

DECLÍNIO DO SISTEMA PENAL DE GARANTIAS E SUA CONVERSÃO PARA O SISTEMA PENAL DO INIMIGO

DECLINE OF THE CRIMINAL GUARANTEE SYSTEM AND ITS CONVERSION FOR THE ENEMY'S CRIMINAL SYSTEM

Gustavo de Souza Preussler*

Resumo: A ruptura de paradigma científico através do trauma coletivo do pós-11 de setembro, reafirmou uma política-criminal preexistente de flexibilização dos direitos fundamentais da pessoa humana. A sociedade de comunicação, converteu-se em sociedade de risco, obedecendo a ordem do discurso midiático da exclusão e de neutralização de nossos inimigos cômodos. Assim, o pacifismo que deve inspirar o processo civilizatório e as sociedades democráticas ocidentais dá margem a uma nova concepção, de que a divisão entre pessoas (obedientes ao contrato social) e não-pessoas (desobedientes do contrato social) cada vez mais se edifica e se sobrepõe aos titulares dos direitos humanos. Deste modo, a biopolítica da opressão inerente ao regime de exceção, torna-se regra absoluta, remontando o postulado de Walter Benjamin, pretendendo legitimar a vida nua de direitos humanos e o retorno do homo sacer.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo; Direitos humanos fundamentais.

Abstract: Rupture of scientific paradigm through the collective trauma of post-September 11, reaffirmed a policy of pre-criminal flexibility of the fundamental rights of human beings. The company announced, has become a risk society, obeying the order of media discourse of exclusion and neutralization of our enemies rooms. Thus, the pacifism that should inform the process of civilization and the western democratic societies gives rise to a new concept, that the division between public (obedient to the social contract) and non-persons (not obey the social contract) is increasingly builds conception of what the holders of rights and not the rhetoric of universality. Thus, the biopolitics of oppression inherent in the system of exception becomes the rule absolute, dating from the postulate of Walter Benjamin, intending to legitimize the bare life of human rights and the return of homo sacer.

Keywords: Criminal law of the enemy; Fundamental human rights.

INTRODUÇÃO

A discussão garantista da atualidade, não mais pretende buscar simplesmente o *como punir* e o *que punir*, mas também o *quando criminalizar* e o *quando aplicar os direitos humanos fundamentais*. Em outras palavras, quando os seres humanos podem ser tratados como seres humanos e quando não podem.

Tal relativização de paradigma origina-se do choque ocorrido no pós-11 de setembro de 2001. Reafirma-se, assim, a condição pós-moderna e pós-traumática da humanidade, em

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD – Dourados-MS, Brasil. Email: gustavopreussler@ufgd.edu.br

que há direitos humanos fluidos, constitucionalidade amorfa e segurança calcada no medo. A sociedade é líquida, fluida, incerta e indeterminável.

A desobediência do contrato social atribui o retorno da categoria dos inimigos do Estado, ou aqueles que não oferecem garantia às expectativas do Leviatã estatal, razão pela qual as atribuições de qualquer ato que ocasione incerteza ao postulado da segurança esperada (cognitiva) é a forma apta para a concretização e a legitimação de sofrer uma coação (pena).

O presente trabalho destina-se à demonstração da expansão do sistema penal em decorrência da globalização e na pós-modernidade, porém o ponto de partida é a teoria das revoluções científicas e da ruptura de paradigma de um sistema penal de garantias. Tal elemento é essencial para a demonstração e com a finalidade de conexão das relações entre a globalização, o sistema penal e a sociedade de risco pós-moderna, que redimensiona do direito penal para a via do punitivismo de exceção. Enseja-se, desse modo, a eclosão ou o nascimento de um funcionalismo sistêmico dentro da política, o que seria um precedente ao próprio direito penal do inimigo.

1 A EROSÃO DO SISTEMA DE GARANTIAS PENAIS E SUA CONVERSÃO PARA UM DIREITO PENAL DO INIMIGO

Todo paradigma científico que se constrói é o substrato de uma anomalia observada em um postulado anteriormente dominante¹. A reconstrução da ideia científica deve se dar em razão proporcional à dinâmica mutável da sociedade. Deste modo, a alta complexibilidade social influencia a velocidade da desconstrução e da reconstrução dos paradigmas científicos.²

A estrutura científica detém os seus *paradigmas* consolidados até o momento da *ruptura*. Esta se dá pela necessidade utópica do determinismo científico, cuja força motriz é a mutação ou o abandono, já que o tempo é dinâmico, possuindo características e consequências próprias.

Logo, ao se tratar de conhecimento científico, a estabilidade é utopia. Este movimento de reestruturação (mais provável que a estabilidade por tempo indeterminado) é originado pela invalidade do preceito que integrava o conceito paradigmático ou pelo choque. Thomas Kuhn, em sua obra "A Estrutura das Revoluções Científicas", vem a esclarecer que as

¹ TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 71.

² KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 57.

ideias de ruptura são os episódios de desenvolvimento, nos quais um preceito paradigmático anterior é total ou parcialmente substituído por um novo, porém, tido incompatível com o anterior³.

O novo paradigma deterá as características de ineditismo e de incompletude, motivadas pela crise⁴ ou pela emergência de uma nova teoria⁵.

1.1 RUPTURA DE PARADIGMA E SEUS LAÇOS PARA COM A GLOBALIZAÇÃO

Deste modo, a crise, ou atentado terrorista em 11 de setembro de 2001 nos EUA⁶, encerra a sua consequência: a ruptura do sistema de direitos e de garantias fundamentais individuais e do sistema de imputação – eclodindo em um sistema penal do inimigo⁷ – influenciado pela facticidade emergencial e pela sociedade de risco.

³ Idem, ibidem, p. 125.

⁴ Confira Claus Offe, sobre exemplos de crises: “A literatura neoconservadora sobre a crise não só conseguiu excluir quase completamente da atenção pública os resíduos da argumentação de esquerda, como também adaptou e reinterpretou com habilidade, para seus próprios fins, certas tentativas e análises provenientes da tradição de uma teoria crítica do capitalismo avançado (como, por exemplo, teoremas sobre a crise do Estado fiscal, problemas de legitimação, conflitos de disparidades e de grupos marginalizados, e crises ecológicas)”. (OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Trad. Barbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 237). Confira também, sobre crise: HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 3. ed. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1999.

⁵ “Suponhamos que as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias e perguntemos então como os cientistas respondem à sua existência. Parte da resposta, tão óbvio como importante, pode ser descoberta observando-se primeiramente o que os cientistas jamais fazem, mesmo quando se defrontam com anomalias prolongadas e graves. Embora possam começar a perder sua fé e a considerar outras alternativas, não renunciam ao paradigma que os conduziu à crise. Por outra: não tratam as anomalias como contra-exemplos do paradigma, embora, segundo o vocábulo da Filosofia da Ciência, estas sejam precisamente isso. Em parte, essa nossa generalização é um fato histórico. Baseada em exemplos como os mencionados anteriormente e os que indicaremos mais adiante. Isso já sugere o que o nosso exame da rejeição de um paradigma revelará de uma maneira mais clara e completa: uma teoria científica, após ter atingido o *status* de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la. Nenhum processo descoberto até agora pelo estudo histórico do desenvolvimento científico assemelha-se ao estereótipo metodológico da falsificação por meio da comparação direta com a natureza”. (KUHN, Thomas. Op. cit., p. 108).

⁶ LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco. *El derecho ante la globalizacion y el terrorismo <<Cedant Arma Togae>>*. Valência: Alexander von Humboldt e Tirant lo Blanch, 2004.

⁷ “Os juristas falam de ‘sistema jurídico’, mas quase nenhum deles define ‘sistema’. São duas as acepções gerais desse termo. Na primeira, ‘sistema’ é compreendido em sentido técnico e aplicado a todas as ciências. Nesse caso, indica tanto a estrutura do objeto estudado (sistema interno) quanto um *corpus* ordenado e coeso de conhecimentos científicos (como nos *Diálogos sobre os dois máximos sistemas do mundo ptolomaico e copernicano*, de Galileu Galilei), filosóficos (como no sistema kantiano), jurídicos (como o sistema das fontes do direito, o sistema das obrigações, entre outros) e assim por diante. ‘Sistema’, nesse sentido técnico, é o objeto dos três volumes, dos quais o primeiro é aqui apresentado. Na segunda acepção, menos geral e mais genérica, ‘sistema jurídico’ é sinônimo de ‘ordenamento jurídico’, ou seja, indica um conjunto de normas reunidas por um elemento unificador, graças ao qual elas não apenas estão umas ao lado das outras, mas se organizam num ordenamento jurídico. É nesse sentido que se fala, por exemplo, do *sistema* jurídico brasileiro ou italiano, do *sistema* jurídico de *civil law* e de *common law*, seria igualmente apropriado falar de ordenamento jurídico brasileiro ou, ainda mais simplesmente, de direito brasileiro, de *civil law*, e assim por diante”. (Idem. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XIX-XX).

Assim, a lógica do presente trabalho se perfilha à ruptura do paradigma⁸ do garantismo constitucional frente à era da globalização e seus nefastos reflexos perante a dogmática do direito penal⁹. O substrato é a sociedade de risco, fundamentada no ideário da confiança ou da garantia de segurança cognitiva mínima que os membros da sociedade de risco devem possuir perante o sistema social. Neste enfoque, existe uma relação dialética entre *segurança e perigo, confiança e risco*¹⁰.

A consequência da ruptura do modelo constitucionalizado de sistema punitivo é a flexibilização substancial das garantias constitucionais difusas, bem como dos critérios de imputação, cujo marco – ou choque –, fundamentador da ruptura paradigmática, foi justamente o ataque terrorista ao World Trade Center em 11 de setembro de 2001¹¹. Naquele momento, todo o paradigma que a pessoa do réu detém, de direitos e de garantias, foi mitigado, pois a eclosão anti-humanista restou consubstanciada ao preceito da negação ontológica de seres humanos praticantes de atos contra a soberania imperialista dos Estados Unidos¹².

Sob este diapasão, a globalização, fator motriz para a eclosão do *ius puniendi* expansionista e neutralizador dos inimigos do Estado, demonstra, cada vez mais, a aptidão da construção da doutrina da exclusão pelo uso do sistema penal. Para melhor compreender a

⁸ “Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. (KUHN, Thomas. Op. cit., p. 13)

⁹ Ramos do saber estão escritos em minúsculo no presente trabalho, tendo em vista a faculdade em seu emprego, com fundamento no do § 2.º item ‘g’ da base XIX do Decreto n.º 6.583 de 29 de setembro de 2008 que modificou as regras de ortografia da língua portuguesa.

¹⁰ “Prosseguindo em minha indagação sobre o caráter da modernidade, quero concentrar uma parte substancial da discussão sobre os temas *segurança versus perigo e confiança versus risco*. A modernidade, como qualquer um que vive no final do século XX pode ver, é um fenômeno de dois gumes. O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual.” (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. 5. reimpressão. Campinas: UNESP, 1990, p. 16).

¹¹ Sobre outros fatos relativos às guerras, confira Jürgen Habermas: HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1990.

¹² “O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na ‘military order’, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos em 13 de novembro de 2001, e que autoriza a ‘indefinitive detention’ e o processo perante as ‘military commissions’ (não confundir com tribunais militares previstos no direito de guerra) dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas. Já o *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, permite ao *Attorney general* ‘manter preso’ o estrangeiro (*alien*) suspeito de atividades que ponham em perigo ‘a segurança nacional dos Estados Unidos’; mas, no prazo de sete dias, o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação de lei sobre a imigração ou de algum outro delito.” (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. Col. Estado de Sítio. 2. ed. São Paulo: Biotempo, 2007. p. 14).

ideia de globalização como fator de construção de um direito penal do inimigo¹³, cabe traçar linhas gerais do conteúdo de sua expressão e o verdadeiro sentido de sua existência em uma sociedade cosmopolitizada.

Globalização, fator preponderante para a construção de uma sociedade de risco e por sua vez, da existência de um funcionalismo sistêmico do *ius puniendi*, enseja uma visão multifacetária que, por um lado, poderia levar a crer como elemento positivo para o desenvolvimento social e por outras vezes, como fator negativo. Segundo Zygmunt Baumann, “a globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”¹⁴. Globalização é mais do que eliminação ou compressão de barreiras de tempo e de espaço, ou seja, trata-se do mundo visualizável como sistema unitário de atividades interconectadas não limitadas pelas fronteiras locais¹⁵.

Foi dito, anteriormente, que a globalização tanto une como divide ou, melhor dizendo, une em razão proporcional em que suprime e separa os *diferentes*, seja por causa da exclusão em decorrência da luta de classes, seja pelo uso de instituições estatais punitivas e por ser uma estratégia penal, a globalização tem pontos de conexão para com a sociedade de risco, em que a tecnologia produz e reproduz o *medo*, seja por influência midiática, na exploração do espírito trágico da violência, seja pela inexistência de uma divisão no mundo entre países. A universalização em termos de tempo e espaço é cada vez mais presente na atualidade, mas a unificação dos direitos humanos fundamentais se distancia da esfera cidadã.

A globalização auxilia o processo de aceleração da pós-modernidade, bem como da consolidação da sociedade de risco como superestrutura sociofuncional, por isto há

¹³ Confira o artigo de Vinicius Borges de Moraes: “O direito penal enfrenta uma necessidade de reestruturação dos sistemas e das políticas criminais, como conseqüência do desenvolvimento – e dos objetivos – utilizados pelos modernos agentes criminosos. Grande parte deste problema, sobe-se, se não desencadeado, foi, pelo menos, agravado com o fenômeno da globalização. Somado a esse conturbado contexto, ainda se enfrenta uma tensão natural entre a utilização do direito penal como forma de se evitar os comportamentos socialmente indesejáveis e seu caráter de *ultima ratio*, característica das novas sociedades de risco. Nesse panorama social – comum tanto aos países subdesenvolvidos quanto aos desenvolvidos -, observa-se uma criminalidade que deixa de ter o tradicional objetivo do lucro fácil e que passa a atender contra as estruturas do Estado. Da mesma forma, observa-se um grande afastamento de parcela desses infratores da sociedade, como se, por opção, voltassem a viver em estado de natureza. O direito, elemento de conservação do sistema, numa perspectiva luhminiana, passa a lutar pela preservação de sua funcionalidade.” (MORAES, Vinicius Borges. Op. cit., p. 10-11).

¹⁴ BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 8.

¹⁵ HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. 3. reimpressão. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 10.

apropriação ideológica do conceito, quando se reporta ao sistema penal pós-moderno¹⁶. Havendo a estrutura social, o funcionalismo será consequência, pois as expectativas cognitivas e normativas ensejarão uma construção de um modelo de *ius puniendi*, cuja pretensão será a neutralização das não-pessoas. Todo este complexo se autoafirma, pois regra um elemento norteador único e comum, como dito anteriormente, *o medo*¹⁷.

A sociedade do risco compõe um direito penal do risco, por consequência. Conforme será exposto, o funcionalismo sistêmico, pensamento adequado à estrutura de um direito penal globalizante, organiza e sistematiza as suas matrizes com base no ideário da *segurança cognitiva*¹⁸, caracterizado pelos alicerces da imputação na ausência de *segurança cognitiva mínima*. As normas, por sua vez, “[...] são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma”¹⁹. Deste modo, a vigência da norma projeta-se do espaço humano, independente de seu cumprimento, invadindo o atuar civilizatório.

¹⁶ “Pode-se entender a globalização como um processo real ou simplesmente ideológico. Independentemente da discussão acerca de seu caráter, a globalização influencia os sistemas penais, o que não significa afirmar que o faça da mesma maneira e nem tampouco que produza os mesmos efeitos numa ou noutra hipótese. De toda sorte, mesmo traduzindo um processo real, o fato é que o vocábulo sofreu apropriação ideológica” (FREITAS, Ricardo de Brito A. Globalização e sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2003. p.166).

¹⁷ “Se bem que orientado em termos contrafáticos, o sentido do dever ser não é menos fático que o de ser. Toda expectativa é fática. Seja na sua satisfação ou no seu desapontamento, o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de se querer contrapor ser humano e mulheres; uma manobra conceitual que, nesse caso, é prejudicial às mulheres, e naquele, ao dever ser. O oposto adequado ao normativo não é fático, mas, sim, o cognitivo. Só é possível opor-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamentos, e não entre o fático e o normativo”. (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Byer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57). No mesmo sentido: “É preciso estar atento à sutil diferença entre o efeito simbólico da pena e o fim preventivo geral positivo. O perigo está em atender a ‘convicções sociais’ que estão impregnadas de reações psicossociais, ‘derivadas da identificação da sociedade com o delinqüente, e a conseqüente necessidade de tranquilizar sentimentos de culpabilidade’”. (REGHELIN, Elisângela Melo. Entre terroristas e inimigos... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2007. p. 288-289).

¹⁸ “Para que haja uma logicidade mínima no que tange à complexibilidade e à contingência experimental é necessário estabelecer uma estrutura para as expectativas concretas. Dita estrutura é definida mediante sua seletividade, em especial sua dupla seletividade. Um primeiro momento ocorre quando se opta por uma comunicação dentre várias possíveis (ex. linguagem). Essa escolha é um mecanismo redutor de complexidade baseada na expectativa de que aquele fosse símbolo escolhido. Assim, estruturas surgem de uma suposição em comum, e sua redutibilidade reside em sua capacidade de obscurecer as alternativas. Logo, estruturas têm conexão com o desapontamento, tornando-se mister aceitar riscos. As expectativas podem ser (a) cognitivas – em que ocorrendo desapontamento é possível se adaptar à realidade, existindo uma (in)consciente predisposição de assimilação; (b) normativas – em que existindo o dano a expectativa não é abandonada, sendo as normas expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”. (TRINDADE, André. Op. cit., p. 45-46).

¹⁹ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 57.

Assim, a vigência da norma se sobrepõe ao Estado Democrático de Direito. A segurança cognitiva absorve todos os direitos humanos fundamentais. A ausência deste novo critério de coesão social enseja a desconsideração do ser humano como *sujeito de direito*, em um processo de *reificação*.

A base garantista é relativizada para atender às necessidades de uma sociedade de risco, pois a estrutura norteadora é objetiva, sendo o sujeito mero instrumento. Por outro lado, há um posicionamento que pretende fundamentar o direito penal do inimigo na ideia de cercear os direitos humanos fundamentais no caso dos delitos políticos de terrorismo em prol da preservação dos direitos civis, pois a conservação do terrorismo necessita de uma repressão mais severa²⁰.

A permeabilidade do conceito de globalização tende a definir diversos fenômenos. Essa algumas vezes, está voltada à dimensão de destacar a economia, a política, a sociedade ou a cultura. Perante o sistema penal, há redução ou esvaziamento do direito penal garantista e a conversão do direito penal mínimo em favor da máxima intervenção.²¹ Este último postulado detém a principal raiz na sociologia de Niklas Luhmann, para quem o epicentro e o substrato da globalização seria: “A violação da norma (delito) é tida como socialmente disfuncional, não porque lesione ou ponha em risco determinados bens jurídicos, mas porque questione a ‘confiança institucional’ no sistema.”²² A pós-modernidade trouxe diversas modificações sociais, tais como a redução do espaço e do tempo da informação.

Da mesma forma e em proporção simétrica, condicionou o sistema econômico a uma política capitalista, em que a dominação ideológica entre classes e a pretensão de controle social²³ pelo governo do cárcere torna cada vez mais clara a exclusão dos *outros* integrantes da subalternidade social.

²⁰ “Exemplo relativamente recente do que acabamos de afirmar a respeito da preservação dos direitos civis envolve a luta contra o terrorismo internacional, em que os Estados Unidos, mas também outros Estados europeus, têm conduzido a sua política internacional na direção de uma repressão mais rigorosa aos delitos políticos e, por consequência, ao cerceamento dos direitos humanos”. (FREITAS, Ricardo de Brito A. Op. cit., p. 177).

²¹ BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 23. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1998. p. 97-109.

²² Idem, ibidem, p. 106.

²³ No sentido complementar: “A tese da lei como ‘expressão direta’ dos interesses das classes dominantes, que controlam os meios de produção material e de reprodução ideológica da sociedade, permite definir o comportamento da classe trabalhadora e dos marginalizados sociais normalmente como crime, porque se opõe aos interesses das classes dominantes e à lei que expressa esses interesses. O crime é, simultaneamente, produto das estruturas econômicas e políticas do capitalismo e evento proto-revolucionário, como desafio às relações de propriedade existentes, ou forma de manifestação da violência pessoal dos marginalizados sociais contra o poder organizado das classes dominantes, representadas pelo Estado, que legaliza a violência de classe dos criminosos reais que estão no poder.” (SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris e ICPC, 2008. p. 28).

Ainda na esteira marxiana, Michael Foucault preconiza que os operadores da dominação social somente apoiam uns aos outros e não estão interessados na efetiva defesa da sociedade, mas sim, na soberania de seus poderes intrínsecos²⁴.

A conduta da classe dominante, na era pós-moderna, frente à própria violência de mesma categoria, ameaça o Estado Social e Democrático de Direito, pois a efetiva pretensão é voltar à máxima exclusão social na camada mais excluída e extrair os *incômodos* sociais. De outro lado, a demolição dos direitos e das garantias fundamentais, expressados na Constituição e nos tratados de direitos humanos, são relativizados a dar azo para uma *novavelha* pretensão, a tolerância zero com o teleologismo da lei e da ordem. São duas faces da mesma moeda que detém como faticidade o mesmo elemento, segundo cita Alberto da Silva Franco:

[...] a partir do terrível dia 11 de setembro de 2001, uma outra consideração se fez presente: iniciava-se a articulação de um novo sistema com ampla capacidade de antecipação da tutela penal e com grande flexibilização das garantias substanciais e processuais, objetivando a construção de uma legislação penal de luta contra um inimigo sem face e cuja conduta constituiria sempre uma ação surpreendente: o terrorismo. Agora, como antes, revela-se de extrema atualidade a fixação dos pressupostos materiais mínimos da tutela penal sem os quais se atinge, com facilidade, o estágio da repressão total, sem rei nem roque. [...] Se se toma como ponto de partida o Estado Social e Democrático de Direito, não há como imaginar o equacionamento dos conflitos societários sem que haja um controle social capaz de compor regras e comportamentos que visam preservar a coesão social e garantir o convívio pacífico.²⁵

A uniformização de regras sociais, tanto culturais como econômicas, abarca a pretensão da homogeneização dos postulados penais e principalmente, no que condiz respeito ao punitivismo expansionista das sociedades pós-industriais, visando à redução garantista e flexibilizando as regras de imputação e as garantias político-criminais substantivas e processuais²⁶.

Estes elementos integram uma suposta transformação social ideologicamente voltada a uma maior funcionalidade do sistema, tanto no âmbito transnacional como interno dos Estados Soberanos. Diante dessa situação, com isso “[...] dito de outro modo, até mesmo a política repressiva estatal contra a criminalidade tradicional passa a ser, mesmo que não

²⁴ FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 51.

²⁵ BIACHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. Prefácio: Alberto da Silva Franco. Série: As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 9.

²⁶ NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do direito penal. *Revista de Ciências Penais*. N.º 5. ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 285.

inteiramente determinada, pelo menos parcialmente e indiretamente fixada de fora para dentro, em decorrência dos efeitos produzidos pela ordem capitalista mundial”.²⁷

O capitalismo industrial converte e qualifica o homem como hipossuficiente, como explorado pela classe dominante, enquanto que, para a globalização, tal homem é determinado como excluído²⁸, ou seja, em uma categoria própria no sistema penal, é determinado como o *inimigo*.

Assim, a globalização, como fenômeno econômico e multifacetário, também incide sobre a macrocriminalidade, bem como sobre a microcriminalidade das massas. Neste aspecto, cabe destacar que a concepção da pena, em sua modalidade clássica, não se apresenta suficientemente abrangente como meio na construção do controle social punitivo na sociedade de risco ou, em outras palavras, a culpabilidade pelo injusto punível se releva insuficiente no contexto dos fins direcionados à culpabilidade do fato.

O desenvolvimento do preceito funcional da pena (ou da pena globalizada) detém diversas faces: primeiramente pode ser considerada como meio de intimidação individual, dirigida ao delinquente ocasional, ou ainda, como instrumento para reintegração social do indivíduo e por último, com a finalidade de neutralização do delinquente que se afastou da esfera cidadã e demonstra-se incorrigível²⁹.

1.2 A SOCIEDADE DE RISCO PÓS-MODERNA

Cabe destacar, preliminarmente, que geograficamente falando, a sociedade de risco será tratada aqui como elemento preparatório ao direito penal do inimigo, porque é acima de tudo, meio preliminar de admissão da teoria do risco. A era moderna não é pobre no que se refere a catástrofes. O capitalismo periférico, com a sua grande capacidade para a exclusão social e para guerras civis, militares, ideológicas, sempre pautadas no *alter* (no outro) como objeto de neutralização, confere uma perspectiva pós-moderna, fria, desumana, objetiva e racional. Na modernidade desenvolvida, cuja finalidade era proteger os seres humanos e o desenvolvimento do nascimento, rebela-se, deixando atuar o tecido social adstrito no perigo³⁰.

²⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Op. cit., p. 181.

²⁸ DIX SILVA, Tadeu A. Globalização e direito penal: acomodação ou indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 1998. p. 93.

²⁹ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 105.

³⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 12.

Este fenômeno ocorre, porque as classes pobres se expandem e acarretam perigo para a coesão do sistema social na perspectiva da autopoiese.

Na sociedade capitalista moderna, o aumento da produção do capital expande os riscos a ela inerentes. Os perigos são distribuídos pela ordem técnico-científica, como um meio de repartição dos conflitos que surgem na relação produtiva³¹. Os fatores de avanço da sociedade - o processo de enriquecimento e a globalização tecnocultural - também acarretam efeitos sobre a própria coexistência humana, determinados como *efeitos secundários latentes* e que incidem sobre bens jurídicos vitais para que o humano exista, tal como é o meio ambiente.

Este processo de modernização não avança a passos lentos dentro dos limites do respeito destes bens, mas ultrapassa essas barreiras, o que consolida uma sociedade perigosa. Afora esses apontamentos, cabe aferir que, dentro da divisão da riqueza e dos conflitos perigosos, existem vítimas sem rosto, populações inteiras flageladas pela exclusão e pela subtração total de riquezas ocasionada pelo capitalismo animalesco da modernidade, flagelos também denominados como ditadura da escassez. Sobre a produção de exclusão social, preconiza Ulrich Beck:

Ambos os <<paradigmas>> da desigualdade social referem-se, sistematicamente, a épocas determinadas no processo de modernização. A distribuição e os conflitos de distribuição em torno da riqueza produzida socialmente se encontraram no primeiro plano perante o pensamento e a atuação dos seres humanos estão dominados, nos países e nas sociedades (hoje, em grande parte do chamado Terceiro Mundo), pela evidência da miséria material, pela <<ditadura da escassez>>. Abaixo estas condições da sociedade da carência se tem e se consoma o processo de modernização com a pretensão de abrir, com as chaves do desenvolvimento técnico-científico, as portas das fontes ocultas da riqueza social. Essas promessas de libertação a respeito da pobreza e da dependência que um mesmo não lhe tenha causado estão na base da efetividade, o pensamento e a investigação com categorias de desigualdade social, e em concreto desde a sociedade de classes, passando pela sociedade de capas, tem a sociedade individualizada.³²

O risco denota, muitas vezes, a ideia de aventura, o que não deixa de ser. O ser humano pretende, em abdicação da sua existência, incentivar a proliferação ou a expansão da sociedade de risco a cada dia. Temos risco de epidemia (armas biológicas), risco nuclear (ataques terroristas), riscos ambientais (poluição, secas e aquecimento global). Tudo isto são modalidades de risco, determinadas em uma sociedade que doa a sua liberdade, que abdica de sua coexistência saudável e que renuncia à sua condição de ser humano racional, em prol do enriquecimento desvairado e da exclusão social em idêntica proporção.

³¹ Idem, ibidem, p. 25.

³² Idem, ibidem, p. 26.

Anteriormente se expôs sobre a globalização. Qual é a sua relação com a sociedade de risco? A resposta é a *metamorfose social dos riscos*, ou seja, a globalização possibilita que aqueles fatos determinados como não perigosos se tornem perigosos. Por exemplo, se globalmente todos os países exploram petróleo em alto-mar, sem se importarem com os danos ambientais provocados na natureza, a globalização econômica dita o imperativo categórico: *é necessário explorar petróleo em alto-mar, mesmo que cause risco ao meio ambiente*.

Retornando a questão das tensões sociais, existem fontes de lutas e de conflitos que fundamentam e ou são limitados por esses riscos. Podem ser considerados como subprodutos sociais. Isto pode ser afirmado porque – como dito anteriormente – a sociedade de risco acarreta contrastes, pois incentiva a velha ideia de divisão de classes: “No caso limite, amigos e inimigos [...] estão expostos a pressão igualitária dos riscos civilizatórios que se potencializam [...] ademais, obriga a humanidade a unir-se nas situações de autoameaças civilizatórias”³³. Deste modo, a sociedade atual se caracteriza como uma sociedade de risco, em que o perigo e o risco envolvem expectativas cognitivas para a ordem social. Na pretensão pós-moderna, o risco volta-se à segurança pública e à exclusão da massa, calcada sempre no ideário de confiança e de expectativa de agir³⁴.

Em um enfoque mais determinado da *expansão do direito penal*, a ideia da sociedade de risco alimenta o preceito de que a maioria dos membros da sociedade estão expostos à própria sorte. A sociedade de risco tecnológica, com um conjunto próprio de características, converte a sociedade objetiva para uma condição de insegurança constante³⁵. Contrafaticamente, para essa insegurança ser saciada, se faz necessária a segurança cognitiva dos cidadãos³⁶, com comportamentos aderentes tácitos do contrato social³⁷.

³³ Idem, *ibidem*, p. 53.

³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006. .

³⁵ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Op. cit.*, p. 28.

³⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 53-66.

³⁷ Neste sentido: “O contrato social de Rousseau, ainda que inexistente enquanto documento firmado por todos, consistente em uma teoria que, entendemos, pode legitimar a existência de um Estado e de uma sociedade civil, pois ao substituir uma concepção de direito natural, veio a legitimar a existência do direito, especialmente do direito penal. O Estado, metaforicamente falando, só existe e tem legitimidade a partir desse contrato e, portanto, não deve atuar contra esta sociedade, pois está a serviço dela e, por isso, tem poderes limitados. Contudo, segundo uma concepção hobbesiana, traidores e rebeldes deveriam ser castigadas por um direito de guerra ou natural, e não com o direito civil ou da autoridade.” (REGHELIN, Elisangela Melo. *Op. cit.*, p. 275). Em sentido complementar: “Enquanto Jakobs não é tão explícito na defesa de utilização do Direito penal do inimigo, Silva Sanchez faz uma defesa aberta dessa concepção, defende a sua já existência, de uma certa forma preconiza a sua utilização como um mal necessário. Vê, inclusive, a legitimação da sociedade através da feitura de uma nova cláusula do pacto social firmado com o Estado, para que esse entre nesse combate como um Direito de guerra. A questão é que ele não fornece uma melhor construção sistemática para explicar teoricamente os mecanismos de funcionamento dessa terceira velocidade.” (LIMA,

Os destinatários do direito penal do inimigo são todos aqueles que negaram a vigência do sistema normativo por suas condutas, capaz de acarretar violação a determinado bem jurídico ou não. Esta assertiva se impõe, pois, para a dogmática jakobiana, bem jurídico e norma jurídica são a mesma coisa.

Neste sentido, o direito penal se legitima materialmente quando existirem leis penais prévias, em especial conforme a Constituição da República Federativa do Brasil. Esta legitimação reside no fato de que as leis penais são essenciais para a coesão social e existência do Estado³⁸. Ainda neste aspecto, as leis penais são tidas como essenciais para a continuidade da configuração social e para a manutenção ou a garantia de estabilidade das normas essenciais para a vida social. Em decorrência disso, ao contrário da concepção usual de bem jurídico-penal, para o funcionalismo, o bem protege, na verdade, as expectativas normativas elementares à coexistência social pacífica³⁹. Logo, o bem jurídico-penal visa à vigência normativa das expectativas decepcionadas.

Para os direitos humanos, bem como para o neoconstitucionalismo, há formas de insurgência contra a opressão e contra a dominação punitiva do Estado Leviatã⁴⁰. Trata-se do instituto da desobediência civil, em que um sujeito de direitos e de garantias fundamentais ou vários sujeitos de direitos e de garantias fundamentais podem organizar-se para confrontar o autoritarismo estatal. A desobediência civil deve existir como forma de legítima defesa social e não como movimento violento.⁴¹ Sobre este aspecto, Giorgio Agamben esclarece sobre a dinâmica e a legitimação da resistência:

Quando os poderes públicos violam as liberdades fundamentais e os direitos garantidos pela Constituição, a resistência à opressão é um direito e um dever do cidadão”. Os argumentos são, aqui, exatamente simétricos aos que opõem os defensores da legalização do estado de exceção no texto constitucional ou numa lei específica aos juristas que consideram sua regulamentação normativa totalmente

Flávio Augusto Fontes. Direito penal do inimigo. Direito penal do século XXI. *Revista ESMAFE*. Vol. 11. n. 24. Recife: ESMAFE, 2006. p. 138).

³⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoria de la imputacion*. 2. ed. Marcial Pons, 1997. p. 45.

³⁹ “No caso normal do crime, a pena é uma espécie de reparação do dano cobrada coercitivamente na pessoa do criminoso: a pena é oposição – isso é evidente – e inflicção de dor, e essa dor deve ser medida de forma que o alicerce cognitivo da norma infringida não sofra com o fato ocorrido. Do ponto de vista dogmático-penal, tanto a oposição quanto a dor são formados previamente no conceito de culpa. Para a pena proporcional à culpa, é suficiente que, em virtude da pena, o fato seja entendido, em geral, como um empreendimento malsucedido; não se trata, sobretudo, da intimidação de outras pessoas com propensão à delinqüência: regra geral, o agente não tem que responder por essa propensão ao crime”. (Idem. *Direito penal do inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 46).

⁴⁰ Leviatã é escrito em maiúscula, com base no item ‘c’ do § 1.º da base XIX e § 2.º item ‘c’ do Decreto n.º 6.583 de 29 de setembro de 2008.

⁴¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 197-199.

inoportuna. Em todo caso, é certo que, se a resistência se tornasse um direito ou terminantemente um dever (cujo não cumprimento pudesse ser punido), não só a constituição acabaria por se colocar como um valor absolutamente intangível e totalizante, mas também as escolhas políticas dos cidadãos acabariam sendo juridicamente normalizadas. De fato, tanto no direito de resistência quanto no estado de exceção, o que realmente está em jogo é o problema do significado jurídico de uma esfera de ação em si extrajurídica. Aqui se opõem duas teses: a que afirma que o direito deve coincidir com a norma e aquela que, ao contrário, defende que o âmbito do direito excede a norma. Mas, em última análise, as duas posições são solidárias no excluir a existência de uma esfera da ação humana que escape totalmente ao direito.⁴²

É impossível determinar quem são os inimigos objetivos do Estado Soberano. Contudo, os indivíduos despidos de direitos e garantias fundamentais, podem caracterizar um indicativo de quem são as não-pessoas. Este fator incide em razão de fatos (causalidade de crise), que gera a ruptura de paradigma (garantias fundamentais), ou atribui margem para outros preceitos (direito penal do inimigo). Adota-se, neste postulado, evidente Estado de Exceção como regra permanente.

1.3 FUNCIONALISMO COMO REFLEXO DA GLOBALIZAÇÃO E COMO ANTECEDENTE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Na intersecção do *caos absoluto* e do *Estado de Direito*, existe uma zona de intermitência denominada de *Estado de Exceção*. A pós-modernidade, porém e os anseios capitalistas de livre-mercado e de exclusão de projetos sociais, expandem as necessidades de controle punitivo⁴³.

O funcionalismo-sistêmico, matriz inspiradora do direito penal do inimigo, se constrói da necessidade de exclusão, típica de um *Estado de Exceção como regra* ou *normalidade*, ou seja, chega a um direito penal funcionalista para atender às exigências política-criminais da sociedade pós-moderna, com um postulado: *vigência da norma e identidade social*. Carl Schmitt, jurista do nacional-socialismo, em sua “Teologia Política”, citou que “[...] o que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção.”⁴⁴ O principal reflexo do funcionalismo é a flexibilização de regras de imputação e de direitos e garantias fundamentais mínimas:

⁴² AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 24.

⁴³ SCHMIDT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. xi. No mesmo sentido: AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 26-27.

⁴⁴ SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 15.

Nos termos assim expostos entre funcionalização e modernização do direito penal com vistas a uma resposta funcional e eficaz, se se quer, do direito penal, se deve tratar de explicar, também, o relativo à flexibilização das regras de imputação e à erosão do direito penal clássico garantista e voltado aos direitos fundamentais (em sua formulação dogmática), nos termos que, desde sua formulação liberal, o caracterizaram e que, parece, eram irrenunciáveis na confiabilidade absoluta.⁴⁵

A origem etimológica da palavra *funcionalismo* é de efetiva importância para a finalidade de sua adoção. Proveniente do núcleo *função*, que significa ação própria de uma pessoa e daquilo que é funcional, ou seja, eficaz, prático. O indivíduo funcionalista é aquele que professa que “[...] está de acordo que o homem tem que cumprir algumas obrigações que produzam utilidade”.⁴⁶ Transportando para a realidade funcionalista sistêmica, já com matrizes do sistema social de Niklas Luhmann, *funcionalista* é aquele que detém a garantia de segurança cognitiva de que não violará o sistema, ou seja, encerra o obediente do pacto social, oferecendo garantia cognitivo-normativa para a sociedade de risco.

São os principais traços do funcionalismo: *i*) percepção meramente normativista, abarcando todo o contexto social; *ii*) o direcionamento deve se guiar mediante as observações científicas do real, afastando-se dos preceitos não-concretistas e metafísicos, logo a ressocialização e a prevenção geral não detêm conteúdo efetivo e *iii*) a prevenção deve se calcar – *a priori* – na proporcionalidade, contrária à mera retribuição, porém a análise em questão se sustenta no neorretribucionismo, também determinado pela neutralização.

A inserção do funcionalismo está calcada na teoria do rol social⁴⁷, referindo-se ao *status* social dos seres humanos perante a sociedade. Em uma evidente conexão para com o funcionalismo de Niklas Luhmann: “O princípio em que se fundava – e em que ainda hoje segue sustentando-se – é o de que a sociedade reconhece em cada indivíduo uma série de posições das que emanam expectativas sociais”⁴⁸. Perante a autopoiese, a expectativa não é social, mas sim normativa, porque a própria obediência da pretensão da sociedade acarreta a

⁴⁵ Tradução livre deste pesquisador referente a PEREZ ARROYO, Miguel Rafael. La funcionalización del derecho penal. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LII. Madrid: Ministério de Justicia, 2002. p. 507.

⁴⁶ Tradução livre deste pesquisador referente a PEREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El funcionalismo en la sociología actual. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*. Vol. I. BOGOTÁ: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 120.

⁴⁷ ROCHEFORT, Juan Ignacio Pina. Rol social y sistema jurídico-penal: Acerca de la incorporación de estructuras sociales em una teoría funcionalista del derecho penal. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*. V. II. BOGOTÁ: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 39-60.

⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 43.

obediência da disposição da norma, ou das expectativas normativas. Isto se afirma porque o ser humano perde a sua subjetividade por esta dinâmica⁴⁹.

Determinada a ruptura paradigmática, bem como a estrutura e influência que o funcionalismo teve em relação à globalização, na sociedade de risco e no capitalismo tardio, cabe asseverar sobre as fontes que projetam suas ramificações no sistema punitivo.

2 FONTES DO SISTEMA PENAL DO INIMIGO

Na visão clássica do direito penal, a dogmática é tida como garantia, com o estudo de códigos e de leis, como se códigos e leis constituíssem a magna carta do delinquente. Com a utilização destes pressupostos, pretende esta metodologia clássica a sistematização de conceitos e de princípios (mandamentos de otimização)⁵⁰.

O conteúdo acima exposto engloba os direitos humanos, direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana, exige que sejam adimplidos na maior medida possível em adequação e em simetria para com o menor sacrifício coletivo, consubstanciado na ideia de máxima proporcionalidade. Os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e de faticidade.⁵¹ Adentra a *carta de garantia do delinquente* o âmbito da *reserva do possível*, ou do necessariamente útil.

A complexidade social determina a necessidade da sistematização de expectativas concretas para com os expectadores do sistema social. Coloca-se como expectador, pois o sujeito é objetivado mediante a expectativa cognitiva mínima. As expectativas de comportamento contrafáticas simbolizam um dever-ser social. Para esclarecer, a deontologia, na verdade, pretende a reafirmação da vigência normativa.

⁴⁹ “O sujeito de direito é, claro, um sujeito *soberano*, ou seja, um ser que nasce ‘livre e dotado de razão’, que pode, portanto, governar a si mesmo e submeter a si o mundo dos objetos. Ele é a causa de efeitos pelos quais deve responder, e não o efeito de uma causa situada fora dele. Mas ele só atinge essa liberdade na medida em que permanece um sujeito no sentido etimológico e primeiro da palavra, ou seja, um ser *submetido*, ao respeito das leis (*sub-jectum*: lançado em baixo), trata-se das leis da Cidade ou das leis da ciência”. (SUIPOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 25.

⁵⁰ Nesse sentido: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90).

⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 116-117.

O sistema funcional detém como finalidade a assimilação individual e não a pré-exemplaridade difusa. Assim, o sistema penal, por exemplo, serve como expectativa normativa cognitiva para que o indivíduo não pratique determinada ação ou omissão⁵².

A crítica que se faz ao sistema funcionalista é que a verdade e a validade normativa se limitam a duas possibilidades de reação, o aprender e o não aprender na interconexão para com as expectativas cognitivas, transpondo-se em expectativas normativas cognitivas⁵³. Este movimento acaba por determinar um sistema contrário aos preceitos do Estado Democrático e Social de Direito, pois um modelo autopoiético acarreta objetivação, ou seja, desconsideração do sujeito enquanto destinatário de garantias fundamentais, determinando o crepúsculo da intenção integradora-social do direito e dos limites do jurídico e do antijurídico.

2.1 FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DO SISTEMA PENAL DO INIMIGO

O ser humano se diferencia dos outros animais pela estrutura do *telos* desenvolvido. É um ser metafísico, além de biológico (restrito aos órgãos e aos sentidos), pois seu universo se projeta no universo das coisas, dos signos e é nas limitações da vida metafísica que a liberdade se desenvolve. Deve-se restringir este direito natural, para que a pacificação social subsista⁵⁴.

Em uma sociedade de comunicação (Habermas), denomina-se direito, o vínculo entre pessoas que possuem direitos e deveres recíprocos⁵⁵. Já em uma comunidade de risco, o cidadão somente se vincula ao sistema social mediante a segurança cognitiva (Luhmann) à base normativa: *finis oboedientiae est protectio*. Aquele que abdica desta confiabilidade apresenta uma conduta predisposta à realização de perigos sociais, determinado como inimigo e como não-pessoa. Esses conceitos são tidos como duais e concomitantes para consubstanciar a exclusão social do inimigo. O direito punitivo ordinatório não seria, *a priori*, uma forma de penalizar o *socialmente perigoso*. Assim, a pena ao inimigo é coação e o direito penal é próprio a esses indivíduos.

⁵² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 65.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a factibilidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 74.

⁵⁴ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. xvii – xxx.

⁵⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 25.

Deste modo, o fundamento do direito penal do inimigo, *iusfiloficamente*, possui diversos filósofos de sua conceituação e dinâmica⁵⁶.

A coesão social se funda especialmente na subscrição abstrato-política do contrato social, atribuindo a condição de cidadão aos seres humanos. Este postulado – da condição de cidadão – se diferencia daquele que está na esfera cidadã e daqueles que não estão. Logo, “[...] a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rousseau que qualquer <<malfeitor>> que ataque o <<direito social>> deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor”⁵⁷. Neste sentido, cita o filósofo Jean-Jacques Rousseau:

A pena de morte que se impõe aos criminosos quase se pode igualmente considerar: para não sermos vítimas de um assassino toleramos padecer a morte, quando réus de tal crime. Longe de dispor da própria vida nesse tratado, nós cuidamos somente de a segurar, e não creio que algum dos contratantes premedite nesse tempo ir à forca; quanto mais todo malfeitor insulta o direito social, torna-se por seus crimes rebelde e traidor da Pátria, de que cessa de ser membro por violar suas leis e à qual até faz guerra; a conservação do Estado não é compatível então com a sua, deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte que como cidadão. Os processos e a sentença são as provas e declaração de que ele violou o tratado social, e ele não é, por conseguinte, membro do Estado; ora, como ele assim se reconheceu, quando mais não fosse pela estada, cumpre ser isolado dele, ou pelo exílio, como infrator do pacto, ou com a morte como inimigo público; que tal inimigo não é uma pessoa moral, mas um homem, e eis quando o direito da guerra é matar o vencido.⁵⁸

Da mesma forma, Johann Gottlieb Fichte assevera que “[...] quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano.”⁵⁹ Os perigosos ao sistema social devem ser tratados como cabeças de gado e não como pessoas. Inaugura, assim, a teorização da *não-pessoa*, em que os inimigos não detêm a mesma qualidade do criminoso que ainda se encontra na esfera cidadã,

⁵⁶ “Fundamentos (filosóficos) do Direito Penal do inimigo: (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o ‘estado comunitário-legal’, deve ser tratado como inimigo (Kant)”. (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal. *Revista Ultima Ratio*. Ano 1. n.º 0. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 330, 2006).

⁵⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 25-26.

⁵⁸ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 46.

⁵⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 26.

fundamentando que o tratamento arbitrário em face ao condenado; determina este ao grau de equiparação à uma coisa, a uma cabeça de gado⁶⁰.

Carl Schmitt, na sua “Teologia Política”, expõe que o momento de encerrar o *Estado de Direito*, é o início do *Estado de Exceção*, zona nebulosa entre o *caos* e a *normalidade*. Quem decide sobre a determinação da exceção é o soberano, e ainda cita: “O caso excepcional, o caso não descrito na ordem jurídica vigente, pode ser, no máximo, caracterizado como caso de extrema necessidade, como risco para a existência do Estado, ou similar, mas não ser descrito com um pressuposto legal”⁶¹. Verifica-se a adequação desta argumentação para com o direito penal do inimigo, em que um caso excepcional – os inimigos – são tratados sem qualquer direito ou garantia fundamental, para supostamente resguardar o Estado de Direito.

Já na obra de Giorgio Agamben, a pena não é uma forma de exclusão ou de retribuição, mas sim, de “[...] segurança da república, ele podia ser declarado pelo Senado *hostis*, inimigo público. O *hostis iudicatus* não era simplesmente assimilado a um inimigo estrangeiro, o *hostilis alienigena*, porque este, entretanto, era sempre protegido pelo *ius gentium*”⁶². Na obra “*Homo Sacer*”, o doutrinador italiano expõe a diferença entre o *Caos Absoluto* e o *Estado de Normalidade*, cuja intersecção é o direito de exceção, não deixando de estar contido na regra, mas se aproximando da exceção absoluta, pois a regra necessita da exceção para sobreviver⁶³. E é nestas exceções que residem técnicas punitivas de legitimidade e de humanidade duvidosa, tal como são os campos de concentração.⁶⁴

A visão kantiana de pacificação social é possível ser visualizada levando como base o seguinte imperativo categórico: “Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tomem impossível a confiança mútua na paz futura, como, por exemplo, o emprego no outro Estado de assassinos (percussores), envenenadores (*venefici*), a ruptura da capitulação, a instigação à traição (*perduellio*), etc.”⁶⁵

⁶⁰ Fichte apud MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. Série: Ciência do Direito Penal Contemporânea. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.

⁶¹ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.

⁶² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 122-123.

⁶³ Idem. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 9-36.

⁶⁴ “Resulta daí uma espécie de animalização do homem posta em prática através de sofisticadas técnicas políticas. Surgem então na história seja o difundir-se das possibilidades de proteger a vida e de autorizar o seu holocausto.”⁶⁴ (AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 11).

⁶⁵ KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projecto filosófico*. Trad. Artur Morão. Covilhã: LusofiaPress, 2008. p. 7-8.

Os estratagemas desonrosos, ensejam projeções de violação de segurança cognitiva mínima, são os extermínios. A guerra, segundo o filósofo, consiste em uma forma de lamentável retorno ao Estado de Natureza. Este seria um modo de restabelecer as regras mediante à exceção.

O pensamento kantiano, por sua vez, condena a guerra de punição (*bellum punitivum*), pois este modelo bélico acarreta ruptura da soberania entre Estados⁶⁶.

Na filosofia hobbesiana, o medo mútuo inaugura o desequilíbrio da coesão social. Segundo o filósofo: “A origem do medo mútuo, em parte consiste na igualdade entre os homens por natureza, em parte pela mútua vontade de se ferirem; decorrendo assim que não podemos esperar dos outros, e nem garantir a nós mesmos o mínimo de segurança [...]”⁶⁷. A conversão dos amigos em inimigos detém como fundamento a cobiça mútua de alguma finalidade, sendo confirmado que é nos pressupostos de desigualdade é onde reside o tratamento belicoso entre seres humanos⁶⁸. Na análise do Estado Leviatã, Thomas Hobbes, no capítulo 28, 11, informa:

Finalizando, não podem ser classificados como penas os danos infligidos a quem é um inimigo declarado. Posto que esse inimigo nunca esteve sujeito à lei e não pode transgredi-la, portanto. Ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando, em consequência, que possa transgredi-la. Portanto, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. Numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. Conclui-se que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado, seja qual for a penalidade prevista à traição, o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Deve, portanto, sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante. As penas são estabelecidas pela lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, se revoltam e negam o poder soberano por vontade própria.⁶⁹

Por conclusão, extraíndo o pensamento filosófico-político, cabe firmar que “o Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”⁷⁰. Logo, o direito penal do cidadão detém o fim de manter a vigência da norma, enquanto que o direito penal do inimigo combate o perigo ao sistema social daquele que não oferece garantia de segurança cognitiva mínima.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 7-8.

⁶⁷ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 21.

⁶⁸ Idem. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 96-97.

⁶⁹ Idem. *Ibidem*, p. 229-230.

⁷⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30.

2.2 DAS DIVERSAS DENOMINAÇÕES CONCEITUAIS

A matriz do direito penal do Inimigo encontra a sua gênese no artigo de Günther Jakobs intitulado de "Criminalização no estágio prévio à uma lesão do bem jurídico"⁷¹, publicado no ano de 1985, na *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, no qual o jurista alemão cunhou a expressão *Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht)*. Somente mais tarde, porém, no trabalho de 1999 intitulado "*Das selbstverständnis der strafrechtswissenschaft vor den herausforderungen der gegenwart ihrer zeit*"⁷², e em outros trabalhos posteriores⁷³, é que foi consolidado um conceito próprio do *ius puniendi* excludente. A partir daí, convencionou-se dizer que o discurso de Günther Jakobs se apresenta em duas fases: a primeira datada de 1985, e a segunda, de 1999/2000⁷⁴, das quais resulta uma divisão conceitual.

A ramificação conceitual, como bem ressaltado por Luís Greco, se deu em três enfoques: i) *conceito afirmativo-legitimador*; ii) *conceito descritivo*, iii) *conceito denunciador-crítico*⁷⁵, finalizando com o iv) *conceito crítico-garantista-desconstrutor*. O principal argumento para a existência do direito penal do inimigo é que, para salvar um direito penal do cidadão, se faz necessária a bifurcação deste para com o direito penal voltado aos inimigos do Estado de Direito⁷⁶.

Vejamos cada um dos enfoques acima mencionados:

i) O conceito *afirmativo-legitimador* deteve seus liames como a antítese da tese da existência supraconstitucional dos direitos humanos. Tal definição se caracteriza pela

⁷¹ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 108-143.

⁷² Tradução auxiliada pelo pesquisador Pablo Alflen da Silva. Confira ainda: BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. Vol. 62. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006. p. 107-133.

⁷³ Compare JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: *Direito penal do inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1-24; no mesmo trabalho: JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo?* Uma análise acerca das condições da legalidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 25-52.

⁷⁴ Compare com detalhes de AMBOS, Kai. Direito penal do inimigo. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Panoptica*. n.º 02. 2008, p. 11-12; compare ainda MELIÁ, Manuel Cancio. <<Direito Penal>> do inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 51-80.

⁷⁵ GRECO, Luis. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 56, 2005, pp. 80-116.

⁷⁶ Cumpra aqui mencionar a veemente crítica de Jochen Bung, referindo que a concepção de direito penal do inimigo, de Jakobs, é normativamente errônea e conceptualmente inconsistente. Compare BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006, pp. 124-125.

denegação da condição de pessoa humana a quem não possui a segurança cognitiva mínima para com a integridade da norma. Assim, são três os vetores: decomposição da pessoa para não-pessoa, segurança cognitiva e norma fissurada. O primeiro elemento consiste na própria mitigação da condição de pessoa humana, desprezando-se totalmente o axioma reitor da dignidade da pessoa humana, constante no artigo 1.º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil. Por outrora, o ideário de segurança cognitiva consiste na aptidão do cidadão ainda não convertido em inimigo, ou que não ocasiona perigo à integridade do sistema normativo. Logo, o pressuposto convertido e legitimador da mitigação da dignidade da pessoa humana não é a segurança, mas sim, a insegurança cognitiva à integridade do sistema. Por último, o perigo de causar a fissura no sistema acaba por encerrar a periculosidade existencial do indivíduo perante a sociedade. Crítica a este conceito, vem a ser o próprio conceito de inimigo. Regride o sistema de direitos humanos fundamentais, da condição da pessoa humana, a um modo de excluir o ser humano de sua própria proposição biológica. Os seres humanos deixam de possuir natureza biológica para possuir natureza política, em que imperam os elementos retribucionistas da pena, próprios da filosofia kantiana. É a personalidade potencial e não a material que importa para o direito penal do inimigo⁷⁷.

ii) O conceito *descritivo* é um paradigma, com extrema carga valorativa negativa pela própria denominação *inimigo*. Apesar de Günther Jakobs afirmar que seu posicionamento é meramente descritivo, por ser mensageiro de uma realidade político-criminal, muitas vezes ele se mostra defensor dos preceitos da exclusão social, que contém o direito penal do inimigo. Por um lado, o operador do direito penal do inimigo (*dogmático*), possui suas raízes argumentativas em leis, em que se extrai o *judgar* e o *aplicar* no caso concreto; por outro lado, o *jusfilósofo* investiga, com o uso do método descritivo, a legitimidade da pena frente ao direito penal do inimigo. A crítica que se impõe, ao conceito é justamente pela razão pragmática na carga valorativa da denominação *direito penal do inimigo*, já que este “[...] pouco nos avança além do que já se obtinha com conceitos como ‘incapacitação’,

⁷⁷ “É bem questionável se o conceito de inimigo é compatível com a imagem de ser humano da qual parte nosso ordenamento jurídico. Pode-se apontar para a história autoritária de concepções fundadas na distinção entre amigo/inimigo. A estigmatização de grupos inteiros de seres humanos como ‘diferentes’, a segregação entre ‘nós’ e ‘eles’ a que estas idéias levam – nada disso promove a necessária atitude de tolerância e humanidade. As incertezas em que estão envolvidas as prognoses de periculosidade são de todo ignoradas pela idéia do direito penal do inimigo, que tampouco leva em conta a possibilidade de que tais prognoses atuem seletivamente e produzam criminalidade que depois dizem combater. (GRECO, Luis. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 56. São Paulo, 2005, p. 101).

‘periculosidade’, ‘criminoso habitual’ etc.’⁷⁸ Logo, tanto na determinação normativa, quanto na valoração dos delitos e das penas, o direito penal do inimigo acaba por perder a sua eficácia, em razão dos próprios conceitos pré-existentes do direito vigente.

iii) O conceito *denunciador-crítico* foi ampliado no estudo político-criminal, denominado: *criminalização no estágio prévio a uma lesão do bem jurídico*. Günther Jakobs referenda o presente conceito, em especial, no que concerne à teoria da impressão, ou seja, na punição da tentativa inidônea. Impugna o fato de o direito penal do cidadão não ser apto a proteger perigos a bens jurídicos. Outra finalidade do direito penal do inimigo é justamente o fato de que ele serve para uma autocrítica de institutos penais, rotulando-os de partidários de um direito penal repressor, anti-humanista, antigarantista e inconstitucional. O conceito em apreço, detém, a ruptura dos institutos simbólicos e punitivistas, atrelados aos fenômenos expansionistas de uma política criminal repressiva, neoliberal e neocriminalizadora.

iv) Cabe destacar, ao final, o conceito *crítico-garantista-desconstrutivo* de Luigi Ferrajoli, consistindo a argumentação jakobiana na ideia de que a edificação do direito penal do inimigo, não se trata de uma descrição de um fenômeno, mas sim, uma prescrição eficaz e selvagem (crime) e de uma vingança (pena), ou, em suas palavras, “[...] se trata da autolegitimação como direito das práticas contrastantes com o modelo normativo de direito penal em nome da eficiência”⁷⁹, cuja exposição foi levada ao próprio funcionalista Niklas Luhmann, em indagação segundo a qual o indivíduo seria um subsistema do sistema social. A pergunta não foi respondida por não compreendê-la, mas que implicitamente restou fixado que, em boa filosofia hegeliana – pela qual Günther Jakobs se perfilha – *o que é real é racional*.⁸⁰

O processo civilizatório necessita de um contrato social, o que enseja o mal-estar pós-moderno, já que abdicamos de parcela da liberdade em prol da coesão social. Esse documento político foi tratado expressamente pela primeira vez pelo filósofo Jean-Jacques Rousseau⁸¹, condizendo com ideias de liberdade e de igualdade como norma e não como fato, como imperativo categórico e não como comprovação.

Logo, a coexistência dos homens necessita da constituição de imperativos categóricos comuns, denominados de contrato social, visando sempre a concretização da

⁷⁸ Idem, ibidem, p. 105-106.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 236.

⁸⁰ Idem, ibidem, p. 236-237.

⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

vontade coletiva. Nesse pacto político, estarão consagradas as liberdades humanas mais intrínsecas à dignidade da pessoa humana.

O contrato social, deste modo, seria uma solução: “Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes”⁸². A colocação deste preceito como algo absoluto e regente da sociedade, sem considerar a dignidade da pessoa humana como o seu valor-fonte hermenêutico, acarreta, o objetivismo do direito e algo afastado da esfera cidadã. É o viés teleológico do contratualismo, que pretende não a exclusão dos indivíduos, mas sim, a proteção dos direitos e das garantias fundamentais.

Na concepção supramencionada, a vontade geral deve ser obedecida, cuja transmutação ao funcionalismo sistêmico se refere à vigência da norma. A consequência da não aceitação do pacto social é a perda da dignidade da pessoa humana. A viabilização do contrato social é a coesão social, e a expansão da liberdade, inclusive no campo econômico. Neste enfoque, em decorrência da globalização é relativizado este preceito e consagrado como contrato de segurança cognitiva, “porque do pacto nu nasce um direito de agir na justiça”⁸³.

O problema da modernidade é a pretensão da utilização do contrato social, como meio facilitador do livre mercado e da coexistência dos indivíduos para com o neoliberalismo e não ao respeito dos direitos humanos. As convenções assumidas pelos homens, em que o Estado é garantidor, acabam no funcionalismo sistêmico punitivo, invertendo a ordem do discurso, em que, hoje, os seres humanos são reificados⁸⁴ para o fim sombrio de garantir a segurança cognitiva do contrato social.

⁸² Idem, ibidem, p. 31.

⁸³ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 114.

⁸⁴ Neste aspecto, a filosofia da contracultura de Hebert Marcuse informa: “A crítica à racionalidade técnica direcionou toda a sua obra. Para ele, a instrumentalidade das coisas tornava-se a instrumentalidade dos indivíduos. Em outras palavras, o ser humano era visto como uma coisa, como um instrumento, e não como um indivíduo. Ao invés de o homem dominar a máquina e a tecnologia, como previa a utopia iluminista, era o homem que estava sendo dominado pela máquina e pela tecnologia. As pessoas são transformadas em coisas, reproduzidas em seqüência, massificadas, como produtos saindo de uma linha de montagem. Marcuse denunciou a criação do chamado homem unidimensional: um indivíduo que consegue ver apenas a aparência das coisas, nunca indo até a sua essência. O homem unidimensional é conformista, consumista e acrítico. Ele se acha feliz porque a mídia lhe diz que ele é feliz e, quando se sente triste, vai ao shopping, fazer compras. Para Marcuse, as mudanças só ocorreriam se houvesse a liberação de uma nova dimensão humana. Um princípio básico deveria permear essa nova revolução: a liberdade”. (DANTON, Gian. *O filósofo da contracultura*. Discutindo Filosofia [especial]. N. 6. São Paulo: Escala Cultural, 2008, 9. 26). Confira também: HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciências como “ideologia”*. Trad. Artur Morão. Série: Biblioteca de Filosofia Contemporânea. Lisboa: Edições 70.

A verdadeira função instituidora do direito é mascarada no funcionalismo, pois as causas de coexistência somente se reportam à vigência da norma e na garantia de segurança cognitiva. Assim, “as lamentações sobre a degradação da coesão social não passam de uma triste máscara quando se empenham em arruinar em toda a parte a função instituidora do Direito e em privar assim os homens de pontos de referência suscetíveis de dar um sentido comum à ação de cada qual”⁸⁵. Trata-se em síntese, do processo reificador.

Afora os fundamentos acima expostos, as distorções e as contradições do direito penal do inimigo, estão consignadas no confronto dialético, entre a soberania do Estado e as garantias fundamentais que integram o metaconceito de Estado Social e Democrático de Direito, já que este se orienta por critérios seguros de imputação e, com força normativa dos direitos e das garantias constitucionais materialmente previstas⁸⁶.

A privação dos seres humanos quanto à sua condição de pessoa, resulta de um processo de inversão discursiva do Estado Social ao Estado Penal⁸⁷, da mesma forma o direito penal máximo colidirá com o direito penal mínimo⁸⁸⁻⁸⁹, em que a pretensão do primeiro é o

⁸⁵ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 135.

⁸⁶ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17.

⁸⁷ Confira também: “Este ensaio aborda a dialética entre o Estado de direito e o de polícia, traduzida no campo penal na admissão, mais ampla ou mais restrita, do tratamento punitivo a seres humanos privados da condição de pessoas. Este tratamento diferenciado provoca uma contradição entre a doutrina penal (e uma certa filosofia política de ilustre linhagem), por um lado, e a teoria política do Estado constitucional de direito, por outro lado, vista que a última não o admite nem sequer numa clara situação bélica, pois implicaria abandonar o princípio do Estado de Direito e passar ao de polícia, que deslizaria, rapidamente, para o Estado Absoluto.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico n. 19. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 9) e também: “Sob o enunciado da ‘proteção’ ofertada aos ‘cidadãos de bem’, oculta-se a impotência dos governantes em face da catarse de conflitos e tensões aos quais eles não podem (ou não estão dispostos a) responder através de uma justificativa meramente retórica à opinião pública, criando uma falsa idéia de unidade diante de um inimigo interno personificado na figura do ‘outro’: selecionando entre os membros dos setores socialmente vulneráveis”. (ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal*: invertendo o discurso da ordem. Palestra proferida no 1.º congresso Paranaense de Criminologia, realizado em novembro de 2005 em Londrina).

⁸⁸ MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCrim, 2008, p. 83-106.

⁸⁹ Confira a doutrina da Luigi Ferrajoli: “Denomino a estes dois extremos ‘direito penal mínimo’ e direito penal máximo’, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. Entre os dois extremos, como se viu existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo. Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos. Assim veremos, na quarta parte, como, em contraste com os princípios garantistas do modelo SG estipulados de maneira mais ou menos rigorosa em nossa Constituição, nossas leis ordinárias e ainda mais nossas práticas judiciais e policiais, admitem o fato de figuras de

direito penal como *prima ratio*, cuja influência da globalização e da sociedade de risco será fonte repressiva. Já o segundo sistema é permeado dos direitos e das garantias fundamentais atrelados à esfera cidadã.

Havendo sistemas distintos, também existirão destinatários diferenciados do direito penal do inimigo, isto ocorre, pois todo cidadão é também pessoa, sujeito de direitos e deveres, bem como de proteção do Estado Democrático de Direito. Logo, um inimigo, não pode ser considerado somente como uma fonte de perigo, muito menos como um entorno perturbador, mas sim, designado ao conceito de *persona*.⁹⁰

O direito penal, dentro de um Estado Social e democrático, tem que respeitar o *status* de ‘pessoa’ a todos os indivíduos já como realidade física; melhor dito, *a personalidade não é uma construção jurídica*, não pode depender de um reconhecimento social, senão de uma mera existência; por isso já uma distinção entre ‘pessoa’ e ‘indivíduo’ leva a relativizar os direitos humanos para um grupo de sujeitos; e ele a um ‘Direito penal do autor’. A noção de ‘Estado de Direito’ não admite que se diferencie entre sujeitos com distintos níveis de respeito aos quais se dê distinto nível de proteção ou que para eles o Estado admita exceções (nem sequer para situações extremas).⁹¹

Assim, há o escambo da garantia cognitiva pelas garantias fundamentais, quase que uma forma compensatória para o indivíduo cidadão obedecer à vontade soberana, ou a submissão àquele que determina sobre o Estado de Exceção como Regra⁹². Finalizando a ideia do escambo da garantia cognitiva para com as garantias fundamentais, Jean-Jacques Rousseau afirma que cada indivíduo coloca-se em direção da vontade geral, significando um fragmento de um todo, cujo conjunto designará a totalidade⁹³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

responsabilidade penal sem uma ou sem várias das garantias citadas.” (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 101-102).

⁹⁰ RIBEIRO, Bruno de Moraes. Defesa social, ideologia do tratamento e o direito penal do inimigo. *Revista de Ciências Penais*. Ano 3. n. 3. julho-dezembro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP, 2006, p. 213. Confira também: “O conceito ‘direito penal do inimigo’ tem um viés positivo, quando utilizado como categoria analítica ou em sentido crítico, com a intenção de denúncia de uma ordem jurídica que trata um cidadão penalizado não como cidadão penalizado – mas como ‘inimigo’. Se o conceito for utilizado em sentido afirmativo, cai numa perigosa retórica política, porque se aproxima da sugestão de que, para o combate ao inimigo, (quase) tudo é permitido ao direito penal. E porque a definição do ‘inimigo’, como ensina a experiência histórica, não pode ser controlada na práxis da persecução estatal de grupos de pessoas. No discurso político-jurídico, deve-se renunciar ao conceito”. (NEUMANN, Ulfrid. *Direito penal do inimigo*. Trad. Antonio Martins. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2007, p. 176).

⁹¹ Tradução livre deste pesquisador referente a VÁSQUEZ, Manuel Banto. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal econômico. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Vol. 18. Lima: IDEMSA, p. 34-35, 2006.

⁹² “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”. (SCHIMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7).

⁹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 32.

A transmutação do mero Estado de Direito para o Estado Social e Democrático de Direito, originou-se do choque contínuo de conflitos, que se iniciaram no antigo regime até o declínio da Segunda Guerra Mundial, em que se instalou, em alguns países europeus, o *welfare-state*. Este paradigma da atualidade também sofre erosão – em razão da líquida forma das garantias estatais e do retorno do decisionismo renascido das cinzas do 11 de setembro de 2001 – da dignidade da pessoa humana também é amorfa.

Novamente a divisão entre pessoas do Estado e inimigos do Estado, estes últimos entendidos como delinquentes de crime lesa-majestade pós-modernos, como ervas daninhas, como *outros*, são tidos como sub-produtos da globalização ou do capitalismo neoliberal-democrático, sinônimos (para um só fenômeno e resultado) de exclusão social.

Rompendo-se o paradigma dos direitos e garantias fundamentais, a estrutura científica punitiva se estruturou na pós-modernidade do medo e, na insegurança, controlando a sociedade com esta cultura do pavor difuso e do discurso punitivo de exceção como regra absoluta, também denominado direito penal do inimigo.

Nesta esteira, o direito penal do inimigo, ou o método de aplicação do funcionalismo sistêmico, deteve as suas raízes na filosofia política. A teoria do contrato social possuiu uma matriz essencial, já que o desobediente deste documento político, não deterá as mesmas garantias nem os mesmos direitos que o obediente.

A doutrina do inimigo do Estado retorna com força no pós-11 de setembro, ou seja. A partir dessa doutrina, aquele que não oferecer garantia cognitiva mínima – ou de que não acarretará qualquer ato de lesão futuro – será denominado inimigo e a ele somente são destinadas duas coisas: a coação como pena e a inocuização como resultado. Trata-se, evidentemente, de uma estectomia social, em que a célula cancerosa do sistema é extraída dele, o que faz lembrar os campos de concentração nazistas e o *status* de *homo sacer*, conforme doutrina de Giorgio Agamben.

O uso do terror estatal contra os inimigos ocasiona o Estado de Exceção, mas, conforme expõe Walter Benjamin, a tradição dos oprimidos é serem tratados na regra como no Estado de Exceção e isso consolida a titulação do presente trabalho: Punitivismo de Exceção como Regra.

Quanto ao reflexo que o direito penal do inimigo provoca, é justamente a ideia de inserção dos riscos e dos perigos no processo de criminalização (quando punir), o que gera uma falta de segurança jurídica, pois, segundo o princípio da legalidade, o delito deve ser

certo, estrito, escrito e prévio. Já o direito penal do inimigo totaliza a forma de delito incerto, amplo, muitas vezes não escrito ou com força punitiva retroativa, afrontando, assim, o Estado Democrático do Direito.

REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICOS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 122-123.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. Col. Estado de Sítio. 2. ed. São Paulo: Biotempo, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 8.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BIACHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. Prefácio: Alberto da Silva Franco. Série: As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 23. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1998. p. 97-109.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006.
- BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. Vol. 62. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006. p. 107-133.
- BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2006.
- DIX SILVA, Tadeu A. Globalização e direito penal: acomodação ou indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 236.
- FOUCAULT, Michael. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- FREITAS, Ricardo de Brito A. Globalização e sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2003.
- GIDDENS, Antony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. 5. reimpressão. Campinas: UNESP, 1990.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal. *Revista Ultima Ratio*. Ano 1. n.º 0. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 330, 2006.
- GRECO, Luis. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 56, 2005, pp. 80-116.
- GRECO, Luis. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 56. São Paulo, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 3. ed. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a factibilidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 74.
- HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciências como “ideologia”*. Trad. Artur Morão. Série: Biblioteca de Filosofia Contemporânea. Lisboa: Edições 70.
- HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 21.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 96-97.
- HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. 3. reimpressão. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoria de la imputacion*. 2. ed. Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projecto filosófico*. Trad. Artur Morão. Covilhão: LusofiaPress, 2008.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 197-199.
- LIMA, Flávio Augusto Fontes. Direito penal do inimigo. Direito penal do século XXI. *Revista ESMAFE*. Vol. 11. n. 24. Recife: ESMAFE, 2006.
- LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco. *El derecho ante la globalizacion y el terrorismo <<Cedant Arma Togae>>*. Valência: Alexander von Humboldt e Tirant lo Blanch, 2004.

- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 65.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Byer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. Direito penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2008, p. 83-106.
- MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. Série: Ciência do Direito Penal Contemporânea. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Trad. Antonio Martins. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCrim, 2007.
- NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho. A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do direito penal. *Revista de Ciências Penais*. N.º 5. ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Trad. Barbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- PEREZ ARROYO, Miguel Rafael. La funcionalización del derecho penal. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LII. Madrid: Ministério de Justicia, 2002. p. 507.
- PEREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El funcionalismo en la sociología actual. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*. Vol. I. BOGOTÁ: Universidad Externado de Colômbia, 2003.
- REGHELIN, Elisângela Melo. Entre terroristas e inimigos... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais e IBCCRIM, 2007.
- RIBEIRO, Bruno de Moraes. Defesa social, ideologia do tratamento e o direito penal do inimigo. *Revista de Ciências Penais*. Ano 3. n. 3. julho-dezembro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais e ABPCP,
- ROCHEFORT, Juan Ignacio Pina. Rol social y sistema jurídico-penal: Acerca de la incorporación de estructuras sociales em una teoría funcionalista del derecho penal. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*. V. II. BOGOTÁ: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 39-60.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris e ICPC, 2008.
- SCHIMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

- SCHMIDT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. xi. No mesmo sentido: AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. xvii – xxx.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- VÁSQUEZ, Manuel Banto. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia al derecho penal econômico. *Revista Peruana de Ciências Penales*. Vol. 18. Lima: IDEMSA, p. 34-35, 2006.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico n. 19. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

RECEBIDO EM: 21/05/2018.

APROVADO EM: 22/06/2018.