

# **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL**

**GUSTAVO NORONHA DE AVILA**

**MATHEUS FELIPE DE CASTRO**

**AIRTO CHAVES JUNIOR**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

C928

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aírto Chaves Junior; Gustavo Noronha de Avila; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-427-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

---

#### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

Na tarde do dia 11 de novembro de mais um ano pandêmico, tivemos a oportunidade de discutir uma série de trabalhos que desafiam leituras criminológicas e político-criminais importantes no atual contexto. Podemos dizer que foi traçado verdadeiro panorama das discussões mais relevantes, no campo da ciência criminal, em nosso país.

Não apenas foram apresentados contundentes interrogantes ao incremento dos sufocamentos às liberdades, como também tivemos trabalhos com perfil bastante propositivo. Esta é uma qualidade indispensável em tempos onde a academia é chamada para, cada vez mais e melhor, equacionar teoria e prática.

Existe a discussão de temas emergentes como as consequências da Covid-19 ao encarceramento, bitcoins e suas repercussões penais, além de temas relevantes da justiça penal negociada. Também foram tratadas questões persistentes política criminal de drogas, as (im)possibilidades de ressocialização enquanto fim de pena, além das leituras estruturais do sistema de justiça criminal.

A pesquisa de Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho e Mayara Rayanne Oliveira de Almeida intitulada “O DESAFIO À RESSOCIALIZAÇÃO DO PSICOPATA CRIMINOSO E A NECESSIDADE DE AFASTÁ-LO DO CONVÍVIO EM SOCIEDADE” cuida da ressocialização do agente com características inerentes à psicopatia.

Por sua vez, André Pedrolli Serretti apresenta o trabalho de tema “AS ORIGENS FUNCIONAIS DO DIREITO PENAL NO INIMIGO - DA PERSPECTIVAVA SOCIOLÓGICA À CRIMINOLOGIA DE UM DIREITO PENAL FUNCIONAL”, a partir do qual procura apresentar o discurso político-criminal denominado Direito Penal do Inimigo, bem como os caminhos de uma possível compreensão da fundamentação material das medidas político-criminais nele fundadas.

André Martini, Tiago Eurico De Lacerda e Luiz Fernando Kazmierczak, no artigo “A DECADÊNCIA DE UM SISTEMA PENAL ULTRAPASSADO: REFLEXÕES ENTRE A HISTÓRIA, FILOSOFIA E O DIREITO”, procuram compreender as razões que levam o

Estado brasileiro a insistir em métodos punitivos alicerçados na ideia de castigo. Ao final, propõem a substituição dessas medidas por oportunidades educativas e de desenvolvimento de habilidades profissionais.

No trabalho intitulado “A FALÊNCIA DO DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DAS VARIÁVEIS EMPREGADAS PARA JUSTIFICAR AS FINALIDADES DA PENA”, os autores Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Moraes Silva buscam analisar as variáveis utilizadas para justificar as finalidades da pena.

As pesquisadoras Gisele Mendes De Carvalho e Fabrícia Abdala Cousin apresentam o estudo de tema “CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA NO ESTUDO DA DOGMÁTICA PENAL”, a partir do qual objetivam realizar uma breve abordagem histórica a respeito das escolas criminológicas, bem como a evolução dos estudos no âmbito da criminologia até os dias atuais.

No campo do Processo Penal e com o trabalho “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APLICABILIDADE NO CURSO DO PROCESSO”, Ana Clara Moreira Guilherme e Felipe Braga de Oliveira abordam a possibilidade do Acordo de Não Persecução Penal incidir nos processos que já se encontravam em tramitação quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019.

Os autores Fabiane Pereira Alves e Fabricio Carlos Zanin apresentam a pesquisa de tema “JUSTIÇA NEGOCIADA: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ENTRE O GARANTISMO E O EFICIENTISMO”. Nela, os pesquisadores analisam como o chamado acordo de não persecução penal, bem como a postura resolutiva e proativa do Ministério Público, podem proporcionar celeridade e eficiência ao Sistema Penal Brasileiro.

“A INFLUÊNCIA DOS BITCOINS NO MERCADO E O DIREITO PENAL ECONÔMICO” é o trabalho de autoria de Wagner Camargo Gouveia, Antonio Carlos da Ponte. Nele, os autores explicam como os bitcoins podem ser aplicados e correlacionados com o Direito Penal Econômico.

Em “A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E OS DELITOS DIGITAIS: UMA ANÁLISE DA (IN) SUFICIÊNCIA LEGISLATIVA BRASILEIRA”, Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão, Ricardo Alexandre Lopes Assunção e Thainá Penha Pádua investigam os impactos da Revolução Tecnológica e como isso tem possibilitado um novo campo de estudo do Direito Penal, especialmente no que toca aos delitos praticados no âmbito da informática.

O artigo de Douglas De Oliveira Santos de tema “AS NOVAS PRÁTICAS CORPORATIVAS E O PROGRAMA DE COMPLIANCE, COMO INSTRUMENTOS EFICAZES DE PREVENÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA, SOB A ÓTICA DO BEM JURÍDICO AMBIENTAL” trata da normatização no Brasil por meio das Leis 12.846/2013 e 12683/2012 dos sistemas de autorregulação a serem implementados na atividade empresarial, dentre os quais se encontra o chamado compliance.

Na pesquisa intitulada “NOTAS SOBRE OS ESTUDOS DE VITIMIZAÇÃO NEGRA EM CHACINAS NO BRASIL”, Alexandre Julião da Silva Junior e Luanna Tomaz de Souza exploram os sentidos da morte de pessoas negras em chacinas praticadas em zonas periféricas do Brasil, bem como a contribuição de agentes públicos de segurança nesses episódios.

“A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E A DIGNIDADE HUMANA DO ACUSADO DE CRIME”, de autoria de Everson Carlos Nascimento Oliveira, procura ponderar o direito à liberdade de informação e o direito à preservação da imagem do indivíduo acusado da prática de crime, sobretudo, diante da superexposição sem qualquer critério da imagem dessas pessoas.

No artigo de tema “MENORES INFRATORES, ADOLESCENTES TRABALHADORES: O PAPEL DA MAGISTRATURA NO ENFRENTAMENTO AO TRABALHO INFANTIL NO TRÁFICO DE DROGAS”, as autoras Francesca Carminatti Pissaia e Marina Nogueira de Almeida abordam a problemática do envolvimento das crianças com o tráfico de drogas no Brasil. Reconhecem que se faz necessário uma mudança de paradigma de tratamento jurídico a esses menores quando alcançados pelas agências de repressão, sobretudo, diante do Princípio da Proteção Integral, constitucionalmente previsto.

No “CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE EXECUTADO EM CONDIÇÕES ILÍCITAS”, Dani Rudnicki e Fábio Segala de Souza reconhecem que o Sistema Prisional Brasileiro, em grande medida, torna o cumprimento da pena um ato ilícito diante das violações de Direitos Humanos que lhe são próprios. Diante disso, sugerem a incidência de medidas compensatórias determinadas pela Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018).

Em “HOMICÍDIOS E CONTROLE SOCIAL FORMAL: UMA ANÁLISE DO PROJETO MUTIRÃO REALIZADO NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA EM SÃO LUÍS DO MARANHÃO”, os pesquisadores Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, Marcio Aleandro Correia Teixeira e Marcio Dos Santos Rabelo realizam a análise do controle social formal pela via das cifras ocultas da criminalidade. O campo de verificação do fenômeno é o Estado

do Maranhão e se dá a partir do estudo empírico dos registros dos crimes de homicídio ocorridos na capital daquele

Estado entre os anos de 2017 a 2020.

Nas “PECULIARIDADES DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE CANOAS”, Valdir Florisbal Jung e Dani Rudnicki propõem analisar, empiricamente, o funcionamento do Complexo Penitenciário Canoas, instalado na região metropolitana de Porto Alegre (RS), sob o ponto de vista de práticas que, em tese, a diferenciam de outras prisões brasileiras.

Por fim, o artigo intitulado “DIREITOS HUMANOS E CRIMINOLOGIA: APONTAMENTOS SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO EM MEIO À PANDEMIA COVID-19”, de autoria de Fábio Da Silva Santos e Caio César Sales Machado, procura demonstrar a forma como as Políticas Públicas em saúde no Sistema Penitenciário Brasileiro tem assegurado indicadores de cidadania e Direitos Humanos em meio a Pandemia do Covid-19.

Conforme se verifica, a qualidade dos textos apresentados nos traz esperança de que o atual quadro político-criminal, cada vez mais voltado ao aumento quantitativo e qualitativo das punições, possa ser revertido. Espaços de resistência estão sendo construídos e este fenômeno, revelam as nossas discussões, é de abrangência nacional e, principalmente, perene.

Por esses motivos, os artigos apresentados a este Grupo de Trabalho constituem importantíssimas ferramentas para a conclusão de necessária retração do poder punitivo e desenvolvimento de soluções efetivamente humanizadas.

Desejamos a você uma excelente leitura e que este seja apenas o ponto de partida dos qualificados debates que seguirão.

Espaço Virtual, 11 de novembro de 2021.

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UFSC/Unoesc)

Prof. Dr. Airto Chaves Júnior (UNIVALI)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (PUCPR/Unicesumar)

**AS ORIGENS FUNCIONAIS DO DIREITO PENAL NO INIMIGO - DA  
PERSPECTIVAVA SOCIOLOGICA À CRIMINOLOGIA DE UM DIREITO PENAL  
FUNCIONAL**

**THE FUNCTIONAL ORIGINS OF THE CRIMINAL LAW FOR THE ENEMY -  
FROM A SOCIOLOGY PERSPECTIVE TO THE CRIMINOLOGY OF A  
FUNCTIONAL CRIMINAL LAW**

**André Pedrolli Serretti <sup>1</sup>**

**Resumo**

No presente trabalho procuramos apresentar o discurso político-criminal denominado Direito Penal do Inimigo e quais podem ser os caminhos de uma possível compreensão da fundamentação material das medidas político-criminais nele baseadas. Para tanto, investigar-se-ão as origens sociológicas desse discurso, a partir da sociologia formal, e buscar-se-ão as características de alguns tipos de criminalidade vigentes que podem ser apontadas como a necessidade político-criminal atual de institucionalização de medidas típicas do discurso estudado.

**Palavras-chave:** Direito penal do inimigo, Funcionalismo sistêmico, Sociologia formal, Criminalidade contemporânea, Política criminal

**Abstract/Resumen/Résumé**

In this paper we present a criminal policy's theory called criminal law for the enemy and the paths we use to understand the material justification of the statutes based on it. To do so, we will research the sociological sources of this theory, according to the formal sociology, and the specifics of some kinds of contemporary criminality that can be pointed as the reason of creating this new kind of criminal system's responses as well.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Criminal law for the enemy, Systemic functionalism, Formal sociology, Contemporary criminality, Criminal policy

---

<sup>1</sup> Professor colaborador (orientador) no Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas - Universidade de Granada. Pós-doutorando em Ciências Criminais - Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Penal - Universidad de Salamanca.

## **1. Introdução.**

O paradigma do Estado Constitucional de Direito está calcado na noção de ser humano, transportada ao Direito através do princípio da dignidade humana. A busca de meios, através de valores constitucionais, que assegurem condição digna ao indivíduo perante a sociedade e o Estado deve ser o maior desafio de qualquer jurista interessado na efetividade do essencial objetivo visado pelo próprio direito – a pacificação social. Se o Direito não for utilizado como mecanismo ativo de transformação social para a garantia de direitos fundamentais, de nada valerá a sua existência como pilar de sustentação do aparato estatal.

Aqui se pretende compreender quais seriam os fundamentos da teoria do Direito Penal do inimigo e suas funções para o sistema social, a partir do marco teórico referente à função do Direito como estabilizador de expectativas normativas, da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, e da teoria dos fins da pena e do Direito Penal do inimigo, elaboradas por Günther Jakobs.

Jesús-Maria Silva Sánchez observa que a forma na qual o Direito Penal vem se desenvolvendo no mundo ocidental, nas sociedades pós-industriais (SILVA SÁNCHEZ, 2001), e propõe uma classificação das formas de manifestação do sistema penal em três categorias. A primeira, denominada de Direito Penal de primeira velocidade, representa o Direito Penal e o Direito Processual Penal clássicos, como os concebemos no início da segunda metade do Século XX, nos quais as garantias do investigado ou acusado são devidamente asseguradas pelo ordenamento jurídico, tais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. A segunda forma, chamada de Direito Penal de segunda velocidade, faz referência a paradigmas normativos nos quais a celeridade, aplicação de penas não privativas de liberdade e a possibilidade de disposição transacional da ação penal pelo acusador são patentes, à custa da flexibilização consensual das referidas garantias. Por fim, a última categoria, denominada de terceira velocidade do Direito Penal, diz respeito ao Direito Penal do Inimigo, modelo de manifestação do sistema penal já abordado no capítulo anterior, no qual se visa ainda maior flexibilização das referidas garantias, em busca de uma maior efetividade na luta contra a criminalidade.

O Direito Penal do inimigo sofreu inúmeras críticas de vários pesquisadores do Direito Penal ao longo dos anos, especialmente a proveniente dos vinculados à corrente de pensamento



garantista (FERRAJOLI, 2002) e abolicionista (HULSMAN; CELIS, 1997), que partem desde a arguição de sua ineficácia, oriunda de uma suposta falta de aptidão do Direito Penal em reduzir taxas de criminalidade, até às suas consequências prejudiciais à tutela, pelo sistema penal, dos direitos fundamentais, objetivo último do Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, 2008). Curiosamente, quanto ao tema, muito se critica e pouco se estuda sobre seus fundamentos e real significado, e é justamente o objetivo do presente trabalho a compreensão dos fundamentos teóricos da referida forma de manifestação do sistema penal.

## **2. O Direito Penal do inimigo: conceito e funções.**

Para o paradigma funcionalista sistêmico do Direito Penal, a sociedade é concebida como um sistema, um acordo normativo, que tem suas próprias regras de funcionamento, ainda que esteja sempre aberta a passibilidade de sua modificação a partir de irritações do ambiente. A sociedade é constituída por normas, e não pela soma dos indivíduos que dela participam, e a identidade pessoal só é possível em no contexto de mundo objetivo vinculante. O triângulo que representa as relações entre sociedade - norma - pessoa ilustra bem como as comunicações funcionam entre esses elementos, que é precisamente o que dá origem ao sistema social<sup>1</sup>.

Nesse contexto, a pena deve ser entendida como a marginalização de um ato em seu significado lesivo à vigência de uma norma específica e, conseqüentemente, a constatação de que a estabilidade normativa da sociedade, que os sistemas sociais pretendem manter, permanece inalterada, ou seja “(...) a pena em si não é senão uma comunicação qualificada em resposta a um serviço funcional específico” (NAVARRO, 2007, p. 272.).

Segundo Günther Jakobs (2003, p. 51) “A pena é a confirmação da identidade da sociedade.”. O efeito confirmatório é destinado a pessoas, a seres participantes dos processos comunicativos que envolvem vida em sociedade. O referido autor observa que o dano infligido através da pena não objetiva causar medo ou compaixão ao autor da infração, uma

---

<sup>1</sup> “O triângulo norma - pessoa - sociedade é algo mais do que um achado feliz realizado pela dogmática funcionalista. Constitui-se em um tripé de importância transcendental na explicação da dinâmica de funcionamento dos contatos sociais. Sem ele, falta sentido a uma explicação do mundo social baseada em instruções normativas e que aponta a pessoa - a pessoa aderida ao Direito - como titular de direitos e deveres, isto é, como o único interlocutor válido da comunicação social, ou que é o mesmo: como o único receptor idôneo da mensagem normativa.” (POLAINO-ORTS, 2009, p. 225) (Tradução do autor.)

vez que possui apenas um significado: não se deve anuir ao ato infrator (JAKOBS, 2003, p. 51).

A sociedade percebe o significado da comunicação referente à pena, confirmando a integridade da configuração normativa da sociedade, ao passo que o infrator da norma também recebe tal comunicação, enquanto membro da sociedade apto a se readequar aos padrões normativos da sociedade que o circunda, captados pelo sistema social. Assim, é papel do sistema social buscar mecanismos de redução de riscos produzidos à vigência da norma, porque “além da certeza de que ninguém tem direito de matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar”<sup>2</sup> Ou seja, de nada serve a existência de um sistema social do Direito que apenas seleciona o que é lícito e o que não é, mas que não consegue garantir a vigência das normas que ele mesmo absorveu em um mínimo aceitável, como a norma que protege a vida humana, por exemplo.

Nesse contexto surge a ideia de inimigo, alguém que não apresenta garantia cognitiva alguma à sociedade, ou seja, que não oferece a menor condição de atender às mínimas expectativas normativas necessárias e essenciais ao convívio em sociedade, e deve ser tratado pelo sistema social de forma diferente em relação à forma dispensada ao cidadão regular, àquele que apresenta aptidão de cumprir com seus deveres de diligência e respeito aos direitos alheios consubstanciados nas expectativas normativas institucionalizadas pelo sistema social. De acordo com a teoria estudada, o inimigo é quem viola constantemente as normas penais, que tem sua vida pautada pela ilicitude. Sobre a caracterização social do inimigo, fundadores da sociologia, como Émile Durkheim, já identificavam a necessidade de tratar-se diferentemente inimigos, criminosos nocivos e profissionais, dos demais cidadãos<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> “Agora, não somente a norma precisa de um fundamento, mas também a pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário” (JAKOBS, 2003, p. 55).

<sup>3</sup> “Poderíamos ser tentados a situar entre as formas irregulares da divisão do trabalho a profissão do criminoso e outras profissões nocivas. Elas são a negação mesma da solidariedade e, no entanto, são verdadeiras atividades especiais. Contudo, para sermos exatos, não se trata nesse caso de divisão do trabalho, e sim, de diferenciação pura e simples, não se devendo confundir os dois termos. Assim, o câncer, os tubérculos, aumentam a diversidade dos tecidos orgânicos sem que seja possível ver nisso uma nova especialização das funções biológicas. Em todos esses casos, não há partilha de uma função comum, mas, no seio do organismo, tanto individual como social, forma-se outro que procura viver à custa do primeiro. Não há nem mesmo função alguma, porque uma maneira de agir só merece esse nome se concorrer com outras para a manutenção da vida geral.” (DURKHEIM, 1999, p. 368).

Sobre a análise da adequação da conduta individual às expectativas normativas institucionalizadas observa Luhmann (GIDDENS; BAUMAN; LUHMANN; BECK, 1996, p. 126) que “assim, o comportamento individual ou se adéqua às expectativas socialmente mantidas pelos grupos de referência relevantes ou responde a processos específicos de socialização”. Dessa forma, se a conduta individual não se adequa ao modelo social vigente de respeito aos indivíduos e às expectativas normativas institucionalizadas pelo sistema social, deve tal sistema criar e por em prática processos de socialização apropriados ao caso<sup>4</sup>. Um exemplo desses processos é a pena, em sua concepção clássica. Neste contexto, para Jakobs, afiguram-se inaceitáveis os riscos representados pela liberdade daqueles indivíduos que não apresentam objetivamente uma predisposição individual de respeitar as expectativas normativas institucionalizadas mais essenciais à vida em sociedade. Comportamentos mais lesivos clamam por respostas mais gravosas – é o que se depreende de até mesmo de uma análise elementar do princípio da proporcionalidade aplicado ao funcionamento do sistema social e ao Direito Penal.

Contudo, Jakobs é expresso ao informar que identificar-se um inimigo no contexto do funcionalismo penal não autoriza que tudo se faça a este indivíduo que age como se o ordenamento jurídico, as legítimas expectativas alheias e a configuração normativa da sociedade, nenhum valor tivessem para direcionar a sua conduta. Não podem ser contra estas tomadas ações desproporcionais ou irracionais, além do necessário à garantia de estabilidade das estruturas sociais<sup>5</sup>.

Uma leitura de Durkheim, sob a ótica do Direito Penal do Inimigo, permite não somente uma reação perante uma agressão atual, mas também contra agressões futuras. A reação necessária contra a conduta do inimigo, direcionada à proteção da configuração normativa da sociedade, não pode ser pura e simplesmente efetivada através de sanção posterior ao ato lesivo, entendida tal sanção como a comunicação aos membros da sociedade que, apesar da inobservância de determinada expectativa normativa por alguém, é possível continuar

---

<sup>4</sup> [Sobre a proporcionalidade entre crime e pena] “De fato, essa graduação não é necessária se a pena não for mais que um meio de defesa. Sem dúvida, seria perigoso para a sociedade se os atentados mais graves fossem assimilados a simples delitos. Contra um inimigo, não se poderiam tomar demasiadas precauções,” (DURKHEIM, 1999, p. 368).

<sup>5</sup> “Isso não significa que tudo está permitido, que se sucederão ações desmedidas; antes, é possível que aos inimigos se reconheça uma personalidade potencial, de tal modo que na disputa contra eles não se pode ultrapassar a medida do necessário. Sem dúvida, isso permite, entretanto, muito mais do que na legítima defesa, na qual a defesa necessária só pode ser reação perante a uma agressão atual, enquanto no Direito Penal do inimigo, como se verá na seqüência, trata-se da defesa também frente a agressões futuras.” (JAKOBS, 2003, p. 55). (Erros de tradução corrigidos pelo autor).

pautando sua conduta segundo tal expectativa. Se a sanção, para Durkheim (1999, p. 60), se presta à satisfação dos estados fortes da consciência comum, ferida pelo ato de um membro da sociedade que compartilha daquela consciência, a sanção imposta ao inimigo, indivíduo que se excluiu do status de membro da sociedade, não pode estar voltada à satisfação de tal consciência, visto que a referida infração não foi perpetrada por um de tais membros.

Ao contrário, para a teoria estudada, a sanção imposta ao inimigo deve estar orientada preventivamente, ou seja, deve ser utilizada antes mesmo que ele chegue a frustrar a dupla contingência através da defraudação de expectativas selecionadas pelo sistema social, assim preservando-se a configuração normativa da sociedade. A esse respeito, Luhmann (GIDDENS; BAUMAN; LUHMANN; BECK, 1996, p. 150) observa que “por prevenção se entende aqui a preparação contra danos futuros, o que faz diminuir sua probabilidade de aparição ou sua magnitude. O mecanismo de prevenção pode ser colocado em prática tanto em caso de perigo como de risco”.

No contexto do Direito Penal do Inimigo, a sanção deve ser mais que um mecanismo comunicativo de imputação da discrepância em relação a uma expectativa, mas deve ser vista como um meio de defesa da sociedade e de cada um de seus membros. Ressalte-se que a preservação da configuração normativa da sociedade já é uma expectativa normativa, e a sanção imposta ao inimigo se destina à preservação de tal expectativa, na medida em que se busca neutralizar os iminentes e futuros danos relativos ao inimigo, quem obrigatoriamente já demonstrou concretamente sua tendência de constante violação das expectativas em questão e a alta probabilidade de que isso ocorra novamente. Ou seja, para Jakobs, o inimigo é alguém que já demonstrou efetivamente o risco que apresenta à confiança nas expectativas normativas institucionalizadas, pois “a noção de risco que é própria da modernidade está intimamente relacionada à incorporação cultural da noção de probabilidade” (SPINK; MEDRADO; MELLO, 2002). Mary Douglas (1992) considera que risco é a maneira moderna de avaliar o perigo em termos de probabilidade, num contexto de incerteza, no que é seguida por Luhmann, ao constatar que a “consequência de tudo isso parece levar a uma percepção do futuro apenas no campo da probabilidade”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> “Nesses momentos apenas um aspecto mais abstrato é de interesse: já que o futuro não pode ser conhecido (senão não seria futuro) e já que a sociedade atual não pode ser explicada como consequência de sua novidade estrutural, origina-se uma simbiose peculiar entre futuro e sociedade, isto é, de indeterminação determinada na dimensão temporal e social. A consequência de tudo isso parece levar a uma percepção do futuro apenas no

Quanto maior o mais expressivo é o grau de lesão aos interesses individuais e sociais penalmente tutelados, mais risco à confiança nas expectativas normativas institucionalizadas pelo sistema social (normas) um indivíduo representa e, por isso, maiores são as chances de que tal indivíduo seja classificado como inimigo. “A visibilidade de certos riscos, danos, desvios, vulnerabilidades tem correspondência na identificação de certas causas, inimigos e agressores” observa Boaventura Santos (2006, p. 321). Assim, na análise da probabilidade de novas defraudações da confiança, na conduta de alguém, e sua conseqüente atribuição ou não da qualificação de inimigo, pelo subsistema do Direito, deve-se levar em conta estritamente as condutas pretéritas do referido indivíduo que foram objeto de condenação transitada em julgado, bem como a propensão à reincidência decorrente da análise de tais decisões, em conjunto com relatórios psicológicos, psiquiátricos, criminológicos e sociais. Nisso se constitui parte do sistema de definição da periculosidade do indivíduo, que efetivamente pode ser fundamentado no nosso ordenamento jurídico, e pode permitir a constatação de uma periculosidade objetiva *ex ante*<sup>7</sup>. Trata-se de algo parecido, mas bem mais profundo, que a análise dos fundamentos e requisitos da prisão preventiva, modalidade de custódia cautelar referendada por todos os tribunais brasileiros e estrangeiros que se tem notícia, conforme princípio da vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*), reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (2007) brasileiro e pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfG*). Cabe lembrar que o controle dos riscos objetiva dar efetiva proteção aos direitos individuais e interesses sociais tutelados pelo Direito Penal, e é perfeitamente possível que para isso o sistema social se utilize dos mecanismos que possui para reconhecer que um indivíduo participa ou não da comunicação no âmbito de tal sistema<sup>8</sup>.

---

campo da probabilidade, isto é, em todas as suas características mais ou menos prováveis ou mais ou menos improváveis.” (GIDDENS; BAUMAN; LUHMANN; BECK, 1996, p. 170). (Tradução do autor)

<sup>7</sup> “Cabe evocar que se trata de un concepto problemático porque es un juicio de pronóstico acerca de la probabilidad o relevante posibilidad de que el sujeto va a delinquir en el futuro. Como se sabe, la dimensión conceptual del concepto de peligrosidad criminal puede variar según qué se entienda por la misma. (...) La dogmática del peligro por oposición a la dogmática del daño que se ha desarrollado con las técnicas de adelantamiento de la intervención, propias de un Derecho Penal del riesgo, es otra muestra que la noción de peligrosidad es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser concretado con requisitos y presupuestos para su hermenéutica. Cabe pues, fundamentar la llamada peligrosidad objetiva ex ante en todo caso, para comprobar su legitimidad.” (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 161).

<sup>8</sup> “Um fenômeno muito distinto é o sistema social organizado formalmente (e é somente neste sentido do termo que deve estar se referindo a "organização") que marca seus limites - e, portanto, seu modo de reprodução - pela distinção entre membros e não membros. Esta diferença funciona como sinal típico de identificação para a organização. As organizações reconhecem como suas somente comunicações entre membros, e apenas quando eles se comunicam como membros. Elas podem, no entanto, fazer uso de tal diferença acima de tudo para condicionar o comportamento dos membros, em oposição ao de não-membros. Elas podem fazer os atos de entrar e sair (empregar e demitir), sujeitos a certas condições, e como resultado descrever esses procedimentos como decisões. A decisão sobre a adesão é também uma decisão de aceite das condições de adesão; e isto

Dessa forma, à diferença da função do Direito Penal regular, que é confirmar a vigência da norma – a função primordial do Direito Penal do Inimigo é eliminar riscos intoleráveis ao sistema social e ao ordenamento jurídico (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003, p. 33). Uma vez que o Direito Penal clássico fundamenta a ideia de sanção na capacidade de atuar conforme o Direito – ou na motivabilidade operada pela norma – não faz sentido nem é coerente tentar aplicar-se uma pena a um indivíduo imputável que não se deixa de forma alguma motivar-se pela norma.

A necessidade de contenção dos abundantes riscos em nossa sociedade é o que, no contexto dessa teoria, justifica de maneira material o tratamento mais severo ao inimigo que ao cidadão. Os valores – como a vida e a integridade – da sociedade atual já possuem vigência tão escassa e efêmera que as atitudes criminosas em relação a eles devem ser tratadas com mais rigor em nossos tempos (LIPOVETSKY, 1994, p. 53). Nesse contexto, para Jakobs (2003, p. 58), na sociedade atual, possivelmente haverá um grande número de pessoas que não se adaptarão ao modelo de vida em sociedade, nos países em que se encontram, em virtude de tais ambientes, hoje mais do que nunca, darem ao indivíduo um grande número de possibilidades para construir sua identidade fora do marco de civilidade e respeito aos direitos dos outros ou, pelo menos, mais do que se poderia esperar em tempos em que havia um maior vínculo social real entre as pessoas (BAUMAN, 2004).

### **3. As formas de criminalidade contemporânea e sua relação com o Direito Penal.**

Da mesma forma que mudanças radicais foram ocorrerem nos campos da tecnologia e da axiologia na contemporaneidade, em nossa sociedade, podemos identificar que mudanças ocorreram também no campo da criminalidade. Uma das maiores especialistas em criminologia na Espanha, a professora Laura Zúñiga Rodríguez, identificou as características dessas formas de criminalidade no mundo contemporâneo, Ela informa que a criminalidade atual está interrelacionada com as características das sociedades pós-industrializadas em que vivemos, e pode-se dizer que suas características mais marcantes são a complexidade, a comunicação interrelacional, o risco, o caráter globalizado, e a contínua transformação<sup>9</sup>.

---

significa decidir aceitar as premissas para decidir, incluindo as condições para a alteração legítima ou reespecificação das referidas premissas.” (LUHMANN, 2008, p. 188) (tradução do autor).

<sup>9</sup> “*Es comunicativa, porque el fenómeno criminal se presenta como un proceso de intercomunicación entre individuo y Sociedad, en el cual la información, las imágenes y los símbolos juegan un papel fundamental en el proceso de configuración de lo que es el delito, las funciones de la pena, el autor, la víctima y los demás*

A questão central é a falta de proporcionalidade entre as respostas do Direito Penal clássico a esses novos fenômenos criminais. O Direito Penal clássico foi pensado como uma resposta a eventos criminosos específicos, realizados por cidadãos que praticavam apenas de forma ocasional uma determinada conduta criminosa, cuja culpabilidade se fundamentava na capacidade motivadora da norma penal, com sua ameaça de sanção, e a possibilidade de o indivíduo agir de outro modo, de agir conforme o Direito. Nesse contexto, o objetivo do Direito Penal era limitar o poder punitivo estatal, que pode ser percebido na forma pela qual tal ramo do ordenamento jurídico foi concebido como realidade normativa, ou seja, o referido fato pode ser identificado na forma como os princípios constitucionais influenciaram e basearam as categorias dogmáticas (como a relação entre tipicidade e legalidade, por exemplo), a fim de limitar o poder punitivo do Estado.

Contudo, novas formas de criminalidade indicam que a postura do Estado e da sociedade, em alguns casos, deve ser diferente. Um Direito Penal voltado à tutela de garantias não é compatível com os fenômenos de macrocriminalidade - como a criminalidade organizada e transnacional - que representam atos muito mais lesivos aos interesses socialmente relevantes

---

*elementos de la conflictividad social que subyace. El delito y la pena se construyen así socialmente, culturalmente de acuerdo a determinados valores sociales potenciados por los medios de comunicación. Es compleja, porque el fenómeno criminal se inserta en sociedades organizadas, institucionalizadas, donde las relaciones sociales se producen en organizaciones, colectividades. La criminalidad moderna se inserta en los diferentes subsistemas sociales y en organizaciones como la empresa, los sindicatos, los partidos políticos, etc., produciéndose serios problemas para individualizar responsabilidades. La lesión de bienes jurídicos suele ser el producto de una serie de conductas (dolosas y culposas, activas y omisivas) que se interrelacionan creando riesgos para bienes jurídicos, los cuales unidos a una serie de factores desencadenan el daño social. La criminalidad moderna es una criminalidad del riesgo. Vivimos en una sociedad que asume para su bienestar una serie de riesgos para bienes jurídicos provenientes del desarrollo tecnológico. Muchos de estos riesgos sociales son los que producen finalmente daños a bienes jurídicos. La posibilidad de contenerlos con una serie de normas de control social es un deber político y ético, pero dicha contención se presenta difícil de delinear sin caer en posturas normativas totalizadoras. En esta tarea, las propuestas penales deben ser el último recurso, por lo que hay que delinear políticas criminales integrales según el tipo de riesgo. La criminalidad moderna es una criminalidad globalizada. Es decir, los fenómenos de organización, comunicación y transnacionalización de las relaciones económicas y sociales, están conllevando que muchos comportamientos delictivos se realicen aprovechando las redes internacionales del comercio y de la información. La criminalidad organizada y empresarial, principalmente aprovecha los mecanismos del libre comercio para buscar las ventajas comparativas que le otorgan las diversas legislaciones penales en materia de impunidad, lagunas penales y demás facilidades para delinquir. La caída de fronteras entre los países de bloques económicos es aprovechada por esta criminalidad para transportar mercancías y ganancias ilícitas. Por el contrario, los bloques de países suelen carecer de homogeneidad en las legislaciones penales, por lo que se dificulta la persecución penal. La cooperación internacional en materia penal es una necesidad de la Política Criminal moderna. La criminalidad moderna es buena muestra de los conflictos sociales que se muestran en las sociedades postindustrializadas, caracterizadas por una crisis del modelo económico del Estado del Bienestar. El desempleo, los recortes en gastos sociales, las políticas neoliberales que aumentan las desigualdades sociales, los cambios culturales que propician comportamientos insolidarios, las grandes urbes en las que conviven distintas culturas, son todos caldos de cultivo de una conflictividad social en cuyo vértice puede observarse la delincuencia” (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 270).*

que os fenômenos criminais a partir dos quais foi pensado o Direito Penal clássico. Laura Zúñiga aduz essa mesma hipótese, quando informa que “a maior periculosidade da criminalidade organizada justifica-se em referência aos crimes cometidos por pessoas individualmente, justamente porque as categorias dogmáticas têm como base valorativa a pessoa individual.”<sup>10</sup>

Muitas vezes, o próprio funcionamento dessas novas formas de criminalidade pressupõe a inefetividade da resposta do Estado ou uma postura de garantia em relação ao Direito Penal, como é o caso da corrupção em massa, que em muitos países é castigada com penas privativas de liberdade muito curtas (e que podem ser substituídas por penas alternativas à prisão) ou somente pena de multa, estabelecidas sob a bandeira do princípio da intervenção mínima. No entanto, se a função da Política Criminal é a prevenção da criminalidade (premissa desse trabalho, amplamente adotada por pesquisadores do tema) (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 39) essa prevenção deve se materializar em um Direito Penal voltado à realidade social na qual se inscreve.

Se a função central da Política Criminal é a prevenção da criminalidade, o que coincide com a função da pena criminal aplicada<sup>11</sup>, a sociedade deve projetar um Direito Penal eficiente e capaz de realizar tal propósito, levando-se em consideração que as características de muitos fenômenos criminais mudaram desde a criação do Direito Penal clássico, o que requer uma mudança na maneira pela qual o tal ramo do ordenamento jurídico deve reagir, se ainda se busca sua efetividade. É necessário que o sistema jurídico e outros sistemas sociais estejam atentos a essas novas formas de criminalidade, e mudem sua maneira de reagir frente à criminalidade, orientando-se à efetividade de suas medidas, no sentido de conter o fenômeno criminal. A total incapacidade de conter-se a criminalidade atual através do Direito Penal clássico também foi observada por diversos outros pesquisadores<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> “*La criminalidad organizada ha sido tratada políticocriminalmente con mayor severidad que la criminalidad común, esto es, con regulaciones de emergencia o de Derecho Penal del enemigo, porque se considera que ostenta mayor peligrosidad para la sociedad, en definitiva, mayor capacidad para lesionar bienes jurídicos. Valoración que se hace en referencia a la criminalidad cometida por un individuo o un grupo de individuos. Y, es que, lo primero que debe quedar claro es que la mayor peligrosidad de la criminalidad organizada está en referencia a los delitos cometidos por personas individuales, porque las categorías penales tienen como base de valoración la persona individual.*” (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 161).

<sup>11</sup> “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...).” (BRASIL, 1940).

<sup>12</sup> Como Polaino-Orts e Pérez del Valle. Por todos: “*Nos enfrentamos a una nueva criminalidad propia de una sociedad en continua transformación. Las herramientas diseñadas como la teoría del delito, cuyas bases hunden sus raíces en concepciones causal-naturalistas del delito, se muestran incapaces para hacer frente a esta nueva*



Assim, pode-se informar uma das características centrais da sociedade contemporânea ocidental: ela é marcada pelo risco da possibilidade constante de defraudação da confiança na vigência de normas que garantem direitos básicos (como a vida e a integridade), o bem central da vida em sociedade. Os modelos clássicos de legitimação do Estado não permitem sua a legitimação se o Estado não desempenhar com eficiência sua tarefa de proteger a confiança e minimizar os riscos que ameaçam a vida da sociedade. A ideia de um Estado, inicialmente criado como um ser superior ao homem, destinado a proteger os indivíduos, não se materializa na eficácia plena da missão que foi atribuída a este ente. Não há confiança suficiente na vigência das expectativas normativas selecionadas pelo sistema social, como pode ser observado, por exemplo, no caso do Brasil, cujo povo apresenta um grave sentimento de insegurança, além de uma taxa de homicídios também altíssima se comparada a padrões internacionais de países civilizados (KAHN; BESEN; CUSTÓDIO, 2002).

Segundo as observações de Luhmann (1983), o sistema social, através do subsistema do Direito, é responsável pelo processo de seleção e institucionalização das expectativas normativas na sociedade. No entanto, apenas a seleção e a institucionalização não são suficientes para que o sistema social funcione bem. Segundo Jakobs, é necessário que o sistema, além de selecionar, também crie mecanismos mais efetivos para garantir o respeito a tais expectativas, porque isso também é função do Estado (LUHMANN, 2005). Para que a sociedade (sistemas sociais e psíquicos) tenha confiança suficiente, por exemplo, não é suficiente que o homicídio seja proibido, deve ser altamente provável que as pessoas não sejam mortas.

Nesse contexto, Jakobs (2003, p. 55) identifica que nos ordenamentos jurídicos contemporâneos foi criado um Direito Penal diferenciado, orientado ao inimigo, que simboliza a necessidade de matização proporcional da resposta penal, orientado a casos, situações e pessoas diferentes. O primeiro tipo dessa matização refere-se às pessoas que se adaptaram ao modelo normativo de respeito aos direitos dos demais e, portanto, vivem regularmente e cumprem seus deveres de não defraudar constantemente expectativas normativas institucionalizadas pelo sistema social, que cumprem seu papel de cidadão e que

---

*criminalidad cuyas características se alejan totalmente de esos paradigmas. La macrocriminalidad está obteniendo respuestas del Estado cifradas en el expansionismo de la intervención penal, siempre a remolque de la realidad. Los principios de subsidiariedad e intervención mínima sólo tienen vigencia para los denominados «delitos clásicos» y aún en éstos con una cierta relativización.» (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 271).*

esporadicamente violam a vigência das normas penais. O segundo tipo de modelo de resposta penal é representado pelo inimigo, um indivíduo que não se adaptou ao modelo de convivência social de respeito ao próximo, que orienta sua conduta constantemente na satisfação de seus próprios interesses de forma ilícita, em que a defraudação de normas penais e aos direitos penalmente tutelados dos demais são uma constante.

O que Jakobs (2003, p. 55) propõe não é a completa eliminação do inimigo, não propõe que seja o inimigo morto ou exilado, embora ele apresente um comportamento criminoso constante. O que se busca é o contrário, a utilização de um Direito Penal diferenciado e proporcional, no qual se abandona um pouco uma visão estritamente garantista e pondera-se alguns direitos e princípios são para dar maior efetividade ao Direito Penal e à Política Criminal. Um Direito Penal mais rigoroso, com leis mais duras, penas maiores, e o adiantamento controlado da intervenção criminal (como nos casos da punição de atos preparatórios de terrorismo) é uma alternativa ao sistema penal para responder a fenômenos criminais de grande expressão, como o crime organizado. A dogmática criminal deve ser orientada de acordo com a finalidade da política criminal, o que permite a criação de políticas criminais voltadas ao combate a tais fenômenos macrocriminosos, como o terrorismo de graves consequências e a criminalidade organizada transnacional, fenômenos estes que claramente põem em cheque e relegam à inutilidade das normas penais do Direito Penal clássico, já constatado pela doutrina<sup>13</sup>.

A história recente da civilização ocidental demonstra muitos exemplos bem-sucedidos de normatização do Direito Penal do Inimigo. A Itália, na década de noventa do século passado, vivia crise semelhante à crise pela qual passa o Brasil nos dias atuais. Grande parte da economia do país e dos órgãos de poder – Legislativo, Executivo e Judiciário – estava

---

<sup>13</sup> “La cuestión es pues que las respuestas del sistema penal frente a la demanda social de intervención en el ámbito de la criminalidad organizada tendrán que entrar de lleno en la rediscusión de los principios clásicos, toda vez que la criminalización de las conductas más relevantes necesariamente discurren en el ámbito de la lesión previa al bien jurídico (actos preparatorios, tentativa, participación en conductas previas a la lesión de bienes jurídicos). En suma, la legitimación sobre el adelantamiento de la intervención penal, del qué y cómo, es el sino de la criminalización de las conductas perpetradas por la criminalidad organizada. Como bien refiere DONINI, la vieja dogmática deductiva constituida sobre las reglas, principios, sobre categorías sistemáticas y sobre esquemas conceptuales de nivel trascendente (acción, hecho, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad), no parece más que un esquema descriptivo que sirve para encajar un caso después que se ha resuelto, es decir, prácticamente cuando ya se sabe la solución; pero no sirve para resolver los casos difíciles, los hard cases. Pues efectivamente, con la criminalización de conductas propias de la criminalidad organizada nos encontramos en un hard case, donde las reglas fundamentales de imputación penal no son validas para dar respuestas satisfactorias a las conductas de ámbito criminal que desarrollan las organizaciones criminales complejas.” (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 212).

corrompida pelo crime organizado, pela máfia. Até que um grupo de juízes liderados pelo juiz Giovanni Falcone resolveu acabar com a corrupção do sistema estatal, através da operação chamada de Operação Mãos Limpas. Conseguiram alterar a legislação do país – o autor do projeto foi executado – para uma legislação de emergência, que previa, por exemplo, prisão preventiva de até dez anos. Durante a Operação Mãos Limpas, 2.993 mandados de prisão foram expedidos, 6.059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares, dos quais quatro haviam sido primeiros-ministros. O poder da máfia italiana foi reduzido drasticamente. Hoje, ela concentra grande parte de sua atividade na sonegação de impostos e na vinicultura em condições que violam direitos trabalhistas. O juiz Falcone foi morto em 1992, entre outros juízes, também mortos naquele ano (MAIEROVITCH, 2002).

Leis duras foram bem sucedidas e necessárias para o combate à Máfia Siciliana, e ajudaram a dar um golpe mortal no poder de tal organização criminosa (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 272). Pode-se afirmar que experiências como esta mostram que um Direito Penal de emergência contribui para a proteção de direitos e interesses, individuais e sociais, em situações que demandam seu uso, como a situação atual no Brasil, com altos índices de criminalidade organizada e sentimento geral de insegurança do povo (KAHN; BESEN; CUSTÓDIO, 2002), que já conta com movimentos macrocriminais completamente fora do controle do Estado, conforme aponta a doutrina cuja necessidade de combate por meios específicos já vem formando consenso<sup>14</sup>.

Jakobs propõe que não basta que sejam criadas normas para a proteção dos indivíduos e da sociedade, é necessário que elas se efetivem. Para ele, o inimigo é um indivíduo que se recusa a ingressar no estado de cidadania, e por isso não pode receber todos os benefícios inerentes à qualificação de alguém como cidadão. Essa forma de expressão do sistema social é capaz de colaborar com o aumento da confiança e assim, melhorar a atividade estatal, na tutela de direitos. Jakobs também propõe ver o problema de um ponto de vista contratualista, pois

---

<sup>14</sup> “Entre diversos e múltiplos conceitos jurídicos, econômicos e político-sociais, há um consenso. A existência do crime organizado é uma demonstração de um poder paralelo não legitimado pelo povo, que ocupa lacunas deixadas pelas deficiências do Estado Democrático de Direito e demonstra a falência do modelo estatal de repressão à macro-criminalidade. A importância de repressão à macro-criminalidade organizada decorre da real ameaça que representa ao Estado Democrático de Direito. Usurpa suas funções e se aproveita das situações de caos urbano e político para a instalação de seu poder paralelo. Um poder paralelo amparado em surpreendente poder econômico, na deterioração do Estado de Direito (nasce e se alimenta dele e das brechas e proteções legais), que dissemina a corrupção, intimida, viola leis e pessoas, sem freios, concretizando seu império por atos que variam do constrangimento e a intimidação até atos de extremada violência com assassinatos e tortura.” (GOMES, 2009, p. 3).

aquele que viola cabalmente o fundamento do contrato social não pode se beneficiar plenamente dele.

Boaventura Santos observa que é inerente ao contrato social a criação de critérios de inclusão e exclusão dos atores sociais em relação a ele, o que vai ao encontro do proposto pelo matiz funcionalista de Luhmann e Jakobs proposto no presente trabalho<sup>15</sup>. Boaventura chega a equiparar o crime organizado, que viola a essência do pacto social, a uma nova forma de “fascismo social paraestatal”, ressaltando sua preciosidade ao convívio em sociedade, pela usurpação de prerrogativas estatais<sup>16</sup>. A necessidade emergente de contenção da atuação das organizações criminosas, e da conduta constantemente violadora da confiança nas expectativas sociais de respeito individual, também é observada por Beck, quem indica que é preciso a adoção de postura estatal diferenciada para o referido combate, especialmente em relação ao terrorismo<sup>17</sup>.

#### 4. Conclusões.

Assim, é possível identificar que existem construções teóricas que justificam e condições sociais que clamam pela criação de medidas político-criminais típicas de um Direito Penal do inimigo. Essas estruturas informam a necessidade de criar formas de tratamento criminal

---

<sup>15</sup> “O contrato social é a metáfora fundamentadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental. Os critérios de inclusão/exclusão que ele estabelece vão ser o fundamento da legitimidade da contratualização das interações econômicas, políticas, sociais e culturais. A abrangência das possibilidades de concontratualização tem como contrapartida a separação radical entre incluídos e excluídos. (...). Por isso, os excluídos são declarados vivos em regime de morte civil.” (SANTOS, 2006, p. 318).

<sup>16</sup> “O Estado perde centralidade e o direito oficial desorganiza-se passando a coexistir com o direito não oficial de múltiplos legisladores fácticos, os quais, pelo poder econômico que comandam, transformam a facticidade em norma, disputando ao Estado o monopólio da violência e do Direito. A proliferação caótica dos poderes torna difícil a identificação dos inimigos, e por vezes, apropria identificação das vítimas. (...) A segunda forma do fascismo social é o *fascismo* paraestatal. Trata-se da usurpação de prerrogativas estatais (de coerção e de regulação social) por parte de actores sociais muito poderosos, muitas vezes com conivência do próprio Estado, que ora neutralizam, ora suplementam o controle social produzido pelo estado.” (SANTOS, 2006, p. 324).

<sup>17</sup> *Ahora bien, los atentados terroristas tampoco son sólo un “crimen”, un caso para la “justicia nacional”, como tampoco el concepto y la institución “policía” son apropiados para hechos cuyos efectos devastadores son equiparables a ataques militares. La policía no está en condiciones de eliminar a una cuadrilla de criminales a los que evidentemente nada atemoriza. (...) Pues la otra cara de admitir la presencia de peligros es reconocer el fracaso de las instituciones, cuya legitimidad se deriva de su afirmación de dominar el peligro. (...) Si hasta ahora la mirada militar se dirigía a sus iguales, esto es, a organizaciones militares de otros Estados nacionales y a su defensa, ahora son las amenazas transnacionales de criminales y redes subestatales las que desafían a los Estados del mundo entero, de modo que hoy experimentamos en el ámbito militar lo ya ocurrido en el cultural, es decir, la muerte de las distancias, o sea el fin del monopolio estatal de la violencia en una civilización en la que al final todo puede convertirse en un cohete en manos de fanáticos resueltos. Los símbolos de paz de la sociedad civil pueden transformarse en instrumentos de infierno, cosa que, en principio, no es nueva, pero si omnipresente ahora como experiencia clave.* (BECK, 2002, pp. 10ss)

diferenciado para aqueles que devem ser qualificados como inimigos, pois estes expõem a riscos socialmente inaceitáveis as expectativas mais básicas de existência e desenvolvimento da vida em sociedade, e do funcionamento do sistema social, que não podem ser eficientemente tratados pelo Direito Penal clássico.

O Direito Penal do Inimigo é uma tendência global avassaladora, já é adotado pela totalidade dos países que se tem notícia – inclusive pelos mais desenvolvidos em todos os sentidos, inclusive em democracia – e representa uma forma mais eficaz de defesa social, que pode perfeitamente encontrar guarida e justificação nos ordenamentos em que for positivado, dependendo da forma de sua materialização. A história do ser humano constitui-se em espiral de guerras e massacres e não se encontrou ainda processo civilizatório que fosse eficaz em acabar com a criminalidade, o que faz com que seja quase que natural a ideia de defesa da sociedade por parte das instituições, contra inimigos externos e internos.

### **Bibliografia**

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BECK, Ulrich. **Sobre el terrorismo y la guerra**. Trad. R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

DOULGAS, Mary. **Risk and blame** - essays in cultural theory. London: Routledge, 1992.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. L. F. Gomes et alii. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale. **Panóptica**, Vitória, ano 2, n. 10, nov. 2007 – fev. 2008.

GIDDENS, Anthony.; BAUMAN, Zygmunt.; LUHMANN, Niklas.; BECK, Ulrich. **Las Consecuencias Perversas de la Modernidad**: modernidad, contingencia y riesgo, Barcelona: Anthropos, 1996.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. Trad. M. L. Karam, 2ª ed, Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. trad. M. A. R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal del enemigo**. Madrid, Civitas Ediciones, 2003.

KAHN, Túlio; BESEN, Jacques; CUSTÓDIO, Rosier Batista. **Relatório da Pesquisa de Vitimização 2002 e Avaliação do Plano de Prevenção da Violência Urbana – PIAPS**. Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente. São Paulo: 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. **El Crepúsculo del Deber**. La ética indolora en los nuevos tiempos democráticos. 3º Edición. Barcelona: Editorial Anagrama, 1994.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New Brunswick: Transaction, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Livro: História da Máfia - Das Origens aos Nossos Dias**. Disponível em [http://ibgf.org.br/index.php?data%5Bid\\_secao%5D=13&data%5Bid\\_materia%5D=145](http://ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=13&data%5Bid_materia%5D=145). Acesso em 2002.

NAVARRO, Evaristo Prieto; *et alii*. **Estudios de filosofia del derecho penal**, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007.

POLAINO-ORTS. Miguel. **Derecho penal del enemigo**. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia. Barcelona: Bosch, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª. ed.. Madrid: Civitas, 2001

SPINK, Mary Jane P.; MEDRADO, Benedito; MELLO, Ricardo Pimentel. Perigo, probabilidade e oportunidade: a linguagem dos riscos na mídia. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre: v. 15, n. 1, 2002.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de derecho penal**. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Comares, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Política Criminal**. Madrid: Colex, 2001.