

DIREITO PENAL TRANSNACIONAL DO INIMIGO? INCONGRUÊNCIAS A PARTIR DE UMA LEITURA SISTÊMICA

Anderson Vichinkeski Teixeira¹

Paulo Thiago Fernandes Dias²

Resumo: O presente trabalho objetiva discorrer, principalmente, à luz da teoria sistêmica desenvolvida por Luhmann, acerca da possibilidade ou não de adoção transnacional de um Direito Penal do Inimigo, que se insere no âmbito dogmático do Funcionalismo Sistêmico, conforme desenhado por Yakobs. A pesquisa trará apontamentos sobre os riscos à proteção dos direitos humanos, caso um formato de Direito Penal mais radical seja implementado em âmbito global, sobretudo em contraste com o processo de ampliação da tutela dos direitos humanos.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo. Sistemas transnacionais. Direitos Humanos.

Abstract: The present article aims to discuss, mainly in the

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo-RS, Brasil). Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (Itália), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne* (França). Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS.

² Doutorando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela UGF/RJ. Avaliador da RBCCRIM. Membro do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, sob a coordenação do Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy. Professor Convidado do curso de Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal da UNISINOS/RS. Advogado. Membro do IBCCRIM.

light of the systemic theory developed by Luhmann, about the possibility or not of the transnational adoption of a Criminal Law of the Enemy, which falls within the dogmatic scope of Systemic Functionalism, as designed by Yakobs. The research will bring notes on the risks to human rights protection, if a more radical format of criminal law should be implemented globally, especially in contrast to the expanding process of protection of human rights.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Transnational systems. Human rights.

INTRODUÇÃO



presente trabalho tem como analisar algumas questões centrais relacionadas à internacionalização do Direito Penal, notadamente a partir de um processo de transnacionalização da tutela penal a bens tidos como universais, algo fruto, em especial, dos impactos causados pelo fenômeno da globalização. Nesse sentido, é necessário questionar a viabilidade teórica da natureza de um possível Direito Penal transnacional cuja preocupação, cada vez maior, seria a prevenção e a responsabilização das pessoas acusadas de práticas de ato terrorista. Importante ressaltar que esta pesquisa não se dedicará ao estudo vertical da guerra ao terrorismo e do fenômeno da globalização à luz da doutrina do Direito Penal do Inimigo, pois já fora tratada em outra oportunidade³.

Sobre a globalização e os seus impactos nos Estados Nacionais, é seguro concordar com a posição de Julios-

³ DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra; CUNHA, Tiago Lorenzini. Reflexões sobre o combate ao terrorismo e o Estado Constitucional e Democrático de Direito na era da globalização. In: LEONEL, Ana Letícia Anarelli Rosati; MAGALHÃES, Natália de Andrade (Orgs.). *Perspectivas Jurídicas: rumos contemporâneos*. São Paulo: Editora Garcia Edizioni, 2018, p. 314-345.

Campuzano, para quem a globalização (ou a mundialização) também traz consequências sérias sobre o Direito, à medida que promove o enfraquecimento de um elemento fundante dos Estados Modernos, qual seja, a soberania nacional, em face da mutação percebida no âmago das relações de poder. Ainda segundo Julios-Campuzano, “a soberania se dilui em uma complexa rede de interdependências em que tudo fica condicionado e tratado por forças incontroláveis de um mercado global”⁴.

Tanto os processos de globalização quanto os traumas decorrentes das atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial colaboraram para a internacionalização ou a transnacionalização do constitucionalismo. Constitucionalismo este que chegou, ainda que tardiamente, ao Brasil no final da década de 1980. Ocorre que essa constitucionalização não atingiu de forma isolada o Brasil. Em realidade, à medida que as barbaridades cometidas pelos regimes fascistas e nazistas italiano e alemão, respectivamente e sem excluir aqui a responsabilidade dos demais Estados-nação, foram se tornando públicas, uma onda internacional de proteção aos direitos das gentes ganhou volume e tamanho em vários países⁵. Na história recente, as crueldades⁶ – genocídios, torturas, estupros, trabalho escravo, eugenia etc. - perpetradas nos campos de concentração

⁴ JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 84.

⁵ Aqui vale uma advertência: não se promove uma análise maniqueísta dos regimes políticos mencionados, da mesma forma que não se pretende livrar de crítica as barbaridades contra os direitos humanos cometidas pelo Imperialismo Ocidental, pelo Império japonês, pela ditadura comunista, notadamente, na URSS, por outros regimes totalitários criados no curso da chamada Guerra Fria, além das grandes potências que polarizaram o denominado “Grande Cisma”. O recorte feito (final da II Guerra Mundial) se justifica em virtude do incremento do constitucionalismo e da criação de organismos e tratados internacionais vocacionados à proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, vide HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

⁶ A ARQUITETURA da destruição. Direção e Produção de Peter Cohen. Suécia: Peter Cohen, 1992. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IBqGThx2Mas>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

evidenciaram o quão longe se afastou do mínimo: o reconhecimento do ser humano como tal⁷.

A investigação, assim, tratará do direito penal transnacional a partir de uma leitura sistêmica, seguindo uma proposta teórica, com as devidas adequações, que pode ser ilustrada com a pesquisa de Anderson Teixeira, quando abordou o tema da transnacionalização do Direito Público⁸.

Assim, por meio de pesquisa bibliográfica, sem a pretensão de estabelecer uma versão definitiva sobre o objeto estudado, este trabalho será dividido em três capítulos, por meio dos quais se discorrerá sobre o processo de internacionalização do constitucionalismo, a viabilidade dessa transnacionalização por meio de uma matriz sistêmica e, por fim, diante dos impulsos autoritários que alimentam determinadas operações ou campanhas contra este ou aquele crime, tentar-se-á responder ao seguinte questionamento: é possível a internacionalização de um modelo de direito penal do inimigo?

Esse questionamento guiará a sequência desta investigação, mesmo que não se pretenda formular resposta(s) definitiva(s) para ele. Busca-se, na realidade, colaborar com o debate científico, como também para a preservação (ou seria alcance?) da necessária estrutura democrática e humanizada do constitucionalismo transnacional de que se fala, baseado no aumento da proteção aos direitos humanos.

1. UMA COMPREENSÃO DO CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

⁷ BEATTY, David M. *A Essência do Estado de Direito*. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 5.

⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*. Itajaí: Vol. 19, n. 2, mai.-ago. 2014, p. 400-429.

Falar em direitos humanos significa também adentrar num grau de imprecisão conceitual, sobretudo quando se observa a forma como a doutrina se divide para diferenciar aqueles do conceito de direitos fundamentais. Para evitar confusões, esta pesquisa adotará a distinção estabelecida por Marcelo Neves, no sentido de que as expressões acima possuem, praticamente, a mesma substância, diferenciando-se quanto ao âmbito em que pretendem ser respeitadas. Basicamente, essa distinção leva em conta a ordem normativa/constitucional de vigência dos direitos humanos (estes possuem validade em ordens jurídicas globais, sendo, em regra, dispostos em Tratados ou Convenções Internacionais) ou dos direitos fundamentais (estes pretendem ser acatados no bojo da ordem constitucional do Estado que os consagrou). Assim, segundo Neves, “tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade”⁹.

Feito esse breve esclarecimento, vale tecer comentários relevantes sobre a tardia, porém necessária, adesão brasileira ao movimento constitucionalista, bem como seus reflexos nas práticas internas. Em outras palavras, para que se chegue à leitura transnacionalista¹⁰, inicia-se este tópico demarcando a importância do constitucionalismo para a compreensão, princi-

⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 252.

¹⁰ “O constitucionalismo transnacional pode ser concebido, em termos gerais, como um processo global de afirmação da ubiquidade da existência humana como um bem em si, independentemente de concessões de direitos ou atribuições de sentido/significado estatais, que demanda reconhecimento de direitos não mais vinculados apenas a um Estado nacional específico e que termina redefinindo os objetivos finalísticos do próprio Estado, pois pressiona rumo a integração política internacional e promove, por um lado, diversas esferas transversais de normatividade, enquanto que, por outro, reforça o papel do Estado na proteção interna dos direitos individuais, na afirmação dos direitos culturais e na instrumentalização das políticas globais.” TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Constitucionalismo Transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado Constitucional*. In: *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba: vol. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016, p. 159.

palmente, das Ciências Criminais no Brasil.

Com o advento da ordem constitucional instaurada pela promulgação da Carta Magna de 1988, tornou-se imperiosa a releitura tanto do Direito Penal, quanto processual penal brasileiros, principalmente em face da incompatibilidade desta fase democrática – pós-Constituição da República – com aquela (de cunho fascista e atinente ao Estado Novo) responsável pela elaboração e estruturação do Código de Processo Penal de 1941 (que depois serviu também ao período marcado pela Ditadura Militar), bem como pelo surgimento de legislações condizentes com a doutrina do direito penal do inimigo, adiante explanada, mencionando, por enquanto, a Lei das Contravenções Penais (que punia pessoas pelo que elas eram e não pelo que praticavam – mendicância, vadiagem, etc.) e o Código Penal de 1940¹¹.

Com esse simples relato histórico, reafirma-se a necessidade de que as práticas estatais sejam concebidas a partir do texto constitucional de 1988, pois se operou uma drástica mudança de paradigma. Por meio da ordem constitucional de que se fala, a Constituição de 1988 empresta validade aos atos normativos infraconstitucionais. Operou-se uma virada significativa.

Anderson Teixeira, após promover um estudo sobre os diversos modelos do Estado Moderno, chama a atenção para a alteração do papel da Constituição, principalmente a partir da Teoria Constitucional do séc. XX, no sentido de que ela deixou de ser um diploma meramente jurídico e assumiu um caráter mais político. Essa reconfiguração do papel da constituição marcou o fim, inspirada pelas consequências da Segunda Grande Guerra, da supremacia da lei. Esta cedeu espaço à Constituição, “um documento jurídico dotado de normativida-

¹¹ Em que pese a reforma legislativa operada em sua parte geral no ano de 1984, o Código Penal brasileiro ainda mantém traços do direito penal do autor, haja vista que, conforme o artigo 59, o juiz levará em consideração a personalidade do condenado para calcular a pena-base.

de como qualquer outra lei, mas com a prerrogativa de ser a lei maior de um sistema jurídico”¹².

A Constituição da República, portanto, consagra um rol, não exaustivo, de direitos fundamentais que devem ser observados pelo Estado (eficácia vertical) e pelas pessoas (relação de horizontalidade), estabelecendo que a preservação da dignidade humana passa a ser a regra na democracia sustentada no respeito a essas garantias.

Ocorre que essa proteção e valorização da dignidade do ser humano não poderia ficar adstrita ao território brasileiro, principalmente com o fenômeno da globalização e com o planeta experimentando as consequências da Guerra Fria (final da década de 1980). Era necessário ademais que o Brasil, conhecedor dessa movimentação internacional em prol da defesa dos direitos das pessoas, participasse, efetivamente, de tão relevante processo (ainda que apenas formalmente).

Conforme leciona Flávia Piovesan, a Constituição de 1988, distinguindo-se bastante das Cartas anteriores, inovou ao consagrar o que a autora denomina de “orientação internacionalista”, calcada na predominância dos direitos humanos, na autodeterminação dos povos, no combate ao terrorismo e às práticas racistas, bem como no compromisso de cooperação dentre as pessoas para o avanço da humanidade¹³.

¹² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Constitucionalismo Transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado Constitucional. In: *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba: vol. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016.

¹³ “Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.” PIOVESAN, Flávia.

Mais do que isso, a Constituição de 1988, comprometida com a valorização da pessoa humana, permitiu que os direitos humanos, consagrados em Tratados e Convenções Internacionais, também se incorporassem ao ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, criou-se um sistema de proteção dos direitos da pessoa humana tanto em sede interna, como no âmbito internacional. Esse sistema, assim, possui natureza de complementariedade e de adição (os sistemas interno e internacionais se somam para melhor protegerem os direitos humanos). Portanto, é correto falar em sistema global de proteção aos direitos humanos.

Consoante a doutrina de Choukr, nos termos dessa internacionalização dos direitos humanos, a própria noção de soberania¹⁴ deve afastar-se da concepção clássica, somando-se a isso o entendimento de que a figura do ser humano abrange tanto a do sujeito de direitos internos, como a do sujeito de direitos e garantias no campo internacional¹⁵.

Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 16. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2015, p. 110).

¹⁴ “Soberania, no contexto do *summa potestas*, poder máximo, é um atributo inerente ao Estado. A discussão que iniciamos agora tende a demonstrar que, a despeito de, por séculos, ter sido esta a principal característica dos Estados, hoje já é amplamente aceita nos meios escolásticos europeus uma nova definição de sua amplitude e atributos. A soberania não mais é vista como um empecilho à integração. Efetivamente, na prática europeia, esta já uma discussão ultrapassada do ponto de vista doutrinário.” FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das Normas no Direito Internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2013, p. 154.

¹⁵ “Disto deflui que, para efeitos do conceito de soberania, quando o assunto for ligado à proteção dos direitos humanos, não pode nem deve ser empregado o clássico conceito acima apontado, nada valendo a ideia de *suprema potestas superiorem non recognoscem*. Com efeito, a ordem internacional protetiva dos direitos humanos deve ser operada em sua máxima eficácia, integrando-se ao direito interno em posição de proeminência, como, de resto, se encontra na Constituição brasileira de 1988 em seu art. 5º, §2º e em igual destaque em várias outras Constituições de países que reencontraram, ao menos formalmente, seu caminho com o da democracia, sendo que “na realidade parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos de regras internacionais - embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da constituição - se aglutinam à Constituição

Esse conjunto de proteções normativas estabelece que as normas de direito internacional, relativas aos direitos humanos, são complementares às normas de direito interno, criando todo um arcabouço protetivo e humanístico. Não há, portanto, nesse contexto, uma prevalência das normas internas sobre as externas, devendo prevalecer o ato normativo que melhor tratar a pessoa humana. Trata-se do princípio do *pro homine*, expressamente consagrado, por exemplo, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶.

Para que se receba essa proteção ou para que se considere titular de direitos internacionais, basta a presença da condição de pessoa humana¹⁷. Rompe-se, assim, com a necessidade de que o sujeito de direitos seja integrante de algum grupo ou nação¹⁸. Nos termos do Pacto de São José da Costa Rica, não há falar em instrumentalização da pessoa humana, a qual

material e, por esta razão, acabam tendo status equivalente”, em que pesem as críticas terminológicas que possam ser feitas ao texto constitucional pelo emprego do vocábulo “tratado.” CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos – bases para a sua compreensão*. Bauru: Edipro, 2001, p. 12.

¹⁶ Artigo 29 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que trata das normas de interpretação: “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

¹⁷ Ainda que se trate de uma assertiva óbvia, é incrível que historicamente ela tenha sido desconsiderada (propositadamente). Os casos envolvendo os imigrantes na Europa é mais uma demonstração de que a sentença acima não contém nenhuma impropriedade.

¹⁸ “Cabe assinalar que o art. I da Declaração Universal estabeleceu uma opção antropológica jurídica mínima a partir da igualdade e dignidade de direitos que exclui qualquer posição transpersonalista. O reconhecimento da existência da pessoa humana garante sua proteção integral.” PEREIRA, Vany Leston Pessione. Os Direitos Humanos na Corte Interamericana: o despertar de uma consciência jurídica universal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 2, set./dez. 2009, p. 25-38, p. 26.

deve ser tratada de forma digna¹⁹.

Esse é o ponto defendido por Choukr, quando trabalha a necessidade de que o Código de Processo Penal (vale acrescentar também a legislação criminal como um todo) pátrio seja reformado para, finalmente, adequar-se à essa ordem normativa internacional voltada à proteção da dignidade da pessoa humana. O autor destaca, ainda, que não se está a defender a derrogação da ordem interna pela externa, mas, justamente, a conjugação de forças, seja no aspecto legislativo, quanto no judiciário, direcionadas à efetivação dos direitos humanos²⁰.

Segundo Ferrajoli, ao defender um constitucionalismo a partir do direito internacional, há que se promover alterações significativas na Corte Internacional de Justiça de Haia. Ferrajoli então sugere: a) a ampliação da competência da Corte a todos os casos afetos aos crimes de guerra e que coloquem a paz mundial em risco; b) a submissão obrigatória de todos os Estados à jurisdição da Corte; c) a ampliação do número de legitimados para provocação da atuação da Corte, como por exemplo, as pessoas individualmente consideradas; e d) a normatização da responsabilidade pessoal dos governantes, quando responsáveis pela prática de crime internacional²¹. Em relação a esta última, Ferrajoli segue linha doutrinária semelhante a

¹⁹ Nesse sentido é o preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

²⁰ “Pontue-se, ao final, que enaltecer a harmonização na forma mencionada neste texto não significa a apologia do internacional sobre o local, tampouco a inabalável qualidade dos cânones interpretativos das Cortes supranacionais acima das locais. Tanto numa hipótese como na outra iniciativas parlamentares e decisões internas podem ser meritoriamente mais elevadas que aquelas produzidas fora do âmbito local.” CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma do CPP e a internacionalização do processo penal. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (org.). *Processo penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 58.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 54/55.

de Richard Falk.²²

Por sua vez, Cançado Trindade propõe uma nova compreensão do Direito Internacional, baseado na figura da pessoa humana como elemento central. Segundo Trindade, há que se promover a “humanização do Direito Internacional”²³.

Ainda que se considere essa humanização do Direito Internacional como ideal, há que se observar a dificuldade em humanizar o próprio direito interno. Veja-se, por exemplo, a situação do sistema penitenciário brasileiro, a maneira autoritária de funcionamento do Sistema de Justiça Criminal e a inflação legislativa no campo penal.²⁴

Com essa constatação, é imaginável que um modelo de direito penal autoritário, sustentado na doutrina que separa o inimigo do cidadão, seja elegido para fins de modelo transnacional.

Teubner visualiza um panorama fragmentado de transconstitucionalismo, por conta das influências da globalização. Haverá um sujeito constitucional do constitucionalismo social,

²² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 193. Na ocasião, Teixeira reconhece as seguintes falhas da doutrina do constitucionalismo global de Falk: a) leitura política/ideológica dos direitos humanos, influenciada pela polarização criada pelo Grande Cisma; b) desconhecimento quanto à desigualdade material dos Estados, em face das pressões exercidas pelos líderes das principais potências mundiais; c) concepção superestimada do poder de pressão e de ação da sociedade civil de ordem global; d) centralização das estruturas de administração global em instituições que pouco ou nada se diferem das hodiernas – crítica centrada na questão da jurisdição penal internacional; e, e) definição de normas de caráter cogente em nível global a partir de premissas típicas ou inerentes aos países Ocidentais influentes.

²³ “O ser humano passa a ocupar, em nossos dias, a posição central que lhe corresponde, como sujeito do direito tanto interno como internacional, em meio ao processo de humanização do Direito Internacional, o qual passa a se ocupar mais diretamente da identificação e realização de valores e metas comuns superiores. A titularidade jurídica internacional do ser humano é hoje uma realidade inegável, cabendo agora consolidar sua plena capacidade jurídica processual no plano internacional.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17/18.

²⁴ Atualmente, há mais de mil tipos penais previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

conforme ele seja formado no âmbito transnacional ou do Estado nacional. O autor assevera que os Estados nacionais não são os únicos sujeitos dessa relação jurídica internacional e que “os sistemas sociais parciais diversos podem assumir um caráter constitucional”, da feita que não se trata de uma da coletividades políticas, entendidas em sentido estrito.²⁵

2. POSSIBILIDADES TEÓRICAS PARA UM MODELO TRANSISTÊMICO DE CONSTITUIÇÃO (E DE DIREITO PENAL)

No presente tópico busca-se estudar algumas das matrizes sistêmicas capazes de promover o acoplamento estrutural de um possível Direito Penal Internacional, ainda que este se fundamente em bases autoritárias e distante, portanto, de uma proposta humanizada de Direito Internacional, calcada na internacionalização dos Direitos Humanos, conforme explanado acima.

Para tanto, faz-se uma apresentação da obra de Alberto Febbrajo, um dos teóricos que se ocupou do estudo de padrão ou modelo de constitucionalismo para um contexto pluralista. Aqui cabe a abertura de um parêntese. Entende-se que, a despeito do desenho constitucional, é possível que determinado Estado conserve práticas e tradições autoritárias, conforme observado em relação aos Direito e Processo Penais pátrios. Entretanto, compreende-se que tal peculiaridade brasileira (no sentido da resistência ao constitucionalismo e à democratização substancial) não deve ser concebida como regra absoluta. Diz-se então que, em regra, o modelo constitucional de um Estado abre ou fecha portas para formatos autoritários, antidemocráticos e inumanos de Direito Penal e Processual Penal.

Febbrajo estabelece algumas estratégias, levando em

²⁵ TEUBNER, Gunther. *Fragments Constitutionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 143.

conta a experiência que parte do Ocidente viveu com a formação da União Europeia. Essas estratégias serão, didaticamente, enumeradas. Dentre elas, a investigação abordará com mais vagar a teoria sistêmica. Assim, vale identifica-las imediatamente: 1) Regulação das regulações; 2) Comunicação das Comunicações; 3) Diferenciação da diferenciação.

Nos termos da primeira estratégia, regulação das regulações, Febbrajo assevera que, no contexto do cosmopolitismo, as constituições devem ocupar-se da regulação para além das questões jurídicas. Ou seja, as constituições, no âmbito da transnacionalidade, devem dispor sobre questões econômicas, como as relações recíprocas entre outros setores da sociedade e, também, para além da geografia do Estado.

Segundo Febbrajo, “a regulação da regulação tende a dar proeminência especial à conexão entre regulações, de um lado, e riscos do outro”²⁶. Com isso, o autor formula cinco perspectivas para o estudo das estratégias acima mencionadas. Em busca de melhor organização, os critérios serão numerados, conforme a estratégia adotada pelo autor. Assim: 1 – Regulação da Regulação: 1.1 – Hierárquico-normativa; 1.2 Anti-hierárquico-histórico; 1.3 Linear-realista; 1.4 Circular-funcional e 1.5 Hipercíclico-sistêmico. Da mesma forma que: 2 – Comunicação das comunicações: 2.1 – Hierárquico-normativa; 2.2 Anti-hierárquico-histórico; 2.3 Linear-realista; 2.4 Circular-funcional e 2.5 Hipercíclico-sistêmico. Por fim: 3 – Diferenciação da diferenciação: 3.1 – Hierárquico-normativa; 3.2 Anti-hierárquico-histórico; 3.3 Linear-realista; 3.4 Circular-funcional e 3.5 Hipercíclico-sistêmico.

Analisando a perspectiva hierárquico-normativa (1.1), Febbrajo assevera que todas as regulações e a regulação das regulações visam a tradução de riscos (redução da complexidade externa); que o Direito serve à proteção contra riscos de

²⁶ FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do Constitucionalismo*: constituição e teoria dos sistemas. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 91.

violações; que possuir um dever implica na assunção do risco de ser sancionado, caso não obedeça as regras. Ainda segundo Febbrajo, essa tradução de riscos nem sempre é possível de ser protegida formalmente, por conta das muitas variáveis transnacionais e das muitas conexões intersistêmicas, que não são fáceis de serem controladas por Estados individuais²⁷.

Sob o prisma anti-hierárquico-normativo (1.2), há a percepção do “direito vivo” como o conjunto de regras e de normas culturalmente autoconstruídas e autolegitimadas. No contexto transnacional, essa regulação é deixada para os juízes, que podem ser mais independentes e flexíveis que os legisladores na interpretação e avaliação dos riscos emergentes. O papel diminuído do Estado sugere, assim, um nível mais baixo de riscos para aqueles que buscam evitar o controle de um Estado individual.²⁸

Já sob o viés linear realista (1.3), o Direito deve criar condições para um nível razoável de previsibilidade, levando em conta os riscos consolidados no passado, como também aqueles produzidos pelas crescentes conexões interestatais²⁹.

Na visão circular-funcional (1.4), o controle de riscos surge vinculado aos diversos tipos de racionalidade tipicamente adotados nos vários campos da sociedade. O conceito de risco é fortemente ligado à definição de ação social de Weber (expectativa que se cria em relação àquilo que terceiros esperam). As normas estatais realizam função fundamental em toda a decisão³⁰.

Pela ótica hipercíclica-sistêmica (1.5), o foco reside nos possíveis riscos causados pela relação entre os níveis de auto-observação do sistema jurídico e dos vários setores de uma sociedade transnacional. O sistema é o espelho sociológico e antropológico de um ator, que é levado, para além das frontei-

²⁷ *Ibid.*, p. 92.

²⁸ *Ibid.*, p. 92.

²⁹ *Ibid.*, p. 92/93.

³⁰ *Ibid.*, p. 93.

ras do Estado, pela necessidade de potencializar certeza e auferir as reações esperadas dos demais autores³¹.

Analisando a perspectiva hierárquico-normativa (2.1), Febbrajo trata de uma relação aberta a comunicações intersistêmicas, não limitadas por critérios hierárquicos. Há um eclipse do Estado, pois além da grande diminuição de soberania e do ofuscação das bases tradicionais, o Estado se insere num conjunto de redes comunicativas, no qual sua voz é apenas mais uma³².

Sob o prisma anti-hierárquico-normativo (2.2), a Constituição do Estado pode ser observada pela minoria enquanto expressão de uma hegemonia cultural bem disfarçada, a despeito da codivisibilidade dos seus específicos conteúdos e também quando está a própria Carta em condições de afirmar princípios de proteção da minoria³³.

Já sob o viés linear realista (2.3), os instrumentos comunicativos se tornam tecnologicamente aptos a garantir um maior impacto: favorecendo melhor sintonia entre as instâncias decisoriais além da difusão de diversidades difíceis de serem absorvidas³⁴.

Na visão circular-funcional (2.4), traça-se uma visão problemática da comunicação que pode afetar os mesmos fundamentos da democracia. Constata-se uma perda do papel de mediador dos Partidos Políticos, sendo que a narração cultural passa a ser desempenhada por outros setores da sociedade com o ordenamento jurídico a movimentos não estruturados que podem competir com os partidos³⁵.

Pela ótica hipercíclica-sistêmica (2.5), há uma metacomunicação jurídica solicitada por uma perspectiva transnacional limitada: seja pela incapacidade das classes políticas nacio-

³¹ *Ibid.*, p. 93.

³² *Ibid.*, p. 94.

³³ *Ibid.*, p. 94.

³⁴ *Ibid.*, p. 95.

³⁵ *Ibid.*, p. 95.

nais no sentido de superar a lógica autorreferencial, seja pela defasagem dos experimentos que desde muito garantem uma resposta. O Direito é concebido como metacomunicação social para garantir a circulação das informações, traduzida em linguagem transversal, baseada em uma compatibilidade intersistêmica³⁶.

Analisando a perspectiva hierárquico-normativa (3.1), ante a total consciência da falibilidade da certeza do Direito, culturas jurídicas internas devem reconhecer os diferentes tons que o controle da justiça inevitavelmente oferece. Leva-se em consideração o binômio: justo-injusto pelos profissionais do Direito. Dessa forma, supera-se o código binário por um meta-código, capaz de abranger, generalizadamente, os códigos dos vários sistemas sociais interessados³⁷.

Sob o prisma anti-hierárquico-normativo (3.2), o conceito de justiça fornece uma perspectiva que está apta a influenciar argumentos estritamente normativistas, inserindo-os em horizontes culturais mais amplos. O conceito de justiça é visto, metaforicamente, como uma estrela polar, servindo de norte não apenas para os operadores, mas também pelos simples destinatários das normas³⁸.

Já sob o viés linear realista (3.3), para a definição do conceito de justiça, leva-se em consideração o seu inverso (noutros dizeres: a noção de injusto); a sanção, no lugar da regularidade; a ação desviante, em lugar da conformista. As condutas criminosas nem sempre são injustas à luz da opinião pública (cassinos, jogo do bicho, casa de prostituição etc.). O Direito novo não pode, sob esse vidro, ser tido como o melhor em face do antigo³⁹.

Na visão circular-funcional (3.4), a legalidade, com sua perspectiva estrutural, não fornece critérios de decisão suficien-

³⁶ *Ibid.*, p. 96.

³⁷ *Ibid.*, p. 97/98.

³⁸ *Ibid.*, p. 98.

³⁹ *Ibid.*, p. 98.

temente estruturais. Requer-se uma perspectiva funcional aberta a interações com outros ramos sociais e não adstrita apenas ao Direito. Não se pode desconsiderar a relevância do conceito de justiça das conexões funcionais que estão em condições de atribuir as mais amplas perspectivas culturais e a possibilidade de aprendizagem com as estruturas normativas⁴⁰.

Pela ótica hipercíclica-sistêmica (3.5), a justiça surge como um critério capaz de combinar as diferentes abordagens contra o conceito normativista de legalidade desenvolvido pela Sociologia Jurídica clássica. A partir de uma convergência de critérios, Luhmann tenta definir uma estratégia de legitimação da legitimação, que requer uma pluralidade de legitimações orientadas para o sistema mais específico⁴¹.

Diante dessas observações, Febbrajo chega às seguintes conclusões, sob o panorama não mais Estado-cêntrico: a) a Constituição não é um ato originário; b) a certeza do Direito não pode ser garantida de forma satisfatória pela Constituição, apenas com estratégias com sentido técnico-jurídicas. Deve-se pensar num certo nível de incerteza e na ausência de homogeneidade do ordenamento que segue entre margens suportáveis; c) a Constituição representa a parte do ordenamento jurídico em que a relação sistêmica pode encontrar aplicação útil; d) o Direito e a sua Constituição devem ser entendidos como resultado de um processo duplamente constitutivo (regulações); duplamente fechado (seleções) e duplamente aberto (diferenciações); e) o pluralismo multidimensional pode afetar os papéis social e jurídico das Constituições; e, f) a Sociologia do Direito deve seguir sua luta contra um modelo de Direito norteador pela figura do Estado, em busca de um pluralismo transnacional e de um constitucionalismo orientado para as instituições⁴².

Diante das possibilidades trabalhadas acima, à luz da

⁴⁰ *Ibid.*, p. 99.

⁴¹ *Ibid.*, p. 100.

⁴² *Ibid.*, p. 100-110.

obra de Febbrajo, segue-se agora para uma breve apresentação da teoria dos sistemas, por conta de sua ligação com o funcionalismo sistêmico, adotado por Yakobs. Obviamente, por conta de sua complexidade, somente alguns apontamentos serão feitos sobre o assunto.

Essas observações sobre a teoria de Luhmann, ainda que sem maior verticalização, são vitais para a presente investigação, tendo em vista a doutrina tratada no tópico seguinte, em que se abordará o Direito Penal do Inimigo. Esta doutrina, estruturada por Günther Yakobs na perspectiva do funcionalismo sistêmico, busca, longe de um olhar antropocêntrico, o encontro da legitimação do sistema penal no interior da própria sociedade. Com outros dizeres, o Direito Penal serve como instrumento de garantia da identidade normativa da sociedade⁴³.

Conforme explana Castanheira Neves, o referencial do funcionalismo não é o indivíduo, mas sim a sociedade enquanto fenômeno específico. Trata-se de um fenômeno social global que, mediante uma heteronomia macroscópica, teoriza-se como sistema social⁴⁴.

⁴³ “Na concepção funcionalista, a constituição da sociedade, que se dá num contexto de comunicação, tem lugar por meio de normas, e não pode determinados estados ou bens. Parte das normas encontra-se assegurada de modo suficiente por via cognitiva e, portanto, não há necessidade de estabilização especial, ao passo que outra parte carece de tal força, motivo pelo qual sua vigência deve garantir-se mediante uma sanção. Assim, a pena é uma resposta que confirma a norma – contradiz a contradição das normas determinantes da sociedade – e, constitui a própria manutenção da identidade social.” MORAES, Ana Luisa Zago de. *O Estado de Exceção e a Seleção de Inimigos pelo Sistema Penal: uma abordagem crítica no Brasil Contemporâneo*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008, p. 62

⁴⁴ “Trata-se de um sistema funcional ou pensado funcionalmente que funcionaliza todos os seus elementos e as suas dimensões. E nestas o próprio direito – também ele funcionalizado à estruturação, à regulação e à organização operatória global da sociedade, numa conseqüente perda de autonomia intencional e material, pois que se converte num instrumento, de particulares características prescritivas e institucionais, ao serviço das exigências providas das instâncias e das forças políticas ou simplesmente sociais, culturais, económicas, etc.” CASTANHEIRA NEVES, Antó-

O funcionalismo de matriz sistêmica renuncia à regulação material da sociedade (tanto finalística quanto consequencial), diante de sua complexidade e pluralidade de seus polos auto-organizatórios e autopoieticos. Com isso, o funcionalismo sistêmico vê no Direito apenas um subsistema social, seletivo e estabilizador de expectativas, numa organização estruturalmente invariante e de intencionalidade autorreferente, segundo um código binário lícito/ilícito, que reduziria a complexidade em termos de um mero sistematizador da contingência.

No funcionalismo sistêmico de que se fala, adota-se o paradigma biológico da autopoiese (direito como subsistema do sistema social). Em sua origem, a teoria da autopoiese vincula-se ao campo da Biologia (Maturana). Assim, um sistema dito autopoietico caracteriza-se por ter sua base de funcionamento inscrita no próprio interior do sistema. É um sistema de autorreferência, em que seus próprios elementos produzem-se e reproduzem-se através do próprio sistema.

Nesse contexto, o funcionalismo sistêmico situa o direito no papel de um mero regulador de conflitos sociais, sem referências à axiologia instituinte – e que forja a compreensibilidade – da normatividade jurídica. O direito é transformado em uma técnica regulamentadora de colisões e atritos oriundos das concretas relações desenvolvidas na sociedade. O direito, vale dizer, firma-se na adequação social de suas decisões, como elemento estabilizador, que reduz as tensões nascidas da complexidade social.⁴⁵

nio. Entre o legislador, a sociedade e o juiz. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXIV. Coimbra: 1998, p. 17.

⁴⁵ “O Direito, para Luhmann, embora visto como uma estrutura, é dinâmico devido à permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo. Assim, esta complexidade heterogênea, causada pela chamada *dupla contingência*, é combatida pelos processos de identificação estrutural, somente possíveis com a criação de diferenciações funcionais.” ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. In: *Revista de Estudos Consti-*

O papel do juiz, no âmbito do funcionalismo sistêmico, consiste em comparar sistematicamente objetivos alternativos com vista aos seus resultados correspondentes e aos valores que lhe estão subjacentes.

Tratando dos sistemas sociais, Luhmann interpreta a sociedade como um sistema, por meio do qual empreende a distinção entre sistema/meio, que se apresenta hoje como teoria de sistemas autopoieticos, autorreferenciais e operacionalmente fechados⁴⁶.

Autopoiesis significa que um sistema complexo reproduz os seus elementos e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente fechado com ajuda dos seus próprios elementos. Luhmann vai além de Maturana (análise biológica) e estende a autopoiese para os sistemas sociais e psíquicos. O termo *autopoiesis* surgiu de estudos no campo da biologia sobre as formas de definição do ser vivo.⁴⁷ Autopoiese diz respeito a autonomia. Nenhum sistema pode atuar fora de seus limites.⁴⁸

Luhmann compreende a sociedade como um sistema

tucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). N. 5, vol. 2, Porto Alegre: p. 141-149, jul./dez. 2013, p. 148.

⁴⁶ “Diferentemente de Parsons, por exemplo, Luhmann concebe a sociedade como um sistema social que compreende todos os fenômenos sociais, no qual não existe um sistema geral de ação, mas cada ação social é elemento da sociedade e contribui para sua existência. Justamente por isto o conceito chave para Luhmann é a comunicação, a qual substitui de certo modo a ação em Parsons.” ROCHA, Leonel Severo; MARTINI, Sandra Regina. *Teoria e Prática dos Sistemas Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 21.

⁴⁷ TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 75.

⁴⁸ “Significa dizer que o surgimento do sistema é marcado, em um primeiro momento, por um processo de *diferenciação* - quando o sistema destaca-se do todo - e, em seguida, pela construção de um espaço de *indeterminação* - quando o interior do sistema se mostra livre para ser auto-organizado, rompendo-se, com isso, a tradicional dicotomia entre sistemas abertos e sistemas fechados para tratar de um *sistema complexo*.” PORTUGAL, Daniela. A Autopoiese no Direito e o Funcionalismo Sistêmico de Günther Jakobs na aplicação da lei penal. In: *Cadernos de Pós-graduação em Direito da UFRGS*, Vol. III, Número 2, Porto Alegre, p. 1-25, 2013, p. 4.

complexo, sendo que referido sistema nasce a partir da interação estabelecida com o meio, isto é, com o que lhe cerca. Para o autor, existe uma relação de independência/dependência do sistema em face do meio, sendo que a independência se observa a partir da auto-organização que o sistema desenvolve.⁴⁹

Entende-se por acoplamento estrutural a relação estabelecida entre dois sistemas autopoieticos, que precisam, para funcionar, de outros sistemas⁵⁰. A teoria dos sistemas de Luhmann procura explicar a sociedade como sistema social (complexo, tal qual afirmado ao norte). Segundo Anderson Teixeira, “o fechamento operativo do sistema jurídico internacional (...) dependerá da articulação tanto de estruturas regionais como globais entre si para o desenvolvimento de *stantards* comunicacionais, práticas e procedimentos especializados” a fim de que sejam remetidos a um mesmo sistema funcional que lhes forneça identidade funcional no bojo do sistema maior, de caráter transnacional.⁵¹

⁴⁹ “No debe concebirse la *autopoiesis* como la producción de una determinada forma (*Gestalt*). Lo decisivo mas bien esta en la producción de una diferencia entre sistema y entorno. Al desacoplarse el sistema de lo que luego queda como entorno, surgen espacios de libertad internos —dado que se suprime la determinación del sistema por parte del entorno. Bien entendida, la *autopoiesis* es, entonces, sobre todo, la *producción de indeterminación interna en el sistema*, que solo puede reducirse a través de la construcción de estructuras sistémicas propias. Esto explica, no por ultimo, el hecho de que los sistemas de la sociedad hayan encontrado en el medium del sentido la forma de hacer justicia a las operaciones del sistema de ese estar abiertas a nuevas determinaciones. De aquí que estos sistemas solo reconozcan como operaciones propias a aquellas comunicaciones que seleccionan formas de sentido.” LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 2006, p. 45/46.

⁵⁰ Analisando a interação entre os sistemas e o meio, Luhmann assevera que “fechamento operativo significa tão somente que a autopoiese do sistema pode ser executada unicamente com suas próprias operações e que a unidade do sistema pode ser reproduzida somente com as operações do próprio sistema, e, no sentido inverso, o sistema não pode operar em seu ambiente; portanto, não pode se ligar a seu ambiente usando as próprias operações do sistema.” LUHMANN, Niklas. *Do Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 589.

⁵¹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. In: *Revista*

Diante dessas breves ponderações, à luz da teoria sistêmica, a sociedade complexa é entendida como um sistema social que se estabelece e se mantém por meio da comunicação. Esta, por sua vez, dá-se, primordialmente, por meio da linguagem.

Entretanto, no bojo de uma sociedade complexa, surge um componente inafastável: o risco. Segundo Leonel Rocha, o risco é entendido como oposto à segurança, enquanto que Luhmann opunha o conceito de risco à noção de perigo⁵².

Ocorre que essa compreensão do Direito não se compatibiliza com uma proposta tradicional normativo-positivista. Segundo Daniela Portugal, que também se ocupa de temática semelhante à presente, o sistema jurídico não pode ser concebido como mero complexo de normas, “mas como um conjunto de operações fáticas dispostas sobre a forma de comunicações, de modo que o ponto de partida para a análise do direito não deve ser a norma ou uma tipologia de valores”, mas a aludida distinção entre sistema e meio.⁵³

Será que um formato de direito penal do inimigo atenderia à essas expectativas, no sentido de funcionar como instrumento ideal para fins de segurança pública, bem como de estabilização das demandas sociais? Ou, caso acatada a aludida doutrina, com a criação de um direito para o inimigo e outro para o cidadão, partir-se-ia para um sentido totalmente oposto?

3. A DOUTRINA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS RISCOS DE SUA INTERNACIONALIZAÇÃO

Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica. Itajaí: Vol. 19, n. 2, mai.-ago. 2014, p. 400-429, p. 426.

⁵² ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

⁵³ PORTUGAL, Daniela. A Autopoiese no Direito e o Funcionalismo Sistêmico de Günther Jakobs na aplicação da lei penal. In: *Cadernos de Pós-graduação em Direito da UFRGS*, Vol. III, Número 2, Porto Alegre, p. 1-25, 2013, p. 4

Não se trabalhará à exaustão a doutrina do Direito Penal do Inimigo. Pretende-se, em razão do estudo de um Direito Penal internacional ou transnacional, reconhecer que uma proposta humanista de direito internacional pode ser inviabilizada pela adoção de um modelo autoritário de responsabilização criminal global.

Não se trata de uma advertência desprovida de sentido. Vale destacar que após o encerramento da Segunda Guerra Mundial, algumas agendas punitivas foram impostas por países centrais aos periféricos. Essas agendas persecutórias ou punitivistas, malgrado mudem o nome ou o tipo de alvo perseguido, conservam todo um conjunto de características comuns, inclusive maniqueísta, de conceber a responsabilização penal.

Lembre-se das campanhas contra as figuras do comunista, do narcotraficante e a mais recente, a do terrorista.⁵⁴ Esses três grupos ou tipos foram etiquetados como inimigos da civilização e da cultura ocidentais, preponderante pelo uso de toda a influência de potências mundiais como os Estados Unidos da América. Até mesmo “guerras humanitárias” foram deflagradas e justificadas com base na defesa do bem contra o mal, na luta contra o inimigo.

O combustível dessas empreitadas, quase que heroicas,

⁵⁴ Em tempos atuais, enfrenta-se no Brasil uma verdadeira campanha de combate ao corrupto ou à corrupção, que já concentra as atenções midiáticas e forenses há mais de três anos. Referida campanha mobiliza agentes do Sistema de Justiça Criminal e do Sistema de Segurança Pública contra esse grande inimigo, como se integrantes de um mesmo lado, independentemente das atribuições constitucionais que cada cargo deve desempenhar. Além da clara violação à imparcialidade jurisdicional, em face da atuação do judiciário como órgão combatente e não como julgador desinteressado no feito, toda uma mobilização contra direitos e garantias fundamentais vem sendo desempenhada por setores do Ministério Público Federal, curiosamente, órgão destinado à fiscalização da legalidade e da constitucionalidade. Esse quadro já chamou a atenção de juristas estrangeiros que, com precisão, apontam ofensas à legalidade em nome do suposto combate à corrupção. Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Brandão; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 146º, n. 4000, p. 16-38., set.-out., 2016.

contra determinados grupos-alvos, indubitavelmente, foi o medo. Ou melhor, a manipulação do medo, inclusive midiática, por meio do qual se buscou separar as potenciais vítimas daqueles indicados como inimigos.⁵⁵

Diante disso, não parece nada absurdo que uma proposta autoritária, como se disse, de Direito Penal se internacionalize e se torne transnacional, distanciando-se de um modelo de responsabilização penal voltado à defesa dos direitos humanos.

Sobre a doutrina do Direito Penal do Inimigo, esta investigação não tem o menor intuito de demonizá-la. Longe disso. Referida doutrina, à luz das construções intelectuais de Günther Yakobs, será exposta como, cientificamente, incompatível com uma proposta humanizada de Direito Penal Internacional. Portanto, rechaça-se, com a devida vênia, leituras que associam o trabalho de Yakobs com o regime nazista alemão do período de 1930 a 1945.⁵⁶

O Direito Penal do Inimigo, enquanto proposta doutrinária, é apontado como resultado do trabalho intelectual de Yakobs no âmbito da doutrina funcionalista, no sentido de que o Direito Penal deve se destinar ao enfrentamento da criminalidade, partindo, porém, da diferença entre o cidadão e o inimi-

⁵⁵ “Ninguém quer ser vítima de um crime, alguns felizardos jamais o foram, mas todos sabem que algum dia podem vir a sê-lo. O crescente medo da criminalidade de que falam os criminólogos – e que, pelo menos na Alemanha, parece ser bastante injustificado – é prova de que quase todos se vêem como vítimas potenciais. Por outro lado, praticamente ninguém se vê como um autor potencial. Diante de uma tal polarização já existente, é quase inevitável que a introdução de categorias como amigo/inimigo leve a uma tomada de partido, e que ela ocorra em desfavor daqueles que foram declarados inimigos.” GRECO, Luís. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, nº. 7, 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018, p. 238.

⁵⁶ Apesar de reconhecer algumas similaridades, não se possui elementos científicos capazes de afirmar que a construção doutrinária de Yakobs, sobre o Direito Penal do Inimigo, é diretamente influenciada pelo nazismo. GERBER, Daniel. Direito Penal do Inimigo: Jakobs, Nazismo e a Velha Estória de sempre. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

go, tendo como base a noção de um Estado absoluto.⁵⁷

Yakobs parte de duas premissas para edificação dos pilares dogmáticos do Direito Penal do Inimigo. São elas a noção de coação jurídica e a de força orientadora. Segundo o autor, quando alguém é submetido a uma coação jurídica, em razão da prática de ato ilícito, ele perde a sua condição ou capacidade de pessoa, pois, “a coação despersonaliza o sujeito obrigado.”⁵⁸ Com base nessa ilação, quando alguém está sob o império do Estado e, portanto, coagida a algo, em razão daquilo que cometeu, afastada está a sua personalidade.⁵⁹

No que tange ao segundo pilar ou conceito da doutrina do Direito Penal do Inimigo, isto é, a força orientadora, Yakobs assevera que as instituições jurídicas são determinadas por normas jurídicas. Para o jurista alemão, “o Direito vincula-se com a faculdade de coagir! O Direito não deve ser, por isso, uma simples questão especulativa, senão deve poder orientar realmente e, neste sentido, a vida cotidiana.”⁶⁰

Sobre a distinção entre inimigo e cidadão, Zaffaroni aduz que não se trata de algo inovador, pois durante a vigência do Império Romano, *inimicus* e *hostis* eram tratados de forma diversa pelo Estado. Enquanto o primeiro era considerado o desafeto pessoal, o inimigo de ordem política, que poderia suggestionar a deflagração de uma guerra, era a figura do *hostis*,

⁵⁷ “O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra.” JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. – 6. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 28.

⁵⁸ YAKOBS, Günther. Sobre a teoria do direito penal do inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Orgs.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 3.

⁵⁹ “A coação jurídica é, entretanto, juridicamente uma administração adequada do âmbito de organização do sujeito obrigado, mas dita coação é, precisamente, uma hetero-administração e – com ela – uma diminuição do âmbito pessoal do obrigado.” *Ibid.*, p. 3.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 4/5.

ou seja, do estrangeiro.⁶¹ Assim, é possível associar a utilização do Direito Penal do inimigo à xenofobia, à aversão ao estrangeiro. Nesse sentido é o entendimento de Carl Schmitt, para quem o inimigo político é o estranho, o outro.⁶²

Dessa maneira, os inimigos seriam tratados penalmente de forma diferenciada, isto é, como desafetos dos demais cidadãos (melhor dizendo, como não-cidadãos), como pessoas que, deliberadamente, distanciaram-se do ordenamento jurídico de forma definitiva, não dando qualquer garantia de fidelidade ao ordenamento jurídico.

Quando se fala em Direito Penal do Inimigo, diz-se que a pessoa assim considerada estará sujeita a sanções penais mais rigorosas, à restrição ou mesmo à extirpação de direitos e garantias fundamentais ligadas ao processo penal (logo, também se pode falar em Processo Penal do Inimigo) e, por fim, à coisificação da pessoa do inimigo. Entretanto, a exceção vira regra e o inimigo pode ser qualquer pessoa.⁶³

Interessante a crítica feita por Delmas-Marty ao manejo do Direito Penal do Inimigo como resposta atos terroristas, pois, segundo leciona, termina-se produzindo, à luz da política criminal, uma confusão entre o conceito de crime, enquanto ofensa à normatividade, no plano do dever-ser, e a noção de periculosidade, entendida como um distanciamento em face da normalidade, analisada como um padrão de comportamento. A

⁶¹ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 23.

⁶² SCHMITT, Carl. *O conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 52.

⁶³ “Mais do que isso, em nome da segurança, instala-se um regime de exceção, quando o inimigo pode ser qualquer um e estar em qualquer lugar. Por meios tecnológicos, todos podem se tornar suspeitos, perigosos, bastando o uso de uma palavra catalogada nas ‘caixas pretas’ a serem instaladas pelos fornecedores de acesso às redes de informação. E tudo sem a ‘intromissão’ dos sistemas de garantia.” MORAIS, Luis Bolzan de. O fim da geografia institucional do Estado. A crise do estado de direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 89.

autora aduz ainda que o Direito Penal do Inimigo está calcado nas teorias políticas de Carl Schmitt e na dicotomia entre o amigo e o desafeto do Estado totalitário.⁶⁴

Assim, a partir, dessa conjuntura política, no seio de um regime ou Estado autoritário/totalitário⁶⁵, a figura do inimigo passa a ser alvo de banimento. Noutras palavras, o Estado total só sobreviveria caso, em nome da busca pela segurança nacional, retirasse do inimigo as suas garantias e direitos fundamentais.

Conforme a compreensão pragmática de Yakobs, é o próprio “inimigo” que se coloca nessa posição, justamente por não aceitar agir conforme determina o Direito. É o próprio sujeito que se mostra incompatível com o Direito. Em face disso, justifica-se a sua exclusão. Esta se dá “porque o autor já não oferece garantia alguma de um comportamento futuro adequado ao Direito, isto é, porque sua personalidade não está fundamentada suficientemente de maneira cognitiva.”⁶⁶

Após sofrer atentados terroristas, e com base no *Patriot Act*, os Estados Unidos passaram a impor um verdadeiro regi-

⁶⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Direito Penal do Inumano*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 64.

⁶⁵ Destaca-se que a Arendt, em contraposição a Adorno, firma distinção entre governo totalitário e autoritário da seguinte forma: “O princípio do Líder não estabelece nenhuma hierarquia no Estado Totalitário, como não o faz no movimento totalitário; a autoridade não se filtra de cima para baixo através de todas as camadas intermediárias até a base da estrutura política, como no caso dos regimes autoritários. A razão concreta é que não há hierarquia sem autoridade: e, a despeito dos muitos erros de interpretação cometidos em relação à ‘personalidade autoritária’, o princípio de autoridade é, para todos os efeitos, diametralmente oposto ao do princípio totalitário. O seu caráter primígeno já aparece na história romana: ali a autoridade, sob qualquer forma, visa restringir ou limitar a liberdade, mas nunca aboli-la. O domínio totalitário, porém, visa à abolição da liberdade e até mesmo à eliminação de toda a espontaneidade humana e não a simples restrição, por mais tirânica que seja, da liberdade” ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 543.

⁶⁶ YAKOBS, Günther. Sobre a teoria do direito penal do inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Orgs.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 11.

me de restrição geral dos direitos fundamentais à sua própria população, bem como a valer-se de atos extremos contra aqueles considerados inimigos/terroristas (dos quais, a imensa maioria é formada por estrangeiros), inclusive com a conversão da base militar de Guantánamo em local de privação da liberdade de terroristas (geralmente, estrangeiros).⁶⁷

É imperioso anuir com as observações feitas por Calle-gari, no sentido da carência de efetividade, no trato de questões afetas ao terrorismo, de medidas embasadas no Direito Penal do Inimigo, pois o que se vem observando é que a guerra ao terrorismo/terrorista tem servido de motivação para que outras pessoas adiram à causa terrorista, muito em decorrência das ocupações de uns países por outros.⁶⁸

Manuel Valente partilha do entendimento acima, posto que considera que a guerra ao terrorismo revigorou a noção de inimigo-delinquente, justificando-se uma atuação preventiva do Direito Penal cada vez mais afastada de sua configuração liberal (que firma limites à atuação punitiva estatal).⁶⁹

Por sua vez, Zaffaroni reforça que a adoção da teoria do Direito Penal do Inimigo, conforme trabalhada por Yakobs,

⁶⁷ LIRA, Cláudio Sousa; CALLEGARI, André Luís. Direito Penal Antiterror: necessidade de definição jurídico-penal para a tipificação de terrorismo no Brasil. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 710-745, set./dez. 2015, p. 715.

⁶⁸ CALLEGARI, André Luís. Terrorista: um discurso sobre o direito penal de exceção. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMAN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2016. p. 19-27, p. 27.

⁶⁹ “A dramatização e a politização da violência, em especial a violência terrorista ou a violência descarnada da desobediência civil qualificada de terrorista, gerou o retorno à concepção de um ‘delinquente-inimigo’ como se a prevenção ao e do crime se fundasse em uma lógica de ‘guerra ao crime’ demolidora de uma verdadeira *politik*, que não se esgota nas ‘dimensões avassaladoras’ e no ‘flagelo que constitui a criminalidade organizada’. Este ‘regresso a casa’ ou «retrocesso vem embebido de uma ‘cultura de segurança’, típica da ‘sociedade do risco’ e da ‘sociedade do bem-estar’»” VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*: o «progresso ao retrocesso». – 2. ed. – São Paulo: Almedina, 2016, p. 87/88.

conduziria à quebra do Estado de Direito, ante a sua incompatibilidade com a coisificação de pessoas, ainda que acusadas da prática de fatos graves.⁷⁰

Essa também é a posição de Muñoz Conde, que questiona se o Estado de Direito se compatibiliza com um modelo autoritário de Direito Penal, bem como se é possível falar em democracia num contexto de adoção de medidas punitivas incompatíveis com direitos e princípios fundamentais. O autor espanhol conclui então que “um direito penal de cunho autoritário, um direito penal do e para o inimigo é tão incompatível com o Estado de direito como o são as legislações das mais brutais ditaduras.”⁷¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das problematizações e das hipóteses levantadas no decorrer desta pesquisa, em que pese a complexidade do tema, é possível assentar que uma internacionalização do Direito Penal, nos moldes da oposição entre inimigos e cidadãos, mesmo numa perspectiva sistêmica, consagraria uma forma autoritária e seletiva de responsabilização, criando embaraços sérios para a obtenção de segurança (ante o reconhecimento do risco como elemento da sociedade).

Além disso, esse Direito Penal do Inimigo, até por conta da sua insatisfatória construção dogmática, conforme ressalta Luís Greco⁷², não reúne condições mínimas para o alcance de estabilização social em um plano tão multifacetado, multiator e multinível como o é a ordem internacional e as ordens norma-

⁷⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 164.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal do Inimigo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 75.

⁷² GRECO, Luís. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, nº. 7, 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

tivas transnacionais. No âmbito internacional, diante de todas as violências cometidas contra a humanidade, faz-se necessário aprimorar o processo de tutela dos direitos humanos, os quais, precisam superar desavenças históricas e interesses econômicos mesquinhos. Do contrário, notícias lamentáveis como aquelas relacionadas a Guantánamo e Alepo seguiram recorrentes. O Direito, principalmente o Penal, deve servir como instrumento de proteção do indivíduo perante o Estado ou mesmo de organismos internacionais autoritários.



REFERÊNCIAS

- A ARQUITETURA da destruição. Direção e Produção de Peter Cohen. Suécia: Peter Cohen, 1992. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IBqGThx2Mas>>. Acesso em: 20 jan. 2015.
- ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BEATTY, David M. *A Essência do Estado de Direito*. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade de Risco e Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís (org.). *Direito Penal e Globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.
- CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo III. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre:

- Livraria do Advogado Editora, 2010.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CANTERJI, Rafael Braude. *Política Criminal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o legislador, a sociedade e o juiz. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXIV. Coimbra: 1998.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos – bases para a sua compreensão*. Bauru: Edipro, 2001.
- _____. A reforma do CPP e a internacionalização do processo penal. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (org.). *Processo penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra; CUNHA, Tiago Lorenzini. Reflexões sobre o combate ao terrorismo e o Estado Constitucional e Democrático de Direito na era da globalização. In: LEONEL, Ana Letícia Anarelli Rosati; MAGALHÃES, Natália de Andrade (Orgs.). *Perspectivas Jurídicas: rumos contemporâneos*. São Paulo: Editora Garcia Edizioni, 2018, p. 314-345.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. – 4. ed. rev.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das Normas no Direito Internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2013.

- GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GERBER, Daniel. Direito Penal do Inimigo: Jakobs, Nazismo e a Velha Estória de sempre. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. – 2. ed. – Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- GRECO, Luís. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, nº. 7, 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das letras, 1995.
- JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Do Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 2006.
- MORAES, Ana Luisa Zago de. *O Estado de Exceção e a Seleção de Inimigos pelo Sistema Penal: uma abordagem crítica no Brasil Contemporâneo*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal do Inimigo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Mar-

- tins Fontes, 2012.
- PEREIRA, Vany Leston Pessione. Os Direitos Humanos na Corte Interamericana: o despertar de uma consciência jurídica universal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 2, set./dez. 2009, p. 25-38.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, Vital-Source Bookshelf Online, 2015.
- PORTUGAL, Daniela. A Autopoiese no Direito e o Funcionalismo Sistemico de Günther Jakobs na aplicação da lei penal. In: *Cadernos de Pós-graduação em Direito da UFRGS*, Vol. III, Número 2, Porto Alegre, p. 1-25, 2013.
- ROCHA, Leonel Severo; MARTINI, Sandra Regina. *Teoria e Prática dos Sistemas Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. N. 5, vol. 2, Porto Alegre: p. 141-149, jul./dez. 2013.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*. Itajaí: Vol. 19, n. 2, p. 400-429, mai./ago. 2014.
- _____. Constitucionalismo Transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado Constitucional. In: *Re-*

- vista de Investigações Constitucionais*. Curitiba: vol. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016.
- TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o «progresso ao retrocesso»*. – 2. ed. – São Paulo: Almedina, 2016.
- YAKOBS, Günther. Sobre a teoria do direito penal do inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Orgs.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.