

## DIREITO PENAL DO INIMIGO E A GLOBALIZAÇÃO: QUANDO A EXCEÇÃO SE TORNA A REGRA – UMA ANÁLISE CRÍTICA

*Autor: Antonio Baptista Gonçalves<sup>1</sup>*

*<sup>1</sup>Doutorando e Mestre em Filosofia do Direito – PUC; Membro da Association Internationale de Droit Pénal; Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP; Especialista em Criminologia Internacional - Combate ao terrorismo – ISISC; Especialista em Direito Penal Econômico Europeu - Universidade de Coimbra; Pos-graduado em Direito Penal - Universidade de Salamanca; Pos-graduado em Direito Penal Econômico – FGV; Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Advogado.  
antonio@antoniogoncalves.com / www.antoniogoncalves.com*

## SUMÁRIO

1. A sociedade globalizada de consumo e o direito penal; 2. Direito Penal Simbólico e a neocriminalização; 3. Bem jurídico; 4. O bem jurídico e o Estado; 5. O Estado Democrático de Direito e o bem jurídico penal; 6. A dogmática penal e a neocriminalização; 7. A globalização do medo; 8. A resposta ao terrorismo: a Guerra; 9. O Direito Penal do Inimigo; 10. O Direito Penal do Inimigo frente aos direitos e garantias fundamentais; 11. O totalitarismo é o inimigo; conclusão.

Resumo: O Direito Penal do Inimigo enfrenta críticas, porém o modelo não deve ser descartado de pronto, mas sim ser feita uma análise profunda do tema com uma relação entre a globalização e o totalitarismo a qual demonstrará os perigos de um Estado de exceção.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo; totalitarismo; globalização; neocriminalização.

Key-Words: The enemy's criminal law, totalitarianism, globalization, neo criminalização.

### Introdução

O Direito Penal do Inimigo foi recebido de forma negativa pela doutrina, porém, as conseqüências e as relações do tema com a globalização são corriqueiramente ignoradas, então, esse ensaio pretende estudar o tema e trazer o impacto do Direito Penal do Inimigo com o perigo para o surgimento de um Estado totalitário e suas conseqüências na luta contra o terrorismo e o medo que habita o imaginário das pessoas após o 11 de setembro de 2001 e os atentados que abalaram os Estados Unidos e repercutiram no Mundo como um todo.

### Abstract

The Enemy's Criminal Law was received negatively by the doctrine, however, the consequences and the relationship between the theme and globalization is commonly ignored, then, this essay seeks to study the subject and bring about the impact of the Enemy's Criminal Law with the danger of giving rise to a totalitarian State and its consequences in the fight against terrorism and the fear which has dwelt people' imaginary after September 11, 2001

and the criminal attacks which affected the United States and influenced the world as a whole.

## 1. A Sociedade globalizada de consumo e o direito penal

A Revolução Industrial representou um marco nas relações econômicas e sociais da sociedade contemporânea, pois, com o incremento dos meios de produção as pessoas conheceram mais a fundo o desejo pelo consumo que não era tão irraigado em tempos passados.

Com o consumo fazendo parte do cotidiano da sociedade alguns riscos foram incorporados nesse processo. E com a evolução é notório o desenvolvimento paripasso tanto desse consumo como da proporção do respectivo risco.

O apogeu dessa equação ocorreu com o advento da globalização, uma vez que as fronteiras entre os países perderam sua importância em relação ao consumo, produtos inatingíveis agora são adquiridos na velocidade de um clique.

A velocidade das relações econômicas e sociais também se incrementou e a banalização do consumo virou a mola motriz da sociedade contemporânea, portanto, a oferta, obrigatoriamente, se tornou maior que a demanda.

As novidades passaram a surgir numa profusão incomparável e com a revolução tecnológica o comprar de um celular hoje significa ter um aparelho obsoleto amanhã e assim como uma gama de aparelhos, que num passado recente eram feitos para acompanharem o envelhecimento de uma família.

Fato comum era a presença de um aparelho de televisão por uma década ou mais, hoje, ao comprar um aparelho em menos de seis meses o mesmo já parece ser habitante de épocas jurássicas.

A durabilidade encurtou, pois, em pleno século XXI o mandamento do dia é: “vamos comprar”, portanto, o importante é o consumo a troca constante o que gera um sentimento de insatisfação permanente, um querer mais incontrolável.

O resultado desse avanço do consumo é a desatenção e o zelo necessário com os riscos envolvidos no processo de aquisição de bens, afinal, com a internet, é possível adquirir um lançamento na Japão, comprar uma roupa nova em Milão, trazer um vinho francês, etc., tudo ao alcance de um clique.

Entretanto, o que as pessoas se esquecem ou fingem não se importar é que ao clicar e fazer o cadastro, bem como colocar o número de seu cartão de crédito o indivíduo praticamente abriu as portas de suas finanças para um ilustre desconhecido.

Aliás, desconhecido este que saberá seu endereço completo, sua capacidade econômica, através do cartão e, com sorte e um pouco de esmero através de uma busca na própria internet poderá coletar dados pessoais acerca do consumidor.

Se estivermos falando apenas de um curioso, os possíveis danos não ultrapassarão essa pesquisa, todavia, não foi apenas a sociedade que evoluiu, pois, também em velocidade acelerada a criminalidade também evoluiu, se aperfeiçoou e igualmente usa dos avanços tecnológicos para aplicar golpes transnacionais, no desenvolvimento de uma sociedade criminosa nitidamente organizada.

Esse anseio inveterado em consumir fez com que as relações pessoais fossem suprimidas e os produtos passaram a ser visíveis também pela internet o que dispensa a presença física dos consumidores e, com isso, igualmente, mascara a criminalidade organizada que pode confeccionar um site de venda de produtos inexistente e todos os produtos vendidos são apenas a venda de ilusões e nada será entregue, mas o dinheiro amealhado já se perdeu na velocidade da informação.

Com a sucessão de golpes o clamor social faz aquecer a antiga discussão acerca do combate à criminalidade e a velocidade do Direito Penal.

Não estaria o Direito Penal desatualizado? Não seria função do Direito Penal combater a criminalidade organizada? Como é possível existirem tantos crimes digitais e não existir qualquer reprimenda por parte do Estado e, tampouco, uma linha sobre o trato penal do assunto?

Esses são apenas alguns poucos exemplos de perguntas atinentes ao tema, todavia, e as respostas?

## 2. Direito Penal Simbólico e a neocriminalização

Estamos falando de uma expansão do Direito Penal, ou seja, uma neocriminalização e com isso a necessidade de uma política criminal específica para a criminalidade organizada e seus efeitos.

Com essa necessidade de uma neocriminalização existem dois caminhos que podem ser seguidos: a evolução da própria dogmática penal e o incremento do ordenamento jurídico com o estudo de normas e sanções que possa, de fato, coibir a criminalidade organizada ou um Direito Penal de Emergência, isto é, a força da mídia como regente das relações penais.

E o Estado se encontra numa encruzilhada normativa, pois, se legisla pelo procedimento correto o lapso temporal decorrido entre o dano produzido e a resposta normativa pode ser elevada em demasia a ponto de quando for inserido no ordenamento já ser rotulado como medida velha e ultrapassada.

Em contraposição se legislar somente de acordo com os anseios sociais o resultado prático poderá ser igualmente desastroso, uma vez que, serão criados mais e mais tipos penais numa tentativa estéril de criminalizar condutas e sem o zelo de procedimentalizar essas normas, o que

ensejará uma pena sem aplicação, num nítido movimento para satisfazer os anseios populares, ou, legislar para a mídia.

Pois bem, o clamor social enseja a criação de uma legislação emergencial que atenda o problema pontualmente e a discussão doutrinária acerca do assunto é se esse Direito Simbólico tem o efeito prático que o ordenamento jurídico precisa ou se apenas será um movimento que funcionará como um holofote midiático para demonstrar que o Estado está “atento” aos problemas da sociedade e imediatamente respondeu aos anseios populacionais.

Manuel Cancio Meliá se manifesta acerca do tema: “A idéia que ronda o imaginário comum dos cidadãos e também aos juristas é que o direito penal ‘serve’ para alguma coisa, ou seja, qualquer que seja a teoria da pena que se use, se parte da premissa que se satisfaz com a existência de um sistema penal calcado num fim, que se obtém um resultado, ainda que somente seja a realização da justiça. Entretanto, apesar dessa imagem de um “fim” do ordenamento penal no sentido que se persegue e alcança um objetivo concreto com a legislação e aplicação de penas no âmbito penal, os fenômenos de caráter simbólico são parte necessária do direito penal, de modo que, na realidade, é incorreto o discurso do “direito penal simbólico” como fenômeno de algum modo negativo e que deveria se referir, em todo caso, a normas com função meramente simbólica, é dizer, dirigidas unicamente a produção da opinião pública e a impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido”.<sup>1</sup>

No mesmo sentido Alessandra Greco: “Todavia o Direito Penal simbólico faz parte do Direito Penal, sendo incorreto dizer que tal fenômeno não está entrelaçado ao mesmo”.<sup>2</sup>

Concordamos com os autores e, de fato, não se pode negar que esse direito penal simbólico faça parte da realidade penal brasileira, entretanto, não se pode apenas criar normas para saciar a mídia, sem se preocupar com a eficácia das mesmas.

---

<sup>1</sup> Dogmática y política criminal em uma teoria funcional Del delito, págs. 96 e 97.

<sup>2</sup> Direito Penal do inimigo e Criminalidade Econômica, p. 725.

O que o Estado não pode em hipótese algum e, infelizmente, no Brasil é comum, é inflacionar o ordenamento penal com a criação desenfreada de medidas repressoras sem qualquer efeito prático, apenas e tão somente, para mostrar à opinião pública que o legislador é eficiente e diligente.

O resultado prático é um verdadeiro Frankenstein normativo, ou melhor, uma completa colcha de retalhos de normas que são criadas para responderem problemas imediatos, mas que não tem uma conexão com o sistema em si, o que conduz o Brasil como um dos líderes do ranking em tipos penais, porém, que não traduz numa medida social eficaz, já que a criminalidade de forma alguma está contida e todos os problemas se encontram sanados, ao contrário, a realidade é o caos normativo com uma gama de leis sem sentido ou procedimento.

E o legislador consegue fazer pior, pois, na tentativa de abraçar condutas por quantidade sem se importar com a qualidade temos as normas penais em branco que de tão abertas para preverem a maior quantidade de delitos possível, na prática, não alcança quase nenhum...

Efetivamente a sociedade pouco ou nada se importa com a procedimentalização técnica, o vital e indispensável é que os criminosos sejam responsabilizados e os bens sejam protegidos dos “marginais”.

Ora, o legislador não pode estar envolto nesse caldeirão de responsabilidades senão a cada assassinato de elevada repercussão caberá um incremento de pena até o momento em que nem a pena de morte será suficiente. Então o que fará o legislador? Determinará que seja ressuscitado o infrator para que morra novamente?

Evidentemente que se trata de um exagero e de uma extrapolação provocativa apenas para ilustrar que é descabido apenas legislar simbolicamente e que o legislador deveria se voltar a proteger os bens jurídicos de sua sociedade.

Para isso, é forçosa a discussão do que vem a ser bem jurídico para adentrarmos uma pouco mais no tema propriamente dito.

### 3. Bem jurídico

Demasiado simplista seria afirmar que o bem maior a ser protegido pelo direito penal é a vida, pois, apesar de verdadeira essa afirmação não se ocupa exclusivamente da proteção à vida esse ramo do direito.

Luiz Regis Prado conceitua: “O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido no contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido”.<sup>3</sup>

João Marcello de Araújo Junior: “embora, ainda hoje nos falte estabelecer definitivamente a teoria do bem jurídico, entendemos como Welzel, que o bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social merece ser protegido juridicamente, isto é, “todo estado social desejável que o direito quer resguardar”.<sup>4</sup>

Num primeiro momento é indissociável a noção de bem jurídico como proteção ao patrimônio. E quando se pensa nesse segundo tema é invariável a associação com dinheiro.

No entanto, não é esse enfoque de bem jurídico que desejamos, mas sim, com bem disse Welzel o bem vital da comunidade ou do indivíduo, ou seja, a proteção deste significa a manutenção do bem estar e qualidade de vida da própria sociedade.

Como afirmam Ignacio Berdudo, Zapatero, Ferre e outros em seu Curso de Derecho Penal: “Mais do que qualquer outra coisa, o que se justifica o consenso social que legitima o Estado e seu poder punitivo é que sua intervenção se produz pela necessidade de proteção aos interesses fundamentais fulcrados no indivíduo e que possibilitem a este a participação de um determinado sistema social. Ao longo da história, os Estados tem protegido jurídica e penalmente interesses que não excluem esse conceito de bem jurídico e que, tanto individual

---

<sup>3</sup> PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

<sup>4</sup> O Direito Penal Econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 25.



como socialmente, eram radicalmente opostos a componentes essenciais de um sistema social personalista”.<sup>5</sup>

Se o bem jurídico é aquele que é de uso comum de todos e garante uma coexistência pacífica, então, é função primordial do Estado garantir e proteger esses bens, já que este é o regulador das relações sociais e o órgão responsável por diminuir as diferenças, equilibra as relações de poder e, acima de tudo, garantir o equilíbrio na convivência entre os indivíduos.

E como o Estado se porta ante a essa função? Quais as garantias que o próprio Estado oferta na tutela dos bens jurídicos? E em última análise se o bem jurídico é tão importante como forma de garantir uma convivência harmônica e um bem estar social, então, podemos concluir que a atuação do Estado funciona, também, como forma de garantir a tutela dos interesses difusos ao proteger e tutelar os bens jurídicos considerados fundamentais.

#### 4. O bem jurídico e o Estado

Como desenvolvemos no tópico anterior, o bem jurídico fundamental deve ser protegido pelo Estado como forma de garantir a tutela dos interesses difusos e coletivos.

João Marcello de Araújo Junior explica a dualidade do bem jurídico: “O bem jurídico, como afirma Marinucci, lembrando Pedrazzi e Paulitanò, é como uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que exerce uma função de garantia contra os abusos do Estado, atua como instrumento de organização repressiva”.<sup>6</sup>

E para complicar um pouco mais a representatividade do bem jurídico: se este é fundamental para o estabelecimento das relações econômicas e sociais, então também é função do Estado se modernizar de acordo com as variantes econômicas globais que se desenvolvem, em especial, no período pós-globalização.

---

<sup>5</sup> Curso de Derecho Penal Parte General, p. 71.

<sup>6</sup> In O Direito penal Econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 25, p. 150.

O Estado figurará com um agente intervencionista a fim de assegurar a livre concorrência e a soberania das relações de mercado.

Como afirma José Luis Ribeiro Brazuna: “A crença no mercado como um sistema de livre interação entre oferta e procura, em que os agentes se comportam de maneira racional, em um modelo teórico de concorrência perfeita, do qual surgiram, de forma espontânea, impessoal e objetiva, os preços de cada produto e serviço, cede lugar à verificação da imperfeição dos seus pressupostos e à ineficiência dos seus resultados concretos”.<sup>7</sup>

E a principal modificação da atuação do Estado sentida pelos efeitos da globalização é a perda de sua soberania. Esta em idos passados era considerada absoluta, porém, com o fim das fronteiras comerciais, com as relações econômicas calcadas no consumo o Estado teve seu poder de atuação um pouco diminuído.

O que não se confunde com a perda da soberania, mas sim com uma limitação da mesma em uma nítida nova relação mercadológica que agora regula não somente as relações de consumo, como também, até, a economia de muitos países.

O conceito dos blocos econômicos, como a União Européia, o Mercosul, o Nafta é o resultado dessa limitação de soberanias, segundo o qual cada Estado parte reduz sua soberania em detrimento de uma soberania do bloco econômico em si, como um único ente corporativo que regula o mercado e o desenvolvimento dos seus integrantes.

Esse cenário é tão impactante a ponto das relações econômicas serem basicamente reguladas pelos blocos econômicos e a disputa de mercado deixou de ser nacional para ter o caráter supranacional.

Com isso, o desafio dos Estados não é defender sua soberania, como em outrora, mas sim, se adaptar à proteção de seus bens e direitos ante a nova realidade mundial.

## 5. O Estado Democrático de Direito e o bem jurídico penal

---

<sup>7</sup> BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação à luz do Artigo 146-A da Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, págs. 25 e 26.

Entendemos que o surgimento do Estado Democrático de Direito determinou modificações profundas no ordenamento dos bens jurídicos consagrados na Parte Especial dos Códigos Penais.

É inegável que a evolução da sociedade ensejou uma mudança no cenário normativo não apenas no Brasil, mas, também num âmbito globalizado, segundo o qual as atribuições normativas e a definição de responsabilidades deixaram de serem estanques, ou seja, pertencentes a apenas uma seara do direito.

A árdua tarefa da responsabilização não se restringiu mais ao ramo do Direito Administrativo, pois, a criminalidade se modernizou e ampliou, atingindo outras esferas às quais esse ramo do direito não possui a velocidade e a força necessária para coibir a contento.

Na mesma esteira temos o Direito Civil e as questões atinentes às indenizações. Os delitos, em especial das empresas, ganharam tamanha complexidade que a busca pela reparação se tornou um caminho labiríntico de futuro incerto, tal a dificuldade em se estabelecer uma autoria.

De tal sorte que a sociedade ensejou a força simbólica do Direito Penal para suprir a impunidade e buscar uma reparação digna dos danos.

Entretanto, os garantistas do Direito Penal se insurgiram e rechaçaram tal atuação com o argumento de que o Direito Penal não pode e não deve cuidar de todas as questões sociais, mas apenas dos delitos considerados graves etc.

Ora, é fato que o Direito Penal não deve ser utilizado como a todo e qualquer pretexto, todavia, também, considerar esse ramo do Direito para casos típicos e excepcionais é um preciosismo ao qual a sociedade não pode se dar ao luxo e, tampouco, faz sentido.

Como explica Gonzalo Quintero Olivares<sup>8</sup>: “La sociedad española y los penalistas rara vez coinciden en sus apreciaciones y en sus escalas de valores, como se una y otros fueran extranjeros respecto al otro. La verdad es que establecer una relación entre “sociedad” de un lado y “penalistas” de otro es en fondo grotesco”.<sup>9</sup>

Ao se limitar à atuação do Direito Penal, como defendem os garantistas sob a égide do Direito Penal Mínimo propiciará a propagação da criminalidade, inclusive em casos de competência notadamente penal, como o combate ao tráfico e ao crime organizado, já que sem uma interação entre o Direito Penal e a economia significaria combater um bandido armado com uma venda nos olhos e desarmado.

O Direito Penal não é o coringa de um baralho, que pode ser usado em qualquer situação de dificuldade, qualquer dorzinha e dificuldade chame o Direito Penal, não. A banalização conduz ao descrédito.

Da mesma forma, que o Direito Penal não pode ficar içado num pedestal protegido pelo conceito da mínima intervenção e, assim, deixar a sociedade entregue à própria sorte. É necessária uma adequação das situações.

Sobre o tema alerta José Francisco de Faria Costa: “O direito penal protege, através da proibição dos comportamentos que põem em perigo ou violam os bens jurídico-penais, uma pluralidade diferenciada de valores cuja unidade funcional só se pode descortinar na ordem jurídica global, ela própria, de igual modo, susceptível de se oferecer como bem jurídico-penal”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Adonde va el Derecho Penal Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2004, p. 37.

<sup>9</sup> A sociedade espanhola e os penalistas dificilmente coincidem em suas considerações e em suas escalas de valores, como se uma e outra fossem estrangeiras entre si. A verdade é que estabelecer uma relação entre sociedade de um lado e penalistas de outro é no fundo grotesco (tradução livre).

<sup>10</sup> O perigo em direito penal, p. 18.

Como também afirma Antonio Cláudio Mariz de Oliveira: “Claro que o Direito Penal deve acompanhar a dinâmica social procurando adaptar-se às necessidades de proteção de bens e de interesses valorizados pela sociedade, desde que a tutela por parte de outros ramos do direito tenha se mostrado inócuo, isto tendo em vista o seu caráter subsidiário. Por outro lado, sua abrangência não pode ser ilimitada e descriteriosa alcançando quaisquer condutas, pois deve ser sua atuação ter como parâmetros seus princípios e postulados, instituídos a favor da preservação da liberdade e de outros direitos individuais, que poderão ser violados se a dogmática penal não for obedecida”.<sup>11</sup>

No mesmo sentido William Terra de Oliveira: “Que o combate às novas formas de criminalidade (especialmente a especializada e a econômica) tenha fundamento num sólido aparato dogmático, de caráter hodierno, que além de encontrar as respostas tão pungentemente reclamadas pela sociedade moderna, não contribua à flexibilização de garantias criminais, verdadeiras bases de qualquer sistema jurídico-penal”.<sup>12</sup>

E finaliza João Marcello de Araújo Junior: Nos Estados Democráticos de Direito os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades corrigidas. Nesse tipo de Estado proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. No Estado Democrático de Direito, a imagem abstrata do homem livre e igual é substituída pela do homem condicionado e desigual. A imagem do homem próprio do Estado Democrático de Direito é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas: do homem em seu posto de trabalho, trabalhador dependente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais; do homem como consumidor; do homem em seu ambiente. Este é o motor normativo da transformação do catálogo de bens jurídicos. Que experimentam os Códigos Penais”.<sup>13</sup>

## 6. A dogmática penal e a neocriminalização

<sup>11</sup> Reflexões sobre os crimes econômicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 11 Ano 3, jul-set 1995, p. 98.

<sup>12</sup> In Algumas questões em torno do novo Direito Penal Econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 11 Ano 3, jul-set 1995, p. 239.

<sup>13</sup> In O Direito penal Econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 25, págs. 150 e 151.

Para se viver em um estado de sociedade é fundamental que o livre exercício das liberdades tenha um controle para que exista uma harmonia entre as relações e os componentes dessa sociedade e, quando houver um extrapolamento dessa liberdade cabe ao Estado regular essa relação e reprimir a conduta danosa.

Como afirmam Juan J. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée: “Qualquer forma de organização social, desde as estruturas mais primitivas como uma tribo passando pela feudal e até o Estado moderno, requer-se a conformidade dos membros que a integram com um conjunto de regras e princípios estabelecidos. Para assegurar essa conformidade, a organização social dispõe de recursos cujo objetivo é precisamente proteger com essas regras e princípios, seja por prevenir os comportamentos contrários a essas regras e princípios procurando que os indivíduos interiorizem os valores de uma organização social de que se trate, reagindo ou respondendo ao transgressor com um castigo”.<sup>14</sup>

O Estado é o ente representativo responsável pela harmonia e convivência pacífica entre os membros de uma sociedade. Seu papel é regular direitos e deveres entre as pessoas para que não se sobrepuje os interesses individuais em detrimento dos coletivos.

A liberdade individual estava assim restrita, porque cabe ao Estado criar leis, impor sanções e proibir condutas o que representa um certo constrangimento à vontade individual do cidadão.

Jakobs alerta: “Uma pessoa, personificada em seus bens, é protegida ante aos ataques de outra pessoa a esses bens, se percebe que, em lugar da afirmação que o direito penal busca a proteção de bens jurídicos, também pode-se afirmar – com maior correção – que o direito penal garante a expectativa de que não se produzam ataques a bens”.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Nuevo Sistema de Derecho Penal, p. 19.

<sup>15</sup> ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos a la vigencia de la norma?, p. 43.

O autor alerta para a possibilidade não apenas de que o bem jurídico seja protegido, mas também, para que antes da proteção que exista uma inibição da conduta para que novos ataques inexistam.

Inicialmente tal pensamento pode ser um pouco confuso de compreender, mas se analisado de acordo com a criminalidade organizada e transnacional pode-se vislumbrar um nexos muito coerente no pensamento do autor, afinal, o direito penal sempre caminha um passo atrás do crime organizado, numa tentativa de coibir e apenar os danos provocados por atos como lavagem de dinheiro, embranquecimento de capitais, tráfico de drogas, etc.

Todavia, não teria mais efeito se o direito penal ao invés de somente tratar a consequência também agisse no sentido de impedir a causa? E assim separar os elementos ruins de uma sociedade boa?

Eis a semente do que ainda veremos se transformará no Direito Penal do Inimigo.

## 7. A globalização do medo

A globalização encarregou de densificar a rede de contatos tornando-a mais complexa e ramificada com a inclusão de um elevado número de pessoas, classes sociais e países.

O substrato é que, como em todo lugar existem pessoas contentes e descontentes e as do segundo grupo podem reagir com protestos, com atos infracionais ou, até mesmo com o crime.

E com a globalização e a complexidade das relações o crime se tornou mais organizado e mais complexo de ser rastreado, pois, se ramifica e subdivide ao longo de uma série de países o que dificultam e muito a sua responsabilização.

Ademais, para complicar ainda mais sua responsabilização, o crime organizado se notabilizou por criar um sentimento que funciona muito bem a seu favor: o medo.

A globalização não trouxe apenas progresso para o mundo, já que com a grande diversidade cultural das Nações, não são todos os que concordam positivamente com a invasão externa e desenfreada do consumo, sem respeitar as tradições e os costumes locais.

Nesse diapasão os países que mais cresceram e se desenvolveram com a globalização também são os mais afetados com reações contrárias e nocivas por parte de uma massa não identificada de descontes e, nesse aspecto temos um exemplo muito claro: Os Estados Unidos da América.

Antes de 11 de setembro de 2001 a cultura norte-americana era denominada de “american way of life” que significa que o estilo de vida perfeito é o dos habitantes dos Estados Unidos. Afinal, é naquele País que se produz a maior quantidade de entretenimento numa escala mundial. Seja em esportes, televisão ou cinema.

Tal situação provocou uma falsa realidade nos indivíduos norte-americanos, qual seja, a de que a cultura americana é a melhor de todas e é um modelo a ser seguido pelos demais. O que produziu um sentimento deveras perigoso: soberba.

Os norteamericanos passaram a se considerar melhores que muitas outras culturas, e por conta disso, ensejou alguns excessos que inicialmente não foram levados muito a sério, mas já denotavam uma certa violência da comunidade americana.

Esse comportamento ensejou um sentimento disseminado de revolta, pois, afinal, os Estados Unidos não podem tudo, existem limites.

E o crime organizado impôs e demonstrou limites a esses excessos da pior maneira conhecida: com a instauração do medo.



Como afirma Pinsky: “Buscando referências no tradicionalismo religioso mais obtuso, determinados grupos terroristas passaram a ver nos EUA, e nos aliados ocidentais destes, a representação do Grande Satã a ser eliminado da Terra”.<sup>16</sup>

Através do terror o crime organizado conseguiu impor uma insegurança coletiva e a soberba e a superioridade econômica deram lugar ao medo e a inquietude.

Esse terror começou com atos isolados de ataques pequenos a alvos específicos, mas foi crescendo e se intensificando, sem que os Estados obtivessem sucesso em seu controle e, tampouco, em sua prevenção.

Como afirma Jaime Pinsky: “No decorrer dos anos 70, praticamente todos os países ocidentais tiveram de enfrentar episódios traumáticos vinculados a atos terroristas, ocorrências que invariavelmente causaram forte comoção na opinião pública mundial. Desde então, as sociedades ocidentais tiveram de conviver com o medo constante, causado pela perspectiva sempre presente de um ataque terrorista”.<sup>17</sup>

Os Estados tem perdido a batalha contra o crime organizado reiteradamente por conta do sentimento de medo e pela insegurança propiciada pelos atentados terroristas, em especial após 11 de setembro de 2001, quando, então, a maior potência econômica do planeta teve seu símbolo maior, as torres gêmeas – destruídas.

Esse ato, acompanhado pelo ataque ao pentágono e uma série de atos menores desencadearam uma revolução mundial em termos de segurança e, novamente, municiados pelo terrorismo, como o ataque a Madrid e a Londres nos anos seguintes.

---

<sup>16</sup> Faces do fanatismo, p. 242.

<sup>17</sup> Faces do fanatismo, p. 228.

Como afirma Joseph S. Nye Jr.: “Os americanos sentem-se cada vez mais afetados por fatos originados fora do país. Terroristas do outro lado do mundo semearam a destruição em Nova York e Washington”.<sup>18</sup>

Após os ataques terroristas em 11 de setembro de 2001 a imagem inata de orgulho e prosperidade dos Estados Unidos ruiu. Com a destruição do maior símbolo daquele País o “american way of life” se perdeu.

Estava claro que algo deveria ser feito, como afirma Cornelius Prittwitz: “Uma coisa é certa: o horror de todo o Mundo pelos atentados de 11 de setembro e a comoção em torno de uma segurança subjetiva – portanto de uma sensação de segurança – sofrida pela população norte-americana e seus políticos proibem explicações simples ou pejorativas sobre o ocorrido”.<sup>19</sup>

E prossegue: “Aqueles que sempre sustentaram que os Estados Unidos tinham se transformado num estado policial no seu interior e num império global em seu exterior (na busca de mercados e fontes de energia), seguramente terão razão em um ou outro detalhe, mas serão incapazes de se aproximarem de um entendimento analítico do nosso problema”.<sup>20</sup>

O autor defende que toda a imagem de prosperidade e segurança norte-americana simplesmente ruiu com os atentados terroristas...

E como se defender de um inimigo oculto? Como atacar o que não se pode ver?

## 8. A resposta ao terrorismo: a Guerra

Como sempre acontece quando uma Nação está inferiorizada e acuada a resposta a ser dada envolve o belicismo e com os Estados Unidos não foi diferente.

---

<sup>18</sup> O Paradoxo do Poder Americano Por que a única superpotência do mundo não pode prosseguir isolada, p. 135.

<sup>19</sup> ¿Guerra em tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre derecho penal y guerra, p. 177.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 177.

Seu presidente declarou guerra primeiro ao Afeganistão e depois ao Iraque, numa cruzada deliberada e desenfreada que resultou não apenas na caça a um inimigo e na busca de armas de destruição em massa, mas sim, em algo muito maior, tática igualmente antiga utilizada em guerra, o resgate ao nacionalismo.

Sendo assim, não bastava aos Estados Unidos atacarem um inimigo oculto, a resposta a ser dada é que o inimigo era conhecido e que a toda poderosa Nação americana iria triunfar, mas para isso era necessário que os próprios norte-americanos colaborassem com a segurança da Nação, já que qualquer pessoa poderia ser o inimigo.

Hannah Arendt ensina: “O terror, como execução da lei de um movimento cujo fim ulterior não é o bem-estar dos homens nem o interesse de um homem, mas a fabricação da humanidade, elimina os indivíduos pelo bem da espécie, sacrifica as “partes” em benefício do “todo”.<sup>21</sup>

Nessa esteira não bastava combater o terrorismo no âmbito externo através da guerra, também seria necessário se fazer sacrifícios internamente para se garantir uma vez mais a soberania da Nação e, quiçá, do próprio Mundo.

## 9. O Direito Penal do Inimigo

Para evitar um colapso social o Governante norte-americano em consonância com alguns outros mandatários europeus implementaram a teoria conhecida como Direito Penal do Inimigo, ou seja, os indivíduos norte-americanos e europeus sofreram uma limitação parcial de sua liberdade para garantir a integridade e a segurança da própria Nação.

No entanto, essas medidas que resultaram num combate externo ao terrorismo não surtiu o efeito desejado, porque o pior dos sentimentos já estava irraigado na sociedade norte-americana.

---

<sup>21</sup> Origens do totalitarismo, p. 517.

O medo fez com que as pessoas desconfiassem de tudo e de todos. A insegurança é um sinal claro de que a soberba de outrora se transformou em aflição.

E para assegurar a proteção dos próprios norte-americanos foram desenvolvidos alguns planos internos, mas o principal foi à adoção do Direito Penal do Inimigo.

E no que consiste o Direito Penal do inimigo?

Teoria defendida pelo doutrinador alemão Günther Jakobs significa tratar o terrorista, de fato, como um inimigo e, por assim o ser ter seus direitos e garantias relativizados ou, até mesmo, suprimidos.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes cita Zaffaroni ao elucidar a questão: “A legislação penal de emergência se caracteriza basicamente por: a) existência de um reclamo da opinião pública para reagir à sensação de insegurança; b) adoção de sanção com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal-clássico (vulnerando-se princípios de intervenção mínima, de legalidade – com redação de normas ambíguas ou tipo penais em branco ou de perigo abstrato, de culpabilidade, de proporcionalidade das penas, de ressocialização do condenado etc.) e c) adoção de um Direito Penal meramente ‘simbólico’”.<sup>22</sup>

Em grossos traços podemos exemplificar a questão no combate ao terrorismo e de sua metodologia de impingir o terror, nos dizeres de Pinsky<sup>23</sup> o terrorismo sempre se apresenta como um “ato executado como parte de um método de luta política, que comporta o uso da violência extrema contra pessoas inocentes”.

O que norteou o Direito Penal do Inimigo foram as diretrizes básicas do terrorismo como demonstra novamente Pinsky:

---

<sup>22</sup> Direito Penal do Inimigo A terceira velocidade do Direito Penal, p. 176.

<sup>23</sup> Faces do fanatismo, p. 231.

As ações terroristas assumiram as seguintes características gerais:

Escolha indiscriminada dos alvos;

Arbitrariedade e imprevisibilidade na realização dos atos;

Uso de métodos de ação extremos e cruéis.

Indiferença em relação aos códigos morais vigentes; e

Caráter sistemático e continuado.<sup>24</sup>

Como as ações terroristas não são conhecidas previamente e, tampouco, pode ser prevista a alternativa encontrada para o combate ao terror foi considerar a todos como possíveis terroristas e, assim, classificar em potenciais ameaças determinados agrupamentos de pessoas com o escopo de garantir a segurança da coletividade.

O resultado prático foi o desaparecimento indiscriminado de pessoas, sem o menor cuidado com os direitos e garantias individuais.

A liberdade individual foi relativizada, os interrogatórios se avolumaram e uma área controla pelo governo dos Estados Unidos passou a ser utilizada como centro de inteligência de guerra, leia-se, prisão para possíveis terroristas: a Baía de Guantanamo.

Quando se critica o Direito Penal do Inimigo por ser a supressão dos direitos e garantias fundamentais, como veremos no tópico a seguir, na verdade enseja uma discussão um pouco mais ampla de um direito penal mínimo em contraposição a um direito penal máximo.

Os garantistas ao defenderem a mínima intervenção por parte do Direito Penal nas relações sociais deixam claro o posicionamento de que a neocriminalização deve ter seu

---

<sup>24</sup> Faces do fanatismo, p. 231.

combate com armas outras do Direito Penal e que este deve caminha em consonância com a defesa dos interesses e garantias fundamentais.

Ora, os extremos usualmente não são salutares e frente à globalização a postura clássica do Direito Penal já não mais se aplica, entretanto, igualmente não podemos caminhar ao outro extremo e permitir que tudo seja penalizado e que assim a sociedade estará protegida, uma verdadeira e completa falácia.

Antever uma conduta e assim a atacar para evitar que ela aconteça como é pretensão de Jakobs enseja um perigo exercício de futurologia que, realmente, não é escopo do Direito Penal e nem de qualquer outro ramo do Direito.

Como afirma Manuel Cancio Meliá: “Na concepção de Jakobs, o direito penal obtém sua legitimação material de sua necessidade de garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas das quais depende a própria configuração ou identidade da sociedade) ante as condutas que expressam um significado contrário a norma correspondente e colocam esta, portanto, em questão como modelo geral de orientação no contrato social. A pena é entendida como uma resposta ante ao rompimento da norma”.<sup>25</sup>

O pensamento de Jakobs produz ensinamentos conceituais muito perigosos, ainda mais se utilizados por governantes que buscam o totalitarismo, como veremos mais adiante.

Afinal, ao se buscar reprimir uma conduta antes mesmo que esta ocorra é o mesmo que sancionar os pensamentos de um indivíduo, como se o perigo fosse concreto e iminente a todo instante, o que não logra êxito com a realidade e enseja um estado de tensão permanente, injustificável.

---

<sup>25</sup> Dogmática y política criminal em uma teoria funcional del delito, p. 110.

Como mostra Alexandre de Moraes: “Quem castiga por fatos futuros já não tem nenhum motivo para deixar impunes os pensamentos”.<sup>26</sup>

No modelo de Jakobs a confiança simplesmente deixa de existir e o princípio norteador passa a ser justamente o antônimo, ou seja, a desconfiança.

Qualquer pessoa pode ser punida pelo potencial dano que pode vir a causar na sociedade, mas a pergunta que fica é: e como se determina o pensamento de uma pessoa? A tortura é elemento válido para extrair uma pseudoverdade de uma pessoa e assim conseguir uma “prova razoável” de sua culpa.

De tal sorte que o Direito Penal de emergência como se propunha ser o modelo, isto é, deveria ser usado somente enquanto o perigo existir transforma, assim, o perigo na única variável constante da Nação.

Como afirma Zaffaroni eis o surgimento de um direito penal do autor: “Todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou ‘de ato’ (que é seu oposto)”.<sup>27</sup>

Esse raciocínio se faz importante, pois ao se coibir uma conduta que ainda não aconteceu simplesmente somente poderá ser punido o seu autor, uma vez que o ato em si ainda não aconteceu, numa clara contraposição ao modelo punitivo penal clássico.

O motivo de trazermos esse pensamento de Zaffaroni é que o regime nazista se calcava no mesmo pensamento de perigo e de direito de autor e o resultado prático é conhecido por todos na história: um extermínio em massa de seres humanos.

---

<sup>26</sup> Direito Penal do Inimigo A terceira velocidade do Direito Penal, p. 202.

<sup>27</sup> In MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo A terceira velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 218.

No modelo de Jakobs o resultado não pode ser o mesmo? Afinal, se todos podem ser coagidos e castigados até mesmo por seus pensamentos, o que restará para punir quando não sobrar mais ninguém para fazer parte dessa sociedade de risco eminente?

O Estado deve procurar sua segurança e proteger os seus membros, mas jamais ao custo indiscriminado de pessoas inocentes que não tem direito sequer a um julgamento, quiçá a se defender.

E o que dizer da aplicação de uma custódia de segurança? Por uma potencial infração, que sequer aconteceu uma pessoa pode ser detida preventivamente sob custódia por ser uma “medida de segurança”.

Esse Direito Penal de exceção possui uma única regra: todos são inimigos em potencial até que se prove o contrário, o único detalhe é que a garantia processual e os direitos dos cidadãos são suprimidos ou relativizados, logo, a prova de sua inocência passa a ser completamente subjetiva, o que resta dizer: as pessoas passam a depender de um julgador e não de provas concretas, um claro e notório absurdo.

#### 10. O Direito Penal do Inimigo frente aos direitos e garantias fundamentais

O Direito Penal do Inimigo não chega a ser um assunto novo e teve sua implementação prática iniciada em princípios da década de 80, na Colômbia, um país dividido entre cidadãos, o tráfico de drogas, numa bipolarização entre as FARCS e o governo colombiano.

Na Colômbia o sucesso do modelo pode ser compreendido pela condição especial do próprio país ao estar dividido entre guerrilheiros e a comunidade, na qual a máquina estatal usa com larga frequência do Direito Penal Simbólico, com medidas notadamente midiáticas e com uma propaganda em torno da própria medida, uma das características do Direito Penal do Inimigo.



Como afirma Alexandre de Moraes: “Uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são evidentemente entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento não tão desenfreado e incontrolável quanto alardeiam da criminalidade”.<sup>28</sup>

Para podermos compreender melhor o que vem a ser o Direito Penal do Inimigo devemos apresentar suas características fundamentais:

O indivíduo é considerado pelo Estado como um potencial perigo à sociedade, como num eminente estado de guerra, no qual pouco importa se o inimigo é um estrangeiro ou um nacional e contra ele deve ser aplicada a coação, ou seja, uma medida de segurança para garantir a paz social.

Como assinala Alexandre de Moraes<sup>29</sup> e Alexandra Greco<sup>30</sup>, as principais características são: a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato; b) desproporcionalidade das penas; c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de ‘leis de luta ou de combate’; d) restrição de garantias penais e processuais; e) não é punido com pena, mas com medida de segurança; f) a punição não considera o passado mas o futuro e suas garantias; e g) não é sujeito de direitos mas de coação (impedimento).

Jakobs<sup>31</sup> fez uma justificação filosófica sobre o tema ao mesclar os conceitos de Rousseau<sup>32</sup>, Hobbes<sup>33</sup>, Fichte<sup>34</sup> e Kant<sup>35</sup>: “O indivíduo, ao infringir o contrato social, deixa de

---

<sup>28</sup> Direito Penal do Inimigo A terceira velocidade do Direito Penal, p. 213.

<sup>29</sup> Direito Penal do Inimigo A terceira velocidade do Direito Penal, p. 196.

<sup>30</sup> Direito Penal do Inimigo e Criminalidade Econômica, p. 719.

<sup>31</sup> Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas, págs 25 e ss.

<sup>32</sup> 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. Op. cit., págs. 25 e 26.

<sup>33</sup> Hobbes, em princípio, matem o delinqüente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: Pois a

ser membro do Estado, está em guerra contra ele, deixando de ser ‘pessoa’. Logo, deve morrer como tal (Rousseau); perde todos os seus direitos (Fichte); deve ser castigado como inimigo (Hobbes e Kant)”.<sup>36</sup>

Por essa justificação Jakobs desconsidera o inimigo como uma pessoa, ou seja, esse passa a ser considerado como um paria social, sujeito a uma clara restrição de seus direitos e garantias fundamentais garantidos se fosse considerado como um cidadão.

Alexandre de Moraes conceitua pessoa: ‘Pessoa’ é algo distinto de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela um produto social (do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderiam existir pessoas jurídicas), ou seja, somente pode ser uma pessoa jurídico-penal ativa, é dizer, autor ou partícipe de um delito, quem dispõe da competência de julgar de modo vinculante a estrutura do social, precisamente, o Direito”.<sup>37</sup>

Não existe contradição maior ao Estado Democrático de Direito do que o próprio Estado suprimir os direitos e garantias individuais de alguém, porém essa foi a medida adotada após o 11 de setembro.

O direito ao devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e o igualmente importante princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da proporcionalidade simplesmente foram relativizados e em vários casos simplesmente suprimidos.

---

natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigos como súditos, mas como inimigos. Op. cit., p. 27.

<sup>34</sup> Com férrea coerência, Fichte prossegue afirmando que a falta de personalidade, a execução do criminoso não é uma pena, mas só instrumento de segurança. Op. cit. P. 26.

<sup>35</sup> 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 a coação física, até chegar à guerra. Op. cit. P. 30.

<sup>36</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo A terceira velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 190.

<sup>37</sup> *Direito Penal do Inimigo A terceira velocidade do Direito Penal*, p. 193.

A justificativa foi a garantia de um bem maior, isto é, a mantença da própria sociedade que estava em constante ameaça por um inimigo invisível.

Essa utilização indiscriminada da supressão dos direitos e garantias fundamentais enseja uma viabilidade conceitual para compreendermos que a escusa de combate ao terror permitiu a entrada forçada, como sempre, de um Estado totalitário.

Como salientam Shecaira e Corrêa Jr.: “As idéias consagradas desde o iluminismo “estão sendo condenadas ao esquecimento a partir de 11 de setembro de 2001, em nome de uma guerra justa ao terrorismo”, exemplificando que a ‘lei patriótica’ de Bush “permite às autoridades prender suspeitos, por um tempo quase indefinido, deportá-los, encarcerá-los em celas isoladas, fiscalizar sua correspondência, suas conversações telefônicas, suas comunicações via Internet e revistar seu domicílio sem autorização judiciária. Além disso, criou tribunais militares de exceção, com procedimento secreto, destinados a julgar estrangeiros acusados de terrorismo. Esses processos secretos poderão ser realizados em navios de guerra ou em bases militares; a sentença será pronunciada por uma comissão constituída por oficiais militares; a unanimidade não será necessária para condenar o acusado à morte; o veredito não comportará apelo; o procedimento será mantido secreto e os pormenores do processo não serão tornados públicos a não ser depois de decênios”.<sup>38</sup>

E nesse diapasão seria possível uma mesma sociedade adotar esse modelo de exceção de Jakobs sem alterar os ditames e preceitos constitucionais, ou seja, uma harmonização entre o Direito do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo?

Em tese a resposta seria afirmativa num primeiro momento, mas quando o próprio Jakobs justifica a coação com base no pensamento é nítido que essa harmonização se torna impossível.

---

<sup>38</sup> In MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo A terceira velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 273.

Essa relativização de direitos é por demais perigosa, uma vez que ao se suprimir os direitos de uma pessoa o próprio agente se tornou tão ou mais totalitário que um terrorista, logo, o motivo que enseja o modelo passa a se confundir com o mesmo e, assim, podemos concluir que o inimigo passa a ser o próprio modelo de Jakobs, no qual qualquer um é um inimigo estatal em potencial, até mesmo o criador da teoria.

Parecem existir elementos suficientes para embasar uma complexa teoria da conspiração na qual as elucubrações são tantas que o real e o imaginário se misturam, porém, a coação é aplicada inverteradamente a todos.

A repressão é sobre o perigo e este pode estar presente a todo instante em qualquer lugar e em qualquer cidadão de bem, o qual de um segundo a outro pode ser considerado conspirador e por uma medida de segurança é retirado da convivência dos demais sem qualquer tipo de justificativa.

Como ensina Roxin: “Deve-se proteger a sociedade dos abusos individuais que perturbem a paz social”.<sup>39</sup>

Entretanto, Jakobs deturpou esse ensinamento ao considerar como abuso individual todo e qualquer ato, inclusive o pensamento, que possa perturbar a paz social, num extremismo exacerbado que não se justifica e abre uma porta deveras perigosa para a instauração de um regime totalitário e a conseguinte supressão das liberdades.

## 11. O totalitarismo é o inimigo

Quando a guerra é usada como justificativa para o combate ao terror o Estado Democrático de Direito é substituído por um Estado totalitário, no qual a mão forte controla as liberdades individuais a seu mais cômodo prazer.

---

<sup>39</sup> Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, p. 41.

E com os Estados Unidos houve uma união precisa entre o Direito Penal e a guerra, nos dizeres de Cornelius Prittwitz: “O Direito Penal se considera como objeto da política interior, e a guerra como objeto da política exterior e de segurança”.<sup>40</sup>

Hannah Arendt afirma que o Estado em guerra não convive sem lei, mas sim cria uma própria: “A política totalitária não substitui um conjunto de leis por outro, não estabelece o seu próprio *consensus iuris*, não cria, através de uma revolução, uma nova forma de legalidade. O desafio a todas as leis positivas, inclusive às que ela mesma formula, implica a crença de que pode dispensar qualquer *consensus iuris* e ainda assim não resvalar para o estado tirânico da ilegalidade, da arbitrariedade e do medo. Pode dispensar o *consensus iuris* porque promete libertar o cumprimento da lei de todo ato ou desejo humano; e promete a justiça na terra porque afirma tornar a humanidade a encarnação da lei”.<sup>41</sup>

O saldo do combate ao terror foi o Afeganistão que, inicialmente, lutou com os norteamericanos, passou a considerá-lo como um inimigo, pois os ataques matavam tantos terroristas quanto os cidadãos comuns e com o Presidente Bush sem mostrar qualquer tipo de zelo ou remorso por tais atos.

Já no Iraque o espólio foi ainda maior, pois, com a prática ampla e indiscriminada da tortura os Estados Unidos conseguiram unir o povo iraquiano em constante conflito entre xiitas e sunitas com um inimigo comum: os norteamericanos supressores dos direitos e das liberdades do povo iraquiano.

E a resposta negativa à conduta norteamericana ecoou inclusive no âmbito nacional com a expressiva derrota nas eleições e no continuísmo Bush com seu conceito de guerra.

---

<sup>40</sup> ¿Guerra em tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre derecho penal y guerra, p. 175.

<sup>41</sup> Orígenes do totalitarismo, págs. 514 e 515.

A busca por um nacionalismo exacerbado não pode ser a justificativa para tortura e supressão dos Direitos Humanos, a história já nos ensinou com uma série de exemplos – Hitler, Napoleão, Stalin, etc. – que a guerra e o totalitarismo trazem um espólio negativo muito grande a ser enfrentado pela humanidade e que não reside justificativa no medo, no terror, na insegurança ou em qualquer outro argumento que possa ser usado.

### Conclusão

A globalização continuará a produzir seus efeitos, assim como a criminalidade organizada continuará a produzir danos e o Direito Penal e a política criminal devem ser usadas para combater esses males, mas jamais para viabilizar a cobiça pelo poder de forma aguda e desenfreada, afinal, um mal jamais poderá ser reparado com outro.

O Direito Penal e a neocriminalização não podem ser usados como primado do combate ao terror, quando em verdade o que se pretende é uma atitude nitidamente política maquiada de normatividade penal.

A conduta norteamericana e o direito do terror irraigado pelo Direito Penal do Inimigo são o exemplo de que o terror não pode ser combatido com a guerra, com a supressão de direitos fundamentais.

As armas do combate ao terrorismo e ao crime organizado não podem ser iguais ou piores do que os inimigos, pois, ao se considerar qualquer um como um possível inimigo significa que o medo realmente venceu e que a guerra está completamente perdida.

A neocriminalização é necessária, a restrição de ação do crime organizado deve ser implementada quando possível, mas não a qualquer custo, pois, o preço a ser pago na tomada de vidas inocentes nesse processo não compensará o resultado.

E o jargão de que as perdas de poucas vidas sempre serão lembradas pela defesa de milhões não pode imperar, do contrário, teses como a do Direito Penal do Inimigo ainda terão guarida no imaginário dos governantes e bastará um novo ato nocivo para desencadear o terror novamente.

## BIBLIOGRAFIA

- ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. O Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 25.
- \_\_\_\_\_. *Os crimes contra o Sistema Financeiro no esboço de nova parte especial do Código Penal de 1994*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, 1995.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. Série as ciências criminais do século XXI, volume 7. São Paulo: RT, 2002.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. & MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 2004.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra: COIMBRA EDITORA, 1992.
- COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Campinas: Bookseller Editora, 1996.

GRECO, Alexandra Orcesi pedro. *Direito Penal do Inimigo e Criminalidade Econômica*. In COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal parte General Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Pons, 1997.

\_\_\_\_\_. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos a la vigencia de la norma?*  
In *El funcionalismo en Derecho Penal Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia.

JAKOBS, Günther & Meliá, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas*. Org e Trad. CALLEGARI, André Luís, & GIACOMOLLI, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

JONES, Stephen. *Criminology*. United Kingdon: Butterworths, 2001.

LYNETT, Eduardo Montealegre (organizador). *El funcionalismo en Derecho Penal Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia.

LYRA, Roberto. *Novo Direito Penal introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MARTINEZ, Josefina. *Delito y Sociedad*. In Cuadernos de Doctrina y jurisprudência penal Criminología 1. Buenos Aires: Villela Editor, 2002.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Dogmática y política criminal em uma teoria funcional del delito*. In *El funcionalismo en Derecho Penal Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia.



MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo A terceira velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

NYE JR., Joseph S. *O Paradoxo do Poder Americano Por que a única superpotência do mundo não pode prosseguir isolada*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Adonde va el Derecho Penal Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2004.

OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz de. *A responsabilidade nos crimes tributários e financeiros*. Coord. Valdir de Oliveira Rocha – Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 1995.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre os crimes econômicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11: 1995.

OLIVEIRA, William Terra de. *Algumas questões em torno do novo Direito Penal Econômico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11: 1995.

PRINSKY, Jaime & PRINSKY, Carla Bassanezi (organizadores). *Faces do fanatismo*. São Paulo: Contexto, 2004.

PODVAL, Roberto (organizador). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000.

PRITTWIZ, Cornelius. *¿Guerra em tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre derecho penal y guerra*. In Revista Penal n. 14. Salamanca: La Ley, Julio 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1981.

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

THE ECONOMIST, april 10th-16th 2010.

ZAPATERO, Luis Arroyo et alli. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Ediciones experiencia, 2004.