabretti leciona que¹²⁶:

Dessas proposições, Jakobs conclui que Hobbes admite a existência de dois Direitos Penais: Direito Penal do Cidadão – “contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio”, e *Direito Penal do Inimigo* – “contra quem se desvia por princípio”, entretanto, sem excluir do status de cidadão (súdito) todo e qualquer criminoso, mas apenas o que atrapalha a organização estatal. Assim, a partir deste ponto, é fácil constatar que Hobbes é extremamente importante para a teoria de Jakobs, pois, diferentemente dos autores anteriormente tratados, difere nitidamente os criminosos que deveriam perder o *status* de cidadão e, conseqüentemente, seres excluídos do contrato de submissão – inimigos – daqueles que apenas receberiam penas e continuariam a figurar no contrato – os cidadãos.

Insta salientar que, para Hobbes, todos os homens são iguais por natureza, e, na ausência de um poder comum, há uma situação de guerra de todos contra todos. O contrato social surge justamente para findar a guerra. A ideia de contrato social encontra-se vinculada com a necessidade do reconhecimento do Poder do Estado, para a organização social. Em

¹²⁶FABRETTI, op. cit., p. 99.

complemento a este raciocínio, importantes são as considerações que o Professor Jakobs apresenta sobre o pensamento de Kant, e a busca pela pacificação das sociedades¹²⁷:

Kant, que fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã.

O professor conclui, portanto, que¹²⁸:

Consequentemente, quem não participa na vida em um estado comunitário-legal deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado, como anota expressamente Kant, como um inimigo.

Desta maneira, Günther Jakobs se baseia em fragmentos dos pensamentos dos filósofos supracitados para fundamentar e legitimar a condição de não cidadão ao indivíduo que rivalize com a estrutura estatal. Neste sentido, são apresentadas críticas ao Professor, justamente por não se basear em uma análise mais aprofundada para a fundamentação de seu pensamento. Ainda, as críticas também ocorrem, pois esta legitimação busca amoldar o raciocínio utilizado no passado para a solução dos conflitos atuais. Humberto Barrionuevo Fabretti observa¹²⁹:

Para o Direito Penal do Inimigo, o contratualismo não é suficiente, pois a questão não se resume apenas em legitimar a autoridade do soberano no contrato, mas também em fundamentar a impossibilidade de resistência e desobediência ao soberano.

Nesse sentido, a escolha de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant não é apenas aleatória ou exemplificativa, mas sim, cuidadosa, pois todos eles, além de sustentarem a origem do poder político no contrato social, negam veementemente qualquer possibilidade de resistência ou de oposição dos súditos ao soberano.

Apesar de todas as críticas traçadas a respeito do embasamento desta teoria, bem como de sua inadequação com a realidade, é necessária a abordagem da questão sobre um aspecto relevante: o reconhecimento, a justificação, a legitimação e a aceitação do Direito Penal do Inimigo apresentam reflexo direto tanto no âmbito do direito processual quanto no âmbito do direito material. Este impacto – em âmbito material e processual – é inevitável. Afinal, as normas processuais são mecanismos de instrumentalização e aplicação das normas materiais.

¹²⁷ JAKOBS, op. cit., 4.ed. p.131.

¹²⁸ Ibidem., p. 27.

¹²⁹ FABRETTI, op. cit., p. 131.

As garantias processuais estão relacionadas com as garantias penais. É verdade também que a legitimação da restrição do alargamento das restrições de direitos e garantias processuais impacta diretamente na aplicação das normas penais e constitucionais.

3.4 – CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO, EM ÂMBITO PROCESSUAL E MATERIAL

O Direito Penal do Inimigo considera que os inimigos do Estado, por seu distanciamento do pacto social, não são considerados como pessoas. Perdem todos os direitos inerentes a esta condição, como, por exemplo, todos os direitos que norteiam a preservação da cidadania e da dignidade humana. A análise deste tópico se volta justamente para a exclusão do direito do acesso à justiça, e da eliminação dos direitos e garantias constitucionais, penais e processuais penais¹³⁰.

Portanto, é oportuna a abordagem sobre as implicações da existência de dois polos do Direito Penal, no Estado Democrático de Direito. O professor Jakobs, inclusive, alerta sobre a existência de um procedimento de guerra, para a neutralização do inimigo do Estado. Se o inimigo estatal não é pessoa, também não é sujeito de direitos. Desta forma¹³¹:

No Direito processual penal, novamente aparece esta polarização; é forte a tentação de dizer: evidentemente. Aqui não é possível isto com profundidade, ao menos se tentará levar a cabo um esforço. O imputado, por um lado, é uma pessoa que participa, quem costumeiramente recebe a denominação de sujeito processual; isto é, precisamente, o que distingue o processo reformado do processo inquisitivo.

E mais¹³²:

Como no Direito Penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito, porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. De novo, como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas.

¹³⁰ É clara a relação entre as normas de cunho material e processual. Tal relação é de efetividade. O direito processual instrumentaliza o direito penal. Ambos são formas de acesso à justiça.

¹³¹ JAKOBS, op. cit., 4.ed. p. 37.

¹³² Ibidem., p. 38.

César de Faria Júnior entende que¹³³:

A filosofia de considerar determinados acusados como inimigos acarreta necessariamente consequências no processo penal. Apesar de sua autonomia como ciência jurídica, o processo penal tem um caráter eminentemente instrumental, através dele é que o Direito penal atua, que passa do abstrato ao concreto, da ideia à realidade.

Com efeito, o Direito Penal do Inimigo, influenciado pelo punitivismo, apregoa sanções mais graves, exacerbadas, para os inimigos, que, contudo, mesmo sem examinar sua eficácia preventiva, só poderão ser aplicadas, após o devido processo penal.

A teoria do Direito Penal do Inimigo afeta não apenas toda a filosofia norteadora do Estado Democrático de Direito como também o sistema jurídico e os ramos do Direito¹³⁴. Então, a classificação e o enquadramento do indivíduo como inimigo representam a sua completa e plena exclusão da sociedade, bem como a absoluta impossibilidade de acesso aos seus meios de defesa, em âmbito processual. As características mais marcantes desta teoria são maneiras claras de supressão aos direitos mais básicos do ser humano. São elas:

- a) Antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios;
- b) Criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- c) Desproporcionalidade entre as penas e os fatos praticados;
- d) Legislações de luta ou de combate;
- e) Restrição de garantias penais e processuais, inclusive acerca do acesso à justiça;
- f) Trata-se de um direito penal prospectivo e não retrospectivo;
- g) A punição é voltada ao inimigo pelo o que ele poderá fazer;
- h) Pune-se o perigo que o inimigo representa;
- i) O inimigo não é visto como um sujeito de direitos, tendo em vista a perda de sua condição como cidadão;
- j) O direito penal do inimigo suprime os perigos;
- k) A punição ocorre para coibir a periculosidade e não a culpabilidade.

¹³³ FARIA JÚNIOR, César de. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Universidade Federal da Bahia. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2010. p. 31.

¹³⁴ Neste sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente discorre sobre o tema, por versar justamente sobre as consequências da teoria do Direito Penal do Inimigo, não apenas em âmbito processual como também no campo do direito penitenciário:

No campo do Direito penitenciário, a avaliação jurídica do autor/do condenado é realizada dentro dos parâmetros da periculosidade que a não pessoa representa para a comunidade organizada e, nesta linha securitária e belicista, os limites da punibilidade são aniquilados a favor da segurança comunitária.

No plano do Direito processual penal, assiste-se a uma ampliação da privação da liberdade sem condenação jurídico-criminal sob a égide da perigosidade que o autor representa para toda a comunidade e de afetação à segurança, e à objetivação do autor nos crimes: nega-se a qualidade de sujeito processual e regressa-se à qualidade de objeto processual, negando-se todas as garantias processuais de que são portadores os demais autores de crimes do não catálogo dos inimigos.

Afinal, se o inimigo do Estado não é considerado como pessoa, também não é sujeito de direitos, e não pode se socorrer de todos os mecanismos penais e processuais penais na busca por sua reintegração social¹³⁵. A neutralização do inimigo, nos moldes desta teoria, representa a ampliação e eliminação de todos os direitos e garantias que norteiam o garantismo penal. O direito à defesa técnica, ao contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, proporcionalidade entre o fato praticado e a resposta punitiva do Estado, que são direitos e garantias protetivos da dignidade humana e do exercício da cidadania são completamente abolidos, sob esta perspectiva de reconhecimento dos inimigos do Estado¹³⁶. O impacto da teoria do Direito Penal do Inimigo apresenta reflexos diretos em âmbito das normas penais (portanto, de cunho material). Afinal, o reconhecimento da teoria aceita o fracionamento do Direito penal em duas direções, uma aplicada aos cidadãos e a outra aplicada aos inimigos do Estado. Manuel Monteiro Guedes Valente também apresenta as consequências do Direito Penal do Inimigo, no âmbito do direito material¹³⁷:

No campo do Direito penal material, defende-se a ampliação da criminalização de condutas potencialmente perigosas e não fatos e a criminalização incide sobre o autor e não sobre o *factum criminis* como polo de ação penal, assim como, não sendo o autor membro da comunidade, pode-se optar por leis penais com ameaça punitiva de maior intensidade.

Os motivos acima expostos apresentam as graves consequências para o fracionamento do Direito Penal nestas duas esferas, especialmente na proximidade desta teoria com o Direito Penal do Autor (vertente do Direito que aceita a punição do indivíduo pelo que ele é e não pelos fatos praticados). A supressão dos direitos e garantias fundamentais (em especial a respeito do contraditório, sigilo, ampla defesa, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, bem como a previsão constitucional da inocência até a sentença condenatória transitar em julgado) se mostra como um enorme retrocesso aos patamares mínimos para a garantia da possibilidade de defesa do indivíduo perante a atuação estatal, em sua função de

¹³⁵ Segundo César de Faria Júnior, “O grande paradoxo do Direito Processual Penal é ter duas finalidades precípua que se entrecrocaram: eficácia na realização da justiça e proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Ordenamento de liberdade versus ordenamento de segurança”. FÁRIA JÚNIOR, César de. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010. p. 32.

¹³⁶ Em continuidade, César de Faria Júnior entende que “ no Processo Penal do Inimigo, já se trata como inimigo o acusado quando ainda não se sabe se é culpado ou inocente, desconsiderando-se que toda Constituição Democrática determina a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” Ibidem., p. 216.

¹³⁷ VALENTE, op. cit., p. 93.

repressão penal. Alexandre Rocha de Almeida Moraes apresenta breves aspectos acerca da gravidade das consequências da aplicação desta teoria para todas as garantias materiais¹³⁸:

Além da antecipação da punibilidade e desproporcionalidade da pena, vale ressaltar que a relativização de garantias penais e processuais vem se consumando como tônica, tanto para enfrentar a criminalidade organizada e o terrorismo, para equacionar problemas de funcionamento da própria justiça.

Sobre a restrição dos direitos de cunho material, o professor Jakobs esclarece que¹³⁹:

Como no Direito Penal do Inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que essas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito; o Estado elimina direitos de um modo juridicamente ordenado.

Como exemplo, Jakobs afirma que¹⁴⁰:

Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, a eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com o seu defensor, evitando-se riscos para a vida, integridade física ou liberdade de uma pessoa.

Entendemos, entretanto, que a repressão às condutas criminosas não pode vulnerar nem os direitos e garantias fundamentais, especialmente no patamar e nos moldes previstos à luz da referida teoria, e nem pode admitir a exclusão da condição de pessoa humana do infrator. Para a solução de diversos conflitos que versem sobre a colisão de direitos e garantias fundamentais, o princípio da proporcionalidade vem sendo muito utilizado. Mas a aplicação deste princípio não pode e nem deve permitir restrições desta natureza, e nesta proporção.

¹³⁸ MORAES, Alexandre Rocha de Almeida, op. cit., p. 175.

¹³⁹ JAKOBS, op. cit., p. 49-50.

¹⁴⁰ Ibidem.; p. 50.

4 – DIREITO PENAL DO INIMIGO E CIDADANIA: POLOS OPOSTOS

Apresentados os fundamentos e as diferenças entre o Direito Penal do Cidadão e do Direito Penal do Inimigo¹⁴¹, passemos, então, para a análise destas duas vertentes do Direito Penal, em conflito, ou em polos opostos. As críticas sobre o reconhecimento e a aceitação desta teoria versam justamente sobre a plena vulneração da dignidade humana, bem como as lesões aos direitos inerentes ao exercício da cidadania. Afinal, o conjunto de normas preventivas e repressivas, na esfera penal, deve apresentar meios de tutela e proteção contra a prática de infrações penais para o resguardo das sociedades, mas não está legitimado a retirar a condição de pessoa do ser humano infrator classificado como inimigo do Estado¹⁴². Aníbal Bruno apresenta a importância acerca dos destinatários da norma na aplicação do Direito Penal¹⁴³:

Considerada como contendo implícito o preceito, a norma penal se dirige, com a sua definição do que é lícito, a todos aqueles que estão sujeitos ao seu império. Pela sua sanção, ela se destina, em particular, aos juízes, a quem cumpre aplicá-la; mas ainda por esta função sancionadora temos que reconhecer-lhe universalidade de destinatários, como ameaça que se dirige a todos, na prevenção geral dos fatos puníveis.

O cunho garantista que envolve o conjunto de normas constitucionais, penais, e processuais penais deve ser protegido e preservado¹⁴⁴.

Afinal, a humanidade chegou ao reconhecimento de patamares mínimos de direitos que devem ser aplicados, garantidos e respeitados, para a preservação e manutenção da vida

¹⁴¹ Insta salientar que a teoria do Direito Penal do Inimigo, desta maneira configurada, é defendida por Günther Jakobs. Miguel Polaino Orts (pupilo de Günther Jakobs) também demonstra a estrutura da Teoria do Direito Penal do Inimigo. Em sentido contrário, há inúmeras manifestações e pesquisas acadêmicas, dentre as quais destacamos três, de imensurável relevância para a comunidade acadêmica: FABRETTI, op. cit.; MORAES, Alexandre Rocha de Almeida, op. cit.; e FARIA JÚNIOR, op. cit.).

¹⁴² Em tempo, o Direito Penal do Inimigo, não é um meio de confronto aos cidadãos infratores(estes são amparados pelas normas penais e processuais penais garantistas). É, sim, um meio de combate, confronto e neutralização dos indivíduos que são considerados inimigos do Estado.

¹⁴³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 5ªed. p.126.

¹⁴⁴ É importante a retomada acerca do significado de garantismo penal. Apresentado por Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão” assegura os direitos e garantias do acusado, frente à persecução penal. Insta salientar que o garantismo não se manifesta apenas nas normas de caráter penal. A proteção garantista também reverbera em âmbito processual. Dentre os parâmetros protetivos do garantismo penal defendidos por Luigi Ferrajoli, destacam-se os seguintes: não há pena sem crime; não há crime sem previsão legal; segundo o princípio da intervenção mínima, não deve existir lei penal nos casos em que não houver necessidade; para haver previsão legal, deve haver ofensa ao bem jurídico; não há processo sem acusação; em decorrência do princípio da inocência, a acusação deve ser sustentada por provas; e deve haver, para a acusação, a garantia do contraditório e da ampla defesa.

humana digna. A repressão punitiva estatal deve seguir estes preceitos norteadores. Desta maneira, percebe-se a incompatibilidade da teoria defendida pelo professor Jakobs e preservação dos direitos alcançados no Estado Democrático de Direito. Isto porque esta vertente do Direito Penal cuida da neutralização dos inimigos para a garantia e segurança dos cidadãos e das sociedades, e, em decorrência disso, lhes retira os direitos e garantias. Em síntese, Alexandre Rocha de Almeida Moraes esclarece que:¹⁴⁵

Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, como também o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que o contrário vulneraria o direito à segurança dos demais. Portanto, no entender de JAKOBS, seria completamente errôneo demonizar aquilo que se tem denominado “Direito Penal do Inimigo”. Os inimigos não são pessoas para JAKOBS.

Segundo o professor Jakobs, quando¹⁴⁶:

Um indivíduo não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa, permanecendo, pois, no estado de natureza, ou seja, um estado de ausência de normas. (...). Quem ganha a guerra determina o que é a norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação.

O Direito Penal do Inimigo rompe com o paradigma garantista, na busca pela eliminação dos riscos que possam vir a ser sofridos, em decorrência das infrações penais dos que se afastam do Direito, nos moldes previstos pelo Professor Jakobs, destinados aos inimigos estatais. A reprovação penal não afere a culpabilidade do agente, e, sim, a sua periculosidade. Este paradigma punitivo resulta na antecipação da punição do indivíduo, o que retoma os moldes do tão temido Direito Penal do Autor, além de legitimar a eliminação dos direitos e garantias fundamentais aos incluídos nesta categoria.

Ainda, esta teoria, ao enquadrar um indivíduo como inimigo do Estado, lhe restringe os direitos mais básicos ao ser humano. Não há limites para a neutralização do inimigo. Isto porque, ao lidar com este indivíduo, o Estado estará diante de uma “coisa”.

¹⁴⁵ MORAES, Alexandre Rocha de Almeida, op. cit., p. 163.

¹⁴⁶ JAKOBS, op. cit., p. 36.

4.1 – TORTURA

Uma das críticas mais severas acerca desta gama de normas penais se pauta justamente na não proibição da prática da tortura, especialmente para a obtenção das confissões, já que, pelas bases filosóficas e sustentadoras desta teoria, a confissão não estaria sendo obtida de uma pessoa, e sim de um inimigo, ou seja, por uma “não pessoa”, uma “coisa”. A aplicação deste núcleo de normas penais não se pauta nas diretrizes estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, e nem pelas diretrizes de proteção do garantismo penal. Afinal, a repressão criminal e a punição consistente na privação de liberdade não ensejam a perda dos outros direitos e garantias fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet apresenta importantes considerações sobre o tema. Discorre sobre a realidade brasileira na restrição da liberdade na prisão, em decorrência da prática de crimes previstos com reclusão¹⁴⁷. Sobre a dignidade humana e a busca pela verdade real sobre a autoria e materialidade do crime, apresenta um caso de acusação de homicídio qualificado. Entende ser¹⁴⁸:

Absolutamente inadmissível, *por sua vez, a utilização da tortura* (que, entre nós, se encontra vedada por norma de direito fundamental específica) para que se obtenha a confissão do mesmo acusado pela prática de homicídio qualificado, ainda que não tivesse qualquer meio de prova disponível e que, para além disso, se pudesse ter a prévia certeza (como se isto fosse possível, no caso) de que, de fato, estivéssemos diante do culpado. Que a prática da tortura implica inevitavelmente a coisificação e degradação da pessoa, transformando-a em mero objeto da ação arbitrária de terceiros, sendo, portanto, incompatível com a dignidade da pessoa, parece-nos questão que dispensa qualquer comentário adicional.

É necessária a seguinte observação: a “coisificação” e a degradação do ser humano não ocorrem apenas com a prática da tortura. Ocorrem em toda a sistemática da teoria do Direito Penal do Inimigo, e por este motivo devem ser rechaçadas do ordenamento jurídico.

¹⁴⁷ O artigo 32 do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940) estabelece que as penas são privativas de liberdade, restritivas de direito, e multa. As penas privativas de liberdade se subdividem em reclusão e detenção. O artigo 33 do referido diploma legal prevê que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, e a pena de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. Já a Lei de execução penal (Lei nº. 7210, de 11 de julho de 1984) estabelece, em seu artigo 1 que o objetivo da execução penal é efetivar a sentença criminal, bem como proporcionar a harmônica integração social, tanto do condenado quanto do internado. Ainda, o artigo 3 desta Lei esclarece que ao condenado e ao internado serão preservados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.152-3.

Em continuidade, Ingo Sarlet explica a importância da vedação (em plano internacional e nacional) da utilização da tortura ¹⁴⁹:

Tal linha de entendimento, aliás, revela-se absolutamente afinada com a evolução jurídico-constitucional contemporânea e a opção do legislador internacional em matéria de direitos humanos, que, ainda mais no caso da tortura, guarda umbilical ligação com a própria proteção da dignidade da pessoa e da aplicação, neste caso, da referida fórmula-objeto, que veda toda e qualquer coisificação (instrumentalização) da dignidade humana. Convém registrar, no contexto, que entre nós já existe pacífica e reiterada posição do Supremo Tribunal Federal, chancelando a vedação absoluta da tortura, ainda que tal reconhecimento, por si só, não impeça a ocorrência de tal prática, mas que tenha por efeito a sua ilegitimidade jurídica. Da jurisprudência internacional, destacamos um dos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, do dia 28.07.1999 (caso Selmouni contra a França), onde – em que pese ter a Corte se declarado incompetente para o efeito de estabelecer uma indenização pelos danos causados, - foi reconhecido que o uso da força por ocasião de um interrogatório, especialmente (mas não exclusivamente) quando caracterizado a tortura, é manifestamente incompatível com a vedação estabelecida pelo artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que proíbe a tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante, assim como se trata de ato incompatível com a dignidade da pessoa humana. ¹⁵⁰

Apesar de todas as normas protetivas da dignidade humana existentes, na prática, a teoria do Direito Penal do Inimigo não proíbe a tortura como um dos meios de tratamento dos prisioneiros inimigos. Insta salientar que a tortura pode ser praticada de inúmeras formas. A tortura pode ser consubstanciada em agressão física, moral ou psicológica ¹⁵¹.

¹⁴⁹ Ibidem., p.153.

¹⁵⁰ Ainda, estabelece o autor que:

O caso da tortura e da vedação de qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante assume, além disso, importância no que diz com a discussão a respeito da existência, ou não, de direitos absolutos, no sentido de absolutamente imunes a qualquer tipo de intervenção restritiva. De outra parte, sem que se vá adentrar o ponto propriamente dito, há que se reconhecer que se está em face, no que diz com a estrutura normativa, de uma regra (e não mais de um princípio) impeditiva de determinada(s) condutas (tal como formulada expressamente no artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988), regra esta que, de outra parte, diz respeito justamente ao que se poderia enquadrar no âmbito do núcleo essencial do princípio da dignidade humana.

SARLET, op. cit., p.154-5.

¹⁵¹ José Luiz Barbosa apresenta importantes considerações acerca da histórica aceitação da tortura, no passado:

A tortura não surgiu de repente. Há fatores históricos, em sua gênese e uma incursão nesta área é fundamental para a melhor compreensão de seus componentes culturais, sociológicos e políticos. Possibilitará, ainda, se descortinar como e porque este instrumento cruel adquiriu contornos tão naturalizadores e banalizantes, chegando a ponto de tornar-se prática institucional e componente do poder. Ela está incorporada e socialmente aceita. Sob o manto de proteger e assegurar a tranquilidade pública, o restabelecimento da ordem, a repressão e aplicação de castigo ao criminoso (onde a síndrome da vitimização social potencializa a cumplicidade do silêncio), é aceita, consuetudinariamente, como método e procedimento, por seus perpetradores. (...) No passado, os Direitos Humanos não passavam de letra morta, tida pelos opressores, como discurso em defesa, não dos oprimidos, mas de criminosos considerados da pior espécie e perigosos para o regime estabelecido pela elite dominante.

BARBOSA, José Luiz. BARBOSA, José Luiz. A lei de tortura, segurança pública e cidadania: 2002. Disponível em: <<http://www.djuris.br.tripod.com>>. Acesso em: 10 mai 2012.

Este tema será aprofundado e ilustrado com casos concretos que se aproximam do Direito Penal do Inimigo no próximo capítulo da presente dissertação. Observemos as explicações de Manuel Monteiro Guedes Valente¹⁵²:

O Direito penal tem, nos últimos anos, sofrido uma discussão sobre a manutenção ou alteração de paradigma. Esta discussão desenrola-se entre os defensores de um Direito penal humanista, de liberdade, designados por muitos de Direito penal do cidadão, e os defensores de um Direito penal securitário ou policializado, e os defensores de um Direito penal judicialista detrator de algumas das garantias materiais e processuais (e jurídico-constitucionais) do ser humano e os defensores de um Direito penal bélico ou do inimigo apeado na ideia do delinquente como uma “coisa”¹⁵³

A função do Direito penal moderno está relacionada com as limitações da atuação estatal, na aplicação das penas e medidas de segurança, pelos fatos criminosos cometidos. Também, a interpretação das normas penais e processuais penais deve ocorrer de acordo com as normas constitucionais, que possuem como elemento norteador a proteção da dignidade da pessoa humana.

A evolução da humanidade apresenta relação direta com a humanização do Direito Penal. Afinal, no passado, especialmente na época do Absolutismo (séculos XVI e XVII), houve excesso e desproporcionalidade entre o fato cometido e a sanção, além das punições cruéis, desumanas e extremamente severas. As penas não só eram aplicadas de modo subjetivo como também desrespeitavam a igualdade entre as pessoas. Desta maneira, um mesmo ato infracional poderia ser apenado de maneira distinta, dependendo de quem o tivesse cometido. Lentamente, as sociedades e os ordenamentos jurídicos¹⁵⁴ foram se transformando, inclusive na humanização dos parâmetros para a repressão estatal penal. O direito de punir do Estado (o

¹⁵² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo O “Progresso ao Retrocesso”*. 1 ed. Edições Almedina: São Paulo, 2010. p. 09.

¹⁵³ Ainda, esclarece o autor que:

O fenômeno do terrorismo despertou alguns pensamentos que fazem parte da história e que fazem parte do nosso estudo para que jamais percamos essa consciência histórica que nos dá força para lutar, como os nossos antepassados, por negarmos e afastarmos as ideologias da *supra-individualidade* do Estado e defendermos a essência do Estado: o ser humano.

O Direito penal da pós-modernidade não pode ser um Direito penal de *progresso ao retrocesso*, nem um Direito de regresso ao passado não muito longínquo – schmittiano ou heiddegeriano – fundado na ideia de negação da qualidade de pessoa do delinquente terrorista, só e tão só por deter essa qualificação jurídico-criminal. A etiquetagem inerente ao processo de selectividade de intervenção penal, que propõe a negação de direitos do Estado civil ao perigoso e gerador de incerteza securitária é a negação da própria essência do ser como feixe magnético agregador do *ser*, do *dever ser* e da *comunicabilidade intra e intersubjectiva entre o ser e o dever ser*. VALENTE, op. cit., p. 9-10.

¹⁵⁴ As sociedades evoluíram e apresentaram modificações nos mais diversos campos de atuação. Para a análise da teoria do Direito Penal do Inimigo, entretanto, abordaremos a importância da evolução das normas penais, para a proteção da dignidade humana, e como medida de cidadania.

jus puniendi) deve ser objetivo, limitado, e deve ser aplicado conforme as diretrizes apresentadas pelas garantias constitucionais. O uso da tortura, inclusive para a obtenção das confissões, deve ser veementemente combatido.

4.2 – HIPERTROFIA LEGISLATIVA

Também está presente a problemática da hipertrofia legislativa do Direito Penal. Esta ampliação se manifesta na procura pela diminuição dos riscos existentes na nova configuração das sociedades, marcada pela era de riscos¹⁵⁵, e pela globalização. Os debates acadêmicos acerca do assunto acabam buscando ampliar as condutas tuteladas, o que apresenta um risco maior para as sociedades, que é a permissão para a supressão dos direitos e garantias fundamentais. Este fenômeno está relacionado com as falhas das outras formas de controle da sociedade, justamente porque o Direito penal deveria ser a *última ratio*. Neste sentido, Alexandre Rocha de Almeida apresenta críticas à realidade brasileira, em decorrência do descrédito no direito administrativo e na classe política, e a consequente hipertrofia da legislação penal:¹⁵⁶

Diante desse dilema da sociedade moderna, complexa e globalizada, a irracionalidade e a hipertrofia legislativa evidenciam-se em fatos, como a criação de infrações meramente administrativas, utilização indiscriminada de conceitos amplos e vagos, abuso das leis penais em branco, antecipação exagerada da tutela penal, perda da certeza da configuração típica e adoção de tipos de mera desobediência.

Tal irracionalidade viola, em tese, postulados político-criminais típicos do Direito Penal iluminista (intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade) e os princípios fundamentais de um Direito Penal do cidadão, típico do Estado Constitucional de Direito (legalidade, certeza, ofensividade, etc.)

A mudança de paradigma, e a flexibilização dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, apresenta consequências extremamente danosas. Isto porque aceitar a existência do inimigo do Estado, e dele se aceitar que se restrinja direitos e garantias fundamentais é apresentar a justificativa para a legitimação do uso excessivo da força do Estado sobre o indivíduo inimigo, que, de acordo com a teoria, não possui a qualidade de pessoa.

¹⁵⁵ A relação entre o Direito Penal e a sociedade de risco será tratada com maior profundidade no tópico 4.5, do presente capítulo.

¹⁵⁶ MORAES, Alexandre Rocha de Almeida, op. cit., p. 42.

A flexibilização destes direitos, como mecanismo para a proteção da sociedade, inclusive, remete à punição pelo Direito Penal do autor. As críticas ao Direito Penal do Inimigo abordam, necessariamente, as observações relacionadas a esta teoria, formuladas por Zaffaroni¹⁵⁷. Entende ele que a população está inequivocamente aterrorizada, sendo a difusão do medo fundamental para o exercício desse tipo de poder punitivo. Nos dizeres de Alexandre Rocha de Almeida Moraes:¹⁵⁸

Como se observa, as críticas ao “Direito Penal do Inimigo” relacionam-se, necessariamente, à censura, que grande parte da doutrina faz acerca dos novos paradigmas do Direito Penal da modernidade: simbolismo excessivo, flexibilização de garantias e princípios, retomada das políticas criminais mais preocupadas com o autor do que com o fato e a funcionalização do Direito Penal que, pautada na eficiência preventiva, desencadeou políticas criminais típicas de um Direito Penal de terceira velocidade, máxime para o combate da criminalidade organizada e do terrorismo.

A descrença da população nos outros ramos do Direito se reflete na seguinte consequência: cada vez mais se busca solucionar os conflitos sociais pela via do Direito Penal. Desta forma, a cada acontecimento criminoso que choque a população, busca-se ampliar o rol de condutas penalmente tipificadas, sem que se busque soluções por via das outras áreas do ordenamento jurídico. A participação da imprensa no processo desta reconfiguração, buscando a valorização da esfera de atuação excessivamente preventiva acaba por provocar a adoção de políticas que acabam vulnerando os direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, é necessário esclarecer que as transgressões das normas, especialmente no crime organizado, e terrorismo, devem ser investigadas, reprimidas e punidas. Ocorre que este combate não deve, de modo algum, vulnerar todas as conquistas que norteiam o Estado Democrático de Direito, e os princípios protetivos constitucionalmente previstos. Os ordenamentos e as sociedades preveem métodos investigativos eficazes para este combate.

Inclusive, é interessante observar que, mesmo defendendo a teoria do Direito Penal do Inimigo, o Professor Günther Jakobs se questiona sobre estes excessos cometidos, para suprir a falta de um consenso valorativo na sociedade, e no âmbito do Direito Penal, senão vejamos: “A única coisa que ponho em dúvida é que seja necessário ou razoável suprir esta necessidade

¹⁵⁷ ZAFFARONI, op. cit.,

¹⁵⁸ MORAES, Alexandre Rocha de Almeida, op. cit., p. 218.

por meio do Direito Penal¹⁵⁹. Um dos grandes problemas da utilização do direito penal como meio de prevenção é a excessiva antecipação da tutela penal, e a aplicação do direito penal simbólico¹⁶⁰. A excessiva quantidade de normas penais em branco acaba violando a segurança jurídica, e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito.

4.3 – ANTECIPAÇÃO DA PUNIÇÃO: O DIREITO PENAL DO AUTOR

O direito penal do inimigo, em sua configuração, apresentada pelo Professor Günther Jakobs, encontra profunda relação com o direito penal do autor. A punição, portanto, pode ocorrer pelo que o indivíduo é, e não pelos atos cometidos. Trata-se de uma antecipação da punição, para que justamente o indivíduo seja neutralizado e impedido de cometer qualquer ato infracional. O direito penal do autor está relacionado com o simbolismo penal.

O simbolismo do Direito Penal se manifesta com a edição de leis decorrentes do clamor público quando um crime ou uma prática criminosa repercute como um choque para determinada sociedade. Insta salientar que, apesar da sensação de tranquilidade em decorrência da edição da norma penal, para a inibição da conduta criminosa que causou este clamor público, na realidade, ao invés da solução do problema, o que a legislação proporciona é uma medida paliativa. Esta medida visa acalmar a população ao invés de solucionar o problema. Sobre o direito penal do autor, entende Eugênio Raúl Zaffaroni que¹⁶¹:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato.

¹⁵⁹ JAKOBS, op. cit., p. 142.

¹⁶⁰ Neste sentido, para Paulo Queiroz (QUEIROZ, Paulo. *Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.74, p. 9. jan.1999):

Digo simbólico porque a mim me parece claro que o legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica. Quer-se, enfim, por meio de uma repressão puramente retórica, produzir, na opinião pública, uma só impressão tranquilizadora de um legislador atento dividido.

¹⁶¹ ZAFFARONI, op. cit., p.118.

Sobre a relação entre o Direito Penal do Fato, o Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Inimigo, discorre Manoel Cancio Meliá¹⁶²:

Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito Penal orientado na atitude interna do autor. (...) O direito penal do inimigo não é compatível, portanto, com o direito penal do fato¹⁶³.

Este alargamento da flexibilização de direitos e garantias fundamentais se apresenta de modo contrário a toda a proteção destinada à preservação da dignidade humana, aos direitos que efetivam a cidadania e ao garantismo penal. Ainda, esta releitura do Direito Penal, com ênfase na punição da potencialidade do inimigo, recebe severas críticas, inclusive por se basear no contexto globalizado de insegurança, e ferir os paradigmas e parâmetros protetivos do direito e do processo penal. O que se verifica é uma tendência expansionista do Direito Penal frente às inseguranças vivenciadas pelas sociedades. Jesús-María Silva Sánchez apresenta o Direito Penal do Inimigo como um Direito Penal de terceira velocidade, cuja configuração se apresenta superando as duas primeiras velocidades do Direito Penal (pena de prisão, e penas de privação de direitos ou pecuniárias)¹⁶⁴:

A transição do “cidadão” ao “inimigo” iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas.

E nessa transição, mais além do significado de cada fato delitivo concreto, se manifestaria uma dimensão fática de periculosidade, a qual teria que ser enfrentada de um modo prontamente eficaz. O Direito do inimigo – poder-se-ia conjecturar – seria, então, sobretudo, o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos.

¹⁶²JAKOBS, op. cit., p.108-9.

¹⁶³ Em mesmo sentido, Eduardo Demetrio Crespo entende que:

Cabe afirmar que o chamado “Direito Penal do Inimigo”, toda vez que fixa seus objetivos primordiais em combater a determinados grupos de pessoas, abandona o princípio básico do Direito Penal do fato, convertendo-se em uma manifestação das tendências autoritárias do já historicamente conhecido como “Direito Penal de autor”. CRESPO, Eduardo Demetrio. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.) **Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 43.

¹⁶⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **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. (As ciências criminais no século XXI, v. 11). p. 149-50. Na defesa desta dissertação, em 30 de agosto de 2012, o Professor Dr. Gianpaolo Poggio Smanio observou que, para Günther Jakobs, as questões estão mais voltadas para estrutura do Estado do que as questões que ocorrem dentro do Estado. Ainda, esclareceu que o autor que trabalha com a situação dos imputáveis perigosos é o Professor Jesús-María Silva Sanchez, e não o Professor Jakobs.

Tendo em vista as graves consequências para esta tendência expansionista do Direito Penal, e a busca pelas tutelas protetivas da sociedade, em âmbito penal, é importante a apresentação concreta de situações que violam os direitos que garantem a dignidade humana, na busca pela proteção das sociedades. Em síntese, importantes são as considerações de Ivan Luis Marques da Silva, a respeito do conflito entre o direito penal do inimigo e a proteção da dignidade humana, senão vejamos¹⁶⁵:

Jakobs inicia sua explanação com duas observações preliminares: primeiro afirmando que o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo são dois polos opostos de um *mesmo* contexto jurídico-penal. Entende perfeitamente possível a sobreposição dessas duas tendências, uma a tratar o agente ativo de um delito como pessoa e outro conjunto de regras a tratá-lo como fonte de perigo ou como meio para intimidar outros indivíduos. O autor, preocupado com uma possível interpretação sistemática ou analógica no momento da aplicação do Direito Penal do inimigo para os cidadãos, defende sua separação total inclusive na apresentação externa, demonstrando a necessidade de *todos os sistemas penais* em ter seu conteúdo bases garantistas, mesmo que, nesse caso, seja apenas uma parcela de garantismo em meio à barbárie de prevalência da vigência de qualquer norma legislativa sem vinculação ontológica e desrespeito absoluto à dignidade humana daqueles que denomina *inimigos*.¹⁶⁶

Ainda, apresenta as suas conclusões¹⁶⁷:

A resposta a barbárie com mais barbárie só pode ser vista como duas situações: a aplicação da pena de talião, o que demonstraria regresso a milhares de anos; ou a declaração de guerra, onde nem mesmo a vida é respeitada como valor absoluto, nem mesmo no Brasil. (CF/88, art. 5º, XLVII, - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX).

Bettioli, na década de 70 do século XX afirmou que a retribuição resguarda a figura moral do homem, porque parte do pressuposto de que o homem é um valor, um ser que não pode de modo algum ser degradado a um plano naturalístico para ser considerado como simples meio para alcançar um fim qualquer.

Em suma, um conjunto de regras em total desrespeito aos princípios constitucionais para combater *inimigos*, não pode ser chamado de Direito Penal, e o rótulo de *inimigos* para alguns criminosos e para outros não – estabelecidos por pessoas e critérios até então desconhecidos -, apresenta-se como o retorno ao Direito Penal do Autor, típico da Escola de Kiel. Em ambas as situações não há amparo científico e muito menos legitimidade.¹⁶⁸

¹⁶⁵ SILVA, op. cit., p. 67-8.

¹⁶⁶ Em continuidade, esclarece Ivan Luis Marques da Silva que:

A situação do Estado apontado para determinadas pessoas, com base não em fatos, mas em condições pessoais, e responsabilizando-se de forma brutal e antigarantística, sem que a pessoa tenha direito a defesa pelo simples fato de a autoridade entender que aquele indivíduo é um inimigo do Estado de Direito mostra-se no mínimo temerária.

Infelizmente o Direito Penal do Inimigo já foi positivado e está vigente. Ele vem sendo codificado pelos Estados Unidos em resposta aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. Desde aquele dia, já tivemos duas guerras externas, prisões, execuções sumárias com um inimigo sem rosto.

Ibidem., p. 68-9.

¹⁶⁷ Ibidem., p. 69.

¹⁶⁸ Em mesmo sentido, Guilherme Madeira Dezem entende:

As regras penais¹⁶⁹ devem ser elementos norteadores para a organização das sociedades. Mas é necessária a conscientização de que estas normas não são a solução para todos os problemas sociais. Tendo em vista a incompatibilidade supracitada, que envolve, em um polo, o Estado Democrático de Direito (bem como os direitos e garantias dele decorrentes), a preservação e proteção da dignidade da pessoa humana, a cidadania e, no outro polo, a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, é necessária a busca pela análise da compreensão da necessidade deste segmento do Direito Penal, tão alheio à proteção humana. Para tanto, serão apresentadas importantes considerações acerca da violência no imaginário, bem como a missão do direito penal frente à sociedade de risco.

4.4 – JUSTIFICATIVA DA VIOLÊNCIA NO IMAGINÁRIO

A globalização trouxe e traz inúmeros avanços e benefícios para a humanidade. A tecnologia permitiu que o desenvolvimento tecnológico chegasse a um patamar que, tempos atrás, não seria nem imaginado. A integração proporcionada através da tecnologia e da globalização permite, por exemplo, trocas de informações culturais entre países, intercâmbios de pessoas para turismo ou trabalho com maior facilidade, fortalecimento das economias e de negócios jurídicos. Mas existem efeitos negativos também. Dentre estes, destaca-se a rapidez na divulgação das notícias sobre crimes hediondos, violência, atos terroristas e a atuação do crime organizado.

“Desta forma, percebe-se que a separação na forma como proposta por Jakobs efetivamente não é possível. Tratar acusados como se tivessem se colocado à margem da sociedade e, por isso, negar-lhes direitos fundamentais não é passível de tolerância no Estado Democrático de Direito, aliás, constitui-se na própria negação do Estado Democrático de Direito.

É possível, sim, o tratamento diferenciado da categoria, com feições mais rigorosas e com meios técnicos diferenciados de investigação, mas não é possível o tratamento na forma como foi proposto o tema. Trata-se, como visto, de manifestação do Direito Penal do Inimigo, o que não pode ser admitido.

Modernamente é possível identificar-se duas grandes forças que atuam sobre o estudo e a aplicação do Direito Processual Penal: a eficiência e o garantismo. No entanto, ambas as forças devem ser buscadas de maneira equilibrada. O garantismo sem eficiência significa o vazio exercício do poder estatal, a eficiência sem o garantismo significa o puro exercício da força”.

DEZEM, op. cit., p. 147.

¹⁶⁹Merecem destaque as considerações de Aníbal Bruno acerca dos destinatários da norma penal: “Considerada como contendo implícito do preceito, a norma penal se dirige com a sua definição do que é ilícito, a todos aqueles que estão sujeitos ao seu império. Pela sua sanção, ela se destina, em particular, aos juízes, a quem cumpre aplicá-la, mas ainda por esta função sancionadora temos que reconhecer-lhe a universalidade destinatários, como ameaça que se dirige a todos, na prevenção geral dos fatos puníveis”.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte Geral. 5 ed. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p. 126.

A sensação das pessoas, frente à insegurança desencadeada por notícias desta natureza, apresenta reflexos diretos na análise do Direito Penal. Nos dizeres de Luciano Anderson de Souza, baseando-se nas lições do Professor Jesús-María Silva Sanchez¹⁷⁰:

A produção legislativa de tipos penais assume na atualidade caráter sem precedentes, não só em nosso país, mas em âmbito global. O fenômeno é notado em decorrência dos contornos da sociedade globalizada de nossos dias, dita de risco. Com o avanço tecnológico, do sistema produtivo e das comunicações, aliados à grande taxa de natalidade e expectativa de vida jamais vista na história humana, as relações intersubjetivas estreitam-se, sendo ainda grandemente potencializadas as possibilidades de graves colidências e de ocorrências sócias danosas de enormes proporções, face a tal sociedade de feições massificadas. A complexidade social hodierna se de um lado incrementa o individualismo humano, de outro ostenta sua maior fragilidade e dependência do coletivo.

Em continuidade, afirma o autor que¹⁷¹:

O consumo em massa de produtos eventualmente danosos, o risco diário de vitimização de inúmeras pessoas em acidentes automobilísticos, aéreos e ferroviários, o pânico social ocasionado pela atuação do crime organizado, o terrorismo internacional, dentre outros, são fatos sobejamente ecoados pelos velozes meios de comunicação que atingem os cidadãos em nossos dias. Este quadro invariavelmente leva a um sentimento coletivo de medo e anseio por prontas soluções estatais, eis que o ente público é o guardião da ordem e do controle social.

A sensação de insegurança, os medos da atuação criminosa, em seus diversos desdobramentos, e o anseio na luta pela pacificação social ensejam reflexões sobre a eficiência normativa do Direito Penal. Afinal, com todos os avanços vivenciados pela humanidade, como é possível a ocorrência de tantos crimes? É possível uma reconfiguração das normas penais, para a prevenção destes crimes, e a conseqüente pacificação social? Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini apresentam inúmeras características do Direito Penal, com o fenômeno da globalização¹⁷²:

- A deliberada política de criminalização;
- As frequentes e parciais alterações pelo legislador da Parte Especial do Código Penal através de leis penais especiais, com intensificação do movimento de descodificação;
- A proteção funcional dos bens jurídicos com preferência para os bens difusos, forjados, muitas vezes, de forma vaga e imprecisa;

¹⁷⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 153.

¹⁷¹ Ibidem., p. 153.

¹⁷² GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As ciências criminais no século XXI, 10). p. 27-33.

- A ampla utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato, com uma relativização do conceito de bem-jurídico penal;
- O menosprezo ao princípio da lesividade ou ofensividade;
- O uso do Direito Penal como instrumento de “política de segurança”, em contradição com sua natureza subsidiária e fragmentária;
- A transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas (autoria e participação, consumação e tentativa, dolo e imprudência, etc) fundadas na imputação objetiva e subjetiva do delito, inclusive porque a imputação individual acaba constituindo obstáculo para a nova política criminal, de prevenção.

Luciano Anderson de Souza apresenta as consequências para a postura repressiva expansionista do Direito Penal¹⁷³:

O Direito Penal é, assim, trazido à baila para que o Estado – ou muitas vezes, o governante do momento, com a constante propaganda política – possa demonstrar uma imediata e aparente, dura e eficaz resposta. Atende-se então ao anseio social. No mais das vezes, o caminho escolhido é o da produção dos mais diversos tipos penais, o agravamento da pena dos já existentes ou a supressão de direitos e garantias no âmbito processual ou executório de penas.

É preciso, então, que se reflita sobre os impactos do caráter expansionista do Direito Penal, frente aos direitos e garantias constitucionalmente consagrados. Afinal, a busca pela pacificação social, e o combate ao crime (em especial, o crime organizado, e a prática do terrorismo), deve estar conjugada com o equilíbrio da proteção e preservação dos direitos dos indivíduos. Apesar da existência de todas essas práticas criminosas, a violência no imaginário não pode ser utilizada como justificativa para a alteração das normas protetivas que norteiam o eixo constitucional – penal – processual penal – na garantia da dignidade humana.

Christiane Russomano Freire apresenta a seguinte relação entre a realidade do encarceramento e a existência dos medos coletivos¹⁷⁴:

As políticas de encarceramento em massa não estão restritas, como se poderia supor, aos países que não conquistaram o estatuto democrático. Paradoxalmente, proliferam em esfera global, atingindo indiscriminadamente a todos. Os vetores da velocidade, da não permanência e da incerteza sobre o futuro, combinados com o enfraquecimento de algumas das instituições que proporcionavam, até então, um nível de confiança e solidariedade resultam num aprofundamento do fosso social, relegando à condição de redundantes e excedentes amplos setores da população mundial. E são a esses novos *estranhos*, atores sociais que emergem deslocados em todas as grandes metrópoles do mundo, que se dirigem às políticas confinamento espacial e encarceramento.

¹⁷³ SOUZA, op. cit., p. 154.

¹⁷⁴ FREIRE, Christiane Russomano. FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: O Caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. Monografia premiada no 9º Concurso de Monografias Jurídicas. p. 13-4.

Outro aspecto relevante deste contexto de ambivalência e volatilidade são os medos coletivos decorrentes das profundas transformações que afetam as esferas mais íntimas da vida individual. A intensa conexão entre o local e o global faz com que os sentimentos de angústia e insegurança envolvam a todos de forma inexorável, potencializando, assim, as fantasias de pavor adormecidas, que revitalizam crenças na necessidade de reações punitivas.

No interior desta tendência punitiva, que busca por todos os meios aplacar as ansiedades existenciais que corroem as relações sociais e culturais, as prisões contemporâneas aparecem ocupando o espaço deixado pelas antigas redes de segurança, que concretamente, ou de forma simbólica, por muito tempo, proporcionaram aos indivíduos situações e sensações de segurança e instabilidade.

Tanto a violência no imaginário como o clamor público, apesar de apresentarem impacto, pelo temor e receio da ocorrência dos crimes na sociedade, não podem ser utilizados como justificativa para a antecipação da punição. A prevenção à prática dos delitos deve contar com os meios investigativos e os sistemas de inteligência, mas não pode preventivamente punir o indivíduo pela potencialidade dele, de cometer as infrações criminais. Os contornos apresentados pelo direito penal do inimigo também devem ser analisados sob o prisma das sociedades de risco.

4.5 – DIREITO PENAL E A SOCIEDADE DE RISCO

A questão da exclusão social está profundamente relacionada com a globalização, com o panorama delineado por Ulrich Beck e com a sociedade de risco. Isto porque o contexto vivenciado pelas atuais sociedades se centra na globalização, no desenvolvimento proporcionado pelos avanços tecnológicos, e nos rompantes com os paradigmas do passado. Luciano Anderson de Souza, ao discorrer sobre o Direito Penal e a sua relação com esta configuração de sociedade, entende que¹⁷⁵:

Tomando por base a evolução histórica da humanidade, ULRICH BECK, conclui que a sociedade pós-industrial, com sua crescente produção social de riqueza, apresenta uma extensão dos riscos inerentes à convivência, superando-se a esfera individual, chegando-se a uma dimensão dos novos riscos coletivos.

No mesmo sentido, esclarece Alexandre Rocha de Almeida Moraes¹⁷⁶:

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

¹⁷⁵ SOUZA, op. cit., p.27.

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre Rocha de Almeida, op. cit., p. 27.

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 da segurança pública, em detrimento de interesses puramente individuais.

Este quadro apresenta reflexos na dogmática penal, por buscar soluções para que os riscos sejam minimizados. Trata-se, então, de uma expansão na criminalização das condutas penais, com o objetivo de proteção da sociedade dos riscos modernos. Neste ponto, é importante destacar que existem posições divergentes sobre os rumos que o Direito Penal deverá seguir.

Verifica-se, desta forma, a extrema relevância da análise da violência no imaginário, e a busca pela tutela penal preventiva (ou seja, a partir do momento em que se conhece a possibilidade da existência de um risco, preventivamente se busca a proteção penal para que este não se concretize). Alexandre Rocha Almeida de Moraes aborda esta questão, esclarecendo que a sociedade de risco é acentuada pela atuação da mídia. Destacam-se especialmente pelo modo de transmissão das notícias de cunho criminal, que passam a impressão do aumento da criminalidade e violência, além da sensação de impunidade. Luciano Anderson de Souza apresenta as posições divergentes sobre os rumos que deverá seguir o Direito Penal¹⁷⁷:

A evolução tecnológica e cultural por que tem passado a sociedade atual, dita globalizada, pós-moderna, pós-industrial ou de risco tem ocasionado sentimentos contrapostos no que tange ao futuro do Direito Penal. De um lado, impulsionados pelos clamores sociais que se mostram cada vez mais influenciados pelos meios de comunicação em massa e conduzidos pelos gestores atípicos da moral pública, alguns se posicionam – e este é, sem dúvida, o posicionamento do legislador penal brasileiro e de muitos outros países – pela expansão do Direito Penal, ao passo que outros, em certa medida a doutrina jurídico-criminal – entendem que o futuro do Direito Penal passa por seu minimalismo.

Os expansionistas entendem que os novos bens jurídicos surgidos, difusos, com os avanços tecnológicos e culturais merecem e carecem de uma proteção efetiva, alcançável apenas pela intervenção jurídico-criminal.

Os minimalistas, por seu turno, identificam as dificuldades em recorrer-se ao Direito Penal para a proteção de bens jurídicos difusos, etéreos e muitas vezes, pouco palpáveis.

Entretanto, é importante destacar que os impactos da imprensa na esfera penal não fazem parte apenas do contexto atual. Francesco Carnelutti, na clássica obra “As misérias do Processo Penal”, também aborda as dificuldades enfrentadas pelos operadores do Direito, nos desdobramentos dos processos criminais, justamente por conta desta interferência, que já

¹⁷⁷ SOUZA, op. cit., p. 173.

resulta em um pré-julgamento acerca da culpa dos indivíduos apontados como os responsáveis pelas condutas criminosas¹⁷⁸:

O artigo da Constituição, em que se tem a ilusão de garantir a incolumidade do imputado, é praticamente inconcebível com aquele outro artigo que sanciona a liberdade de imprensa. Basta apenas ter surgido a suspeita; o imputado, sua família, sua casa, seu trabalho, são inquiridos, requeridos, examinados, despedidos, na presença de todo mundo. O indivíduo, desta maneira, é transformado em pedaços. E o indivíduo, recordemo-nos, é o único valor que deveria ser salvo pela civilidade.

É clara a colisão entre a sensação de impunidade e de insegurança das sociedades frente às notícias de cunho criminal, e a preservação da dignidade humana e dos preceitos fundamentais. Dentre as informações divulgadas pela mídia, inegável foi o impacto das transmissões ao vivo e em tempo real, da queda das Torres Gêmeas do atentado terrorista ocorrido nos Estados Unidos da América, no dia 11 de setembro de 2001. Exige-se tanto do Estado quanto do Direito Penal uma resposta tanto para a prevenção quanto para a solução dos crimes, e de modo imediato. Logicamente, é direito dos cidadãos a busca pela proteção de seus direitos, estabilidade, sociedade segura e pacífica e segurança jurídica. O que se questiona é a forma como esta tutela é buscada. A influência da imprensa apresenta e amplia esta sensação de medo, de receio, e da busca pela neutralização dos inimigos, na luta pela pacificação social. O Direito Penal, ramo do Direito destinado à proteção social, e à punição das lesões cometidas, vem sofrendo grandes transformações ao longo do tempo, para garantir a proteção da sociedade e dos seres humanos. As sensações do aumento da criminalidade bem como a sensação de impunidade abrem espaço para os questionamentos sobre a crueldade dos crimes, a vulnerabilidade das pessoas, e as consequências sobre o reconhecimento do Direito Penal do Inimigo, para que se evite esta modalidade de atuação criminosa.

4.6 – MEDIDAS DE COMBATE AO TERRORISMO E A PRESERVAÇÃO DA CIDADANIA

A prática do Terrorismo, especialmente, a que versa sobre os atentados ocorridos no dia 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, reacendeu os debates sobre este combate peculiar de transgressão às normas, bem como os impactos destes atos causados na esfera tuteladora internacional dos Direitos Humanos. Ainda, com a nova era vivenciada, da

¹⁷⁸ CARNELUTTI, Franceso. **As misérias do processo penal**. Tradução de Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009. p. 66-7.

sociedade de risco, trabalhada por Ulrich Beck, e os riscos dos ataques terroristas, dos desdobramentos do crime organizado, da utilização de armas biológicas, dentre outros fatores, há diversos questionamentos que apontam para o descrédito na eficiência do Direito Penal comum.

Sobre o Terrorismo, importantes são as considerações de André Raichelis Degenszajn¹⁷⁹:

O terrorismo não é um acontecimento novo. No entanto, apesar de algumas procedências poderem ser localizadas no início da era cristã, nos últimos anos o terrorismo assumiu uma dimensão inédita, tanto pelo seu impacto direto, quanto pelo agenciamento de políticas que foi realizado como resposta a ele. Os acontecimentos que marcaram esse redimensionamento foram os atentados ao *World Trade Center* e ao Pentágono, nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001. Este impacto reverberou em múltiplos espaços, promovido, principalmente, pela política de segurança formulada pelos Estados Unidos e encampada por outros Estados *aliados*, e ficou conhecida como a *guerra ao terror*.

Os ataques terroristas, e a sensação de insegurança e impotência frente a este quadro, desencadearam diversos impactos, e fizeram com que muitos debates e reflexões ocorressem, sobre a eficácia e a eficiência do direito penal, como meio de proteção da vida humana. A globalização, a integração e a velocidade da transmissão das informações sobre os atentados contribuíram muito para estes impactos. Diversas medidas foram tomadas imediatamente, para o combate aos atos terroristas.

Outra grande dificuldade enfrentada na luta pela preservação dos direitos humanos e o combate aos atentados terroristas. Não há entendimento pacífico entre os pesquisadores. Nos dizeres de Bruce Ackerman¹⁸⁰:

Classificá-la como uma “guerra” contra o terrorismo encoraja uma política presidencial que abdica os direitos fundamentais. Classificá-la como “crime” representa uma falha. Deve-se reconhecer que o direito penal só faz sentido se respeitada a soberania.

Não se trata de uma guerra configurada como as grandes Guerras Mundiais. Trata-se de uma condição vivenciada, que não possui natureza permanente. Desta forma, devem ser utilizados mecanismos adequados para a repressão a esta modalidade criminosa.

¹⁷⁹ DEGENSZAJN, André Raichelis. **Terrorismos e terroristas**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Relações Internacionais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 9.

¹⁸⁰ ACKERMAN, Bruce. **Before the next attack**: preserving civil liberties in an age of terrorism. Yale: Yale University: 2006. p. 72.

Apesar do contexto de insegurança vivenciado, entende Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra que o combate ao Terrorismo não pode permitir a vulneração de direitos humanos¹⁸¹:

Por mais abomináveis, atroz e bárbaros que tenham sido os mencionados ataques, assim como todos os que os sucederam, não se pode, sob hipótese nenhuma, alcançar a segurança, por meio de sacrifício de Direitos Humanos. Tentar e empreender tal prática daria aos terroristas uma vitória além do sonho deles, alerta Kofi Annan¹⁸².

Diante da inadmissibilidade de qualquer sacrifício aos Direitos Humanos na luta contra o Terror e o Terrorismo, apenas o mais amplo respeito aos Direitos Humanos, juntamente com a consagração da democracia e da justiça social, configuram-se como sendo o remédio adequado, a longo prazo, no combate a este fenômeno contemporâneo.

No entanto, isto não significa que a comunidade internacional deva quedar-se inerte. Ao contrário, vigilância faz-se sempre presente e necessária, assim como uma atuação pautada pelo respeito da regra de Direito, pelo respeito da regra de Direito, pelo respeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e pela aplicação de uma justiça exemplar.

Por justiça exemplar, deve-se compreender não apenas a punição aos culpados, mas o tratamento justo aos inocentes.

A sensação de insegurança, e a reação imediata na busca pelo combate ao terrorismo precisam, também, versar sobre a aplicação do tratamento adequado aos inocentes. E, justamente, neste sentido, se critica esta vertente do Direito Penal, bem como o tratamento conferido aos classificados como inimigos do Estado, pelo Professor Jakobs.

Tendo em vista que o Professor Jakobs apresenta fundamentos legitimadores para a desconsideração da condição de pessoa aos classificados como inimigos do Estado, nestas situações extremas seria plenamente possível a restrição aos mais básicos direitos e garantias fundamentais.

Em sentido absolutamente oposto se manifesta Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra¹⁸³:

São assaz gravosos para a humanidade os riscos de uma política unilateral de combate ao Terrorismo, baseada na violação de Direitos Humanos, na prática da tortura, na detenção arbitrária de pessoas por tempo indeterminado, no vilipêndio à presunção de inocência, aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ainda

¹⁸¹ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **O terrorismo, a luta contra o terror e o direito internacional dos direitos humanos**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. . p. 210-11.

¹⁸² Diplomata de Gana, que foi, entre 1 de janeiro de 1997 e 1 de janeiro de 2007, o Sétimo Secretário Geral da ONU (Organização das Nações Unidas). Em 2001, foi agraciado com o Prêmio Nobel da Paz.

¹⁸³ Ibidem., p.viii.

mais utilizando-se do uso da mentira e da figura do inimigo objetivo como forma de dominação.

Para tanto, indispensável que o combate ao Terrorismo se opere sob a égide do Direito Internacional dos Direitos humanos, no mais amplo respeito do núcleo inderrogável dos Direitos Humanos e do princípio da não discriminação por meio da adoção de uma estratégia global de combate a este fenômeno.

O combate ao Terrorismo não pode significar um retrocesso em toda a agenda e na preservação de todos os direitos que dignificam a vida humana. Diversas medidas podem e devem ser utilizadas no combate a estas práticas, mas desde que respeitem os direitos e garantias fundamentais.

5 – SITUAÇÕES CONCRETAS QUE SE APROXIMAM DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Uma das funções do Estado consiste justamente em seu poder punitivo, após a apuração da autoria, materialidade, responsabilidade e potencialidade do dano, na prática da infração criminal. Ocorre que, com a nova realidade vivenciada pela humanidade, repleta de medo e de terror pela possibilidade da prática de crimes a qualquer momento e em qualquer lugar, bem como a rápida divulgação destas práticas criminosas, através dos meios de comunicação (televisão, internet, por exemplo), há impacto direto nos questionamentos acerca eficácia do Direito Penal¹⁸⁴. Neste contexto, existe a grande dificuldade de equilíbrio entre a proteção da coletividade e a proteção dos direitos individuais¹⁸⁵. Demonstrada a incompatibilidade entre a teoria do Direito Penal do Inimigo e a preservação dos direitos fundamentais, passaremos a apresentar as seguintes situações que demonstram o conflito, e se aproximam¹⁸⁶ muito do tratamento que Günther Jakobs previu para os que abandonam o Direito e, portanto, renegam o pacto social: *Patriot act*, *Pelican Bay*, *Guantánamo Bay*, e, na sociedade brasileira, o regime disciplinar diferenciado e a proposta para o endurecimento deste.

¹⁸⁴ Neste sentido, entende Fábio Wellington Ataíde Alves que:

O Estado tanto deve cumprir a função de punir os culpados como a de absolver os inocentes. Ainda que a lei esteja longe de se harmonizar a este discurso, notadamente porque a realidade suscita indicar que se cumpre muito mais a função de punir inimigos, é preciso que a garantia da defesa conviva com o poder punitivo como parte de um único interesse público, qual seja, o de fazer justiça penal.

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. **Efetivação da garantia de defesa no estado constitucional de direito: colisão entre poder punitivo e garantia de defesa**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2008. 7.

¹⁸⁵ Sobre a aplicação de pena, em sua modalidade privativa de liberdade, entende Alexis de Couto Brito:

Por mais que se tente esclarecer os motivos da dogmática penal, uma afirmação é irrefutável: todo o estudo do direito penal tem por finalidade explicar, de forma convincente, o porquê de se aplicar a alguém uma pena de privação da liberdade. Ainda que algumas vezes alertem para a existência de penas alternativas, o que sempre preocupou o penalista foi a justificativa para que o Estado possa restringir o maior bem disponível do cidadão: a sua liberdade. Essa invasão violenta no âmbito pessoal do sujeito é estudada e justificada em três facetas. O direito substantivo (penal) determina quais as penas e o seu montante; o direito adjetivo (processual) garante uma forma de aplicação concreta; e o direito executivo (execução penal), o cumprimento do estabelecido.

BRITO, Alexis de Couto. A evolução constitucional da sanção penal. A substituição do binômio Reclusão-Detenção pelo binômio Hediondo- Menor ofensividade. Disponível em: <[hiip:// www.britoevanzolini.com.br](http://hiip://www.britoevanzolini.com.br)>. Acesso em: 9 jun. 2012.

¹⁸⁶ Optamos por utilizar o vocábulo “aproximação” justamente por entendermos que existem diferenças entre a previsão teórica e a aplicação prática desta política criminal. As principais características do Direito Penal do Inimigo encontram-se expostas nas páginas 71 e 72 da presente dissertação. As situações tratadas neste capítulo possuem grande compatibilidade com esta teoria. As diferenças serão elencadas nos itens correspondentes.

Ainda, serão apresentadas importantes considerações acerca de medidas da preservação dos direitos individuais *versus* Terrorismo, bem como relevantes exposições sobre o princípio da não culpabilidade. A seleção para análise destes casos ocorreu pela clara demonstração da violação dos referidos direitos. É necessário esclarecer, ainda, que o objetivo do presente capítulo é a apresentação destas situações. Os temas não serão esgotados. Nem é a pretensão deste estudo. O tratamento aplicado nestes casos ultrapassa os limites que podem ser utilizados como resposta do Estado, frente à infração cometida, e legitima a violação das garantias destinadas à proteção humana. Insta salientar, ainda, que, dentre os diversos meios de sacrifício do núcleo intangível dos direitos fundamentais, a tortura vem sendo muito utilizada, especialmente para a obtenção das confissões das autorias de crimes, o que nem sempre corresponde à realidade.

Se o Direito Penal, o reconhecimento da atuação do Estado para a repressão da criminalidade e as prisões são admitidos, nos sistemas, tanto para a busca da pacificação social quanto para o combate às condutas criminosas, devem ser observados os limites para esta repressão. Afinal, quem está preso perde temporariamente a liberdade, mas não deve perder os direitos fundamentais, inclusive os mecanismos de defesa, os direitos garantidores da cidadania, bem como o acesso à justiça. Dentro destes limites, insere-se a postura do Estado na aplicação das penas privativas de liberdade. Conforme previamente aclarado, se é direito do Estado reprimir a conduta criminosa com a perda da liberdade do infrator, esta resposta deve respeitar os limites constitucionalmente garantidos, e preservar os direitos inerentes à preservação da dignidade humana.

5.1 – TERRORISMO

Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra, ao discorrer sobre o Terrorismo, a luta contra o Terror e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, demonstra as dificuldades do combate ao Terrorismo e ao Terror, e seus impactos diretamente na proteção dos Direitos Humanos. Apresentando um paradigma emergente da mentalidade pós-Segunda Guerra Mundial, registra as grandes dificuldades no combate ao Terrorismo, especialmente na dificuldade de sua definição, e na limitação estatal para este combate. A luta contra o Terrorismo deve ser realizada à luz do princípio da dignidade fundamental de cada ser humano e não nos interesses de determinadas nações unilaterais.

Entende o autor que a Doutrina Bush adotou uma série de medidas unilaterais para o combate ao terrorismo, que colocaram em xeque a nova mentalidade dos Direitos Humanos (a mentalidade pós-emergente, após as grandes guerras mundiais). Justamente neste contexto não se pode aceitar nenhum retrocesso à esfera dos Direitos Humanos. Neste sentido, importantes são os debates apresentados pelo jornal Folha de São Paulo, acerca do ataque dos Estados Unidos da América, e a morte do Clérigo Anwar al Awlaki, americano da Al Qaeda, no Iêmen, senão vejamos¹⁸⁷:

Ação abre debate sobre a legalidade de um governo atacar seus próprios cidadãos sem processo judicial. Das agências de notícias. O clérigo radical Anwar al Awlaki, 40, nascido nos EUA, foi morto ontem no Iêmen. Apontado como um dos expoentes da Al Qaeda da Península Arábica, ele é considerado mentor de atentados recentes aos EUA, incluindo o ataque à base militar de Fort Hood, no Texas, em 2009. Segundo funcionários ligados ao governo iemenita, e aos EUA, ele foi morto por um avião não tripulado americano – os chamados “drones”.

Scott Shane, do jornal “New York Times” apresenta uma análise sobre as liberdades civis, frente ao terrorismo¹⁸⁸:

O ataque que matou o cidadão americano Anwar al Awlaki redespertou um complicado debate quanto ao terrorismo, liberdades civis e a Constituição dos EUA. O governo Obama vinha argumentando há muito tempo que Awlaki, 40, havia aderido à causa inimiga em tempo de guerra e que avançara de atividades de propaganda para operações em conspirações contra os EUA. Por isso, no ano passado, as autoridades decidiram que ele teria a mesma prioridade de outros líderes da Al Qaeda como alvo de ataques. Defensores das liberdades civis questionaram o direito do governo de tirar a vida de um cidadão americano com base em informações imprecisas e sem investigação ou julgamento, alegando que a perseguição e execução de Al Awlaki representam uma execução sumária.

Este tipo de ataque representa uma resposta do Estado pautada nas diretrizes apresentadas pelo professor Jakobs. Trata-se o inimigo como não pessoa. Não há respeito nem ao contraditório e nem à ampla defesa. Suprime-se o direito ao acesso ao Poder Judiciário, bem como a defesa técnica e o duplo grau de jurisdição. O conflito entre a segurança pública frente às liberdades civis é inegável. É evidente, também, que este litígio deve ser objeto de debates

¹⁸⁷ ATAQUE dos EUA mata americano da Al Qaeda no Iêmen. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 out. 2011. Caderno A, p. 16. .

¹⁸⁸ SHANE, Scott. Assassinato reacende debate sobre liberdades civis e terrorismo. Tradução Paulo Miglacci. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 out. 2011. Caderno A, p. 16.

e pesquisas, para que seja estabelecido um ponto de equilíbrio entre as liberdades e proteções, na esfera pública e individual.

Sobre o supracitado conflito, e a ponderação da proteção da sociedade *versus* a tutela das liberdades individuais, entende Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra que¹⁸⁹:

A missão da doutrina de George W. Bush de espalhar o fogo da liberdade aos quatro cantos do mundo não pode representar a violação aos mais básicos Direitos Humanos e liberdades fundamentais. Em torno dessa ideia chave foca-se a presente análise. A discriminação desenfreada, a restrição de liberdades individuais, detenções arbitrárias, a prática da tortura, a existência de centros de detenção ao redor do mundo, nos quais são praticados os mais atentatórios atos à dignidade humana, não podem ser aceitos, sequer tolerados, em nome de uma suposta luta contra o Terror e o Terrorismo. A humanidade acabou de testemunhar e atravessar devastadoras experiências totalitárias, em que foram dizimadas mais de onze milhões de pessoas, sem mencionar a aniquilação moral, emocional e espiritual de outros tantos milhares de indivíduos. E ainda o faz diuturnamente. (...) Presencia-se a configuração de novas formas totalitárias de poder que utilizam as mesmas ferramentas de que se valeu o totalitarismo da primeira metade do século XX: a figura do inimigo objetivo e o uso da mentira.

A figura do inimigo objetivo é muito perigosa para a proteção da dignidade da pessoa humana, senão vejamos¹⁹⁰:

Para tanto, segundo a ótica defendida pelas referidas nações unilaterais, torna-se imperiosa e necessária a violação aos principais instrumentos de proteção de Direitos Humanos ratificados, o desenvolvimento das mais diversas formas de discriminação baseadas na origem nacional e na confissão religiosa, a restrição máxima de liberdades individuais em prol da segurança nacional, a prática de tortura contumaz, visando à intimidação dos prisioneiros e à obtenção de confissões forçadas, a existência de centros secretos e sigilosos onde as maiores humilhações e ofensas aos indivíduos – considerados como meras coisas, sem qualquer consideração por sua dignidade essencial de pessoa – são praticadas, como *Guantánamo Bay*, o recrudescimento das legislações penais internas, a prevalência de uma ótica repressiva sobre uma ótica preventiva, prisões arbitrárias, execuções sumárias e a total inversão da presunção de inocência, passando a se adotar a presunção de culpabilidade (*id est*, todo indivíduo passa a ser culpado até que se prove o contrário).

Verifica-se, então, a incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com os princípios preservadores da dignidade humana (em caráter universal, igualitário e garantidores da liberdade) constitucionalmente consagrados. A solução para estes atos terroristas não pode admitir que vidas humanas sejam ceifadas, ainda mais sob o manto legitimador desta teoria.

¹⁸⁹ GUERRA, op. cit., p.121-2.

¹⁹⁰ Ibidem., p.129-30.

5.2 – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

A teoria do Direito Penal do Inimigo, por permitir a antecipação da punição, tendo em vista a possibilidade do indivíduo de cometer crimes, viola diretamente o princípio de cunho constitucional (aplicado especialmente no ramo das normas penais) da presunção de inocência¹⁹¹. Ainda, o inimigo, por não ser tratado como pessoa, perde o direito a todas as proteções de cunho garantista, bem como as garantias processuais. O direito processual para o inimigo difere completamente do processo penal do cidadão, inclusive em todos os quesitos referentes ao acesso à justiça.

Flávio Augusto Antunes apresenta a questão da incompatibilidade entre a doutrina do Direito Penal do Inimigo e o princípio da presunção de inocência, princípio este que garante que a responsabilidade pela prática criminal seja reconhecida apenas após o trânsito em julgado de sentença condenatória¹⁹²:

Isso porque referido princípio, em sua essência, por prever que ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não permitiria um tratamento mais severo à pessoa do acusado, próprio do direito penal do inimigo, pois, até aí, referido sujeito deve ser considerado um cidadão detentor de todos os seus direitos, e não um inimigo.

Mas o que se verifica, na prática, é a supressão de todos estes direitos e garantias fundamentais aos “inimigos” do Estado. Ainda, na situação de grave crise e insegurança, vivenciada nos Estados Unidos da América após a queda das Torres Gêmeas do World Trade Center, em 2011, os direitos não só dos suspeitos das práticas de terrorismo, como também os direitos e garantias individuais dos civis, dos cidadãos também foram restringidos, através do *Patriot Act*. É o que se passa a analisar.

¹⁹¹ O artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Portanto, apenas após a conclusão do processo em que se demonstre a culpabilidade do réu (com um robusto conjunto de provas) o Estado poderá aplicar uma pena ou sanção ao indivíduo condenado, respeitando todos os critérios de dosimetria de pena. Desta forma, o acusado deve ser tratado como inocente durante todo o decorrer do processo, do início ao trânsito em julgado da decisão final. Trata-se de uma garantia individual fundamental e inafastável, que decorre da ideologia filosófica do Estado Democrático de Direito.

¹⁹² ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. p.100.

5.3 – PATRIOT ACT

O *USA Patriot Act*, que significa *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001* (Ato para unir e fortalecer a América providenciando as ferramentas necessárias para a obstrução e interceptação do Terrorismo, de 2001), foi assinado pelo Presidente George W. Bush em 26 de outubro de 2001. Trata-se de uma resposta imediata aos ataques terroristas que ocorreram em setembro daquele ano. Este imediatismo foi profundamente criticado, especialmente por não ter sido pautado em debates que demonstrassem os perigos acerca destas restrições. Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues entende que¹⁹³:

Muitas das críticas referem-se sobretudo ao fato de o *USA Patriot Act* ter sido aprovado de forma oportunista após os atentados de 11 de setembro de 2001, sem o devido debate, tendo sido sequer previamente analisado por muitos dos senadores norte-americanos dada a rapidez com que foi aprovado naquela Casa. No entanto, o grande problema residiu justamente no fato de o *USA Patriot Act* ter restringido direitos e liberdades individuais, em prol da segurança nacional e do combate ao Terrorismo, com a adoção, inclusive, de uma política migratória bastante restritiva, sem mencionar o fortalecimento de leis penais contra o Terrorismo.

A aplicação do *Patriot Act* apresenta diversas violações aos direitos primários dos seres humanos. Neste sentido, Alexandre Rocha de Moraes Almeida esclarece que¹⁹⁴:

Símbolos desta política criminal americana são evidentemente o “Combatente Inimigo” e o “*Patriot Act*”. O estatuto do “combatente inimigo¹⁹⁵” permitiu às autoridades norte-americanas manter um indivíduo 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 defesa de direitos civis,

¹⁹³ GUERRA, op. cit., p.194-5.

¹⁹⁴ MORAES, Alexandre Rocha de Almeida, op. cit., p.205-6.

¹⁹⁵ Com Associated Press e Efe(parcerias internacionais) em colaboração com o jornal Folha de São Paulo. A reportagem “Obama ordena revisão do caso do único “combatente inimigo” mantido nos EUA”, de 22/01/2009 apresenta o conceito de combatente inimigo:

“O status de “combatente inimigo” foi criado pelo governo de George W. Bush para classificar pessoas consideradas terroristas, que combatiam os Estados Unidos sem engajamento em forças estatais de qualquer país. O objetivo da classificação, questionada na Suprema Corte, era manter os prisioneiros além do alcance das convenções internacionais sobre prisioneiros de guerra”.

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 livros.¹⁹⁶

O *Patriot Act* é dividido em dez títulos, assim disposto: Títulos I e X – disposições gerais; Título II – Intensificando procedimentos de vigilância; Título III – Lei sobre a redução de lavagem de dinheiro internacional e financiamento antiterrorista; Título IV – Protegendo as fronteiras; Título V – Removendo obstáculos para investigação sobre o Terrorismo; Título VI – Vítimas e famílias das vítimas do Terrorismo; Título VII – Maior compartilhamento de informações visando à proteção de infraestrutura crítica; Título VIII – Fortalecendo as leis penais contra o Terrorismo, e Título IX – Melhorias no serviço de inteligência. A linha norteadora de seu embasamento é a restrição de um rol de direitos e garantias fundamentais, e o seu objetivo é o combate aos atos terroristas. Todas estas supressões de direitos ampliam consideravelmente os poderes do Estado, em sua função preventiva e repressiva de coibição da prática de atos terroristas.

Alargaram também os atos considerados como suspeitos de terrorismo. Para a legitimação do *Patriot Act*, foi apresentada a seguinte fundamentação: após os ataques terroristas que derrubaram as Torres Gêmeas do World Trade Center em 2001, e eliminaram a vida de muitos inocentes, deve haver a opção entre ou a proteção dos direitos fundamentais ou da segurança nacional, não sendo possível a compatibilidade e o equilíbrio entre ambos.

Ora, nesta balança desequilibrada, entre a proteção individual e coletiva de direitos, deve prevalecer sob a ótica fundante do *Patriot Act* a proteção coletiva da sociedade. Esta medida é profundamente criticada, não só pela restrição e a suspensão dos direitos humanos, como também das liberdades civis dos indivíduos. Neste sentido, Roberto Candelori esclarece que¹⁹⁷:

Em nome da segurança e da guerra ao terror, o governo dos EUA investe contra os direitos individuais. Criado em outubro de 2001 pelo presidente George W. Bush, o USA Patriot Act visa facilitar a captura de terroristas e, para tanto, permite aos órgãos de segurança e de inteligência vasculhar a privacidade dos cidadãos. Literalmente, *Patriot Act* significa "lei patriótica", mas é também a abreviação de

¹⁹⁶ Desta forma, enquanto o “combatente inimigo” permite a manutenção do indivíduo preso por tempo indefinido bem como a privação de todos os direitos, o “*Patriot Act*” compreende a um uma gama de medidas antiterror que viola as liberdades individuais de todos: suspeitos e não suspeitos, infratores e não infratores. O “*Patriot Act*”, portanto, é muito mais abrangente do que o combatente inimigo, por violar os direitos individuais de todos.

¹⁹⁷ CANDELORI, Roberto. Atualidades: USA Patriot Act e o fim da privacidade. Folha de São Paulo, São Paulo, 2 out. 2003. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

"Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism" (prover ferramentas necessárias para interceptar e obstruir atos de terrorismo). Livre de ordenação judicial, essa nova lei assegura aos agentes poder para rastrear e-mails, vigiar o uso da internet e grampear ligações telefônicas. Obriga bibliotecas e livrarias a informar que livros buscaram determinados cidadãos e permite a detenção de "suspeitos" por períodos prolongados.

Sobre a proteção das fronteiras, há um gravíssimo risco, especialmente para os estrangeiros, se classificados como suspeitos da prática de atos terroristas. Sobre o assunto, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra apresenta as seguintes considerações¹⁹⁸:

No que concerne à proteção das fronteiras, qualquer estrangeiro tornou-se passível de ser detido, durante um período indeterminado de tempo, caso fosse considerado pelo Advogado Geral (*General Attorney*) suspeito de causar um ato terrorista. Esta disposição viola os mais básicos Direitos Humanos, incluído o direito ao devido processo legal, a um julgamento justo, tendo sido o dispositivo legal autorizativo das detenções ilegais de pessoas que foram enviadas a *Guantánamo Bay*.

Por fim, apresenta as preocupações acerca das restrições que podem ser acarretadas¹⁹⁹:

Receia-se que o regime de exceção transforme-se na regra de atuação, o que poderá comprometer, para sempre, todas as árduas conquistas obtidas pela Humanidade no que concerne ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Quer-se, desta forma, evitar que o comandante-chefe dos Estados Unidos faça o que ele quer que ele considere necessário pelo período que considerar apropriado.

O *Patriot Act* difere do Direito Penal do Inimigo justamente por prever a restrição de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, com o objetivo de impedir que existam mais ataques terroristas. É, portanto, uma medida mais abrangente do que a previsão apresentada por Günther Jakobs. Em contrapartida, o Direito Penal do Inimigo, ao fracionar os dois polos do Direito Penal, preserva os direitos e garantias dos cidadãos, apenas apresentando as restrições aos inimigos do Estado.

Apesar desta diferença, verifica-se que o *Patriot Act* apresenta uma série de restrições, especialmente no direito constitucionalmente consagrado à privacidade e ao sigilo das informações pessoais, que somente deve ser rompido sobre fundamentadas suspeitas.

¹⁹⁸ GUERRA, op. cit., p. 195.

¹⁹⁹ Ibidem., p. 197.

5.4 – GUANTÁNAMO BAY

Outro exemplo que se aproxima da colisão prevista entre o Direito Penal do Inimigo e as garantias fundamentais é a prisão a eles destinada, em Guantánamo. Trata-se da mais antiga base militar norte-americana, estabelecida fora dos Estados Unidos da América. Fica localizada em Cuba, especificamente, na Baía de Guantánamo. Esta base militar possui como finalidade, desde 2002, ser um centro de detenção dos inimigos dos Estados Unidos, que supostamente possuem relação com o Terrorismo internacional e com os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. O tratamento aplicado aos prisioneiros em Guantánamo apresenta um caso emblemático de severas violações aos direitos humanos. Isto porque há diversas denúncias e relatos sobre a prática de tortura, os maus tratos, e os métodos escusos para a obtenção das confissões pelos crimes ocorridos, que nem sempre foram eficazes na busca pela realidade dos acontecimentos, tendo em vista que equívocos foram cometidos. Além disso, existe a indefinição do tempo de duração dos processos, bem como a falta de informação sobre as acusações aos presos imputadas. Ainda, há sérias críticas pela negação à condição de prisioneiros de guerra, bem como a negativa do acesso à justiça para a análise e o julgamento dos prisioneiros. A terceira Convenção de Genebra, escrita em 1929, que dispõe sobre os direitos dos prisioneiros de guerra foi um grande avanço para a proteção dos combatentes capturados, justamente por prever o direito de estes serem tratados de maneira digna. Desta maneira, a tortura e as humilhações (físicas ou morais) são expressamente proibidas. Ainda, há vedação expressa contra os atos de violência e intimidação. Negar a condição de prisioneiro de guerra significa a negativa de todos estes direitos para o preso, que são obrigações que devem ser cumpridas pelas autoridades. Fábio Konder Comparato apresenta a importância da Convenção de Genebra²⁰⁰:

O chamado direito internacional humanitário, cujo embrião foi a Convenção de Genebra de 1864, constituiu-se no curso do século XX em dois ramos distintos. De um lado, o conjunto de o conjunto de normas internacionais destinadas a limitar o recurso a determinados métodos ou meios de combate durante as hostilidades armadas. É o atual *ius ad bellum*, o qual, por razões históricas, passou a ser conhecido como “direito de Haia”. O segundo ramo do direito internacional é formado pelas normas internacionais que têm por fim proteger as vítimas de conflitos bélicos.(...) A Convenção de Genebra, assinada em 27 de julho de 1929, refundiu e desenvolveu o conjunto das normas de proteção aos prisioneiros de

²⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2003.p. 206-7.

guerra assentados na Convenção de 1864 e na Convenção de Haia de 1907 (sobre os prisioneiros de guerras marítimas).

Ainda, sobre o tratamento aplicado aos prisioneiros de Guantánamo, Judith Butler também critica o fato de as autoridades norte-americanas negarem a estes detentos a condição de “prisioneiros de guerra”, nos termos da Convenção de Genebra, esclarece. Ao negar-lhes esta condição, são retirados todos os direitos e garantias previstos aos prisioneiros de guerra²⁰¹:

Ainda que em 7 de fevereiro [de 2002] a administração Bush tenha admitido que os detentos do Talibã na Baía de Guantánamo mereciam ser abrangidos pelas Convenções de Genebra, recusou-se a conceder-lhes status de prisioneiros de guerra (PGs) a eles ou a qualquer um dos 186 detentos naquele momento (o número agora [março de 2002] está em torno de trezentos). Seria plausível esperar que as Convenções de Genebra e os protocolos do direito internacional oferecessem um promissor meio legal para contestar a detenção e o tratamento desses prisioneiros pelo governo dos Estados Unidos, e esses instrumentos de fato propiciam alguns recursos que servem a tal propósito. Contudo, o acordo sobre o tratamento de prisioneiros de guerra da Convenção de Genebra de 1949, baseado em uma noção de guerra obsoleta e saturado de um viés pautado pelo Estado-nação, dificulta aos PGs não pertencentes a forças armadas convencionais de Estados reconhecidos reivindicar proteção sob o direito internacional.

Se os prisioneiros de Guantánamo não possuem a condição de prisioneiros de guerra, os parâmetros previstos nesta Convenção são suprimidos. Esta é mais uma vertente de agressão aos direitos fundamentais para a garantia de condições mínimas de garantia para a preservação da dignidade humana. Esta negativa lhes retira por completo o rol de garantias mínimas para o tratamento e o reconhecimento destes como pessoas. Sobre as violações aos direitos e garantias fundamentais, entende Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues²⁰²:

A partir do momento em que (i) são admitidas prisões arbitrárias de indivíduos, pelo simples fato de eles se enquadrarem em uma determinada ideia pré-concebida de “inimigo combatente ilegal”, (ii), é permitida a sua detenção, e sua submissão à tortura, maus-tratos, e inúmeras outras violações aos Direitos Humanos, indefinidamente, sem serem acusados de nenhuma prática criminosa efetiva, (iii) lhes é negada qualquer possibilidade de recurso ao Poder Judiciário no que concerne ao seu período de detenção e à forma como foram tratados, (iv) as provas obtidas por meios ilícitos até 30 de dezembro de 2005 são passíveis de serem consideradas e utilizadas se o juiz militar assim o entender, e (v) são os detentos julgados por um tribunal de exceção – as Comissões Militares Especiais – ao invés das cortes federais, está-se diante de violações aos mais básicos Direitos Humanos e garantias constitucionalmente asseguradas, fundamentos do Estado de Direito contemporâneo.

A inversão da presunção de inocência, a negação de acesso ao Poder Judiciário para fazer face à lesão a direito ou ameaça de lesão a direito, a realização de julgamentos por um tribunal de exceção, sem respeito ao devido processo legal, sem estar assegurada a ampla defesa e o princípio do contraditório e a admissibilidade de provas ilícitas são apenas alguns exemplos atentatórios.

²⁰¹ BUTLER, Judith. **O limbo de Guantánamo: 2007**. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

²⁰² GUERRA, op. cit., p.143-4.

Acerca das restrições aos mais básicos direitos para a preservação da dignidade humana, os abusos, maus tratos e torturas, são de imensurável relevância as observações de André Petry, correspondente da Revista Veja em Nova Iorque, em uma reportagem que contou com a sua visita à prisão de Guantánamo. Estas são suas impressões iniciais sobre o tratamento conferido a esses prisioneiros²⁰³:

Guantánamo já foi um buraco obscuro, com presos em macacão cor de laranja, amarrados e vendados, enjaulados em gaiolas de arame farpado e submetidos a torturas. Sem direito a habeas corpus, dezenas de suspeitos depois declarados inocentes, um deles de 14 anos de idade, ficaram encarcerados. “É o Gulag²⁰⁴ do nosso tempo”, acusou a Anistia Internacional.

Faz-se necessário, portanto, analisar estas vulnerações aos direitos humanos, na luta contra o terror. Neste sentido, José Maria Gómez entende que²⁰⁵:

Guantánamo persiste com toda a ilegalidade e violência que o constituem, apesar do desejo das autoridades de forjar uma cobertura legal e uma paródia de justiça. Uma breve descrição dos momentos e das medidas cruciais das fases assinaladas talvez permita compreender melhor a complexidade dos processos e as questões em jogo que fazem desse campo de concentração, verdadeiro *gulag* global, a ponta visível de um imenso *iceberg*, isto é, de uma rede inter e transcontinental, fluida e secreta de desaparecimentos forçados, prisões arbitrárias, traslados clandestinos de prisioneiros e torturas sistemáticas em prisões sob controle direto ou localizadas em terceiros países.

As práticas adotadas, ao arrepio da lei, para a garantia da segurança pública, representam grave violação aos direitos humanos e imensurável retrocesso na história, no Direito, e na cidadania. A restrição a qualquer direito, para qualquer indivíduo, representa graves violações para a humanidade. Estas práticas devem ser repelidas. A ilustração desta vulneração conta também com uma reportagem especial da Revista Veja, sobre uma visita à prisão, e o acompanhamento de um julgamento que lá ocorreu. A reportagem “Guantánamo, a hora da verdade”, assinada por André Petry, destaca a importância deste momento da História. Ao contrário do que o Professor Jakobs defendeu, sobre o caráter meramente descritivo acerca do Direito Penal do Inimigo, o que se verifica, na realidade, é a prática da restrição a esta gama de direitos, de maneira muito próxima aos moldes desta teoria. Após diversas supressões dos direitos e garantias fundamentais, nesta prisão, é chegada a hora dos julgamentos dos presos acusados pela prática de terrorismo. A matéria apresenta imensurável relevância para a demonstração da colisão entre o Direito Penal do Inimigo, a dignidade humana e a cidadania

²⁰³ PETRY, André. Guantánamo: a hora da verdade. **Revista Veja**, São Paulo, Ano 45, n. 5, edição 2254, 1º fev. 2012. p. 86. Guantánamo difere do Direito Penal do Inimigo pela existência de inocentes presos.

²⁰⁴ Campos de trabalhos forçados aos que se manifestassem contra o sistema da União Soviética.

²⁰⁵ Ibidem.

especialmente pelo seguinte motivo: na terceira semana de janeiro de 2012, um grupo de jornalistas foi levado à Guantánamo, pelo Pentágono, justamente para que eles pudessem acompanhar as sessões de Al-Nashiri, classificado como um dos terroristas mais perigosos. A reportagem apresenta opiniões de profissionais, estudiosos e especialistas da área, na busca pelo equilíbrio entre a segurança nacional e a proteção da dignidade humana. É a ponderação entre as liberdades públicas e os direitos e garantias fundamentais. Serão destacados e comentados os momentos mais relevantes da reportagem. Data de 1º de fevereiro de 2012, e apresenta as dificuldades iniciais para a atuação da defesa técnica destes julgamentos²⁰⁶:

A defesa reclamou da falta de acesso à íntegra daquelas informações sobre seu cliente que o Pentágono considera confidenciais. A acusação, composta de uma equipe de advogados do Departamento de Justiça e do próprio Pentágono, alegou que abrir segredos a um acusado de terrorismo compromete a segurança nacional. Por isso, a defesa deveria ter acesso a apenas a um resumo do material confidencial. O juiz concordou com o argumento da segurança nacional, mas deu à defesa o direito de contestar o resumo, caso julgue necessário. O desafio para a defesa será contestar o resumo de um material cuja íntegra desconhece.

A restrição aos direitos e garantias fundamentais do inimigo do Estado apresenta reflexos inclusive para o exercício da advocacia. Ora, se os advogados do acusado não podem ter acesso à íntegra dos autos do processo, como podem, então, apresentar adequadamente a sua defesa? Se o direito de defesa permite a análise de todos os detalhes, como é possível o reconhecimento judicial desta restrição, e a possibilidade do direito de contestação apenas com base em um resumo? Ainda, traçando um paralelo entre as polêmicas acerca dos réus em Guantánamo, e os réus em Nuremberg, entende que²⁰⁷ :

Os réus de Guantánamo terão a mesma oportunidade de defesa oferecida aos nazistas em Nuremberg? Muito mais. Os nazistas não tiveram direito de recorrer nem de questionar os juízes. Podiam ser julgados à revelia, e os que se sentaram no banco dos réus não contaram com advogados caros nem com a defesa de entidades de direitos humanos. Os réus em Guantánamo têm tudo isso. Uma falha dramática, porém, compromete o sistema: nem todo réu considerado inocente será libertado. “Essa diferença é essencial”, diz Richard Kammen, especialista em casos que envolvem pena de morte e lidera os defensores de Al-Nashiri. “Em um sistema que consideramos justo, os inocentes ficam livres e vão para casa.” Al-Nashiri continuará preso, mesmo que absolvido. Desse modo, o objetivo da defesa é apenas livrá-lo da pena capital. Entre os 171 detidos em Guantánamo, 46 estão na categoria de “presos por tempo indeterminado”. Ficarão sem acusação formal e não vão ser levados a julgamento. São presos que o governo americano considera muito

²⁰⁶ PENTRY, op. cit., p. 84. Neste trecho da reportagem, é clara a colisão entre o direito à defesa técnica e a proteção das informações acerca do processo. Como pode a defesa trabalhar os aspectos jurídicos, com base em um resumo contendo as principais informações acerca do processo? O direito à ampla defesa está sendo suprimido.

²⁰⁷. Ibidem., p. 86.

perigosos, mas as provas contra eles não se qualificam como evidências, mesmo perante um tribunal militar. Ou seja, as provas são confissões obtidas sob tortura.

E mais²⁰⁸:

O escritor William Shawcross, autor de *Justice and the Enemy* (A Justiça e o Inimigo), diz que é nesse ponto que se concentra a dificuldade fulcral de Guantánamo: como conciliar a justiça (a que todo réu tem direito) e a segurança nacional (a que todo povo tem direito). Libertar terroristas é um crime contra a segurança nacional, mas também é crime manter na cadeia acusados de crimes sem provas.

Este é um dos questionamentos mais polêmicos acerca não apenas de Guantánamo, mas também em todas as questões e situações que envolvem a proteção dos direitos e garantias fundamentais em dois polos: os individuais e os coletivos. Como equilibrar a atuação estatal com a proteção individual? É possível a gama de restrições existentes em Guantánamo, como meio de neutralização dos inimigos? É necessário observar que Guantánamo rompeu com diversos paradigmas (na esfera repressiva penal) da dignidade humana²⁰⁹, no encarceramento dos prisioneiros²¹⁰.

²⁰⁸ PETRY, op. cit., p. 86.

²⁰⁹ É importante a observação da postura da Suprema Corte Americana, frente ao tratamento aplicado aos presos em Guantánamo. Apenas em 2008 a Corte Máxima decidiu que os presos em Guantánamo poderiam pleitear a sua liberação, encaminhando os seus recursos aos magistrados federais. É interessante observar a divisão da Suprema Corte, na decisão dos votos. Apenas cinco juízes votaram a favor deste direito, sendo quatro juízes contra este pedido.

Neste sentido, a reportagem “Suprema Corte decide que presos em Guantánamo podem pleitear liberação”: “Cinco juízes votaram a favor, e quatro foram contrários à decisão, que derrubou uma lei passada por Bush em 2006 e que tirava dos presos em Guantánamo seu direito a habeas corpus. Um dos magistrados, Anthony Kennedy, confirmou que os prisioneiros tem direito a habeas corpus. “As leis e a Constituição são pensadas para sobreviver, e continuar em vigor, mesmo durante circunstâncias extraordinárias”, disse. (...) O centro de detenção de Guantánamo tem pelo menos 385 presos: de 60 a 80 serão processados por um tribunal militar, e 85 serão devolvidos para seus países de origem. Outros 200 estão num “limbo legal”.

Informações :Reuters, EFE e AFP. www.g1.globo.com, 12/06/2008. Acesso em 01/06/2012.

²¹⁰ Sobre as torturas praticadas em Guantánamo, ainda, é indispensável a leitura sobre o texto publicado no jornal O Estado de São Paulo, intitulada “Vê-se muito, mas pouco se sabe sobre os presos de Guantánamo”: Duas diferentes equipes trabalham em alerta máximo na base militar de Guantánamo, tornando o calor ainda mais sufocante para centenas de presos desde 2003, sem julgamento: os soldados do batalhão de choque, que em grupos de quatro imobilizam os detentos das celas individuais, e os médicos, responsáveis por técnicas de reanimação dos que, por greve de fome ou outro motivo, têm paradas cardíacas ou respiratórias. Os primeiros homens levados clandestinamente a Guantánamo chegaram quatro meses após o 11 de Setembro. Estavam ali por supostamente deterem inteligência capaz de evitar novos ataques. Não se pode dizer que eram subversivos, antiamericanos, culpados ou inocentes, pois não foram julgados. Ocupavam o Campo Raio X, onde passavam o dia sob o sol, em celas de arame, e respondiam a interrogatórios intermináveis, submetidos a técnicas consideradas tortura, como afogamento simulado. O campo foi fechado poucos meses depois. Os detentos vivem hoje no chamado Campo Delta, subdividido em cinco unidades. Na primeira, os presos estão em celas individuais, separadas por grades. É possível ver tudo o que se passa dentro. Eles têm direito a dez minutos de banho de sol, três vezes por semana. O campo 5, o mais rigoroso, parece prisão futurística: vidros escuros, paredes brancas, portas de metal. A cela é pequena e não permite ver o céu ou o guarda do lado de fora. DANTAS, Iuri. O Estado de São Paulo. Vê-se muito, mas pouco se sabe sobre os presos de Guantánamo. 02 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

Por fim, o depoimento de Lakhdar Boumediene, prestado em 2012. O mesmo texto foi apresentado no jornal O Estado de São Paulo. Este depoimento retrata todo o sofrimento de um inocente que foi considerado inimigo do Estado, e tratado como tal. Nele, extraímos a essência do desrespeito à condição de pessoa ao ser humano²¹¹:

Lakhdar Boumediene

Há dez anos foi aberto o campo de detenção na base naval americana da Baía de Guantánamo. Durante sete anos ali estive preso, sem explicação ou acusação. Minhas filhas cresceram sem mim. Elas mal começavam a andar quando fui detido e jamais tiveram permissão para me visitar ou falar comigo ao telefone. Muitas de suas cartas foram devolvidas com o carimbo “não entregar”. As poucas que recebi foram censuradas, a ponto de suas mensagens de amor e apoio se perderem. Para alguns políticos americanos, as pessoas detidas em Guantánamo são terroristas, mas nunca fui um terrorista. Se tivesse sido levado a um tribunal quando fui preso, as vidas das minhas filhas não teriam sido destroçadas e minha família não teria sido lançada na pobreza. Somente depois de a Suprema Corte dos EUA ordenar que o governo justificasse suas ações perante um juiz federal consegui limpar meu nome e reunir-me com minha família. Tínhamos uma vida tranquila, mas tudo mudou depois do 11 de Setembro. Quando cheguei ao trabalho na manhã de 19 de outubro de 2001, um agente do serviço de inteligência me aguardava. Pediu para que o acompanhasse para ser interrogado. Obedeci de bom grado, mas posteriormente fui informado de que não poderia voltar para casa. Os EUA solicitaram às autoridades locais minha prisão e a de cinco indivíduos. De acordo com notícias veiculadas na imprensa na época, os EUA acreditavam que eu armava um complô para explodir sua embaixada em Sarajevo. Jamais pensei nisso. O fato de que os EUA cometeram um erro ficou claro desde o início. A Suprema Corte da Bósnia analisou as alegações apresentadas pelos americanos e concluiu que não havia provas contra mim, ordenando minha liberação. Em vez disso, no momento em que fui libertado, agentes americanos detiveram a mim e a outros cinco. Fomos amarrados como animais e enviados de avião para Guantánamo, a base naval americana em Cuba. Chegamos lá em 20 de janeiro de 2002. Eu ainda tinha fé na Justiça americana. Acreditava que meus captores rapidamente verificariam o erro. Mas quando não dei a meus inquiridores as respostas que desejavam – como poderia, se não tinha feito nada? –, seu comportamento foi se tornando mais brutal. Fui mantido acordado durante vários dias sucessivos. Obrigado a permanecer em posições dolorosas durante horas. São coisas sobre as quais não gosto de escrever. Empreendi uma greve de fome por dois anos, pois ninguém me informava a razão de estar preso. Duas vezes por dia, meus carrascos me enfiavam pelo nariz um tubo que passava pela minha garganta e chegava ao meu estômago para conseguirem me alimentar. Era atroz, mas eu era inocente e assim mantive o meu protesto. Em 2008, minha demanda por um processo legal justo chegou à Suprema Corte americana. Na sua sentença, a corte declarou que “as leis e a Constituição são projetadas de modo a sobreviverem, e vigorarem, em períodos de exceção”. E decidi que prisioneiros como eu, não importa o quão graves sejam as acusações, têm direito de defender-se perante os tribunais. Reconheceu uma verdade básica: o governo comete erros. Cinco meses depois, o juiz Richard J. Leon reexaminou as alegações oferecidas para justificar minha prisão, incluindo informações secretas sobre as quais jamais tive conhecimento. O governo abandonou a acusação de complô para explodir sua embaixada antes mesmo de ser ouvido pelo juiz, que após a audiência ordenou minha libertação e a de quatro outras pessoas também presas na Bósnia. Jamais esquecerei a cena em que eu, sentado ao lado dos outros quatro detentos numa esqualida sala em Guantánamo, ouvi por um alto-falante indistinto o juiz ler sua sentença na sala de um tribunal em Washington. Ele implorou ao governo que não

²¹¹ NUNES, op. cit.

recorresse da decisão, pois “sete anos esperando que o nosso sistema legal lhes desse uma resposta a uma pergunta tão importante, no meu julgamento, foi demasiado”. Fui libertado em 15 de maio de 2009. Vivo na Provença, com minha mulher e filhos. A França propiciou-nos um lar e um novo começo. Espero voltar a trabalhar ajudando as pessoas, mas, até agora, como resultado de ter passado sete anos e meio detido em Guantánamo, apenas algumas organizações de direitos humanos pensaram em me contratar. Não gosto de pensar em Guantánamo. As lembranças são muito sofridas. Mas compartilho aqui a minha história, pois 171 homens permanecem lá. Entre eles está Belkacem Bensayah, preso na Bósnia e enviado para Guantánamo comigo. Cerca de 90 prisioneiros foram inocentados e autorizados a ser transferidos de Guantánamo. Alguns são de países como Síria ou China – onde serão torturados se retornarem a casa – ou do Iêmen, que os EUA consideram um país instável. De modo que eles continuam cativos, sem um fim em vista. Não porque são perigosos ou porque atacaram os Estados Unidos, mas porque o estigma de Guantánamo significa que não têm um lugar para onde ir e os EUA não darão abrigo a nenhum deles. Fui informado que meu processo perante a Suprema Corte hoje é estudado nas escolas de Direito. Talvez um dia isso me proporcione alguma satisfação, mas enquanto a prisão de Guantánamo permanecer aberta e homens inocentes continuarem lá, meus pensamentos estarão com eles, esquecidos naquele lugar de sofrimento e injustiça.

A apresentação deste depoimento apresenta enriquecedores argumentos para a rejeição da classificação dos seres humanos como inimigos do Estado, bem como para a negação ideológica da supressão dos direitos e garantias fundamentais. Todo o sofrimento humano vivenciado, especialmente no caso em tela, representa comprovadamente um erro segue em direção contrária aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Este depoimento é de extrema valia para a percepção da existência prática das consequências previstas teoricamente na teoria do Direito Penal do Inimigo. Não é possível, frente aos argumentos apresentados, que se concorde com a posição de Jakobs, que classifica a sua teoria como meramente descritiva. Ainda, esta é uma prova concreta sobre a nocividade da legitimação do Estado para restringir os direitos individuais, e desta maneira, deve ser completamente afastada do ordenamento jurídico. A luta, tanto pela segurança nacional quanto pela preservação da vida humana, é de imensurável importância e nobreza.

Especialmente no momento atual em que a humanidade se encontra, tão bem delineada por Ulrich Beck, repleta de receios (concretos e imaginários), medos de ataques terroristas e criminosos, informações cada vez mais velozes e precisas sobre os mesmos. Some-se a este quadro a existência de armamentos bélicos e biológicos cada vez mais aperfeiçoados e destrutivos. Mas estes receios não podem permitir a prática do tratamento atroz, na busca pela pacificação social. Todo o conjunto de medidas utilizadas e aplicadas aos presos em Guantánamo não se apresenta como resposta uma maior segurança. Apresenta, sim, um grande retrocesso na história da consagração dos direitos e garantias fundamentais.

5.5 – PELICAN BAY

Este é mais um dos exemplos sobre a ampla vulneração dos direitos da pessoa submetida a este sistema prisional. Trata-se de uma prisão, localizada na Califórnia, onde se encontram os considerados os “piores dos piores prisioneiros” – agressivos, perigosos e ligados ao crime organizado e às gangues. Difere da teoria defendida pelo Professor Jakobs por não utilizar a expressão “inimigo do Estado”. Por cuidar deste perfil de prisioneiros, *Pelican Bay*, é um presídio de segurança máxima, e uma de suas bases se funda justamente no excessivo isolamento ao qual os presos ficam sujeitos. O impacto do rigor ao tratamento aplicado aos presos foi tamanho que os prisioneiros de *Pelican Bay* iniciaram uma greve de fome como medida de protesto pacífico para a reivindicação de direitos, bem como para a preservação da dignidade humana.

As condições ofertadas a estes prisioneiros são motivos reiterados de queixas, dentre as quais se destacam: superlotação dos presídios, violação dos direitos humanos, tortura (em suas modalidades: mental e física), bem como o prolongado período de isolamento, o que acarreta consequências gravíssimas (que serão especificadas quando tratarmos sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, previsto no ordenamento jurídico brasileiro). Em 08 de junho de 2011, foi publicada no jornal Folha de São Paulo a reportagem “Greve de fome de presidiários é desafio para sistema penitenciário da Califórnia”.

A reportagem, redigida por Ian Lovvet, e publicada no jornal “The New York Times”, em Los Angeles, foi traduzida por Paulo Migliacci²¹²:

Milhares de detentos em penitenciárias espalhadas por toda a Califórnia vem recusando as refeições servidas pelo Estado, em uma imensa greve de fome para protestar contra as condições dos presídios estaduais de máxima segurança, nos quais alguns detentos são mantidos em isolamento prolongado. O protesto foi organizado por detentos da unidade de segurança da penitenciária de Pelican Bay, na qual os detentos passam mais de 22 horas por dia em isolamento. Eles pararam de comer em 1º de julho, e presidiários de todo o Estado aderiram à campanha. No total, cerca de 1,7 mil detentos recusaram pelo menos algumas das refeições servidas pelos presídios na quinta-feira; no pico do movimento, no final de semana passado, o número de adesões chegou a 6,6 mil, de acordo com o departamento penitenciário da Califórnia. Mas ainda que a maioria dos prisioneiros tenha voltado a comer, um grupo de pelo menos duas dúzias de detentos em Pelican Bay, alguns dos quais

²¹² LOVVET, Ian. Greve de fome de presidiários é desafio para sistema penitenciário da Califórnia. Tradução Paulo Migliacci. Folha de São Paulo, São Paulo, 8 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

encarcerados há décadas na unidade de segurança máxima, anunciou que estava disposto a manter a greve até a morte. "Acreditamos que nossa única opção para tentar realizar alguma mudança positiva aqui é por meio de uma greve de fome pacífica", afirmou Todd Ashker, um dos organizadores do movimento em Pelican Bay, em comunicado distribuído por seu advogado. "E há um núcleo firme de prisioneiros determinados a levar a greve até a morte, se necessário".

Em continuidade²¹³:

A maioria dos prisioneiros que mantiveram a greve de fome estão detidos em unidades de segurança máxima como a de Pelican Bay, nas quais vivem em celas de concreto sem janelas e com isolamento acústico. Para se comunicar, precisam gritar de cela a cela, ainda que ativistas dos direitos dos presidiários que mantiveram contato com os detentos não saibam se foi assim que organizaram o movimento. A falta de contato humano muitas vezes resulta em depressão e surtos de raiva, de acordo com psicólogos. Os prisioneiros e ativistas afirmam que essas condições representam punição cruel e excessiva. A maioria dos detentos que vivem nesse regime são submetidos a ele por conexões com gangues. "Consideramos que esse prolongado isolamento e a obtenção forçada de informações sejam tortura", disse Carol Strickman, advogada da Legal Services for Prisoners with Children, uma organização de assistência judicial a presidiários sediada em San Francisco. "As condições desumanas foram criadas a fim de extrair informações". Mas Terry Thornton, porta-voz do departamento penitenciário, disse que as condições restritivas de detenção em Pelican Bay já foram alvo de numerosos processos. Em 1995, um juiz federal apontou um interventor para supervisionar mudanças na unidade de segurança máxima, incluindo a remoção de prisioneiros mentalmente enfermos do bloco e o fim do uso de força excessiva pelos guardas. Mas não ordenou mudanças nas condições cotidianas de vida da unidade.

O tratamento aplicado aos prisioneiros é severamente questionado, especialmente por violar o princípio basilar do Direito Penal, que é a busca pela ressocialização e a reintegração do preso à sociedade. Cumpre destacar, ainda, que o isolamento celular, tão prejudicial, justamente por ser considerado como um meio de tortura, não é exclusivo desta penitenciária. Ainda, as instalações das celas, sem iluminação e ventilação adequada vulneram a integridade física dos reclusos.

O protesto supracitado atraiu a atenção de muitas pessoas para um dos graves problemas vivenciados na atualidade. O elevado número de adeptos a esta greve, inclusive com o resultado extremo da morte de um dos adeptos chama a atenção para a gravidade da situação.

²¹³ LOVVET, op. cit.

5.6- SOCIEDADE BRASILEIRA – O RDD

A Constituição Federal brasileira elenca, em seu artigo 5º, os direitos, deveres e garantias fundamentais, individuais e coletivos. Aos infratores se aplica um tratamento jurídico institucionalmente respaldado em direitos constitucionalmente previstos e consagrados. Esta resposta do Estado, que corresponde ao seu direito de punir o autor da conduta criminosa, ocorre após a prática e a apuração do fato. Portanto, este é o caráter repressivo do Estado frente à infração criminal cometida²¹⁴. Existem também as medidas preventivas, para o combate às práticas criminosas (por exemplo, a interceptação telefônica, mediante fundada suspeita). O ordenamento jurídico brasileiro prevê, na Lei Maior de 1988, em seu artigo 5º, diversos direitos e garantias individuais aos condenados, dentre os quais destacaremos para o presente estudo os seguintes: que nenhuma pena passará de sua pessoa (e há limites constitucionalmente fixados, para que os sucessores efetuem o pagamento da reparação dos danos, ou das penas de perdimento); a lei regulará a individualização da pena, a vedação das penas de morte (com exceção aos casos de guerra declarada), bem como as de caráter perpétuo, penas de caráter forçado, de banimento, ou penas cruéis. Ainda, é constitucionalmente assegurado aos presos o respeito tanto à sua integridade física quanto moral, assim como são vedados os julgamentos por autoridades incompetentes, bem como por Tribunais de Exceção. O ordenamento jurídico brasileiro também não permite a privação tanto da liberdade quanto dos bens, sem a existência do devido processo legal. São garantidos também os seguintes princípios: presunção de inocência, proporcionalidade entre o fato cometido e a sanção recebida, duplo grau de jurisdição, o contraditório, e a ampla defesa. A Constituição Federal brasileira vigente também prevê a garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes, bem como proíbe, no processo, a utilização de provas obtidas por meio ilícito. Por fim, é importante destacar que o referido artigo constitucional prevê que a prisão de qualquer pessoa, bem como o lugar onde o preso se encontre deverão ser comunicados tanto ao juiz competente quanto à família do preso, ou a pessoa por ele indicada.

²¹⁴ Na banca de defesa da presente dissertação, em 30 de agosto de 2012, o Professor Dr. Gianpaolo Poggio Smanio fez as seguintes observações: na visão do Professor Jesús-María Sliva-Sanchez, o inimigo está dentro do Estado e não se submete a ele. Difere da visão do Professor Günther Jakobs, que analisa o inimigo do Estado sob o prisma da estrutura estatal. Questionou o Professor Dr. Gianpaolo Smanio sobre a visão do Professor Sílvia-Sanchez. O indivíduo que não se submete ao Estado, na visão de Silva-Sánchez é perigoso. Mas seria inimigo? Entendemos que não é inimigo nos moldes previstos pelo Professor Jakobs. Ainda na oportunidade de defesa da dissertação, o Professor Dr. Gianpaolo Smanio observou que precisamos tomar cuidado com o exagero das punições, bem como com a desproporção entre o fato praticado e a resposta estatal apresentada.

Institucionalmente, o fundamento da prisão é a ressocialização do preso e a sua reinserção na sociedade.

É importante observar que, mesmo com todos os direitos e garantias previstos pela Lei Maior brasileira de 1988, há, no ordenamento jurídico infraconstitucional, normas aplicadas ao combate do crime organizado (no Regime Disciplinar Diferenciado) cuja constitucionalidade é questionada, pelo tratamento rigoroso de isolamento aplicado aos presos. O fundamento do isolamento pauta-se na necessidade do bloqueio de informações e de comandos dos líderes do crime organizado, portanto, trata-se de uma política de combate à criminalidade organizada. Porém, o isolamento previsto na legislação compromete a dignidade humana, por ferir e vulnerar a saúde mental dos isolados. Esta modalidade de encarceramento é questionada e há divergência doutrinária, por diversos motivos, dentre os quais, pelas consequências biológicas trazidas pelo isolamento. Questiona-se, inclusive, se este isolamento é um tipo de tortura, tendo em vista que a tutela da dignidade humana deve proteger a integridade, tanto física quanto mental, da pessoa humana. Em contrapartida à proteção dignificante, aos inimigos, se aplica tratamento jurídico diverso, consistente no efetivo combate às práticas criminosas, com a supressão de inúmeros direitos e garantias. Trata-se de uma medida de política criminal polêmica, que possui como objetivo o combate ao crime cometido pelos que se afastam do Direito, e não apresentam segurança cognitiva por seu comportamento. São considerados, portanto, riscos para a estabilidade e segurança das sociedades, tanto em âmbito nacional quanto internacional.

A repressão ao crime organizado da sociedade brasileira demanda uma série de medidas mais severas, tanto na esfera investigativa como em âmbito punitivo. Diversas das restrições seguem os parâmetros constitucionalmente previstos. Dentro deste rol de medidas, estão incluídas as medidas rigorosas na investigação para a descoberta da autoria e materialidade dos atos²¹⁵. Entretanto, nem todas as medidas preventivas e repressivas à criminalidade organizada seguem os parâmetros constitucionais que tutelam a preservação da dignidade humana. Dentre as medidas repressivas ao crime organizado, destacaremos o Regime Disciplinar Diferenciado e a proposta de seu enrijecimento, como medidas que se aproximam à teoria do Direito Penal do Inimigo. Uma das características do Regime Disciplinar

²¹⁵ As principais medidas de combate à criminalidade organizada encontram-se dispostas e explicadas no Capítulo 2 da presente dissertação.

Diferenciado é o isolamento dos presos de alta periculosidade como meio de desarticulação das quadrilhas organizadas.

Este isolamento é severamente criticado por uma corrente doutrinária, e a sua constitucionalidade é questionada, por ser considerado um meio de tortura. Themis Maria Pacheco de Carvalho apresenta as suas observações sobre o Regime Disciplinar Diferenciado²¹⁶:

Traçados os limites entre um Direito penal que não tem preocupação outra com o delinquente que não apenas a de excluí-lo do convívio social, um Direito Penal que julga que os conflitos sociais devem ser resolvidos como sendo uma operação de guerra e “quem ganha a guerra determina o que é norma e quem perde há de submeter-se a essa determinação” e um outro Direito penal no qual como “elemento social se inclui a exigência de que o condenado não seja expulso da sociedade, mas que conserve a possibilidade de sua reintegração social”.

A análise sobre o Regime Disciplinar Diferenciado deve ser amparada pela leitura da Lei de Execução Penal - LEP (Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984)²¹⁷. Esta Lei possui como principal objetivo que sejam efetivadas as disposições das sentenças ou decisões criminais. Ainda, busca que esta execução da pena proporcione a harmônica integração social, tanto do internado quanto do condenado. A LEP apresenta, em um de seus capítulos, os deveres e os direitos do preso. A legislação cuida também das questões envolvendo a disciplina do preso, bem como as sanções para as faltas disciplinares. Dentre estas sanções, enquadra-se o Regime Disciplinar Diferenciado. Estabelece o art. 52 da Lei²¹⁸:

A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias²¹⁹, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

²¹⁶ PACHECO DE CARVALHO, Themis Maria. **El ciudadano, el terrorista y el enemigo**. Disponível em: <<http://www.derechopenal.com>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

²¹⁷ As características do Regime Disciplinar Diferenciado, previstas na Lei de Execução Penal foram incluídas no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n. 10.792, de 2003.

²¹⁸ Lei 7210/84. Art. 52.

²¹⁹ Portanto, ao preso que se encontra submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado, o seu isolamento pode perdurar por este período – trezentos e sessenta dias. Verificada nova falta grave, haverá nova sanção, dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos (art.52, I, LEP).

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003).

A disposição do artigo 52, da Lei de Execução Penal é uma das mais polêmicas, justamente pelo extremo rigor aplicável aos classificados como presos de alta periculosidade, baseado em critérios muito abertos e vagos²²⁰. A falta de objetividade sobre as condutas passíveis de punição nestes moldes representam um grande retrocesso na história da consagração dos direitos frente ao sistema penal. As críticas a este meio de combate ao crime organizado, entretanto, não são pacíficas. Há divergência doutrinária acerca do tema, e, apesar dos questionamentos que existem acerca deste tratamento, existem também um posicionamento a favor desta medida rigorosa, como meio de desarticulação criminosa.

Após a apresentação das características do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), é de grande valia, para a contextualização da situação dos presídios brasileiros, a apresentação da opinião de Tânia Lopes de Almeida Guimarães (psicóloga clínica e criminalista), sobre os estabelecimentos penais e o tratamento penal nas casas prisionais²²¹:

²²⁰ Sobre a importância da adoção de critérios objetivos para a aplicação de pena, bem como para o cumprimento do regime, é fundamental a análise do *HABEAS CORPUS* 85.531-1, de 22/03/2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 1 Mai 2012., senão vejamos:

“ O discurso judicial, que se apoia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime – e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciários meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do “direito penal simbólico” ou, até mesmo, do “direito penal do inimigo” -, culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País.”

A Súmula 719 do STF define que “A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

www.stf.gov.br Acesso em 01 de Maio de 2012.

²²¹. GUIMARÃES, Tânia Lopes de Almeida. Estabelecimentos penais e o tratamento penal. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2008. p. 308.

Ao longo do tempo, as condições de execução das penas de privação de liberdade foram sofrendo modificações, na direção de humanização e garantias de direitos básicos dos presos. A Constituição do Império, de 1824, aboliu os castigos bárbaros impingidos aos condenados no período colonial. EM 1830, foi promulgado o Código Criminal do Império, estabelecendo limites às punições e, entre outras coisas, determinando que as cadeias deveriam ser limpas e arejadas e os réus separados de acordo com a natureza dos seus crimes. Vieram após o Código Penal de 1980, já na República, o Código Penal de 1940, que introduziu o regime progressivo, e mais recentemente a Lei n.7210, de 1984, a chamada Lei de Execução Penal (LEP). Apesar dos avanços da modernidade introduzidos na legislação sempre houve, como até os dias atuais, uma dicotomia entre o que determina a lei e o que a administração pública consegue fazer.

Conforme previamente aclarado, as discussões sobre a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado apresentam divergência doutrinária. Isto porque para uma corrente, trata-se de política criminal de combate ao crime organizado plenamente aceitável e absolutamente eficiente para a contenção da organização criminosa e o desmantelamento desta. Em posição contrária, entende a outra corrente que esta seria uma vertente do direito penal do inimigo, especialmente pelo isolamento diário tão longo, com a justificativa de proteção do Estado contra o crime organizado.

A vedação ao prolongado isolamento pode ser substituída por outros mecanismos para a repressão à modalidade organizada do crime (por exemplo, rigorosas investigações e o monitoramento das ações das organizações, para a inviabilidade da prática de suas atividades, sendo fundada a suspeita). Insta salientar, ainda, que este regime pode ser aplicado tanto a presos provisórios quanto para os condenados.

Para Guilherme de Souza Nucci ²²²:

Observa-se a severidade incontestada do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades permanentes do combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos.

Por isso, é preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade de inclusão do preso, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente do RDD. (...) Em face do princípio constitucional da humanidade, sustentando ser inviável, no Brasil, a existência de penas cruéis, debate-se a admissibilidade do regime disciplinar diferenciado. Diante das características do mencionado regime, em especial, do isolamento imposto ao preso durante 22 horas por dia, situação que pode perdurar por até 360 dias, há argumentos no sentido de

²²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral – parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. . p.419-20.

ser essa prática uma pena cruel. Pensamos, entretanto, que não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum.

Carolina Dzimidas Haber discorre sobre a eficácia da lei penal à luz da legislação penal de emergência, com ênfase no regime disciplinar diferenciado, senão vejamos²²³:

A crítica refere-se ao fato do Direito Penal não estar cumprindo sua função instrumental de proteção de bens jurídicos e tampouco as funções que motivam sua expansão, qual seja a de proporcionar segurança à sociedade e de prevenir a ocorrência dos riscos, com o predomínio de sua função simbólica. Não se pode negar que o Direito Penal possua um sentido simbólico: além da proteção de bens jurídicos, a tutela penal assume outras funções como a de afirmar determinados valores morais e políticos ou de incorporar uma resposta estatal a uma situação de crise. Entretanto, na medida em que se potencializa a função simbólica do Direito Penal, incrementa-se o risco de sua ineficácia no que se refere à proteção de determinados bens jurídicos, sua função primordial.

Nesse sentido, as reformas empreendidas para capacitar o Direito Penal a oferecer respostas para novos problemas sociais representariam, na verdade, uma busca voltada para a sua legitimação, que teria sido perdida quando demonstrou não ser apta a resolver tais problemas com os meios tradicionais.

Apesar da divergência existente, é necessária a compreensão do Direito Penal como um ramo garantista dos direitos mais básicos do ser humano, e da cidadania. Ora, se existem diversos meios investigativos para a desarticulação das quadrilhas e do crime organizado, é necessário o isolamento do preso desta forma? As reivindicações carcerárias e as manifestações contra este tipo de sanção resultaram inclusive em uma greve de fome (anteriormente apresentada), em *Pelican Bay*. O Regime Disciplinar Diferenciado viola o direito de ressocialização do apenado, bem como fere a sua integridade psicológica. Os problemas carcerários existem, assim como os problemas envolvendo a criminalidade. Mas o modelo proposto não nos parece tão eficiente no combate a esta modalidade criminosa. Outros meios podem ser aplicados no combate à criminalidade organizada, tais quais a delação premiada, o maior rigor nas investigações, as interceptações telefônicas e as ações controladas.

5.6.1 - PROPOSTA PARA O MAIOR RIGOR À APLICAÇÃO DO REGIME

O endurecimento do regime disciplinar diferenciado também consiste em um combate à criminalidade à luz da teoria do Direito Penal do Inimigo. Isto porque trata-se de um combate

²²³ HABER, Carolina Dzimidas. **A eficácia da lei penal**: análise a partir da legislação penal de emergência (o exemplo do regime disciplinar diferenciado). Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p.28-9.

ao crime, em sua modalidade organizada, que prevê um isolamento rigoroso do preso, por até 720 dias. Para tanto, é imprescindível a análise do Projeto de Lei n. 7223/06. O autor do projeto é o senador Demóstenes Torres. Rosane D'Agostino esclarece que²²⁴:

Está sob a análise da Câmara dos Deputados, em regime de prioridade, um projeto de lei do senador Demóstenes Torres (PFL-GO) que pede o endurecimento do RDD. A nova modalidade proposta é o RSM (Regime de Segurança Máxima), com duração de 720 dias, sem prejuízo da repetição ou prorrogação. Hoje, no regime disciplinar diferenciado, mais comumente chamado de RDD, o preso é recolhido a uma cela individual, onde pode permanecer pelo tempo máximo de 360 dias. Em caso de nova falta, a internação pode ocorrer novamente, até o limite de um sexto da pena. Na cela, o preso pode receber duas visitas semanais, com duração de duas horas, e tem direito a duas horas diárias para banho de sol. Em sua justificativa, Torres afirma que se baseou na legislação italiana, com o objetivo “de romper os laços e as pontes das organizações criminosas”. E completa dizendo que “a experiência brasileira tem mostrado que as quadrilhas apresentam certa dificuldade de reestruturação quando seus principais líderes são isolados”. O projeto está sob a análise da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e recebeu parecer favorável do relator, deputado Luiz Antonio Fleury Filho (PTB-SP), em julho desse ano. Para o deputado, é “fundamental a inclusão no rol de aptos ao RSM e ao RDD de todos que se enquadrarem na Lei nº 8.072, de 15 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos) pelo alto potencial de ‘contaminação’ dos outros detentos com sua agressividade, brutalidade e perversidade”. Fleury ainda acrescentou um substitutivo para que, “em caso de motim, revolta ou tentativa de fuga, o diretor do estabelecimento prisional possa controlar rapidamente a situação, isolando os líderes de tais eventos”. No atual RDD, a decisão de internar um preso é do diretor do presídio, contudo, depende do despacho do juiz competente para que seja executada. O projeto deve passar pelo crivo da Comissão de Constituição e Justiça e, se aprovado, será encaminhado ao plenário da Casa.

Se o Regime Disciplinar Diferenciado já recebe severas críticas²²⁵, o Regime de Segurança Máximo deve ser ainda mais questionado. Com o é possível aceitar que o Estado imponha ao condenado 720 dias de isolamento carcerário? Quais serão os impactos aos considerados inimigos do Estado, submetidos a dois anos de isolamento nessas condições? A subjetividade

²²⁴ D'AGOSTINO, Rosane. Projeto de lei na câmara prevê endurecimento do RDD. Disponível em: <<http://www.ultimainstancia.com.br>. 25/08/2006>. Acesso em: 15 mar. 2012.

²²⁵ Alexis de Couto Brito elenca os princípios da execução penal: legalidade, humanidade, isonomia, jurisdicionalidade, individualização da pena, intranscendência ou personalidade, devido processo legal, estado de inocência, contraditório e ampla defesa. Entende o autor: “É evidente que a pena privativa de liberdade pessoal é em si mesma um mal: um mal para a pessoa sobre quem é imposta, mas também um mal para a sociedade constrangida a dela recorrer, como mortificação pela falência da qual a pena é vida testemunha, como dispêndio de meios, como escassez de perspectiva de sucesso quanto à prevenção especial. Justamente por isso supostamente se propõe por meio da pena privativa de liberdade, como por meio da pena em geral, uma finalidade educativa e socializante. Todavia, todos sabemos que a pena privativa de liberdade não nasce de uma exigência de (re)educação ou de (res)socialização, mas sim de uma dupla intenção totalmente diversa: a necessidade de isolar o culpado da sociedade e a exigência de substituir com uma punição menos bárbara as penas desumanas, degradantes e extremas que marcaram por muito tempo o direito punitivo.” BRITO, Alexis Couto de. Execução Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.p. 39.

dos critérios para o enquadramento neste rol de prisioneiros de alta periculosidade também se apresenta como um grave risco à proteção dos direitos dignificantes do homem.

O Movimento Antiterror, lançado oficialmente no dia 20 de setembro de 2003, na Sala dos Estudantes do Largo São Francisco, se opõe às propostas de endurecimento da legislação penal como meio repressivo à criminalidade. Dentre os argumentos apresentados na Carta de Princípios, elucida a prejudicialidade do isolamento celular²²⁶:

O isolamento celular diuturno de longa duração é um dos instrumentos de tortura do corpo e da alma do condenado e manifestamente antagônico ao princípio constitucional da dignidade humana. A sua implementação, por essa ideia antagônica ao objetivo de reinserção social, invoca as palavras inscritas no átrio do Inferno que a Divina Comédia de Dante Alighieri registrou para a imortalidade: "Deixai toda a esperança, ó vós que entraís".

O combate ao crime, em todas as suas vertentes, inclusive o organizado, assim como o equilíbrio entre a repressão penal e a preservação das liberdades individuais, é um grande desafio e, justamente por este motivo, deve ser amplamente debatido, para que novas soluções sejam encontradas. Mas não pode de maneira nenhuma admitir os retrocessos acima expostos. Afinal, se o fim do Direito é a pacificação social, é inviável que se aceite o retrocesso aos direitos e garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como qualquer tipo de vulneração à dignidade humana.

²²⁶ CARTA de Princípios do Movimento Antiterror. Disponível em: <<http://www.movimentoatiterror.com.br>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

CONCLUSÕES

A presente dissertação se dedicou à análise da incompatibilidade entre a teoria do Direito Penal do Inimigo, e à cidadania, bem como todas as vertentes protetivas da dignidade humana. Ao aceitar e legitimar a teoria do Direito Penal do Inimigo abre-se uma lacuna muito perigosa, de instabilidade, para o ordenamento jurídico e para a proteção da dignidade da pessoa humana. Ainda, é necessário destacar que podem ocorrer erros nos julgamentos. Desta forma, não se pode eliminar o risco de classificação de um inocente como inimigo do Estado. Apesar dos relevantes motivos que levaram às reflexões, discussões e debates sobre a questão dos inimigos, a busca por meios de pacificação social e de segurança (em âmbito nacional e internacional) e a teoria do Direito Penal do Inimigo como meio efetivo de combate aos indivíduos transgressores de normas (por exemplo, com a prática do crime organizado, ou do terrorismo) em seus diversos desdobramentos, não é possível aceitar a violação e nem a supressão de direitos e garantias fundamentais na busca pela pacificação social.

Do presente estudo, conclui-se que:

1. A cidadania está plenamente vinculada com o desenvolvimento da História do Direito. As dimensões da cidadania apresentam patamares mínimos de direitos, que devem ser respeitados. Dentre os grandes movimentos históricos, o desenvolvimento da cidadania está relacionado com as conquistas das Revoluções: Americana, Inglesa e Francesa, bem como os núcleos de direitos decorrentes destas.
2. Por muitos anos, as relações entre os governantes e os governados foram baseadas em critérios subjetivos. As punições, portanto, eram desproporcionais, cruéis, e eram executadas em praças públicas, para servirem de exemplo aos demais membros da sociedade. A tortura era admitida e reconhecida como um meio plenamente eficaz, inclusive para a obtenção das confissões de crimes. A busca por critérios objetivos, proporcionais e legais, para a aplicação das penas decorreu de muitas lutas e reivindicações. O direito penal lida com a tutela de bens muito valiosos para o ser humano: a sua liberdade e a sua dignidade.

3. A classificação histórica do direito penal abrange as seguintes fases: tempos primitivos, vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário e período criminológico. O movimento de humanização do direito penal começa a se fortalecer a partir do período humanitário.
4. A humanização do Direito Penal está relacionada com as críticas apontadas por Cesare Bonesana, pela falta de limitação do direito de punir Estado. O Iluminismo traz inúmeros avanços para a proteção dos homens, frente à atuação estatal. A proteção dos indivíduos frente à atuação estatal, na repressão penal passa a ser para a sociedade, e não para o soberano e os seus escolhidos. Há uma ampliação da tutela protetiva.
5. O Iluminismo, e a busca pela razão questionam toda a sistemática de aplicação do Direito Penal, inclusive os métodos de tortura, aplicados para a obtenção das confissões dos crimes. Estes mecanismos, que foram amplamente utilizados no passado, não se restringem apenas a castigos físicos, mas também abrangem o temor psicológico.
6. A análise do Direito Penal Moderno necessariamente passa pela apreciação das características do novo contexto social, bem como da existência das sociedades de risco.
7. A sensação de insegurança coletiva, potencializada pela divulgação dos ataques terroristas, e a atuação do crime organizado desencadeia a sensação da insuficiência do Direito Penal para a pacificação social. Este contexto de insegurança enseja diversos debates sobre a possibilidade da ampliação dos limites da flexibilização dos direitos penais e processuais.
8. Surge, então, a volta aos debates propostos pelo professor alemão Günther Jakobs, que fraciona o Direito Penal em dois polos: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O professor Günther Jakobs, para o desenvolvimento de sua teoria, se baseia em Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Ocorre que a análise, por vezes, não se mostra tão aprofundada, sobre a posição do Estado, frente ao indivíduo que não se submete ao pacto social.

9. Esta teoria ressurgue em um momento político-criminal peculiar, cuja sensação é de extrema vulnerabilidade e fragilidade, especialmente em virtude dos ataques terroristas ocorridos nos Estados Unidos da América, e na Espanha. É necessário, no novo contexto social, buscar um equilíbrio entre a luta pela segurança e as funções preventivas e repressivas do direito penal.
10. O Direito Penal do Cidadão é voltado aos cidadãos transgressores das normas, mas que não rivalizam com o Estado. O Direito Penal do Inimigo apresenta uma maneira peculiar de combate aos que, nos dizeres do Professor Jakobs, se afastam de maneira mais ou menos duradoura do Direito, e, por seu comportamento, não apresentam segurança cognitiva. Dentre as características do Direito Penal do Inimigo, elencamos a antecipação da punibilidade, a utilização de uma legislação de combate, e, a supressão dos direitos e garantias processuais, fundamentais e individuais.
11. O tratamento aplicado aos prisioneiros em *Guantánamo Bay* e *Pelican Bay* bem como a manutenção do indivíduo nos moldes do Regime Disciplinar Diferenciado previsto na sociedade brasileira é uma clara demonstração da vulneração da dignidade humana.
12. O combate ao terrorismo e ao crime organizado não pode admitir nenhum tipo de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais, na busca pela segurança jurídica. Existem diversos mecanismos legalmente previstos, que atingem a esta finalidade.
13. O Direito Penal do Inimigo, por aceitar, dentro do mesmo Estado de Direito, a divisão dos seres humanos em pessoas e não pessoas, ou cidadãos e inimigos do Estado, se mostra completamente incompatível com o desenvolvimento da cidadania, e com o Estado Democrático de Direito.
14. Os debates sobre as consequências da aplicação do Direito Penal do Inimigo são de extrema valia para a conscientização da prejudicialidade da adoção desta teoria, bem como para que se reforce a proteção à dignidade da pessoa humana, além da proteção dos direitos e garantias fundamentais. Eles devem ocorrer, principalmente em

decorrência da existência de exemplos concretos sobre a aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

15. O Direito Penal do Inimigo e a história e o desenvolvimento da Cidadania se encontram, sim, em polos opostos. É necessária a busca pelo equilíbrio entre os anseios da sociedade, e o fenômeno expansionista do Direito Penal Moderno, como medida de proteção e garantia à dignidade da pessoa humana, e da cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA

ACKERMAN, Bruce. **Before the next attack**: preserving civil liberties in an age of terrorism. Yale: Yale University: 2006.

ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 153/DF (DJ e -145, 05 de agosto de 2010).

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. **Efetivação da garantia de defesa no estado constitucional de direito**: colisão entre poder punitivo e garantia de defesa. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2008.

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

ATAQUE dos EUA mata americano da Al Qaeda no Iêmen. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 out. 2011. Caderno A, p. 16.

BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo**: hacia una nova modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Franceso. **As misérias do processo penal**. Tradução de Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 13. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2010.

CHAMON, Lúcio Antônio Chamon. O direito penal do inimigo e o constitucionalismo. In: JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Organização Luiz Moreira e Eugêncio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Rodrigo de Campos. **Formas de enfrentamento à criminalidade organizada**. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.) **Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DEGENSZAJN, André Raichelis. **Terrorismos e terroristas**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Relações Internacionais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

DEZEM, Guilherme Madeira. Crime organizado. In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; Fuller, Paulo Henrique Aranda (Coord.) **Legislação penal especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal do inimigo: uma análise sob os aspectos da cidadania**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. 2008.

FARIA JÚNIOR, César de. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: _____; GAVIÃO, José Raul; MORAES, Maurício Zanoide (Coord.). **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoria del garantismo penal**. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FICHTE, Joahann Gottlieb; In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. **Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Jacomelli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: O Caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. Monografia premiada no 9º Concurso de Monografias Jurídicas.

FUSTEL DEL COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de J.Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As ciências criminais no século XXI, 10).

_____. CERVINI, Raúl. Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito**. 3ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **O terrorismo, a luta contra o terror e o direito internacional dos direitos humanos**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

GUIMARÃES, Tânia Lopes de Almeida. Estabelecimentos penais e o tratamento penal. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2008.

HABER, Carolina Dzimidas. **A eficácia da lei penal**: análise a partir da legislação penal de emergência (o exemplo do regime disciplinar diferenciado). Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia**: a formação do homem grego. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Organização Luiz Moreira e Eugêncio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. **Fundamentos do direito penal.** Tradução André Luiz Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico. Tradução de André Luis Callegari. In: _____. **Fundamentos do direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada.** Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

KARNAL, Leandro. Estados Unidos, liberdade e cidadania. In: PINSKEY, Jaime; PINSKEY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania.** 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LEMBO, Claudio. **A pessoa: seus direitos.** São Paulo: Manole, 2007.

LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Acesso à justiça penal no estado democrático de direito.** Curitiba: Juruá, 2008.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Tradução de Merton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTIN, Luis Garcia. **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.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ªed. 21ªtiragem. São Paulo: Malheiros,2010.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Editora. Juarez de Oliveira, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONDAINI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. In: PINSKEY, Jaime; PINSKEY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. **A terceira velocidade do direito penal**: o direito penal do inimigo. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. 2006.

NUNES, Radam Nakai. **A cooperação jurídica internacional à luz do garantismo penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2006.

ODALIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. In: PINSKEY, Jaime; PINSKEY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

PETRY, André. Guantánamo: a hora da verdade. **Revista Veja**, São Paulo, Ano 45, n. 5, edição 2254, 1º fev. 2012.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. A proteção social na Constituição de 1988. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, n. 28, 2007.

PINSKEY, Jaime; PINSKEY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.74. jan.1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **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. (As ciências criminais no século XXI, v. 11).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SHANE, Scott. Assassinato reacende debate sobre liberdades civis e terrorismo. Tradução Paulo Miglacci. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 out. 2011. Caderno A, p.16.

SILVA, Ivan Luis Marques da. **O direito penal como garantia fundamental**: o novo enfoque decorrente da globalização. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Dimensões da cidadania. In: **Revista Jurídica Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, 2009.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**: o progresso ao retrocesso. São Paulo: Almedina, 2010.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Antônio Celso Rezende. São Paulo: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

BIBLIOGRAFIA GERAL

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Direito Penal: parte Geral**. 5 ed. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. Campinas: LZN, 2002. v.2.

KUEHNE, Maurício. **Direito penal e processual penal**. São Paulo: Magister, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NORONHA, Magalhães E. **Direito penal**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral – parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SITES CONSULTADOS:

BARBOSA, José Luiz. A lei de tortura, segurança pública e cidadania: 2002. Disponível em: <<http://www.djuris.br.tripod.com>>. Acesso em: **10 mai 2012.**

BRITO, Alexis de Couto. A evolução constitucional da sanção penal. A substituição do binômio Reclusão- Detenção pelo binômio Hediondo- Menor ofensividade. Disponível em: <<http://www.britoevanzolini.com.br>>. Acesso em: **9 jun. 2012.**

BUTLER, Judith. **O limbo de Guantánamo: 2007.** Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

CANDELORI, Roberto. Atualidades: USA Patriot Act e o fim da privacidade. Folha de São Paulo, São Paulo, 2 out. 2003. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso em: **16 abr. 2012.**

CARTA de Princípios do Movimento Antiterror. Disponível em: <<http://www.movimentoatiterror.com.br>>. Acesso em: **4 abr. 2012.**

COM ASSOCIATED PRESS E EFE (parcerias internacionais) em colaboração com o jornal Folha de São Paulo. “Obama ordena revisão do caso do único “combatente inimigo” mantido nos EUA”, de 22/01/2009. Disponível em: <<http://www.folha.com.br>>. – **Folha On-line O Mundo. Acesso em: 1 jun. 2012.**

COM ASSOCIATED PRESS E EFE (parcerias internacionais) em colaboração com G1. Globo internacional. “Suprema Corte decide que presos em Guantánamo podem pleitear liberação”, de 12/06/2008. Disponível em: <<http://www.g1.globo.com>>. Acesso em: **1 jun. 2012.**

CONVENÇÃO DE GENEBRA RELATIVA AO TRATAMENTO DOS PRISIONEIRO DE GUERRA. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

CONVENÇÃO DE PALERMO. Disponível em : <<http://www.planalto.gov.br/D5015>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

D’AGOSTINO, Rosane. Projeto de lei na câmara prevê endurecimento do RDD. Disponível em: <<http://www.ultimainstancia.com.br>. 25/08/2006>. Acesso em: **15 mar. 2012.**

DANTAS, Iuri. O Estado de São Paulo. Vê-se muito, mas pouco se sabe sobre os presos de Guantánamo. 02 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

GÓMEZ, José Maria. Soberania imperial, espaços de exceção e o campo de Guantánamo. Desterritorialização e confinamento na “guerra contra o terror”. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

HABEAS CORPUS 85.531-1, de 22/03/2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 1 Mai 2012.

HARRISON, Laird. Homicida morre durante greve de fome em prisão na Califórnia. O Estado de São Paulo, São Paulo, 18 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticiasinternacionais>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

LOVVET, Ian. Greve de fome de presidiários é desafio para sistema penitenciário da Califórnia. Tradução Paulo Miglacci. Folha de São Paulo, São Paulo, 8 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho da inteligência no controle do crime organizado: 2007. Artigo científico de Estudos Avançados em Direito Penal, p. 51-9.. Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

NUNES, Augusto. Meu pesadelo em Guantánamo. Revista Veja, São Paulo, p. 50, 14 jan. 2012. Acesso em: 20 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.veja.abril.com.br>>

PACHECO DE CARVALHO, Themis Maria. El ciudadano, el terrorista y el enemigo. Disponível em: <<http://www.derechopenal.com>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

PRADO, Luiz Regis. Direito penal do inimigo: 2009. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br>>. Acesso em: 9 abr. 2012.

SANCHES TEIXEIRA, Maria Cecília; SILVEIRA PORTO, Maria do Rosário. Violência, insegurança e imaginário do medo. Disponível em: <<http://www.scielo.com.br>>. Acesso em: **3 mai. 2012.**