

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**O Direito Penal Expansivo e do Inimigo como Enfrentamento ao Terror
Social do Crime Organizado. A Tutela do Direito Penal Mínimo aos Delitos
de Menor Potencial Ofensivo.**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Maurício Palmeira Filho

Orientador: Professor Doutor André Claro Amaral Ventura

Número do candidato: 20150300

Junho de 2019

Lisboa

RESUMO

O direito penal passou por várias alterações substanciais nos últimos anos no tocante à incorporação de princípios de Direito Penal de Risco tendendo ao Direito Penal Expansivo e mesmo ao Direito Penal do Inimigo, cenário onde deixou a visão fundada na proteção de direitos e garantias individuais do cidadão em face do próprio Estado, para o resguardo da sociedade em face dos riscos inerentes a violência urbana e do crescente fenômeno da ocorrência de ações de terrorismo social pelo crime organizado. Ao longo deste trabalho busca-se conceituar Sociedade de Risco e investigar as profundas alterações que o Direito penal vem apresentando em âmbito mundial na lida com as sociedades de risco e com o terrorismo, avaliando a distinção entre terrorismo social e terrorismo religioso e sectário, que tanto assola o dia a dia da sociedade contemporânea em extensas áreas geográficas do mundo, causando incerteza e insegurança na vida social pelo medo e pelo pânico causado e ampliando as consequências em âmbito internacional, tendo como foco a análise da peculiar situação do Brasil enquanto Sociedade de Risco mesmo sendo a oitava economia do globo, vítima do terrorismo social e da corrupção institucional, visto pela ótica da reformulação de seu sistema de justiça penal. Utilizou-se para tanto o método hipotético-dedutivo e investigativo em pesquisa histórico-documental indireta por fontes secundárias, bem como de pesquisa doutrinária e bibliográfica.

Palavras-chaves: Sociedade de risco; Terrorismo social; Brasil; Direito Penal.

ABSTRACT

The criminal law has undergone several substantial changes in recent years, regarding the principles of Criminal Law of Risk, tending to Expansive Criminal Law and even Criminal Law of the Enemy, scenery where the vision based on the protection of rights and individual citizen's guarantees against the State had been changed for the protection of society, in face of inherent risks of urban violence and increasing phenomenon of occurrence of actions of social terrorism from organized crime. Throughout this paper, we seek to conceptualize a Risk Society, to investigate the deep changes that Criminal Law has showed worldwide dealing with risk societies and terrorism assessing the distinction between social terrorism and religious/sectarian terrorism that so much plagues the present days of contemporary society in extensive geographic areas throughout the world, causing uncertainty and insecurity in social life, fear and panic amplifying the consequences in international context, putting focus in the analysis of the peculiar situation of Brazil as a Risk Society even though it is the eighth largest economy of the globe, victim of social terrorism and institutional corruption, seen from the point of view of the reformulation of its criminal justice system. The hypothetical-deductive and investigative method were used for indirect historical-documentary research by secondary sources, as well as for doctrinal and bibliographical research.

Keywords: Risk Society; Social Terrorism; Brazil; Criminal Law.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	5
<u>CAPÍTULO 1 - AS SOCIEDADES DE RISCO.</u>	9
<u>1.1 CONCEITUAÇÃO DOUTRINÁRIA DE SOCIEDADE DE RISCO.</u>	10
<u>1.2- O RECRUDESCIMENTO DO DIREITO PENAL NO MUNDO FRENTE ÀS AMEAÇAS DA SOCIEDADE DE RISCO E DO TERRORISMO.</u>	17
<u>1.3 O BRASIL COMO SOCIEDADE DE RISCO. AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. O TERRORISMO SOCIAL E A CORRUPÇÃO INSTITUCIONALIZADA. O REQUESTO PELA REVISÃO DO SISTEMA PENAL</u>	31
<u>CAPITULO 2 - A NOVA FACE DO DIREITO PENAL.</u>	42
<u>2.1 – O ENTRELAÇAMENTO DO DIREITO PENAL CLÁSSICO COM OS CONCEITOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DO DIREITO PENAL EXPANSIVO.</u>	42
<u>2.2- A NOVA JUSTIÇA INTERNACIONAL PÓS 11 DE SETEMBRO. O TERRORISMO E O NARCOTRÁFICO TRANSNACIONAIS. OS ACORDOS INTERNACIONAIS. “SOFT LAW E HARD LAW”.</u>	63
<u>CAPÍTULO 3 - A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE UM NOVO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL NO BRASIL.</u>	73
<u>3.1 - OS GRUPOS DE ALTA PERICULOSIDADE CRIMINAL ORGANIZADA. O SURGIMENTO DE UMA LEI ANTITERRORISMO. RECRUDESCIMENTO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.</u>	75
<u>3.2 - O PARADOXO BRASILEIRO DE JUSTIÇA. ADOÇÃO DE UM SISTEMA RÍGIDO DE PUNIÇÃO PARA CRIMES GRAVÍSSIMOS E DE UM SISTEMA DE TUTELA MÍNIMA PARA DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.</u>	92
<u>CONCLUSÃO.</u>	98
<u>REFERENCIAS</u>	107

INTRODUÇÃO

O mundo globalizado trouxe um conseqüência incoercível pelo qual tudo o que acontece em qualquer lugar, repercute e reverbera em todo canto sem perda de tempo. A informação, a notícia, os sons e imagens, as culturas e contraculturas, a nova tecnologia descoberta, os avanços científicos, os fatos sociais e políticos, os acidentes ecológicos e as guerras, dentre outros eventos, são compartilhados e sentidos seus efeitos em tempo real por grande parcela da humanidade. Tudo isso gera influência quase que imediata tanto no comportamento das sociedades hodiernamente interconectadas como no ser humano individual também afetado por esse fenômeno.

Eventos catastróficos de amplitude planetária repercutem entre as mais distintas e distantes sociedades, a exemplo da miséria e da destruição ecológica a ela inerente, da ruptura da camada de ozônio pelo efeito estufa e do desmatamento das florestas tropicais em decorrência da atividade humana degradante e do capital selvagem e irresponsável. O perigo de contaminação por armamento químico ou biológico correlato ao uso de obsoletas tecnologias e de arsenais nucleares disponíveis a países de baixo índice de desenvolvimento humano, cultural, social, econômico e político, não raro submetidos ao jugo de tiranias religioso/sectárias, constituem graves circunstâncias que expõem a todos sem exceção, ao risco constante de tragédias e catástrofes de proporções bíblicas.

O medo perene de uma guerra de extermínio aliado ao fenômeno do terror e da prática terrorista disseminado pelos quatro cantos do globo, fazem multiplicar exponencialmente as tentativas do direito no sentido de exercer sua missão de controle sobre aquilo que se convencionou chamar de sociedade de risco, identificada como aquela sociedade de baixa institucionalização onde a política e a gestão pública não refletem os anseios e necessidades de seu povo, mas sim os interesses de um grupo dominante desprovido de princípios patrióticos e, portanto, servil ao capital selvagem e escravagista interno ou internacional.

Constata-se, pois, que a sociedade de risco a par de deter baixo nível de institucionalização, sua política não reflete os anseios e necessidades de seu povo, mas sim os interesses de um grupo dominante que aparelha e controla o poder local. Esse grupo dominante, por sua vez, se alia ao capital de plantão detentor de poderio industrial, tecnológico e financeiro, que num movimento circular faz progressivamente sua força e

influência política crescer numa espiral infinita retroalimentada, promiscuamente gerada nessa relação incestuosa entre capital selvagem e poder público.

Somando nesse cenário nada venturoso e em decorrência do baixo nível de desenvolvimento cultural, educacional e institucional, as sociedades de risco também se prestam à proliferação de grupos terroristas paramilitares munidos com armamento de guerra para exercício de atividades de tráfico de drogas e de exploração e dominação interna de comunidades locais, como também servem de palco para organizações extremistas de índole sectário/religiosa, como se verifica em vários países do oriente médio, do mundo árabe e também do continente africano, exportando o terror mundo afora, principalmente para a Europa, sendo que o clímax dos atentados terroristas se deu em solo dos EUA em 11 de setembro de 2001.

Também merece especial destaque esse fenômeno acima referido e que se manifesta nas sociedades de risco inerente ao terrorismo social, que, nada obstante não se informar do ódio racial/religioso e, portanto, não induzir sectarismo, gera superlativos abalos no seio das sociedades em que se manifesta. Esse tipo de terror que faz elevar exponencialmente o risco em uma sociedade, é praticado pelo narcotráfico e pelo crime organizado não raro sob a forma de milícias paramilitares e quando se instala em seu seio, vale-se de violência exacerbada invariavelmente estribada num poderio armado de guerra utilizado em solo urbano mediante inegável índole terrorista e se destina ao cometimento de crimes nefastos, como tráfico de drogas, armas, seres e órgãos humanos, dominação de comunidades etc.

Vai-se, portanto, investigar o modo pelo qual as nações desenvolvidas vêm reagindo às ameaças antes descritas que de certo modo implicam na negação dos conceitos e princípios civilizatórios, humanísticos e garantistas até há pouco presentes e em evolução incessante no campo do Direito Penal moderno. Esses princípios vem sendo paulatinamente substituídos por outros tidos já por superados há tempos, dando lugar a um panorama muito mais severo, restritivo de liberdade e sobremodo punitivo.

No Primeiro Capítulo analisa-se a sociedade de risco, suas características e suas implicações tanto para si própria como para a sociedade internacional, bem como o endurecimento de normas de direito penal no pressuposto de assegurar e proteger a sociedade da prática de crimes contra a incolumidade social, tutelando bens supra individuais e que se protraem no tempo e que acarretam uma troca entre sistemas de justiça, passando do Direito

penal clássico ao Direito penal do inimigo. Analisa-se também o Brasil inserido no conceito de sociedade de risco enquanto vítima, de um lado, da corrupção institucionalizada cometida pela associação diferencial entre parte dos agentes políticos e autoridades em concurso com parcela do empresariado, e de outro lado, do terrorismo social praticado por organizações criminosas do tráfico transnacional de entorpecentes e das milícias paramilitares.

No Segundo Capítulo são abordadas as transformações que o Direito Penal vem sofrendo no cenário mundial em virtude da multiplicação de sociedades de risco e das ameaças terroristas, principalmente após o fatídico 11 de setembro de 2001. Essas alterações também são observadas através da ótica das imensas desigualdades econômicas e disparidade de desenvolvimento entre as nações, o que trouxe ao Direito Penal uma nova feição punitiva dentro de um contexto de endurecimento das normas penais clássicas mescladas com princípios de direito penal expansivo e do inimigo, em decorrência do terror e do risco latentes.

No terceiro Capítulo analisa-se a conveniência e oportunidade da adoção de um novo sistema de justiça penal no Brasil após a insegurança social que se instalou no cenário do país a partir do advento concreto do terrorismo social, como produto da criminalidade urbana organizada e também da densa corrupção institucional que envolve considerável parcela da atividade político/governamental nos três poderes do Estado, em franca associação com substancial parte do empresariado, gerando insegurança e incerteza social e política no seio da nação. Segundo a ótica de investigação desse problema, a revisão do sistema de justiça penal brasileiro se daria, de um lado, mediante o agravamento da punição a delitos graves cometidos por organizações criminosas na prática do terrorismo social e nas condutas inerentes à corrupção institucionalizada no tripé político/governamental/empresarial dentro de um universo de crimes que matam, escravizam e tornam miseráveis um número imenso de brasileiros. De outro turno, essa revisão se completaria através da adoção pelo sistema de justiça brasileiro, de conceitos de Direito penal mínimo aplicáveis em regime de tutela mínima no que tange a delitos de pequeno potencial ofensivo e praticados sem emprego de arma, grave ameaça ou de violência à pessoa, em iniciativa que certamente traria a reboque reflexos altamente positivos na questão penitenciária e da superpopulação carcerária, na medida em que um número considerável de delitos seriam apenados através de, multas, restrições de direitos, serviços comunitários, perda de bens etc, sem a necessidade da imposição de encarceramento.

Conforme já anteriormente enunciado a **metodologia** utilizada para enfrentamento dos problemas propostos no tema investigado, utilizou-se nesta dissertação, do método hipotético-dedutivo e investigativo em pesquisa histórico-documental indireta por fontes secundárias bem como de pesquisa doutrinária e bibliográfica.

Recorreu-se dentro desse contexto ao exame da doutrina anglo saxônica contemporânea, a germânica, a inglesa e a americana afetadas que foram pelo fenômeno do terrorismo e do risco, após 11 de setembro de 2001, o que nos leva a uma análise metodológica de índole empírica, doutrinal e também histórica.

Considerando que o tema apresentado consiste no estudo do fenômeno atual das sociedades de risco e as ameaças que lhes são inerentes tanto para si próprias como para outras sociedades no contexto globalizado e os reflexos daí decorrentes em diversos países do mundo no campo do Direito penal, como resposta ao aumento de intensidade, diversidade e complexidade dessas ameaças, e considerando ainda a análise do Brasil enquanto sociedade de risco e a investigação de eventual necessidade ou não de reformulação de seu sistema de justiça penal, impõe-se a utilização do método hipotético-dedutivo, no encontro de evidências empíricas que apoiem as conclusões aqui chegadas e a tal revisão do sistema de justiça brasileiro com apoio na experiência mundial.

A pesquisa histórico-documental indireta por fontes secundárias envolve análises, discussões e interpretações de estudiosos sobre o tema e se justifica dado o abalo que as ameaças decorrentes das sociedades de risco vem gerando ao Direito penal das nações, que em razão delas, vem paulatinamente se afastando daquela feição garantista e protetiva dos direitos e garantias do indivíduo em face do próprio Estado, conquistada ao longo de séculos, para adotar mecanismos de proteção às sociedades mesmo em detrimento da desejada ordem garantista.

Como não poderia deixar de ser, em se tratando de trabalho acadêmico/científico também se lastreia em pesquisa documental valendo-se de registros jornalísticos e legislações em vigor, e, sobretudo em pesquisa doutrinária e bibliográfica dentre vários autores que tem analisado o tema e manifestado suas opiniões científicas e acadêmicas.

CAPÍTULO 1 - AS SOCIEDADES DE RISCO.

A discrepância absoluta entre os níveis de desenvolvimento tecnológico, econômico e cultural de evolução humana somadas às disparidades raciais e religiosas e também questões geográficas e geopolíticas inerentes às reservas naturais, minerais e de mananciais, fizeram aparecer no seio desse contexto global, algumas sociedades que por seu baixo grau de desenvolvimento ou pela parcial ou absoluta ausência desses indicadores de progresso anteriormente mencionados, tornam-se um risco para si próprias e para outras que atingiram maior grau de evolução geral. São elas o que se convencionou chamar de sociedades de risco.

O processo de transformação social passou por diversas fases até o surgimento da sociedade contemporânea que se desenvolveu a partir da sociedade pré-industrial, tendo como principal característica os riscos sempre presentes. O homem que se preocupava eminentemente com os fenômenos naturais advindos de causas externas e geralmente atribuídos a vontade divina, passa a se ver envolto em uma dimensão muito maior e complexa de problemas gerados como decorrência de sua busca incessante por evolução e conhecimento. A complexidade da vida em sociedade passa a atingir proporções infinitamente maiores, afetando a coletividade.

Diante da procura interminável de um máximo alcance de desenvolvimento, a sociedade concede espaço para possíveis falhas de normatização do processo de desenvolvimento. O homem passa a reconhecer o risco e admitir a possibilidade de que o desenvolvimento de novos riscos decorre de decisões humanas, eliminando assim a convicção de previsão do inesperado.¹

O advento da tese da sociedade de risco de Ulrich Beck² e a sua enorme difusão, fez com que a sociedade da pós-modernidade ou da era pós-industrial passasse a ser classificada como sociedade de risco, assim descrita a partir das transformações de âmbito econômico e também por estar sob rápida variante e constante transformação com repercussões diretas no bem-estar individual, tanto pelo aparecimento de avanços tecnológicos de forma extraordinária, quanto pelos fenômenos econômicos.

¹ AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

² BECK, Ulrich, **Sociedade Del Riesgo: hacia una nueva modernidade.** Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, Mexico: Paidós, 1998.

1.1 CONCEITUAÇÃO DOUTRINÁRIA DE SOCIEDADE DE RISCO.

Ulrich Beck³ batiza essa nova realidade social como sociedade de risco onde pode-se observar que os riscos possuem um conceito de algo fabricado, artificial, decorrendo de decisões humanas e suas conseqüentes atividades. Sempre relacionados a efeitos de grande expansão territorial e temporal, atingem a um número indeterminado de pessoas cada vez maior.⁴

Sendo assim, as sociedades de risco seriam aquelas caracterizadas pelos baixos níveis educacionais, sociais, econômicos e políticos que nelas imperam. E quanto ao bem-estar de seus cidadãos encontram-se, de um modo geral, sujeitas a toda sorte de riscos e ameaças à saúde, meio-ambiente, vida e segurança desses indivíduos.

Na visão de Beck⁵, a sociedade do risco corresponde a uma fase do desenvolvimento em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem a escapar das instituições voltadas ao controle e à proteção da sociedade industrial.

De onde surge esta mobilização política, esta – quem sabe – democratização forçada’ pelo risco do conflito? Sociedade do risco significa: o passado perdeu o seu poder de determinação sobre o presente. Entra em seu lugar o futuro – ou seja, algo que não existe, algo fictício e construído – como a causa da vida e da ação no presente. Quando falamos de riscos, discutimos algo que não ocorre, mas que pode surgir se não for imediatamente alterada a direção do barco. Os riscos imaginários são chicote que fazem andar o tempo presente. Quanto mais ameaçadoras as sombras que pairarem sobre o presente anunciando um futuro tenebroso, mais fortes serão os abalos, hoje solucionados pela dramaturgia do risco.

Partindo dessa noção de que em tais sociedades, o risco reside em suas próprias bases político/institucionais e são ligados à degradação ambiental acentuada⁶, à manipulação

³ BECK, Ulrich, *op. cit.*

⁴ HAMMERSCHMIDT, Denise. **O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental.** Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/25965221/hammerschmidt---o-risco-na-sociedadecontemporanea-e-o-principio-da-precaucao-no>>

⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização.** São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 178

⁶ Passados pouco mais de 03 anos do crime ambiental de Mariana, em 25 de janeiro de 2019 a Cia Vale, se torna reincidente específica, em novo delito ambiental com a ruptura da barragem de Brumadinho também em Minas Gerais, dessa vez com conseqüências muito mais graves, pois acarretou 165 mortes e 155 desaparecidos. Nenhum dos compromissos assumidos pela Vale, para reparar o ambiente e as vítimas de Mariana foram cumpridos, e os poderes constituídos do estado brasileiro nada fizeram.

genética, aos riscos nucleares, à exploração minerária desenfreada e de mananciais dentre outros, e que dado o fenômeno da globalização estas ameaças põem em risco não somente aquela determinada sociedade como também a um número maior de outras sociedades, é certo que tal risco acaba por se espalhar à própria existência da humanidade.

A partir dessa noção de que “*a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos*”. Ulrich Beck⁷ formulou esse novel molde penal para o qual cunhou a expressão “Direito Penal do risco”.

Segundo Beck nesse tipo de sociedade persistem as diferenças entre níveis sociais distintos naquilo que tange à exposição aos riscos, sendo as classes sociais inferiores as mais expostas. No plano externo a presença dessas sociedades permite se perceber mais facilmente as desigualdades internacionais. As indústrias que produzem os maiores riscos ao ambiente, à saúde, e à sociedade em geral, se deslocam para esses países onde se pagam menores salários e que detêm baixo nível de exigência legal, de fiscalização de atividades e de controle ambiental. Tudo isso está relacionado ao baixo nível político/institucional, sócio/educativo e sentimento patriótico como decorrência do grau de corrupção que permeia nessa espécie de sociedade, permitindo a essas empresas sujas, exercerem seu jogo de influência nefasta que sempre as favorece em busca do lucro fácil e irresponsável.

O problema da destruição ambiental na teoria da sociedade mundial do risco é entendida como revelador seja da crise institucional que atravessa a sociedade industrial, seja no seu modo de reagir e lidar com as próprias incertezas fabricadas, afastando-se da posição em que a questão ambiental é vista apenas como mero problema ecológico, pois afirma Beck que o “discurso sobre a sociedade mundial do risco pode nos fazer sobrevalorizar a relativa autonomia da crise ecológica e transformá-la numa perspectiva unidimensional da sociedade global”.⁸

As catástrofes naturais e a proliferação dos riscos, segundo a teoria da sociedade de risco, passam a ser imputadas necessariamente a decisões de âmbito industrial ou técnico/econômico de pessoas ou organizações, assevera Beck:

Quem tiver a curiosidade de saber qual experiência política está associada à consciência da crise ecológica acabará se deparando com uma infinidade de

⁷ BECK, Ulrich, **Sociedade Del Riesgo: hacia una nueva modernidad**.. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, Mexico: Paidós,1998.

⁸ _____, **O que é globalização? Equívocos do globalismo, resposta a globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 83.

afirmações, entre estas a de que se trata de uma autopunição da civilização, algo que não deve ser atribuído a Deus, deuses ou à natureza, a decisões humanas e progressos da indústria que emergem das exigências de controle e direcionamento desta mesma civilização. A outra face desta mesma experiência é o desmantelamento desta mesma civilização que, aplicado à política, pode dar luz à experiência de um destino comum. ‘Destino’ é a palavra correta, pois todos podem estar expostos (em casos - limite) às decisões científico - industriais; ‘destino’ é a palavra incorreta, pois estes riscos ameaçadores são o resultado de decisões humanas.⁹

Dentro dos efeitos da globalização, vale ainda o alerta de Frederico Stella¹⁰ quanto a impotência em face dos mega-riscos: “...defronte à circularidade planetária do risco, os sistemas jurídicos dos países industrialmente mais avançados são obviamente impotentes”.

Um outro aspecto do mesmo fenômeno é que esses riscos civilizatórios e ameaças à paz e ao bem-estar interno e externo, na medida em que atendem a interesses poderosos, acabam por ser patrocinados diretamente pelo governo de plantão ou pela política reinante que, muitas das vezes são eleitos e se mantêm no poder pelos mais diversos objetivos, sejam eles: a influência, o poder e ou pelo dinheiro que almejam. Valem-se de maciça propaganda caluniosa e que induz em erro a população ao final ludibriada por uma falsa plataforma política jamais posta em prática.

Ulrich Beck, em sua teoria de direito penal na sociedade de risco indica a existência de três grandes espécies de riscos que são: 1) Riscos de perigos globais; 2) Riscos que decorrem da pobreza e; 3) Riscos das armas de alto poder destrutivo.

Os primeiros são os causadores de destruição ecológica ocasionada pelo alto desenvolvimento industrial, que consiste na destruição da camada de ozônio, no efeito estufa, nos nefastos efeitos da manipulação genética, no domínio inescrupuloso da energia nuclear e da indústria química, entre outros. Esses riscos são encontrados nas sociedades ricas e com avançada industrialização e acarretam consequências de ordem planetária ao passo que escapam da percepção imediata das pessoas e sua identificação somente pode feita através de *experts*.

(...) os chamados riscos globais abalam as sólidas colunas dos cálculos de segurança: os danos já não têm limitação no espaço e no tempo – eles são globais e duradouros; não podem mais ser atribuídos a certas autoridades – o princípio da causalção perdeu a sua eficácia; não podem mais ser compensados financeiramente – é inútil querer se garantir contra os efeitos de um worst case da ameaça em espiral.¹¹

⁹*Ibidem*.

¹⁰ STELLA, Frederico. **Direito Penal e Sociedade do Risco**. Revista Síntese de Direito penal e Processual, v. 05, nº30, fev/mar, Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 59.

¹¹ BECK, **O que é globalização?...**, p. 83

Os segundos são aqueles que BECK distingue como problemas ambientais provenientes da riqueza e os conseqüências desta, relacionando-se à destruição ecológica que é reflexo do subdesenvolvimento e dos riscos de um processo não concluído de industrialização e da utilização de tecnologia ultrapassada, sendo que as suas conseqüências globais ocorrem apenas a médio prazo e sob a forma de efeitos secundários.

São igualmente exemplos dessa categoria:

(...) os riscos provenientes de tecnologias ultrapassadas, como as formas de produção que geram elevado índice de poluentes, os acidentes em usinas atômicas e químicas em países subdesenvolvidos, os problemas causados por lixo e resíduos tóxicos, acidentes relacionados com produtos perigosos e derramamento de óleo, além do desmatamento de florestas tropicais.¹²

A terceira ordem de riscos está ligada ao arsenal de poder destrutivo de elevada magnitude,

(...) tais como armas químicas, biológicas e nucleares, que escaparam das antigas estruturas de controle das superpotências e tornaram-se uma ameaça destrutiva muito presente. Em razão dessas circunstâncias, teme-se, além dos riscos de um conflito militar entre Estados, os riscos advindos do terrorismo fundamentalista ou privado.¹³

A conseqüente interação entre as espécies de riscos oriundas da destruição ecológica, das conseqüências da modernização incompleta e dos conflitos armados, é assim entendida por Beck:

De qualquer maneira as destruições ecológicas propiciam guerras – seja o irrompimento de um conflito armado pela disputa de fontes vitais (água, por exemplo) ou a convocação de forças militares por fundamentalistas ecológicos do Ocidente com a intenção de impedir a destruição ambiental (como ocorreu quando da solicitação para o fim do desmantelamento das florestas tropicais). Não é difícil imaginar que um país vivendo numa pobreza crescente venha a explorar o meio ambiente até os seus últimos recursos. No desespero (ou no acobertamento político do desespero) ele pode se utilizar da força armada para tomar posse de fontes estrangeiras de sobrevivência. Destruições ecológicas (como o alagamento de Bangladesh, por exemplo) podem levar a movimentos de fuga em massa, que por sua vez desembocam em conflitos de guerra. Ou então, Estados envolvidos na guerra e ameaçados de entrar em colapso podem, numa medida extrema, fazer uso de armas atômicas e químicas ameaçando destruir regiões e cidades circunvizinhas. Não há limites para a construção imaginária de cenários de horror que reúnam essas fontes de perigo¹⁴

¹² MACHADO, Marta Rodrigues de Assis, **Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**, p. 45-46.

¹³ *Idem*, p. 46.

¹⁴ BECK, **O que é globalização?** pp. 82-83.

O fim da guerra fria e a desvinculação de países anteriormente ligados ao bloco comunista liderado pela União Soviética e até então unidos militarmente pelo Pacto de Varsóvia – dissolvido em 07 de junho de 1990 – fez despertar o medo fundado de que artefatos atômicos fossem parar em “mãos erradas”.

Para alguns, a maior ameaça é que algum grupo terrorista ponha a mão numa arma nuclear e decida explodi-la – ou pelo menos ameace fazê-lo – para promover a sua causa política. Teme-se também que uma organização criminosa use material radioativo para extorquir em larga escala de um governo ou de uma empresa. Um artigo em *Scientific American* explica: “Para ganhar credibilidade, bastaria o chantagista enviar uma amostra (do material nuclear) para análise. Subsequentes ameaças de poluir o ar ou os reservatórios de água, ou mesmo detonar uma pequena arma nuclear, poderiam ter poderosos efeitos. Órgãos de repressão já descobriram tentativas de contrabandear material nuclear. Isso intensifica os temores de que grupos clandestinos possam de fato estar tentando desenvolver armamentos nucleares.¹⁵

Temos então a sociedade de risco concretando uma nova realidade e causando um grande impacto na esfera penal. O advento do progresso tecnológico e científico e a disseminação dos moderníssimos instrumentos por ele criados, gera a prática de novas condutas submissíveis à tutela penal que antes eram tidas como impossíveis ou inexistentes.

Dada a complexidade desta nova sociedade e considerando que os danos nela gerados pelo mero fato de antes não existirem, são invisíveis ou mais difíceis de serem identificados e enfrentados, não se encontrando tipificados em nenhum *codex*, novas modalidades mais sofisticadas de ilícitos surgem com o próprio desenvolvimento técnico/científico, instituindo-se para o Direito uma difícil tarefa no que tange à tipificação, apuração, prevenção e punição da nova gama de delitos que nela se originam.

Essas reflexões nos remetem a ZAFFARONI ¹⁶dentro daquela sua idéia de *ser o Direito Penal o meio de controle social*, ou seja: o Direito Penal é o instrumento mais firme e contundente de que dispõe o Estado para proteger os bens jurídicos mais valiosos da sociedade, que, para cumprir tal meta, se utiliza do sistema penal integrado pela Justiça criminal, pelo Ministério Público, pela Polícia e pelo sistema prisional. E qual o bem jurídico mais valioso da sociedade senão ela própria?

Contudo, nas sociedades de risco onde o risco reside em suas próprias bases sócio/político/institucionais, tal realidade torna passível a geração do perigo iminente da

¹⁵ [HTTP://www.energiatomica.hpg.ig.com.br/krieg.htm](http://www.energiatomica.hpg.ig.com.br/krieg.htm)

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** Parte Geral. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

internacionalização de um estado de beligerância, como consequência da resposta militar das sociedades que venham a ser por elas atingidas, por exemplo: Estados Unidos, França, Alemanha, Rússia, Inglaterra, Itália, Espanha, Bélgica dentre outros.

Tudo isso faz potencializar a busca de proteção mediante a adoção de uma dogmática penal que impacta os princípios garantistas que evoluíram dentro do desenvolvimento e modernização do Direito penal.

Um outro aspecto alarmante desse fenômeno é a sua propagação pelo mundo mediante infiltração nos movimentos migratórios internacionais de êxodo humano de refugiados. Nesse cenário, essas sociedades indiscutivelmente mais evoluídas se vêem ante a contingência do recrudescimento das regras que estruturavam o plano interno de seu Direito Penal. A consequência cabal é a incorporação em seu arcabouço punitivo de princípios penais já há muito acoimados de primitivos e ultrapassados e que se encontravam em desuso.

Na visão de sociedade de risco esboçada por Ulrich Beck, Félix Guattari¹⁷, destaca que:

Os riscos engendrados pelas atividades humanas (ex. Usinas atômicas na França e ogivas nucleares disseminadas) podem levar, a menor falha técnica ou humana, ao extermínio coletivo. Questiona os modos dominantes da valorização das atividades humanas: (1) o do princípio de um mercado mundial que lamina os sistemas particulares de valor, colocando num mesmo plano de equivalência os bens materiais, os culturais, as áreas naturais etc; (2) o que coloca o conjunto das relações sociais e internacionais sob a direção das “máquinas policiais e militares”. Nesse contexto situam-se os Estados: “os Estados entre estas duas pinças, vêem seu tradicional papel de mediação reduzir-se cada vez mais e se colocam, na maioria das vezes, a serviço conjugado das instâncias do mercado mundial e dos complexos militar-industriais.

De outro turno, há um fenômeno paradoxal originado na propagação da insegurança no âmbito de sociedade de risco e que decorre da atuação da própria mídia quando promove intensa e reiterada cobrança de respostas aos fatos ocorridos, mediante apelos muitas das vezes dramáticos, não isentos e desproporcionais à ameaça concreta, sendo possível verificar que dessa experimentação mais intensa pelos indivíduos, o apelo por segurança se vê exacerbado ante uma situação de risco possivelmente menor em proporção à resposta.

O sistema de proteção e de garantia dos direitos humanos tão sofridamente conquistados ao custo de um pós Guerra Mundial, a Segunda Grande Guerra, tendo passado a consistir norma universal de garantia, fundada em tratados internacionais celebrados entre as

¹⁷ GUATTARI, Félix. **As Três Ecologias**. São Paulo: Editora Papyrus, 2003. p. 10.

nações estigmatizadas pela beligerância avassaladora da guerra, começa a ser mitigado. O Direito Penal do facto até então adotado nesse panorama protetivo do indivíduo e pelo qual se analisa a conduta humana que dá causa a um resultado previsto como sendo criminoso, devidamente tipificada em uma norma penal anterior e pré-existente a essa conduta na ordem jurídica, passa a ceder espaço ao Direito Penal do agente ou do autor o que faz remeter a questões do passado do Direito penal, em que se atribuiu proeminência a pessoa do delincente como ser humano antissocial. Assim, os conceitos inerentes à reincidência fazem ressuscitar novamente a teoria de Lombroso quanto ao “homem delincente” ou “criminoso nato” pela qual a responsabilidade do criminoso deve fundar-se na sua periculosidade, sempre agravada pela possibilidade natural da reincidência.

Cabe aqui o reparo de Bobbio¹⁸ quanto a afirmação de que *“o problema dos direitos do homem não é tanto o de justificá-los, mas sim, o de protegê-los”*, sendo fato marcante que os direitos humanos adquiriram estatura e relevo no período posterior a Segunda Guerra Mundial. Esse período delineou um marco histórico fundamental do Direito Internacional Penal, onde a vontade e a soberania dos Estados, traços essenciais do Direito Internacional clássico, sofreram limitações com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Carta das Nações Unidas.

Porém, a mudança de cenário que se deu a partir de 11 de setembro de 2001 com os vários atentados terroristas que se sucederam, explica a origem do renascimento do Direito Penal do agente em detrimento do Direito Penal do facto, que nessa ordem de idéias, retoma e privilegia novo paradigma: o recrudescimento do viés punitivo e dos tipos de perigo abstrato e também da reincidência, em relação aos agentes ou comunidades quando sede de grupos terroristas, ou seja, num sistema de justiça muito mais acentuadamente repressor, que lida com os tipos de pessoas e não mais propriamente com os factos por elas praticados, razão pela qual passa-se a novamente aceitar um cadastro global de reincidência.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 43.

1.2- O RECRUESCIMENTO DO DIREITO PENAL NO MUNDO FRENTE ÀS AMEAÇAS DA SOCIEDADE DE RISCO E DO TERRORISMO.

Essa nova visão que passa a se instalar como reação aos ataques terroristas e às sociedades de risco que se multiplicaram, tende a prevalecer sobre aquela visão humanista de que “O direito penal deve preservar as garantias conquistadas pela humanidade”¹⁹ na contramão da mesma linha jusfilosófica de pensamento em que se posiciona Rodrigo Murad do Prado quando assevera que: “em matéria de direitos humanos conquistados, é princípio do direito internacional a proibição de seu retrocesso”²⁰.

Indo além, pontua o doutrinador:

A ampla defesa, o devido processo legal, o contraditório com paridade de armas, a proibição da prova obtida por meios ilícitos, a proibição do julgador de exceção, a presunção de não culpabilidade – inocência presumida - , a proibição da produção de prova contra si mesmo; a proibição do *non bis in idem*, proibição das penas cruéis, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e de morte, são direitos que não podem ser tangenciados sob qualquer argumento²¹.

E prossegue:

O processo penal deve ser entendido como instrumento que o cidadão possui para evitar eventuais arbitrariedades que o Estado, ao exercer o poder punitivo, vier a cometer.

Esse contexto de incertezas pelo mundo fez evocar o renascimento de uma visão criminológica de viés superlativamente punitivo e repressor, pela ótica de eminentes intérpretes, sendo essa visão aquela que preconiza a adoção de conceitos de uma nova vertente criminológica que se nutre desse manancial de fenômenos negativos emanados das sociedades de risco.

Neste novo quadrante do Direito Penal, que se propõe a enfrentar as condutas típicas de um ambiente de risco, há que se associar como comparsa de uma nova forma de tutela um sistema mais expansivo e menos garantista dos direitos e liberdades individuais. Um sistema que proteja mais a sociedade como bem jurídico de maior valor, gerando assim uma maior

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo; Editora Saraiva, 4ª ed. 2005.

²⁰ PRADO, Rodrigo Murad do. **Fundamentos do Direito Penal Mínimo**, Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 3ª ed. 2018, p. 5

²¹ *Idem*, p. 5 e 6.

eficácia na tutela preventiva, apoiado na ideia de que o direito penal clássico aplica-se apenas aos crimes de dano subjetivo onde a lesão concerne ao bem jurídico individual.

A necessidade de um novo modelo de direito penal que se aplique à sociedade de risco é ressaltada por Gemaque:

Esse modelo clássico de direito penal serviu durante a fase pré e recém-industrial, perdendo, contudo, eficácia, após a Segunda Guerra Mundial, principalmente depois do advento da revolução tecnológica e da sociedade pós-moderna, após o que se exige uma atuação mais efetiva de um novo direito penal mais preparado para enfrentar a criminalidade organizada e difusa que existe atualmente. É necessário que um novo direito penal seja construído, diferentemente daquele oriundo do positivismo jurídico, ou seja, um direito penal moderno e inerente a um sistema aberto para fazer frente à criminalidade da sociedade do risco.²²

Assim, a nova sociedade de risco exige um direito penal que tutele bens supra-individuais e se aplique a crimes que se protraem no tempo quando não no espaço, gerando seus resultados fragmentariamente a partir do momento em que cometidos para o futuro, e, não raro, atingindo uma diversidade de sociedades em razão da proximidade, como é o caso da Europa. Essa sociedade exige um direito que tutele de modo mais concreto os crimes de perigo e de perigo abstrato e não raro terá de se valer de normas penais em branco e de mitigação de garantias processuais.

Nela, a nova sociedade de risco, os problemas se universalizam quer sejam decorrentes tanto da globalização, quanto das guerras esparsas pelo mundo, cuja feição mais extrema e covarde é a do terror fanático e radical de índole religiosa que implementa ataques sumamente destrutivos ao seio das sociedades ocidentais mais desenvolvidas, além de não poder excluir a vertente do terror social já anteriormente descrita, que desordena e desqualifica a organização e segurança internas dessas sociedades.

Como resposta a essa nova fenomenologia de viés penal, as sociedades ameaçadas se viram na contingência de derrubar paradigmas da criminologia consagrados nos últimos dois séculos, passando a implementar na prática, o Direito penal do risco, que, dentro de uma semântica expansivista, preventiva e antecipatória, possibilita o adiantamento da tutela penal mediante expedientes de proliferação de modelos típicos, antes vistos somente sob a ótica da excepcionalidade tais como os tipos penais de perigo abstrato e as normas penais em branco.

²² GEMAQUE, Sílvio César Arouck. “**Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos**”. In: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 2, n. 8, jul-set, 2003, p. 141.)

Além disso, tornando possível a expansão do tipo penal que venha a ser identificado nos casos concretos, esse novel sistema em implemento colhe outros agentes que tenham atuado com menor carga de participação ou cuja conduta tenha se restringido a meros atos de preparação. Ou seja, a conduta de cada um dos agentes deixa de ter importância na definição do tipo e na fixação da pena, que se expande de modo igual a todos que integrem o grupo.

No campo fértil das ameaças provenientes das sociedades de risco, essa moldura que caracteriza o Direito penal expansivo e do risco se impõe mais a cada dia, e considerando também que guarda uma relação de pertinência com aquele cenário global onde também vicejam os conceitos doutrinários do Direito Penal do Inimigo desenvolvido por Gunther Jakobs, ao que parece, na atualidade se instala uma ótica penalista segundo a qual determinados princípios clássicos de natureza garantista em prol do indivíduo, cedem lugar a outros que privilegiam ou protegem a sociedade como um todo e como uma ordem maior coletiva.

A expansão do Direito Penal decorre do aparecimento de novos interesses objeto de tutela penal e que ocasionam não só insegurança como também a amplitude dos valores atribuídos a alguns interesses que já existiam anteriormente.

É certo também que a banalização da insegurança num panorama de avanços tecnológicos e científicos em que novos riscos são gerados a todo tempo, ocorre de forma lenta e paulatina prolongando-se no tempo. Isso impede a detecção imediata dos riscos, como é possível nos crimes do direito penal clássico. Inclui-se nesta percepção a acomodação social que gera um tipo de anestesia de reação como factor do retardo na tomada de decisão efetiva e tempestiva em face dos novos riscos surgidos.

Nesse cenário é importante destacar a teoria da **associação diferencial** que se apoia na tese de que, tanto a motivação para a prática do ato quanto o conhecimento das formas de cometimento desse ilícito, são frutos de um aprendizado que decorre do processo de comunicação no interior de certos grupos sociais organizados e que quando os valores dominantes no grupo são propícios ao cometimento de uma infração, independentemente de sua classe social, a lei será violada! Deriva daí, por exemplo, a conclusão de que a denominação dos crimes "white collar"²³ é inerente às características do agente e não do ato praticado.

²³ Crimes de "colarinho branco".

Ao se analisar o Direito penal sob o ângulo da sociedade de risco há que se visualizá-lo sob uma ótica múltipla que inclua também os conceitos do Direito Penal do Inimigo, do Direito Penal Expansivo e da nova Justiça Internacional, porquanto nesse campo tudo se encontra interligado, reverbera e interage.

Nesse sentido, o período inaugurado após o fatídico dia 11 de setembro de 2001, em que o terrorismo internacional logrou desferir um golpe profundo nas entranhas da sociedade americana, somado aos ataques terroristas que se sucederam na Europa Ocidental e promoveram profundas mudanças nos ordenamentos penais de vários países, sobretudo nas sociedades ocidentais mais desenvolvidas, acarretou uma reação em cadeia que fez com que o humanismo e o garantismo individual até então pedras angulares do Direito Penal dessem lugar a teorias penais mitigadoras dessas conquistas, onde o bem jurídico tutelado com primazia e preponderância passou a ser a coletividade social.

O combate ao terrorismo e ao crime organizado com foco na proteção da sociedade coletiva, na opinião correta do Eminentíssimo penalista de Portugal, Doutor André Ventura²⁴, fizeram:

(...) obrigar a respostas rápidas e eficazes por parte das sociedades. Mas, o Direito Penal não estava habituado a dar respostas rápidas, mas antes respostas maturadas ao longo do tempo, sistematizadas num certo equilíbrio teórico. Agora perdemos isso; agora querem-se respostas rápidas, concretas e eficazes.

Na obra referida no rodapé desta página, assinala o autor, um importante dado:

Já não se previne a conduta, previne-se aqueles tipos concretos: Cuidado com aqueles indivíduos; cuidado com estas listas, com estas organizações, com estas instituições financeiras, com estas universidades. Já não prevenimos os factos, mas antes os agentes. Essa é aliás a imagem de marca do novo Direito Penal.²⁵

Segundo o autor, o mundo pós 11 de setembro de 2001 fugiu dos paradigmas que até então norteavam o Direito Penal clássico, afastando o humanismo que consagrava a análise da conduta e a análise do facto, pois até então somente a concreta conduta tipificada era passível de ser considerada como ato punível.

²⁴ VENTURA, André, **Lições de Direito Penal**, vol. I, 1ª edição, Chiado Editora 2013, p. 215.

²⁵ *Ibidem*.

A partir desses eventos terroristas ficou em evidência a teoria de Gunther Jakobs²⁶ jurista alemão e professor de Direito Penal e de Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, quanto ao Direito Penal do Inimigo, que passou a ocupar espaço mesmo que parcialmente numa espécie de reformulação dos sistemas penais. A referida obra, editada em 1985, inseriu nos sistemas legais mundo afora uma distinta linha de percepção penal quanto a proteção da sociedade, obediente à orientação que previne a conduta de certo tipo de agentes ou comunidades, por entender que a sobrevivência da comunidade internacional, sobretudo a ocidental, depende de sua capacidade no manejo e utilização do Direito Penal na guerra contra o terror e o crime organizado transnacional.

Foi o que se testemunhou nos Estados Unidos a partir dos ataques em solo americano, pois o país que no campo da política externa sempre se postou como o guardião da democracia no mundo e líder representante do bloco ocidental, após o advento do fatídico 11 de setembro de 2001. A partir desse grave ataque somatizou-se uma reação político/jurídica interna em solo americano que inaugurou novas bases em sua política externa, fundamentada no confronto com o terrorismo internacional. Essa nova política externa se convencionou chamar de “Doutrina Bush”.

Essa linha de ação e de reação que o Presidente americano George W. Bush (2001-2008) pautou, propugnava uma postura externa ofensiva fundada no uso da força de forma preventiva para neutralizar quaisquer ameaças, presentes ou futuras. Vê-se aí um nítido viés de Direito penal expansivo que passou a orientar as principais iniciativas e diretrizes político-militares daquilo que viria a ser conhecido como “Guerra ao Terror”. Foram feitas várias intervenções no Afeganistão em outubro de 2001, sob a acusação de que governo era cúmplice de Osama Bin Laden, repetidas também no Iraque em março de 2003, com fundamento em alegações jamais comprovadas de que o governo de Saddam Hussein encobria a produção de armas de destruição em massa além de estar aliado a Al Qaeda.

Tal doutrina, percebida da análise de documentos oficiais do governo George W. Bush, buscou a construção da sua identidade em torno do terrorismo transnacional e dos chamados Estados Falidos, destacando estes últimos como causas de proliferação de grupos terroristas e contra eles direcionando os impactos dessa ação política americana, por entender que as causas do terrorismo teriam a ver com as fragilidades institucionais dos Estados

²⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel *apud* JAKOBS, Günther, **Direito Penal do Inimigo** Noções Críticas, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007.

Falidos. Assim, a intervenção externa, na ótica da referida doutrina, deveria compreender operações para fortalecer os fracassados países e não como forma de ingerência em busca de outros interesses.

Os ataques de 11 de setembro imprimiram um caráter superdimensionado ao terrorismo e além disso deram ênfase ao perigo representado pelos Estados Falidos, conforme transcritos nos documentos oficiais do governo Bush com tanta significação, a ponto de impactar a ação política internacional norte-americana após os atentados.

Os documentos que deram suporte às informações acima provêm de registros efetuados pelo The National Security Strategy of the United States of America, de 2002 e 2006 (doravante, NSS-02 e NSS-06, respectivamente) e o documento Fragile States Strategy, de 2005, (doravante, FSS-05), produzido pela United States Agency for International Development (USAID). Através deles se pode identificar as principais conceituações sobre Estados Falidos e sobre terrorismo na visão oficial do governo dos EUA acerca do tema que corresponde a defesa e segurança nacional.

Defending our Nation against its enemies is the first and fundamental commitment of the Federal Government. Today, that task has changed dramatically. Enemies in the past needed great armies and great industrial capabilities to endanger America. Now, shadowy networks of individuals can bring great chaos and suffering to our shores for less than it costs to purchase a single tank. Terrorists are organized to penetrate open societies and to turn the power of modern technologies against us (Nss-02, p. iv.)²⁷

Aflora no governo americano a compreensão de que existe uma nova ameaça diferente daquelas do passado e que demanda novas formas de ação, reconhecendo que o desempenho desses grupos depende da capacidade de penetração dos mesmos em outros países, os quais proveriam as condições materiais para o planejamento e a atuação das redes terroristas. A partir daí, temos as primeiras caracterizações dos Estados ditos Párias e Falidos. Os dois trechos abaixo são ilustrativos da atribuição de sentidos que a NSS-02 oferece:

²⁷ **Terrorismo e Estados Falidos: uma análise de discurso crítica**, Aureo de Toledo Gomes, Rossana Rocha Reis, Tainah Espíndola Opin. Publica vol.20 no.2 Campinas Aug. 2014 –
Fonte:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-2762014000200291

In the 1990s we witness the emergence of a small number of rogue states that, while different in important ways, share a number of attributes. These states:²⁸

- brutalize their own people and squander their national resources for the personal gain of the rulers;
- display no regard for international law, threaten their neighbors, and callously violate international treaties to which they are party;
- are determined to acquire weapons of mass destruction, along with other advanced military technology, to be used as threats or offensively to achieve the aggressive designs of these regimes;
- sponsor terrorism around the globe; and
- reject the basic human values and hate the United States and everything for which it stands" (Nss-02, p.p. 13-14).

The events of September 11, 2001, taught us that weak states, like Afghanistan, can pose as great a danger to our national interests as strong states. Poverty does not make poor people into terrorists and murderers. Yet poverty, weak institutions, and corruption can make weak states vulnerable to terrorist networks and drug cartels within their borders (Nss-02, p. v).

Constata-se por conseguinte que os atentados de 11 de setembro desvelaram uma nova realidade na qual os EUA entenderam que o perigo vem de fora e se infiltra, jaz, sobretudo, na incapacidade ou relutância de países vistos como fragilizados para se reformarem e acabarem com a pobreza endêmica e o subdesenvolvimento. Isso é o que os faz tornarem-se reféns de grupos terroristas.

Não que fosse algo estranho ao Estado americano sempre se autoproclamando guardião da democracia ocidental e que em sede de política interna já havia institucionalizado programas e práticas repressivas em face de minorias desvalidas, tais como o movimento “Lei e Ordem”, doutrina surgida na década de setenta e que perdurou com muita força até os noventa. Esse movimento teve como seu principal idealizador o ex-promotor conservador Rudolph Giuliani que se tornou prefeito de Nova York entre 1994 e 2002 com um discurso e ação políticas focadas no combate à criminalidade comum e na segurança da sociedade.

Giuliani promoveu a recuperação urbanística da cidade combatendo a delinquência de rua com o programa conhecido por “Tolerância Zero” e empreendeu verdadeira guerra contra as drogas, as gangues nova-iorquinas e contra a violência dos jovens em geral. Sua bem sucedida campanha teve por objetivo “devolver as ruas ao povo nova-iorquino”.

²⁸ *Idem.*

Em sentido oposto a essa visão repressiva de expansão do direito e de retomada do Direito penal do inimigo e mesmo dos movimentos do tipo “Lei e Ordem” relacionados aos delitos de maior gravidade e complexidade no panorama internacional de hoje, importa mencionar o estudo do Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente²⁹. Nessa obra o estudioso mestre constata a presença dessa corrente de pensamento com a qual ele não concorda, partilhada entre vários operadores do direito e jusfilósofos:

³⁰A modernidade e pós-modernidade, baseada em uma filosofia ética e política, consideram que um ser humano que não é capaz de se reger pelo Direito deve ser expulso da sociedade. O agente do crime (o delinquente) perde o estatuto jurídico-político de cidadão ou a condição de pessoa dotada de direitos, liberdades e garantias.

O direito não deve preocupar-se e defender os interesses destes seres humanos por terem optado não por respeitar a ordem jurídica do estado legal ou do estado social. Vários filósofos e pensadores políticos projetam uma teoria do delinquente como inimigo da sociedade, sendo a mesma fonte de inspiração do Direito penal do inimigo em que se baseia GÜNTHER JAKOBS e seus discípulos LESCH e MIGUEL POLAÏNO-ORTS.

MIGUEL POLAÏNO-ORTS, na linha de JAKOBS, defendendo a legitimidade de um Direito penal do inimigo, considera que as normas penais materiais e processuais modelares do Direito penal do inimigo foram aprovadas nos Estados constitucionais sociais democráticos e são fruto da tensão entre a fraqueza da tutela dos bens jurídicos pelo designado Direito penal do cidadão e a necessidade de uma efetiva tutela e de uma efetiva segurança cognitiva normativa e da sociedade, assim como defende que é possível harmonizar e compatibilizar as normas do Direito penal do cidadão com as normas do direito penal do inimigo, sendo essa convivência real e democrática.

O uso sistemático do terror é um fator que põe em xeque as políticas criminais atuais, pois de um lado, vivemos em uma sociedade do risco permanente – a ameaça terrorista, as novas tecnologias, a cibernização do conhecimento, a bioquímica, a pedofilia, o tráfico de droga, o tráfico de seres e de órgãos humanos, o crime organizado, o ambiente, o desemprego – que gera um sentimento de insegurança que facilita a cedência por parte do cidadão, da sua liberdade em troca de uma segurança sacralizada por um poder em si mesmo enfraquecido na legitimidade; por outro, cria-se uma nova idéia de sociedade em que o inimigo é do exterior

²⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo – O Progresso Ao Retrocesso**, 2ª ed., São Paulo, Editora Almedina Brasil, 2016

³⁰ *Idem*, p. 37 e 38.

materializando assim o direito penal de Gunther Jakobs: o direito penal do inimigo³¹, que afirma ser *“el fruto de um debate filosófico sobre << enemigos>> y << no personas>>, sino que constituye una repuesta <<moderna>> - costosa, lenta, simbólica y que no ataca las causas sistemáticas de los problemas – del estado a unos problemas cada vez mas graves”*³²

Para isso é preciso observar que a criminalização de novas condutas que representam novos riscos para a comunidade em todo e qualquer âmbito de sua atuação, aumenta de perigo caso essa penalização venha a se dar através de normas penais em branco, o que acarretaria inegável insegurança jurídica.

Nada obstante as diversas e respeitáveis opiniões em contrário, o mundo afetado pelos fenômenos do terrorismo e das sociedades de risco segue implementando em seus sistemas de justiça, mecanismos mais repressores e punitivos, conforme se infere do Direito penal Alemanha que recentemente mudou sua legislação para permitir a revogação da cidadania de alemães terroristas. Numa ordem legal já informada por conceitos do direito Penal do inimigo, ficou decidido pelo Governo que pessoas com dupla nacionalidade que se unam a organizações terroristas, como o "Estado Islâmico" e o PKK, em operações de combate no exterior perderão a cidadania alemã. A agência alemã de inteligência interna considera o PKK como a maior e mais poderosa organização extremista estrangeira na Alemanha.

Quem viaja para o exterior e participa de operações de combate ao lado de uma milícia terrorista demonstra ter virado as costas para a Alemanha e os valores fundamentais do país e se voltado para outro poder estrangeiro na forma de uma milícia terrorista", afirmou o Governo Federal.³³

Isso significa que cidadãos alemães com dupla nacionalidade que se unirem a grupos rebeldes, como o Partido dos Trabalhadores do Curdistão (PKK), que há três décadas luta contra o Estado turco, também podem perder sua cidadania. A Alemanha abriga a maior diáspora curda no mundo, e uma séria de cidadãos alemães se uniu ao PKK nas últimas décadas.

O Código Penal do Império Alemão (Reichsstrafgesetzbuch), após sua complementação já previa para a preparação de crimes até três anos de pena. Em casos extremos tal pena poderia atingir cinco anos de prisão em correspondência proporcional ao

³¹ PRITTWITZ, CORNEUUS, **"Derecho Penal del Inimigo: Análisis crítico e programa del derecho Penal?"**, in **La Política Criminal en Europa**, (Dirigido por SANTIAGO MIR PUIG e MIRENTXU CORCOY BIDASOLO e coordenado por VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN), Atelier Penal, pp.107-119

³² *Idem* p.119

³³ Fonte - www.dw.com/pt-br/alemanha-muda-lei-para-revogar-cidadania-de-terroristas/a-48198971

injusto pretendido pelo agente, numa época em que o assassinato era punido diretamente com a pena capital. Esta pena abandonada em 1943, vigorava para os atos preparatórios em geral num formato punitivo um pouco reduzido em relação à pena aplicável ao ato. Contudo, no que tange a pena máxima, ocorre um transbordamento que a eleva a dez anos de prisão em casos de formação de organizações terroristas e a quinze anos para os chefes destas organizações.

Na punição de atos preparatórios em quando se trata de punir a formação de uma organização criminosa ou terrorista, ainda que os atos aqui considerados possam permanecer mais ou menos vagos, pois a perturbação da segurança pública também só pode ser reconhecida de forma difusa, tais atos exigem ameaças de penas mais duras a fim de evitar sua proliferação [Eskalationen].

Portanto, somente o Direito penal e não o Direito de polícia, em si competente para a defesa contra o perigo [Gefahrenabwehr], pode encaixar os membros da organização perigosa na moldura de autores e neutralizá-los por meio de prisão preventiva (Untersuchungshaft) e pena de privação de liberdade de longa duração.

Quanto a essas modificações implementadas no Direito penal alemão relativamente às ameaças terroristas, muito elucidativo o texto de Gunther Jacobs, o eminente e consagrado professor catedrático aposentado de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha³⁴.

Conseqüentemente, o objetivo da privação de liberdade também é diferente para criminosos evidentemente perigosos, ou seja, para terroristas, e para um criminoso cuja periculosidade ulterior não é evidente do mesmo modo. No caso comum de um crime, a pena é uma espécie de compensação pelo dano, exigida de maneira coercitiva da pessoa do criminoso. A pena é contrariedade — isto é evidente — e imposição de dor, e tal dor deve ser medida de forma que o embasamento cognitivo da norma violada não sofra por causa do ato ocorrido.³⁵ Segundo a dogmática do direito penal, contrariedade e dor encontram-se pré-formados no conceito de culpa.³⁶

Voltemos aos terroristas! Sua punição, em larga medida preliminar, ou os severos interrogatórios não se adequam a um perfeito Estado de direito, assim como o abatimento de uma aeronave comercial. Ambos pertencem ao direito de exceção, do mesmo modo como, em seu tempo, a incomunicabilidade foi criada como direito de exceção, primeiro como praeter legem. Além disso, o

³⁴ **Terroristas como pessoas no direito?*** Günther Jacobs tradução: Luciano Gatti – fonte <http://www.scielo.br/pdf/nec/n83/03.pdf>

³⁵ Jakobs, Günther. **Staatlich Strafe: Bedeutung und Zweck**. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2004, pp. 38ss.

³⁶ *Idem*. **Schuld und Prävention**. Tübingen: Mohr, 1976

Estado não escapa ao dilema ao renunciar a regulações: a exceção instaura-se de qualquer modo sem sua interferência, e o direito correspondente já se adequa a ela. Quando o Estado, porém, se depara com uma regulação, ele deve decidir, de maneira satisfatória, entre aquilo que vige apenas para o inimigo, seja este terrorista ou um outro dissidente ativo obstinado e de peso, e aquilo que vige para os outros, incluindo o cidadão, pois, caso contrário, o direito penal do inimigo contamina o direito penal dos cidadãos. Esta separação de domínios pressupõe, contudo, que o Estado consiga identificar e tratar abertamente aqueles autores, em relação aos quais a presunção de comportamento fiel ao direito não se sustenta, pelo menos em um âmbito importante, como aquilo que eles são, ou seja, como inimigos ao menos sob certo aspecto. Até dez anos de pena privativa de liberdade para o mero pertencimento a uma organização terrorista, investigações sigilosas, escutas, por perigo de reincidência, entre outros, não são per se ataques ao Estado de direito; eles só o são quando ocorrem sob o manto do direito penal dos cidadãos baseado na culpa ou de um processo penal regular.

Quem, porém, só reconhece o Estado de direito dos períodos sem crise — *sit venia verbo* — induz o Estado real a dissimular como regras as exceções que se fazem necessárias à sobrevivência em um mundo vergonhoso e, assim, obscurecer o que de fato são regras e exceções. Dito de outro modo, o Estado de direito imperfeito apresenta-se como perfeito por meio de um uso ideológico das palavras. A subestimação da complexidade da realidade do Estado é perigosa porque ela não permite ver quando o direito penal se encontra sobre o solo seguro do direito penal do cidadão e quando este se encontra no solo inteiramente escorregadio do direito penal do inimigo.

Volto mais uma vez à questão colocada no início: é possível travar a guerra contra o terror com os instrumentos de um direito penal de Estado de direito? Um Estado de direito que tudo abarque não poderia travar esta guerra, pois ele deveria tratar seus inimigos como pessoas e, conseqüentemente, não poderia tratá-las como fonte de perigo. Em Estados de direito que operam na prática de modo ótimo procede-se de outra maneira, e isso lhes dá a chance de não se quebrarem durante o ataque a seus inimigos.

O Reino Unido, por sua vez, também adotou regras penais agravando a punição e sobretudo a fortalecendo a prevenção, em face de suspeitos de terrorismo com base em conceitos de Direito Penal Expansivo e do Inimigo, ampliando, inclusive, as hipóteses em que admitida a imposição de prisão preventiva, além de alongar os prazos de detenção e de incomunicabilidade.

A ampliação das hipóteses em que são aplicáveis a prisão preventiva, que conforme conceitua André Ventura, é “*medida máxima e mais penalizante de todas as medidas de coação*”³⁷, por estabelecer a privação da liberdade do agente ainda na condição de suspeito, sem a culpa formada e sem uma condenação ainda a vista, vem em frontal contradição a um contexto jurídico em que prevalece o princípio intocável da presunção de inocência.

Prossegue o penalista:

³⁷ VENTURA, André, **A Nova Justiça Internacional**, Lisboa, Chiado editora, 2015, p. 41.

Uma sociedade em pânico – por exemplo, no seguimento de ataques terroristas - como analisa DORA KOSTAKOPOULOU, tenderá a uma aplicação muito mais severa e intensa da prisão preventiva do que num contexto criminal de normalidade.

Como bem aponta a autora citada pelo doutrinador:

Yet there are times when rights – based model of democracy is supplanted by what may be termed a siege mode of democracy. Governments may believe that the nation’s survival is at stake. Fear and “war mood” may take hold of populations, as they contemplate ways of thwarting certain risks. Under such circumstances, officials invoke the existence of an emergency in order to protect the life of the nation and are willing the national security exception even to areas where clearly national security is not an issue.

No exemplo do Reino Unido ocorreu uma relação de causa e efeito entre contexto social e medidas legislativas adotadas no âmbito do direito processual penal. Isso se verificou em decorrência dos atentados de 07 de Julho de 2005 ocorridos em Londres, quando logo após o evento, em agosto do mesmo ano, o Governo anunciou a adoção de 12 novas medidas desenhadas para aumentar a segurança. Sobre o tema merece destaque essa outra manifestação de DORA KOSTAKOPOULOU:

Accordingly, the Government proposed an unprecedented extension in the police’s powers detention. Any person suspected of being involved in terrorists activities could be detained for up to 90 days without charge. On the grounds that the Police sufficient time to gather the relevant information necessary for the prosecution of suspected terrorists and that the rules of game have changed owing to the unprecedented nature of the organized islamist threat is was argues that it is the state’s overriding duty to safeguard the safety of its citizens and to prosecute actively terrorists.³⁸

Prosseguindo em sua análise o mencionado doutrinador:

A prisão preventiva, os seus prazos de duração, os seus pressupostos de aplicação e o leque de crimes a que será, em teoria, aplicável, tenderão a variar significativamente consoante o “contexto criminal” e psicossocial dominantes.

(...) após os atentados de 07 de Julho em Londres, os prazos de detenção e prisão preventiva foram significativamente alargados, facto que mereceu

³⁸ KOSTAKOPOULOU, Dora, “How To Do Things With Security post 9&11, in Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28, n.2, p. 332.

avultadas críticas que por parte de diversas organizações de direitos humanos britânicas, quer por parte de vários organismos internacionais.³⁹

Nesse cenário de recrudescimento dos sistemas de justiça penal no mundo há que se referir a presença do Direito penal expansivo por conta do surgimento de novos bens jurídicos a merecerem tutela, bem como em razão do aparecimento de novos riscos não abrangidos na sistemática clássica do Direito penal material e processual. Tem-se em mira que a atuação do direito penal clássico não mais atende à nova realidade social instalada onde o bem jurídico a ser protegido consiste no tecido social, o que se distancia da ideia do bem jurídico individual, objeto de tutela do Direito penal clássico. Esse estado de coisas implica no aumento do arsenal legal punitivo do Estado que passa a impor leis mais rígidas, expandindo tipos penais, agravando punições e mitigando garantias individuais.

O Direito penal expansivo numa sociedade de risco desgarrou-se daquela ideia de “*ultima ratio*”. Ou seja, a ideia de que o direito penal somente deveria ser aplicado quando não mais possível a utilização de nenhuma outra esfera de atuação estatal. Tornou-se, com efeito na “*prima ratio*”, substituindo inclusive, a esfera administrativa em hipóteses concretas, dada a necessidade de proteção imediata da coletividade quando ameaçada.

Os crimes econômicos passam a se enquadrar na categoria de *prima ratio*, quer pela dimensão dos danos não individualizáveis, quer pela extrema dificuldade de sua reparação. Note-se que a percepção social para estes ilícitos é diferenciada porquanto neles o dano é distintamente experimentado dentre as várias classes sociais, sendo sempre superlativamente mais deletério, impiedoso e injusto, para com as classes mais pobres.

Nesse ambiente merece atenção a análise da relação entre o aumento da criminalidade e insegurança das comunidades, o que acaba por impor a concreta necessidade de criminalização de novas condutas e agravamento das penas com reflexo no processo penal.

Testemunhamos que o Direito penal tem mostrado cada vez mais uma face expansionista num movimento contínuo, podendo se destacar alguns exemplos de sua expansão manifesta em: a) o incremento na utilização dos tipos de perigo abstrato e das normas penais em branco; b) o alargamento do Direito Penal a novos âmbitos e interesses em correspondência à supra-individualidade de novos bens jurídicos; c) a flexibilização dos critérios de imputação.

³⁹ VENTURA, André, **A Nova Justiça Internacional**, Chiado Editora, Lisboa, 2015, p. 43.

Portanto, a aplicação da tutela penal preventiva favorece também a que prisão se dê por tempo indeterminado, mesmo não havendo a prática de qualquer conduta concreta, mas havendo a clara presunção fundada em evidências e em condutas antecedentes visivelmente suspeitas, quanto à hipótese de que o ilícito possa vir a ser praticado.

Também para fins da aplicação da tutela penal expansiva ou do inimigo é fator desinfluyente se nesta célula suspeita composta por um número determinado de integrantes, somente uma fração desse grupo concretize a conduta, pois todos serão incluídos no mesmo tipo penal. Nessa hipótese não prevalece o conceito de conduta individualizada nem de grau de participação.

Então o fenômeno da expansão do Direito deu-se como corolário da crise que se evidenciou nos Sistemas de Justiça com o advento das sociedades de risco. Nesse contexto o que se passou a chamar de Direito penal expansivo tem suas bases doutrinárias desvendadas na preciosa obra de Jesus-Maria Silva Sánchez⁴⁰, ao sustentar que a expansão do Direito penal se deu em correspondência à aparição de *novos bens jurídicos* carecedores de tutela como também do *efetivo aparecimento de novos riscos* inerentes ao extraordinário avanço e desenvolvimento tecnológico e industrial com repercussões no bem-estar da sociedade. Segundo ele essas circunstâncias criaram a *institucionalização da insegurança*, dando lugar a novas ordens de delinquência antes não conhecidas e de difícil enfrentamento, como por exemplo a “ciberdelinquência” (crimes praticados via internet e em meios informáticos).

O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de *bens jurídicos* especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes-, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal.⁴¹

Esses são, portanto, os aspectos mais representativos que caracterizam o endurecimento do Direito penal no mundo, frente as ameaças oriundas da sociedade de risco e do fenômeno do terror.

⁴⁰ SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. **A expansão do direito penal**. 2.^a Edição Revista e Ampliada. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Revisão de Luiz Flavio Gomes e William Terra de Oliveira, São Paulo: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011.

⁴¹ *Idem*. p. 33.

1.3 O BRASIL COMO SOCIEDADE DE RISCO. AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. O TERRORISMO SOCIAL E A CORRUPÇÃO INSTITUCIONALIZADA. O REQUÊSTO PELA REVISÃO DO SISTEMA PENAL.

Fazendo uma breve resenha histórica sobre o Brasil a fim de permitir a compreensão dos factos que o impeliram na direção de se tornar uma sociedade de risco, vale ilustrar que o país veio de ser governado por mais de duas décadas por um regime de viés socialista, temperado inicialmente, nos governos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, por uma índole neoliberal, que, após o equilíbrio da moeda e controle inflacionário, passou a reduzir o tamanho do Estado, havendo realizado as maiores privatizações da história do país.

Esse governo foi sucedido por 14 anos pelo Partido dos Trabalhadores frente ao poder, pelas mãos dos Presidentes Luiz Inácio Lula da Silva, um operário sindicalista e Dilma Rousseff, integrante da luta armada, que fizeram o país dar uma guinada à esquerda, numa vertente muito mais socialista/comunista. Nesse longo período o estamento público foi aparelhado e ocupado por um número imenso de partidários do governo. Vale lembrar que esses dois ex-presidentes foram militantes de esquerda durante os governos militares, tendo inclusive Dilma Rousseff, segundo os relatos históricos, sido subversiva e terrorista integrante da luta armada. Nesses governos vários ex - militantes de esquerda das décadas dos anos 60 e 70 assumiram importantes funções de poder, com destaque para o ex-ministro José Dirceu, além de inúmeros sindicalistas de esquerda.

Nessa história de meio século do Brasil essa foi a inicial experiência travada com o terrorismo em raízes relacionadas ao comunismo e ao governo militar que se sucedeu após a deposição do então presidente João Goulart, havida em 31 de março de 1964 e que fora patrocinada por setores militares apoiados pelos EUA e por segmentos da sociedade civil brasileira, que viam na conduta do Presidente deposto a clara intenção de implantar o comunismo no Brasil.

Voltando a esse período em que o PT foi o partido governista, imperou o despreparo e a corrupção dos militantes partidários que ocuparam os cargos da alta administração, de assessoramento e de comando do governo, fazendo vicejar no Brasil o campo mais fértil para instalação de uma sociedade de risco onde se produziram incontáveis exemplos de associação diferencial para a prática da corrupção e de crimes de lesa pátria, bastante conhecidos internacionalmente.

Esse cenário propício fez com que proliferassem os sucessivos casos de corrupção político/empresarial de patamares estratosféricos, que ficaram conhecidos como os mega escândalos do “mensalão”, do “petrolão” e da “lava-jato”. Esses escândalos tiveram como consequência o desmonte de um hipermecanismo de alta complexidade que envolvia governo e políticos associados aos grupos empresariais denominados “Os Campeões Nacionais”, os quais na verdade eram os “Campeões da Corrupção”, cujo desiderato único era o de desviar recursos financeiros públicos para sustento de seu propósito de poder perene e de enriquecimento ilícito. Para tanto, impediam que empresas sérias participassem do processo de desenvolvimento do país.

Essa página de triste lembrança, felizmente foi virada com a condenação e prisão do ex-Presidente da República e o “impeachment” da outra ex-Presidente que não conseguiu se eleger senadora.

Essa, portanto, é a origem histórica do Brasil como sociedade de risco derivada do facto de que a política e os poderes de estado nem sempre mantiveram compromisso com os anseios e necessidades do povo e com o bem comum. No passado recente, visaram os interesses de seus próprios grupos de partidários e de apaniguados, enraizados na política e em boa parte associados à corrupção e ao capital selvagem nacional ou internacional.

Registre-se por oportuno, o pensamento de Jesus-María Silva Sánchez que permite compreender bem esse fenômeno criminal. Foi assim que se deu no Brasil, conforme evidenciado adiante.

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau) a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho, que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados).⁴²

⁴² *Ibidem.*

O projeto de poder que se instalou, gerou um solo fértil para a proliferação dos crimes econômicos, de abuso de poder econômico, contra a ordem tributária, fraudes fiscais bilionárias, crimes praticados majoritariamente pelo poderio econômico empresarial em conluio com agentes governamentais, agentes políticos e outros integrantes ou representantes dos poderes do Estado brasileiro.

Dentro dessa mesma lógica, a sociedade de risco que aqui se descortinou, fomentou também campo apropriado ao desenvolvimento do crime organizado em suas múltiplas feições (terrorismo, tráfico de drogas, contrabando de armas, tráfico de órgãos, mercado de escravos ou tráfico de pessoas, dominação e escravização de comunidades etc).

Testemunhamos no Brasil em várias de suas regiões geográficas a clara ação do terrorismo social, aquele que embora distinto de uma vertente religioso/sectária vale-se do terror das armas de guerra em solo urbano em situações de guerrilha para impor sua dominação e praticar o universo de crimes violentos que vão desde o tráfico transnacional de drogas e de armas, de órgãos e de pessoas, até a dominação exploração e escravizamento de comunidades sociais. Esse tipo de terrorismo combate seus concorrentes e o próprio Estado constitucionalmente organizado, com táticas e armamentos de guerra deixando um elevadíssimo saldo de homicídios por meios hediondos, além de gerar um clima de instabilidade social, de medo e de terror.

Ao ensejo, trazemos a definição de terrorismo social na lição do eminente José Martins Barra da Costa⁴³, como sendo *“todo o acto de violência armada, que, cometido com um fim político, social, filosófico, ideológico ou religioso, viola os direitos humanos, seja pelo emprego de meios cruéis e bárbaros para atacar objectivos inocentes, seja pelo ataque a objectivos sem interesse militar”*.

Esse cenário uma vez instalado torna muito difícil e custosa a tarefa de seu desaparelhamento.

É exatamente esse o quadro de insegurança social frente aos riscos que se desfralda de modo eloquente no panorama do Brasil de hoje e se caracteriza por consagrar em sua realidade de vida social a presença diuturna dessa plethora de crimes, que por sua natureza, abalam a segurança das relações institucionais no âmbito de sua sociedade.

⁴³ COSTA, José Martins Barra da. **O terrorismo e as FP 25 anos depois**. Lisboa: Colibri, 2004. p. 25.

São crimes que violam a ordem tributária, econômica, ambiental e sobretudo, a ordem cidadã. Por conseguinte vulneram a estrutura e o tecido social do país como consequência inerente. Veja-se que de um lado, impedem o regular recolhimento aos cofres públicos das receitas de tributação devidas, mediante adoção de artifícios ilegais e criminosos que desviam tais recursos públicos de seu endereçamento aos serviços essenciais e típicos, que o Estado tem a obrigação e o dever constitucional de entregar ao público, ao povo e à nação (saúde, educação, segurança, habitação, transporte, infraestrutura, melhoria nas condições de vida da sociedade). De outro lado, os recursos fraudulentamente desviados vão parar nos bolsos de empresários, políticos, governantes e intermediários do sistema ilegal e perverso, proporcionando o enriquecimento ilícito de todos os integrantes dessa imensa rede criminosa.

Essa realidade passou a constituir a triste e perversa mácula que caracteriza o Brasil da atualidade onde os grupos empresariais e agentes públicos se concentram e se entrelaçam dentro de uma teia de comunicação integrada para o aperfeiçoamento de suas práticas delitivas. Assim, da funesta experiência que se colhe do Brasil de hoje, se constata com tristeza que quando os valores dominantes no grupo são propícios ao cometimento de infração mesmo penal, independentemente da classe social a que esse grupo pertença a lei será violada.

Os inúmeros danos ambientais proliferam e por trás deles existem indústrias, empresas multinacionais dentre outras megapotências que são alvo da crítica pública e demandam uma maior consciência quanto a proteção do meio ambiente. No outro polo está o cidadão que não conhece a importância das discussões sobre a proteção ambiental e tem uma posição hipossuficiente neste debate mesmo porque esses riscos são invisíveis para o homem comum, de difícil percepção e captação da atenção social.⁴⁴

Há que se salientar ainda que os riscos originados na sociedade do risco encontram na disseminação midiática uma importante ferramenta para a harmonização entre o desenvolvimento industrial e ao equilíbrio do meio ambiente.

Todo esse cenário reflete na criminologia moderna que passa a se apoiar na ideia de uma sociedade conflituosa envolvida numa luta de classes, em que os poderosos tornam-se os beneficiados e os estratos sociais mais baixos os mais prejudicados pela intervenção penal estatal. Nesse contexto, a criminologia não consegue explicar com completude a nova criminalidade.

⁴⁴ BECK, Ulrich. **A política na sociedade de risco**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/18900167/a-politica-na-sociedade-de-risco---ulrich-beck>>

A gama de fenômenos abarcados pela nova criminalidade inclui pessoas tradicionalmente “não poderosas”, não pertencentes aos estratos superiores, mas que se encontram numa posição especial que lhes permitem sua participação na promoção da delinquência.

É certo que o conceito de “criminalidade dos poderosos” não poderia ser trazido diretamente ao âmbito da criminalidade econômica, uma vez que não guarda relação com os aspectos desta e também porque nesta, seus autores em sua maioria, não são pessoas poderosas. Impositiva a interação desses atores na consumação delitiva. No campo em que ocorre o fenômeno criminal dos poderosos passa-se a institucionalizar o envolvimento de agentes de diferentes classes sendo que aqueles de uma classe social inferior, mas, com acesso privilegiado a informações e procedimentos devido a posições que ocupam ou funções que exercem, passam a interagir com os detentores de maior poder (políticos e empresários).

Esta prática delituosa é inerente às características dos agentes e não do ato praticado, pois trata-se geralmente de pessoas oriundas das classes sociais mais favorecidas ou com maior acesso aos setores de produção ou mesmo da política, e que em virtude disso integram o empresariado, o governo, política ou pertencem a uma categoria de executivos públicos ou privados. São esses que criam os elos de ligação que permitem a prática dos crimes de corrupção e, em decorrência disso se unem como uma imensa “quadrilha de delinquentes” para lesar a Pátria, comandados por aquelas autoridades sob cujas mãos se entregam os destinos da nação!

Lembrando e repetindo o alerta de Frederico Stella⁴⁵ quanto as sociedades de risco ao afirmar que “...*defronte à circularidade planetária do risco, os sistemas jurídicos dos países industrialmente mais avançados são obviamente impotentes*”, não bastasse o lamentável quadro acima, o Brasil testemunha a atuação das chamadas empresas “sujas” e de capital selvagem como decorrência do fenômeno da globalização, em que o deslocamento persegue a lógica perversa de se instalar em mercados onde os empregos são de baixos salários, a defesa ambiental é precária, a baixa institucionalização e a corrupção imperam, por exemplo, o que ocorre no campo ambiental brasileiro com a ocorrência de crimes hediondos em largas proporções e ruinosas consequências, tais como o que ocorreu no ano de 2015 no Estado de Minas Gerais e se repetiu agora no final de janeiro de 2019, novamente nesse mesmo Estado.

⁴⁵ STELLA, Frederico. **Direito Penal e Sociedade do Risco**, Revista síntese de Direito Penal e Procesual, v. 05, nº30, fev/mar, Porto Alegre: Síntese, 2005 p. 59.

O primeiro evento delituoso se iniciou na cidade de Mariana - MG e se alastrou pelo Estado do Espírito Santo, provocado pela ruptura de uma gigantesca barragem de resíduos e detritos de minério, pertencentes à mineradora Samarco com capital estrangeiro controlado pela empresa australiana BHP Billington em participação com a empresa brasileira Vale S.A. Este desastre criminoso de proporções catastróficas ocorreu por ganância excessiva do grupo minerador que se utilizava técnicas obsoletas para depósito e contenção de rejeitos, de baixo custo e altíssimo risco, somada à ausência de fiscalização e total descaso da parte do poder público. O resultado foi o soterramento integral da cidade mencionada em decorrência da ruptura da barragem que ocasionou um abalo ecológico gigantesco ao ecossistema e danos irreversíveis ao meio-ambiente, espalhando 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos e de lama no rio Doce e retirando-o para sempre do mapa do Brasil.

Na ocasião a comoção geral no país, suscitou uma série de reações dos poderes do Estado que jamais foram implementadas na prática. Entre elas, multas e sanções milionárias foram estabelecidas e diversos projetos de lei foram encaminhados ao processo legislativo. Ocorre porém, que passados mais de 03 anos de evento ruinoso, mediante expedientes protelatórios adotados pelas defesas do consórcio de mineração, nenhuma multa foi efetivamente paga. A população atingida com a perda de entes familiares, bens e moradias também não foi indenizada, e descobriu-se que a autoria dos projetos de lei em atendimento ao clamor público eram de iniciativa de políticos e parlamentares integrantes dos “*lobbys*” de representação dos interesses das próprias mineradoras, e que cessado o clamor público, trataram de obstruir o andamento dos projetos de lei por eles próprios apresentados.

A triste ironia do destino nesse episódio lamentável, é que ali corria um caudaloso rio que se chamava “Rio Doce” de suma importância para a vida da região em razão do qual a empresa adotou a denominação social de Vale do Rio Doce. Esse foi por décadas o nome da mineradora brasileira que “extirpou” o Rio Doce na condição de cúmplice da empresa australiana neste mega delito. Hoje ela se chama apenas Vale. Poderia ser “Vale da Morte”.

Segundo Priscila Santos Artigas⁴⁶ “A gravidade do acidente socioambiental ocorrido na Mineradora Samarco em Mariana, MG, é uma amostra da sociedade de risco em que vivemos, vislumbrada por Ulrich Beck”.

⁴⁶ ARTIGAS, Priscila Santos. **O Acidente da Samarco e a Sociedade de Risco**. O Estado de São Paulo, Ed. 12 de nov de 2015

Não havendo sido reparados os danos advindos do estratosférico delito ambiental e nem mesmo punidos os autores desse crime hediondo, a Vale mineradora incorreu em um novo ilícito de proporções tão ou mais graves que o anteriormente descrito, na região metropolitana de Belo Horizonte, capital do mesmo Estado em que se deu o primeiro crime, só que desta vez a barragem de rejeitos rompida foi a do município de Brumadinho.

O holocausto de Brumadinho que se deu no dia 25 de janeiro de 2019 e decorrente da criminoso negligência na adoção das medidas de proteção adequadas aos sistemas de barragem dos detritos minerários, cuja adoção foi prometida após o desastre de Mariana. Porém, jamais cumprida desde então, demonstra a certeza de impunidade que tais corporações sujas detém em relação ao apoio que receberão dos agentes políticos e governamentais corruptos com os quais se associam.

Ou seja, na medida em que a autoridade brasileira não puniu exemplarmente e nem obrigou a corporação poderosa a implementar na prática os sistemas de gestão de segurança adequados, tornou-se cúmplice desse novo crime de proporções muito mais graves, cujo, até maio de 2019 contabilizava a funesta cifra de 121 mortos confirmados e 212 desaparecidos, dos quais a maioria será de mortos. Tudo isso no âmago de uma catástrofe ambiental, social e econômica de proporções épicas.

Continuando a traçar uma imagem fidedigna do Brasil atual, como sociedade de risco, mister se faz, destacar alguns dos aspectos que demonstram um quadro de desordem institucionalizada, do qual se pode extrair o seguinte:

- 1) No Brasil, a corrupção campeia, e está enraizada em todo o ordenamento, com destaque aos órgãos governamentais e políticos que se associam criminosamente ao poder do capital selvagem e desumano oriundo do empresariado. Estão em curso incontáveis investigações criminais, inquéritos policiais e mesmo ações penais promovidas contra mais de duas centenas de políticos, dentre parlamentares e governantes associados à nata do empresariado. Os números são estarrecedores.
- 2) No Brasil, as leis são frouxas e o crime compensa, sobretudo para quem detém influência, poder e dinheiro. Somente a população pobre, que não tem como se defender, sofre o rigor da lei. A perversa lógica dessa realidade é facilmente compreendida com as revelações que tem vindo à tona nas investigações em andamento, porquanto grande parte dos políticos que tanto integram o governo no Poder Executivo e seus órgãos da administração como no Poder Legislativo, por estarem comprometidos com a corrupção e o crime, evidentemente não tem qualquer interesse em leis duras e penas pesadas, em virtude de serem clientela potencial da aplicação dessas leis. Não raro contam

com o beneplácito, a leniência ou mesmo a conivência de parcela do Poder Judiciário.

4) No Brasil a prescrição penal campeia e aqueles poucos que vem a ser condenados, referindo-nos a graves delinquentes (ricos e poderosos) se vêem beneficiados por progressões imorais de regime de cumprimento de pena sem quase haverem estado na prisão, ou mesmo usufruindo de livramentos condicionais, anistias e regimes de prisão domiciliar, que fazem o crime compensar. Esses benefícios também atingem aos criminosos comuns.

5) No Brasil, a tributação, provavelmente a maior do planeta, só se aplica aos honestos, quer empresas, pequenas e médias, quer aos cidadãos uma verdadeira extorsão regulamentada, que de um lado viola as suas respectivas capacidades contributivas e econômicas ao mesmo passo em que serve para custear as maiores mordomias do mundo, existentes nos três poderes e seu órgãos de apoio. No Brasil, se paga os mais altos salários do mundo e as maiores despesas de custeio dos privilegiados.

6) No Brasil, o cidadão contribuinte após pagar impostos extorsivos e não receber condignamente nenhum serviço essencial e típico do Estado falido pela corrupção, se vê obrigado a comprar esses serviços no mercado privado, pagando mais uma vez o alto custo da corrupção. É obrigado a comprar no mínimo educação, saúde e segurança.

7) No Brasil, a nação é obrigada a arrecadar impostos num contexto de escravagismo fiscal. Perversamente, quem paga mais é a classe mais pobre e tudo isso para cobrir o mais alto custo estatal do mundo em proporção, em razão das mordomias e remunerações elevadíssimas anteriormente mencionadas. Pagar àqueles que, a final, além de receberem da nação essas vultosas e injustificáveis remunerações e vantagens, vão através da corrupção, roubar e lesar os recursos dessa mesma nação. São excessivamente bem pagos para nada fazerem em prol da nação, além de a roubarem.

8) No Brasil, as grandes corporações sobretudo as “amigas do rei”, “campeões nacionais” e poderosas entidades bancárias e financeiras, planos de saúde, fundos de pensão, empreiteiras etc, contribuem insuficientemente para o Estado e para a nação, muito aquém daquilo que seria justo por sua imensa capacidade contributiva. Ainda assim recebem benesses, incentivos e proteção do Estado para suas falcatruas. Isso se explica porque de outro lado contribuem maciçamente para a teia de corrupção instalada. Os órgãos governamentais de fiscalização, vários deles envolvidos em escândalos de corrupção, são absolutamente cegos quanto aos desmandos cometidos por esses grupos.

8) No Brasil, o crime organizado viceja em contraponto ao governo desorganizado. O terrorismo social proveniente do tráfico de drogas, do contrabando de armas e da dominação de comunidades por milícias e paramilitares é realidade assustadora.

9) No Brasil, a falta de segurança, a violência e a mortandade por armas de fogo é anualmente equiparável à situações reais de guerra em países conflagrados (cerca de 62.000 mortos só no ano de 2018). As vítimas inocentes de balas perdidas nos tiroteios é imensurável.

Viu-se num passado recente, no cenário penal brasileiro, um fenômeno bastante positivo e significativo de aperfeiçoamento do sistema de justiça, tocante ao endurecimento das regras de imputação e de penalização, por ocasião do julgamento do mais importante processo de corrupção política vinculado e associado à corrupção econômica e empresarial.

Trata-se do conhecido processo do “mensalão” primeiro a apurar fraudes políticas e corrupção no governo “lulopetista” e que teve a virtude de ceifar a vida política do mais poderoso ministro do Partido dos Trabalhadores e ex-braço direito do Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, José Dirceu, preso preventivamente em agosto de 2015 e condenado em maio de 2016.

O instituto da delação ou da colaboração premiada já havia sido introduzido no sistema brasileiro pela Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013⁴⁷ e graças a ele, inobstante a resistência e verberação de muitos (corruptos), se pode desvendar a imensa teia criminosa de corrupção político/empresarial que permitiu desbaratar essas associações diferenciais. Com o advento desse diploma legal no Direito Positivo de nosso país foi dado um decisivo passo em direção ao alinhamento a sistemas mais modernos, possuidores de instrumentos mais eficazes na punição penal, que já se utilizavam desse mecanismo em proteção de suas sociedades e em franca mitigação dos direitos garantistas individuais. Pode-se vislumbrar nesse fenômeno o fortalecimento de uma ordem penal mais séria e rígida, informada pelo Direito penal expansivo e do inimigo.

Foi no âmbito desse processo judicial que pela primeira vez no Brasil, o sistema penal valeu-se da teoria jurídica do domínio do fato para a condenação de acusados em uma clara manifestação de alargamento dos paradigmas de seu sistema de justiça, dentro de uma visão de expansão do Direito penal.

A aplicação da teoria do domínio do fato pelo Supremo Tribunal Federal para substanciar a condenação de José Dirceu, demonstrou à época que a política criminal brasileira havia dado um passo firme na direção do Direito penal expansivo.

Conforme sabido, dentro de um sistema de tutela penal expansiva, na “teoria de domínio do fato” da qual o jurista alemão Claus Roxin é um dos principais sistematizadores e defensores, o domínio da ação se apresenta como concernente àquele que, em qualquer hipótese, realiza, de mão própria, livre e dolosamente, todo o disposto no tipo penal, que

⁴⁷ Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013 - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

acarretam a condição de autor e não de mero partícipe, Dirige-se à pessoa que, numa posição de autoridade ou de mando não poderia se furtar ao conhecimento e ao domínio daquele fato delituoso que ocorreu segundo sua vontade consciente, posto que teria o poder de impedir. O crime mesmo praticado por outrem se tipifica com o beneplácito e até mesmo cobertura desse que detinha o domínio do fato. Essa linha de entendimento é corroborada por Welzel⁴⁸.

Nesse episódio deu-se um passo à frente na aplicação expansiva do Direito Penal em solo brasileiro.

Dessa constatação fática da realidade imperante no Brasil extraímos que dentro de um mero vislumbre dos aspectos que caracterizam uma sociedade de risco e da análise de sua conceituação, é afirmativo que o Brasil se enquadra nesta moldura.

Todavia essa página ainda não foi virada e a nação brasileira, aguarda perplexa e ansiosa os desdobramentos e as decisões jurisdicionais que ainda estão por vir, nesse que foi o maior escândalo de corrupção política e empresarial de que se tem notícia no mundo. A famosa “Operação Lava-Jato”, assim denominada pela Polícia Federal, ainda se encontra em fase de apuração para julgamento dos agentes políticos pela Justiça Federal e pelo Supremo Tribunal, com vários empresários e políticos presos ou condenados, envolvendo os três últimos Presidentes da República, Lula⁴⁹, Dilma e Temer. Vários crimes foram cometidos no exterior e estão sendo apurados por Justiças estrangeiras.

Nesse escândalo de corrupção são quase duas centenas o número de parlamentares envolvidos, além empresários e agentes públicos do poder executivo, membros do Poder Legislativo, gestores públicos da empresa petroleira brasileira, que é uma das maiores do mundo, de bancos públicos de desenvolvimento e fomento. Todos os crimes praticados por essa organização criminal foram cometidos em regime de reincidência específica e reiterados por inúmeras vezes, caracterizando o *modus operandi* descrito na mencionada teoria da associação diferencial, cuja, se assenta na tese de que tanto a motivação para a prática do ato,

⁴⁸ Welzel aborda a autoria sob dois enfoques, do dolo e da culpa. No tocante ao primeiro, conceitua-se autor como aquele que possui o domínio finalista do fato, ou seja, o domínio consciente do fato destinado a determinado propósito, o que representa a característica geral da autoria, ainda que o tipo exija elementos pessoais – objetivos, como nos crimes próprios e nos crimes de intenção, ou subjetivos, como acima descritos. Dessa forma, partícipe seria quem contribuiu para a execução delituosa de outrem ou quem instigou outrem a decidir praticá-la, não demonstrando domínio, portanto, do fato. Já no que tange ao autor culposo, resta-se apenas a análise da causação de um resultado que poderia ser evitado, razão pela qual qualquer contribuição causal evitável culminaria na configuração da autoria, não se fazendo possível a figura da participação, num cenário de inegável retomada ao conceito unitário de autor. <https://jus.com.br/artigos/49207/o-supremo-tribunal-federal-e-a-teoria-do-dominio-do-fato>.

⁴⁹ O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva acaba recentemente de sofrer nova condenação, em primeiro grau de jurisdição, por corrupção passiva, o que o coloca na desconfortável de posição reincidente específico.

quanto o conhecimento das formas de cometimento desse ato ilícito, são frutos de um aprendizado decorrente do processo de interação e de comunicação, no âmago de certos grupos de pessoas que se organizam e se preparam para a prática de determinados crimes.

CAPITULO 2 - A NOVA FACE DO DIREITO PENAL.

Toda essa mudança de cenário protagonizada pela multiplicação de sociedades de risco no globo terrestre, somada à ameaça terrorista cujo clímax inicial se deu em New York em 11 de setembro de 2001, com o ataque e destruição das torres gêmeas e se seguiu espalhando pelo mundo afora com os sucessivos ataques terroristas em vários países da Europa, tais como França, Bélgica, Inglaterra, Espanha e Alemanha, dentre outros, como já bem salientado, acarretou um endurecimento das noções de Direito penal que até então informavam os sistemas de Justiça vigentes nesses países afetados pelo terrorismo.

Como consequência, para se protegerem, essas nações vitimadas passaram a adotar um modelo de sistema de Justiça criminal, que na visão de muitos, implicou num retorno a um passado já abandonado da ciência penal, que subiu a bordo de um direito penal mais protecionista da sociedade e menos garantista dos direitos e liberdades individuais.

Nesse panorama e com base em novas políticas públicas de combate à criminalidade interna e internacional e sobretudo ao terrorismo, é que o pensador alemão Gunther Jakobs⁵⁰ introduziu desde 1985 a teoria do “Feindstrafrecht”⁵¹ conhecida no mundo como Direito Penal do Inimigo.

Sustentada em três pilares a doutrina prevê: 1) a antecipação da punição; 2) a desproporcionalidade das penas aplicáveis ao delito e relativização de direitos dos agentes ou suspeitos que pode chegar à supressão de determinadas garantias processuais clássicas e; 3) a criação de leis severas direcionadas à clientela dessa específica engenharia de controle social (terroristas, delinquentes organizados, traficantes de drogas e narcóticos, contrabandistas de armamento, traficantes de seres humanos e de órgãos humanos, delinquentes integrantes de organizações criminosas, criminosos econômicos, dentre outros).

Jakobs propõe a distinção entre um direito penal do cidadão (*Burgerstrafrecht*), que se caracteriza pela manutenção da vigência da norma, e um direito penal para os inimigos (*Feindstrafrecht*) pela qual o inimigo é todo aquele que venha a ser considerado um perigo latente e não simplesmente delinquente, perdendo assim sua qualidade de pessoa, tornando-se despersonalizado e carecedor das garantias que a sociedade disponibiliza às demais pessoas.

⁵⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther, **Direito Penal do Inimigo** Noções Críticas, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007.

⁵¹ WWW.pt.wikipedia.org/wiki/direito-penal-do-inimigo.

Luís Greco⁵² expõe que:

Alguns autores não veem no bem jurídico qualquer conteúdo liberalizante, no sentido que lhe é atribuído por muitos, e sim um mecanismo que mais e mais serve da base para legitimar a expansão do direito penal, nesse sentido Jakobs é o autor mencionado, haja vista defender a ideia de um direito penal do inimigo, oposto ao direito penal cidadão.

Nesse sentido, Cornelius Prittwitz⁵³ entende que o direito penal é o meio pelo qual o Estado confronta seus inimigos mas não seus cidadãos. Nessa ótica, o indivíduo considerado inimigo, pode passar a ser visto como um “animal perigoso”, ou seja: Alguém que não admite fazer parte do Estado e, por conseguinte, a ele não se submete, residindo aí a distinção entre cidadão e inimigo (inimigo público), cuja definição além de atender critérios de natureza cultural ou moral obedece a interesses políticos de dominação e poder.

⁵² GRECO, Luís. **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 49,2004, p.97.

⁵³ PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 47, 2004.

2.1 – O ENTRELAÇAMENTO DO DIREITO PENAL CLÁSSICO COM OS CONCEITOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DO DIREITO PENAL EXPANSIVO.

O direito penal do inimigo é o próprio direito penal do autor ou agente, não havendo punição pelo facto ou ato praticado mas sim pelo que o indivíduo é ou representa em termos de perigo para a sociedade.

Cuida-se de um cenário distinto daquele em que evoluiu o Direito Penal no qual a Justiça Penal volta a se deparar com um dilema fundamental: Serão os objetos do sistema de justiça, a reconstrução do tecido social e a ressocialização do agente criminoso? Ou será a proteção da sociedade?

Gunther Jakobs⁵⁴ desenvolve o conceito de que o inimigo representa aquele indivíduo que rompeu seus vínculos com a sociedade, retornando a um estado de natureza. Ele não vive de acordo com as regras estabelecidas nessa sociedade, não respeita seus fundamentos, não se considera integrante dela e a ela não se submete e se mantém no firme propósito de destruir ou atacar tal sociedade. Mantendo-se, portanto, neste estado de potencial ameaça qualquer medida que venha a ser tomada contra ele a fim de neutralizá-lo é aceitável. As leis que se aplicam aos cidadãos e ao Estado estão dispensadas em relação ao inimigo.

Jakobs entende que deve haver dois tipos de direito, sendo um dirigido ao cidadão, que, ao violar uma norma lhe é dada a oportunidade de resgatar a vigência desta norma através do cumprimento de uma pena. E mesmo sendo punido o é na qualidade de cidadão mantendo o seu status de pessoa e tendo o papel de cidadão reconhecido pelo Direito e pelo Estado. Já o segundo tipo de Direito penal que se dirige ao inimigo é aplicado em face de quem perdeu a qualidade de cidadão, por recusar submissão às normas legais daquela sociedade da qual se desvinculou e que procura destruir, não respeitando seus fundamentos. Portanto, a ele não se aplicam as regras atinentes ao cidadão, porém sim aquelas inerentes ao inimigo, superlativamente mais punitivas e severas posto que objetivam sua neutralização.

A teoria do direito penal do inimigo se desenvolve com a separação entre dois sujeitos específicos: o cidadão (pessoa) e o inimigo. Isto porque enquanto o primeiro ao cometer um fato delitivo é entendido como autor de um deslize reparável e não como uma ameaça à comunidade, o segundo é interpretado como ameaça ao Estado e ordem jurídica, revelando

⁵⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007.

em suas ações a negação aos princípios políticos ou sócio-econômicos básicos. Segundo Jakobs⁵⁵, “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”.

O Direito Penal do Inimigo é reservado àqueles indivíduos que pelo seu comportamento, ocupação ou práticas, segundo Jakobs⁵⁶, “se tem afastado, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa”, devendo ser tratados como inimigos.

Indivíduos nessa condição deixam de ser tratados como pessoas atraindo em relação a si próprios a suspensão de determinados direitos e garantias previstos em lei, só aplicáveis a cidadãos, consoante a aplicação na prática do aforismo: “Aquele que não trata seu semelhante como ser humano não é ser humano e não deve, portanto, ser tratado como semelhante”.

Dentro do figurino defendido por Jakobs quanto à coexistência do Direito Penal do cidadão e do Direito Penal do Inimigo, que a final, se comunicam em diversos momentos nos múltiplos sistemas de diferentes Estados, pode-se identificar com clareza a forma por ele utilizada para tratar a dicotomia conceitual da pena, como contradição ou segurança, conforme se refira ao cidadão ou ao inimigo.

Quando no presente texto se faz referência ao Direito penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, isso no sentido de dois tipos ideais que dificilmente apareceram transladados à realidade de modo puro: inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio – Direito penal do cidadão- se misturará uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito penal do inimigo - , e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão. Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar os demais.⁵⁷

⁵⁵ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005

⁵⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JACOBS, Gunther, **Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas**, CALLEGARI, André Luis e GIACOMOLLI, Nereu Jusé, Organização e Tradução 2ª Ed. 2007, Livraria do Advogado, Porto Alegre, p. 21.

Seguimos então a reproduzir abaixo, boa parte dos conceitos introduzidos por Gunther Jakobs, conforme constam de sua famosa obra, “O Direito Penal do Inimigo”, conceitos esses que vem sendo incorporados em vários sistemas de justiça como forma de defesa em face do terrorismo e dos graves crimes transnacionais cometidos por verdadeiras organizações criminosas.

⁵⁸Entretanto, a pena não só significa algo, mas também produz fisicamente algo. Assim, por exemplo, o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade. É possível pensar que é improvável que a pena privativa de liberdade se converta na reação habitual frente a fatos de certa gravidade se ela não contivesse esse efeito de segurança. Nesta medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso.

Ainda sobre o Direito Penal do Inimigo e a sua conceituação, há que se ressaltar o que expressa o pensamento de Gracia Martin⁵⁹:

Estes “indivíduos”, por demonstrarem com suas condutas uma recusa veemente de participação no estado de cidadania, não podem usufruir dos seus benefícios. O Direito Penal do Inimigo nega-lhes, então, a condição de pessoas. A identificação deste grupo de “inimigos” se daria mediante a habitualidade, a reincidência, o profissionalismo delitivo e a integração em organizações delitivas estruturadas. As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não ocorrem no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, mas naquelas que são na verdade a expressão e o expoente da vinculação desses indivíduos a uma organização estruturada que opera à margem do Direito, e se dedica às atividades inequivocamente delituosas.

Voltando a Jakobs, vale enumerar alguns conceitos que bem definem sua teoria:

⁶⁰Denomina-se «Direito» o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito penal. Em correspondência com isso, afirma Rousseau⁶¹ que qualquer «malfeitor» que ataque o «direito social» deixa de ser «membro» do Estado, posto que se encontra em guerra com este. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente

⁵⁸ *Idem*, P. 22.

⁵⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho; prefácio de José Ignacio Lacasta-Zabalza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JACOBS, Gunther, *op.cit*, p. 22, 23, 25, 26,27, 28, 29, 33, 34, 35, 37, 40, 44, 45 e 49.

tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, de per si, um inimigo. Consequentemente, quem não participa na vida em que um «estado comunitário-legal» deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impedido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser «tratado» como anota expressamente Kant «como um inimigo».

Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio.

O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o direito penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica.

Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente susceptível de ser vivida.

Já se tem mencionado o exemplo da custódia de segurança como medida assecuratória. Há muitas outras regras do Direito penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa. Assim, por exemplo, o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de «delitos sexuais e outras infrações penais perigosas», assim como, em geral, no que tange aos «crimes» Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, § 30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, o Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar, pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.

Uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que ainda se subentende a respeito do delinquente de caráter cotidiano, isto é, não o tratar como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente, já passa a ser difícil, como se acaba de mostrar, no caso do autor por tendência. Isso está imbricado em uma organização – a necessidade da reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma, passa a um primeiro plano – e finaliza no terrorista, a denominação dada a quem

rechaça por princípio a legitimidade do ordenamento jurídico, e, por isso persegue a destruição dessa ordem.

Quem inclui o inimigo no conceito de delinquente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos «guerra» e «processo penal».

Estado de Direito, reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios.

Um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado ao cabeça (chefe) ou quem está por trás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a correspondente ao autor de uma tentativa de homicídio.

As regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas.

Dito de outro modo, o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito penal do inimigo. O que, no caso dos terroristas – em princípio, adversários – pode ser adequado, isto é, tomar como ponto de referência as dimensões do perigo, e não o dano à vigência da norma, já realizado, se traslada aqui o caso do planejamento de qualquer delito, por exemplo, de um simples roubo. Tal Direito penal do inimigo, supérfluo – a ameaça da pena desorbitada carece de toda justificação -, é mais danoso para o Estado de Direito.

Só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da idéia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.

A função manifesta da pena no direito penal do cidadão é a contradição, e no direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos.

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança.

Seguindo adiante, o doutrinador faz menção aos fatos havidos em 11 de setembro de 2001 para asseverar a erronia que consiste em não tratar o delinquente de caráter cotidiano como indivíduo perigoso e sim como pessoa que age erroneamente. Em seu entender esse delinquente o é por tendência, o que gera a necessidade da reação frente ao perigo que emana de sua conduta reiteradamente contrária à norma. É esse comportamento que o traduz como terrorista entendido como aquele que rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico e em razão disso persegue a destruição dessa ordem.

Vale então reiterar, a conceituação doutrinária final que resume as conclusões sustentadas por Jakobs no sentido de que diferenciar aspectos relevantes do Direito Penal do Cidadão do Direito Penal do Inimigo:

a) função da pena no Direito penal do cidadão é a contradição, e no Direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo; b) Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura; c) Um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de direito que entrelaça todo o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo, e finalizando que; d) A punição internacional ou nacional de vulneração dos direitos humanos, depois de uma troca política, mostra traços próprios do Direito penal do inimigo, sem ser só por isso ilegítima.⁶²

De qualquer modo não se pode transitar pelo conteúdo jusfilosófico do Direito penal do inimigo sem investigar a análise crítica do contraponto à teoria de Jakobs e das outras correlatas, como aquela que provém do eminente jurista Manoel Monteiro Guedes Valente em sua respeitável obra “Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo” – O Progresso Ao Retrocesso”.⁶³

Em seu trabalho, Guedes Valente sustenta que o Direito Penal tem sido palco de um embate nesses últimos anos onde se discute sobre a manutenção ou alteração do paradigma do Direito penal do cidadão ou de se encaminhar em direção ao Direito penal bélico ou do inimigo, que ocorreu no Século XXI, considerado por ele como “*o século da afirmação do ser humano como ser livre em uma sociedade livre e solidária e o século da comunicabilidade intersubjetiva*”⁶⁴, no qual se propõe a “*edificação de um ser humano assumido como ser de liberdade e como ser de responsabilidade*”.

Adiante propõe o respeitado Mestre: “*Só o equilíbrio dos oximoros pode admitir um Direito Penal densificado em uma lógica de afirmação pura dos direitos humanos*”. Culmina assim em sua proposição defendendo como a essência do Estado, o ser humano.

Feito esse registro inicial passamos a relatar a doutrina que defende Manuel Valente, em suas próprias palavras:

⁶⁵ O Direito penal da pós-modernidade deve evitar ser um Direito penal de progresso ao retrocesso, nem um Direito de regresso ao passado não muito longínquo- schmittiano, welzeliano ou heiddegeriano – fundado na idéia de negação da qualidade de pessoa do delinquente terrorista, só e tão-só por

⁶² JACOBS, Gunther, **Direito Penal do Inimigo – Noções Críticas**, CALLEGARI, André Luís e GIACOMOLLI, Nereu José. Organização e Tradução. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2ª Ed. 2007. p. 49 e 50.

⁶³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo – O Progresso Ao Retrocesso**, 2ª ed., São Paulo, Editora Almedina Brasil, 2016.

⁶⁴ *Idem*, p.11

⁶⁵ *Idem*, p.12

deter essa qualidade jurídico-criminal. A etiquetagem inerente ao processo de seletividade de intervenção penal, que propõe a negação de direitos do Estado civil ao ser perigoso e gerador de incerteza securitária, é a negação da própria essência da dignidade da pessoa humana – liberdade – do ser humano como feixe magnético agregador do ser, do dever ser e da comunicabilidade intra e intersubjetiva entre o ser e o dever ser.

⁶⁶O equilíbrio exigível ao Direito penal – tutelar os bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão pela conduta humana negativa e proteger o delinquente contra os excessos do *ius puniendi* do Estado – está em perigo de desaparecer face às novas tendências penalistas em curso: a incrementação de um Direito penal musculado em que o ser humano, que delinqua e que não se reinsira, passa a ser uma doença contagiosa da comunidade.

⁶⁷Esta hipertrofia gera o fenómeno da popularização e vulgarização do Direito penal, acompanhado pelos fenómenos da securitização e do justicialismo.

Nesse aspecto o jurista sustenta o ponto de vista pela qual o Direito penal somente deve ser considerado pela sociedade como última e extrema *ratio* na tutela dos bens mais importantes ao ser humano pois se trata de um Direito de força que há de ter preservada sua aplicação, sob pena de que se vier a ser utilizado como panacéia para solucionar todo e qualquer problema de lesão a bens jurídicos, restará vulgarizado e enfraquecido no que tange ao seu poder de intimidação e coerção para a prevenção e proteção daqueles bens jurídicos a que se destina.

⁶⁸Cesare Beccaria já havia alertado para esse fenómeno poder descredibilizar o direito penal quando escrevera que foi a necessidade que uniu os homens que legitimou o soberano a legislar sobre delitos e penas – as “leis são condições sob as quais os homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade tornada inútil pela incerteza de ser conservada. Eles sacrificaram parte dela para gozar o restante com segurança e tranquilidade” – sendo que “todo o acto de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico”, assim como o “proibir um sem número de acções indiferentes não é prevenir os delitos que possam acontecer, mas é um criar novos delitos, é um definir a seu bel-prazer a virtude e o vício, que nos são enunciadas como eternos e imutáveis”.

⁶⁹Esta miragem de incrementação da última et extrema ratio do Direito penal [assim como do princípio da subsidiariedade da intervenção do Direito penal] como solução dos problemas candentes da sociedade e para travar a paneomia generalizada face aos crimes de terrorismo e aos crimes conexos com os crimes típicos de uma organização terrorista – v.g, tráfico de armas, atentados, homicídios qualificados, extorsão, sequestro, rapto, roubo, burla

⁶⁶ *Idem*, p. 16

⁶⁷ *Idem*, p. 17

⁶⁸ BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas**. Tradução do italiano *Dei Delitti e Delle Pene*, José de Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 63, 64 e 154.

⁶⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo, O progresso ao Retrocesso**, 2ª ed. São Paulo. Almedina, 2016, p.18

informática ou estelionato cibernético, destruição ou incapacitação das redes de comunicação terrestre, telefônica e digital – cede não só ao princípio da *prima sola ET* única ratio do Direito penal, como dá lugar a um novo olhar sobre o cidadão delinquente: atribui-lhe a condição de inimigo ou de “não pessoa”. O Direito penal progride para o retrocesso.

⁷⁰O inimigo da contemporaneidade é, para G. JAKOBS e seus discípulos (24) O terrorista, o traficante de drogas, o traficante de armas e de seres humanos os membros de organizações de crime organizado transnacional; delinquente de elevada perigosidade e ser nefasto à comunidade, e, como tal, deve submeter-se à construção jurídico-criminal de inimigo.

Entende o respeitável doutrinador que: *“Fundamentar a intervenção penal na teoria do perigo abstrato que determinadas pessoas representam para a segurança do coletivo – Estado – alinhando-se na criminalização de todos os atos preparatórios, é regressar ao Direito penal de autor e abandonar o direito penal do facto”. ... “Em suma, a reprovação ou censurabilidade dirige-se ao autor por ter optado por um modo de vida ou carácter ou personalidade delitiva.”*⁷¹

Prosseguindo em sua doutrina, ainda acrescenta :

Figueiredo Dias⁷², alheando-se das teses de Jakobs e da existência de um Direito penal do cidadão como direito de todos e um direito penal do inimigo como aquele que a comunidade se arroga para atacar o inimigo que assenta na “coação física, até chegar à guerra”, considera que esta concepção é de todo inadmissível, logo por poder descambar em um “direito penal do agente” sob as formas mais agressivas que assumiu o Estado nacional-socialista alemão, mas, sobretudo e em definitivo, por contrária ao fundamento primário do Estado de direito à concepção de pessoa que lhe dá fundamento.

É o autor de opinião que o Direito penal do inimigo mesmo no que tange aos graves crimes de terrorismo ou em face da criminalidade transnacional organizada somente se fortalece em ordenamentos que não se importam em tutelar a liberdade das pessoas.

⁷³O anseio de um Direito penal de exclusão do agente do crime da sociedade – porque é seu inimigo e seu estranho – em crimes como os de terrorismo ou de dimensão espetacular na criminalidade organizada transnacional ganha

⁷⁰ *Idem*, p.22/23

⁷¹ *Idem*, p. 26/27.

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I: As Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime.** 2ª Ed, Coimbra – Coimbra Editora, 2007, p. 235.

⁷³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Op.cit.*, p. 29.

forma jurídica em ordenamentos jurídicos em que o Direito penal só existe para tutelar os bens jurídicos e não a liberdade das pessoas.

⁷⁴O Direito penal, que há muito se afastou da barbárie e da vingança individual e coletiva (inquisitória) e se assumir como limitação do poder do soberano, entra a passos largos em uma linha de estabelecimento de uma nova tentativa de despir o ser humano dos direitos, liberdades e garantias fundamentais penais materiais e processuais...

⁷⁵Somos voz de um Direito penal subordinado à legitimação democrática própria de um espaço democrático: em que a liberdade (L), se adiciona à justiça (J) e ambas geram segurança (S) : $L + J = S$

⁷⁶A função do Direito penal é uma função de equilíbrio entre a proteção de bens jurídicos dignos de tutela penal – proteção do cidadão contra quaisquer lesões ou concretos perigos de lesão e a conseqüente proteção da comunidade política e jurídica – e a defesa do delinquentes [todo e qualquer agente de todo e qualquer crime] face ao arsenal estatal punitivo – respeito pelos valores fundantes do Estado de direito e democrático.

Esta acessão jurídico-dogmática, doutrinada por uma política criminal humanista e de garantismo, assume e dá legitimidade ao Direito penal. Mas, esta concessão não tem berço na dogmática do Direito penal do inimigo ou da «não pessoa», personificada no rosto do terrorista: anexada ao rosto do traficante de drogas, do traficante de armas, do traficante de seres humanos, dos branqueadores de bens, dos corruptos e dos exploradores sexuais de mulheres e de crianças. Esta linha de montagem não se esgota e agrega a si os «indivíduos» perigosos: os indigentes, os estigmatizados, os etiquetados pela sociedade e pelo próprio direito e abrangências de materialização jurídica⁷⁷.

Conquanto se fizesse necessário registrar a ótica científica do eminente jurista, essa sua última consideração acima mesmo que resumidamente alinhavada, desfralda o conteúdo de seu pensamento dogmático/científico e jusfilosófico se fazendo suficiente e bastante para o entendimento de seu ponto de vista sobre o tema, o que nos permite prosseguir em nossa investigação específica.

Voltando então à análise dos novos requestos do Direito Penal da atualidade, um aspecto curioso e *sui-generis* que merece atenção diz respeito ao crime de terrorismo extrafronteiras praticado pelo fanatismo religioso de organizações coletivas. Nessa espécie delituosa grave, identifica-se grupos fanáticos, notadamente os jihadistas, que se comportam como grupos ultrapersonalistas e se entendem como que supralegitimados quanto à prática de

⁷⁴ *Idem*, p.32

⁷⁵ *Idem*, p.103

⁷⁶ *Idem*, p.103/104

⁷⁷ **Quanto a um estudo dogmático sobre este catálogo de seres humanos**, CARLOS ROBERTO BACILA. *Estigmas. Um Estudo sobre Preconceitos*. 2ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. **Quanto à estigmatização produzida pelas agências formais de controlo**, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e Manuel da Costa Andrade. *Criminologia. O Homem Delinquentes e a Sociedade Criminógena*. 2ª Reimpressão Coimbra. Coimbra Editora, 1997, p. 35-346 e 365-557 e EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Em Busca da Penas...p. 133-137, Apud MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*, São Paulo, Almedina, 2016, p. 104.

suas condutas criminosas, por terem a fanática crença de que agem em nome de seu Deus e de sua religião, sendo seu dever exterminar os infiéis que são os demônios em solo terrestre, para eles solo sagrado.

Seus crimes são crimes de ódio e ao fazerem o recrutamento de soldados de Alah mediante apologia do terrorismo e da destruição dos infiéis, praticam aquilo que o direito atual conceitua como delito penal de opinião.

De outro turno, para as comunidades suas vítimas e para nós integrantes da sociedade e da cultura ocidental, de um modo geral, não passam de criminosos frios, extremistas e hediondos. Nesse contexto, a busca de soluções amparadas no Direito Penal do Inimigo visa tutelar, coibir e apresentar respostas em face da ordem de crimes praticados por esses grupos extremistas, cujo poder de destruição é imenso dada a capacidade fanática e suicida que tem para se autodestruírem na obtenção de seus propósitos belicosos. E assim fogem a qualquer tutela legal, pois ao se autodestruírem não se submetem a nenhum sistema de justiça. Nessa ordem de idéias é que o Direito mitigando sua tendência humanista e garantista, passa a construir novas bases fundadas em teorias conectadas à mutação da realidade criminal ora arrostada.

O agente passa a estar submisso à tutela penal em função sobretudo, do facto passível de vir a ser por ele praticado. Assim, quando por exemplo, um grupo “jihadista” se constitui e se articula promovendo recrutamento, doutrinação e até treinamento de pessoas, para o Direito Penal expansivo ou mesmo para o Direito Penal do Inimigo, ali já se enxerga a prática de atos preparatórios e antecedentes à conduta delituosa penal. Nesse contexto emergem os delitos de perigo ou no mínimo a prática de apologia ao crime e, por conseguinte, de delito de opinião.

Do mesmo modo se comporta o novel sistema penal quando em face de indivíduo ou grupo suspeito ou potencialmente perigoso em sua ótica, por apresentar características extremistas mesmo sem concretizar conduta típica penal. Mesmo nessa hipótese ficam todos sujeitos à tutela do Estado como resposta dos reclamos da proteção da sociedade, que pode inclusive promover o cerceamento da liberdade de ir e vir desse indivíduo ou grupo, executando simplesmente sua prisão, não por qualquer facto praticado mas pela possibilidade presumidamente indicativa de que virá ou virão a praticar.

Nesse caso a preservação da sociedade, bem maior, prevalece sobre o bem menor que é a preservação da liberdade. É não menos certo que no cenário instituído pelo Direito Penal do Inimigo se permite que os integrantes do grupo respondam todos e recebam penas idênticas ou semelhantes pela gravidade do ilícito, independentemente de terem revestido condutas distintas na preparação e consumação do crime.

Nota-se aí que os grandes princípios clássicos do Direito Penal estão sendo abolidos pela expansão crescente da criminalização de comportamentos antes não puníveis e também pelo aparecimento de uma nova gama de ilícitos até então desconhecidos, decorrentes da globalização do risco.

Esses temas representam o novo paradigma do risco:

(...) não é que haja mais riscos do que há cinquenta anos; hoje, porém, o risco dá muito mais suporte discursivo ao poder punitivo do que antes. Os penalistas costumam incorporar celeremente as novidades, e já existem teorias do delito nas quais esta fugidia percepção – o risco – desempenha as mais decisivas tarefas.⁷⁸

A dúvida não remanesce quanto ao fato de que a tutela efetivada no Direito penal clássico liberal destina-se à proteção de bens jurídicos dentro de uma relação de submissão ao princípio da lesividade, sendo que a sua proteção estende-se aos bens selecionados como mais importantes dentro do convívio social e a eles empresta sua tutela, dotada da pena privativa de liberdade que consiste na sanção mais grave do sistema jurídico.

Embora esse cenário ainda subsista é indiscutível também que a sociedade de risco inseriu novos bens jurídicos carecedores de tutela, que em sua maioria dizem respeito à preservação da sociedade.

O chamado Direito penal do risco traz ínsita a tendência ao adiantamento da tutela penal, que se desloca à fase anterior àquela que configurava corriqueiramente o “início da execução”, na elaboração do conceito clássico do *iter criminis*. Reconhecendo o fenômeno e seus efeitos colaterais na sociedade do risco, vale destacar o pensamento de Blanca Buergo:

(...)se caracterizaria por uma tendência ao Direito Penal preventivo como um acentuado adiantamento da proteção penal, o que leva, de outro lado, a um frequente recurso à formulação de delitos de perigo, em boa medida de perigo abstrato, assim como a configuração de novos bens jurídicos universais e conteúdo vago, de outro.⁷⁹

⁷⁸ CABRAL, Juliana. **Os Tipos de Perigo e a Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 13.

Conclui-se portanto, nos dizeres de Marta Machado, serem tendências político-jurídicas da sociedade do risco:

i) a de ampliar a proteção penal a bens jurídicos supra-individuais; ii) a de alargar e antecipar a tutela penal, abandonando a lesão ao bem jurídico como centro gravitacional do sistema para criminalizar as inobservâncias aos deveres de conduta e organização, mediante o uso habitual dos tipos de perigo abstrato; iii) a de repensar o conceito de culpabilidade para abarcar não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas.⁸⁰

No campo processual novas maturações a respeito da restrição a direitos consagrados como garantias do cidadão devem estar em constante observação para a sua ágil implementação a fim de que as proteções das garantias acompanhem o desenvolvimento social, não se tornando nem definitivas tampouco sem efetividade o que geraria insegurança social.

A complexidade caracterizadora da sociedade de risco acarreta uma evidente sensação de insegurança suscitando iniciativa legislativa no campo criminal, tido o direito penal como instrumento legítimo ou mesmo único de proteção em face da vulneração de bens coletivos. E mesmo apesar de manifestações teóricas de resistência por parte da doutrina na criação pronta dessas novas medidas e conceitos legais, penais e processuais penais, “...o legislador atual tem atendido a demanda por maior resposta estatal com o emprego do Direito Penal e o estabelecimento de diversos crimes de perigo, não raro de perigo abstrato”.⁸¹

Para se configurar o dolo de perigo mister tratar-se da situação em que o agente esteja ciente do resultado potencialmente lesivo de sua conduta e da exposição ao perigo, do bem juridicamente tutelado, ambos conceitos (conduta e exposição ao perigo) analisados em conformidade a uma relação de causalidade.

Desinfluyente, portanto, na caracterização do tipo que o dano esteja sendo efetivamente perseguido ou mesmo admitido pelo agente. Basta somente ter o conhecimento da possibilidade de sua implementação em face da vítima. No dizer de Angelo Roberto Ilha da

⁷⁹ BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal em La Sociedad Del Riesgo**, Madrid: Civita, 200, p. 44-45

⁸⁰MACHADO, Marta Rodrigues de Assis, *Op.cit*, p. 99.

⁸¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 31-32.

Silva⁸²: “*O agente labora exclusivamente em busca de impor à vítima uma situação de perigo*”.

Verifica-se, pois, que esse panorama está em claro confronto com o princípio da *ultima ratio* ou da intervenção mínima, em que a tutela penal promovida pelo Estado somente se legitimaria caso fossem considerados insuficientes os demais meios de controle social ou mesmo aqueles promovidos pelos diversos ramos do direito. Todavia, há uma forte ponderação no sentido de que a interferência do Direito Penal se faça em amparo aos direitos difusos tão importantes à vida em sociedade, intervenção essa que deve se balizar no respeito às garantias individuais, mas brandindo as reprimendas necessárias em face das condutas reprováveis.

Essa demanda por uma maior intervenção estatal dentro de uma bandeira de aplicação de um Direito Penal expansivo pode criar uma crise paradigmática inerente ao bem jurídico tutelável. Todavia, traz ínsita como consequência não só o fato de privilegiar à ágil resposta aos problemas focados pela mídia e imprensa, como a efetivação concreta da tutela penal nas hipóteses crimes de perigo abstrato, como também mediante a aplicação de normas penais em branco.

O indivíduo pode passar a ser investigado por viagens a locais suspeitos, por reunir-se com grupos e organizações criminais de alta periculosidade ou mesmo ordens religiosas de aparente ligação ao terror ou de comportamento extremista. E assim, dentro de uma investigação concreta, mesmo sem haver adotado uma conduta típica punível, esse indivíduo mais do que investigado, pode ter sua liberdade cerceada vindo a ser preso pela autoridade policial, pois o que está em jogo é a prevenção e proteção da sociedade. Vale lembrar que após efetivada uma ação terrorista os danos gerados são sempre irreparáveis e irreversíveis dado o alto poder destrutivo desse tipo de ataque.

Um outro detalhe que não pode escapar é que nas hipóteses de ataques suicidas, o agente ou agentes, melhor dizendo, os autores do facto jamais se submeterão a qualquer tipo de tutela do Direito penal, o que torna inócua a discussão teórica sobre a atuação preventiva e expansiva do Direito, que, nesses casos tem que ocorrer dentro desses prismas legais.

⁸² SILVA, Angelo Roberto Ilha da, **Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 38

Assim, em conformidade com Jesus-Maria Silva Sanchez, as causas da existência de novos bens jurídicos penais são distintas. Esse fenômeno ocorre seja pela conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam ou que existindo não tinham a mesma incidência, seja pelo contexto em que vive o indivíduo em que incide aquela realidade. Também impende ressaltar a observância da deterioração de realidades tradicionais que em nossos dias começam a se manifestar como bens escassos, com valores atribuídos que antes não lhes correspondiam ou ainda a contemplação do incremento essencial de valor, como consequência da evolução social e cultural de certas realidades.

As causas da provável existência de novos bens jurídico-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de *novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência-, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência de evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico. Entre outros fatores.⁸³

Há que se pontuar os fatores negativos também, como *a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural*⁸⁴, haja visto que boa parte das ameaças a que os indivíduos se expõem são provenientes de decisões tomadas por outros cidadãos no manuseio e no uso de novas tecnologias, como aquelas que derivam das aplicações técnicas oriundas dos avanços na indústria, na biologia, na química, física nuclear, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc. Um outro fator de risco se dá quando a sociedade tecnológica em sua crescente competitividade, empurra para a marginalidade elevado número de indivíduos que não conseguem acompanhar sua rápida evolução e que em virtude disso passam a ser vistos pelos demais como fonte de riscos pessoais, patrimoniais e mesmo criminais.

⁸³ SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. **A expansão do direito penal**. 2.^a Edição, Revista e Ampliada. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Revisão de Luiz Flavio Gomes e William Terra de Oliveira, São Paulo: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011, p. 33 e 34.

⁸⁴ López Cerezo/Lujan López, **Ciencia y Política Del Riesgo**. Madrid, 2000, p. 24-25, *apud* SÁNCHEZ, Jesus-María Silva, ob. cit. p. 36.

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia.⁸⁵

O avanço tecnológico gera a necessidade de conhecimentos técnicos específicos que quando aliados a criminalidade resulta em ciberdelinquência, ou seja, novas formas e aspectos da criminalidade organizada atuando intencional e dolosamente em um novo e sofisticado terreno criminoso, e, por conseguinte, dando nascimento a novos riscos para os indivíduos, sociedades e Estados, cujos ilícitos são perpetrados por meio de plataformas digitais.

Nesse sentido Jesus-Maria prossegue sua análise:

Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de *criminalidade organizada*, que operam intencionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados). Mas é, ainda assim, fundamental – e, dependendo do ponto de vista, mais ainda que no âmbito das formas intencionais de delinquência – a incidência dessas novas técnicas na configuração do âmbito da delinquência não intencional (no que, desde logo, é secundária sua qualificação como dolosa ou culposa). Isto é, as consequências lesivas da “falha técnica”, que aparecem como um problema central nesse modelo, no qual se parte de que certo percentual de acidentes graves resulta inevitável à vista da complexidade dos desenhos técnicos. Assim, se trata de decidir, entre outras coisas, a questão crucial dos critérios de localização das “falhas técnicas”, ou no âmbito do risco penalmente relevante, ou no âmbito próprio do risco permitido.⁸⁶

Para o citado autor, de um modo geral a sociedade pós-industrial é uma sociedade de objetiva insegurança, ou seja, uma sociedade de risco em sua clara acepção que se reveste da institucionalização da insegurança. E o que é sumamente pior, onde o risco é tecnológico e de enorme complexidade porquanto desconhecido. Nessa espécie de sociedade a distribuição e disseminação de bens, produtos ou substâncias cujos efeitos que podem ser nocivos ainda não se conhecem, somente serão revelados anos no futuro, em época distante da realização da conduta que os gerou, o que traz um incoercível fator de incerteza e insegurança na vida social.

⁸⁵ SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. *op.cit*, p. 36.

⁸⁶ *Ibidem*.

A sociedade pós-industrial é, além da “sociedade de risco” tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de “objetiva” insegurança. Desde logo, deve ficar claro que o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, em última análise, manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social.⁸⁷

O autor, nesse particular refere-se à tese das “catástrofes normais”⁸⁸ mencionadas por Charles Perrow, mencionando o problema da contaminação mundial de carne bovina ocorrida há cerca de uma década, conhecida como a síndrome da “vaca louca”, seguida posteriormente pela “gripe aviária” e pela “peste suína”. Prosseguindo o autor:

O cidadão anônimo diz “*Estão nos ‘matando’, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo*”. Em realidade, faz tempo que os especialistas descartaram a excessivamente remota possibilidade de neutralizar os novos riscos, significando que é preferível aprofundar-se nos critérios de distribuição eficiente e justa dos mesmos – existentes e em princípio não neutralizáveis.⁸⁹ O problema, portanto, não radica mais nas decisões humanas que *geram* os riscos, senão também nas decisões humanas que os *distribuem*. E se é certo que são muitos os que propugnam a máxima participação pública nas correspondentes tomadas de decisão, não é menos certo que, de momento, as mesmas têm lugar em um contexto de quase total obscuridade.

Adiante, avalia Jesus-Maria, o eterno descompasso entre o progresso social que produz crescente complexidade nas relações em sociedade e o incremento ou especialização das regras e dispositivos penais que nunca acompanham a rapidez dessa evolução. Esse fenômeno persistirá indefinidamente por estarmos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual derivada das necessidades de cooperação e de divisão de trabalho, funções e atividades alcançou níveis desconhecidos que podem redundar na produção de consequências lesivas futuras.

Esses resultados de interações e contatos sociais oriundos de organização individual que em muitos casos serão produzidos a longo prazo, de todo modo se darão em um contexto

⁸⁷ *Idem*, p. 37

⁸⁸ López Cerezo/Lujan López, op. cit., p. 28, (Charles Perrow, **Normal Accidents: living with high-risks Technologies**, New York, 1984) *apud* SÁNCHEZ, Jesus-María Silva, ob. cit. p. 37.

⁸⁹ *Ibidem*.

geral de incerteza razão pela qual os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema. Isso faz com que se recorra com mais frequência aos tipos de perigo ou perigo presumido, dentro de uma visão mais abstrata e formalista.

Essa interdependência crescente dos indivíduos na vida social, segundo Jesus-Maria Silva Sanchez, faz com que a tutela e a indenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa da relação de condutas positivas por parte dos terceiros, gerando assim a transferência e a assunção recíproca de proteção desses bens.

Expressado de outro modo, as esferas individuais de organização já não são autônomas; produzem-se, de modo continuado, fenômenos – recíprocos – de transferência e assunção de funções de proteção de esferas alheias. Em Direito Penal, isso implica a tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão que incide diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica.⁹⁰

Em sua opinião a sociedade pós-industrial européia expressa bem a crise do modelo do Estado do bem estar (welfare state), com importantes problemas internos que geram frequentes casos de violência social ou de conflitos interindividuais como os bolsões de desemprego ou marginalidade juvenil, migrações voluntárias ou forçadas e choques de cultura.

O fenômeno da “criminalidade de massas” determina que o “outro” se mostre muitas vezes, precisamente e, sobretudo, como um *risco*⁹¹, o que constitui a outra dimensão (não tecnológica) de nossa “sociedade de risco”.

A Criminalidade de rua ou de massas suscita a criação de movimentos de reação em sentido oposto como o de “lei e ordem” que está ancorado em setores sociais mais amplos que os anteriores. Diante de todos esses aspectos, a sociedade passa a se definir como sociedade “de insegurança sentida” ou como sociedade do medo através da sensação geral de insegurança decorrente dos novos riscos – tecnológicos e não tecnológicos, a constituir fonte de dúvida, incerteza, ansiedade e insegurança.

⁹⁰ SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. **A expansão do direito penal**, *op.cit.*, p. 38.

⁹¹ *Idem.*

O homem, portanto, vive cada vez com mais medo. Teme que seus produtos, naturalmente não todos e tampouco a maior parte, senão alguns e precisamente os que contêm uma parte especial de sua genialidade e de sua iniciativa, possam ser dirigidos de maneira radical contra ele mesmo.⁹²

O modelo da pós-industrialização se contrapõe ao da sociedade do desenvolvimento industrial do século XIX e da primeira metade do século XX, porquanto o conceito de industrialização trazia em seu âmago a noção do conceito de *risco permitido* como limite de interpretação doutrinária para incriminação de condutas, a latere da determinação de seu alcance básico. Significa dizer que a coletividade é penalizada com o ônus do desenvolvimento, admitindo que tal ônus advenha do fato das empresas não adotarem no patamar máximo as medidas de segurança e não empregarem materiais de máxima qualidade.

Admitindo esse modelo, a produção de lesões e mortes dado que com a pós-industrialização legitimando a figura do risco permitido, trouxe uma clara tendência ao retrocesso justificado pela questão econômica mais uma vez, posto que para a adoção dessas medidas máximas de segurança no que tange a procedimentos e materiais de alta qualidade, o resultado econômico/financeiro ficaria comprometido e impediria o acúmulo de capitais necessário ao crescimento e ao reinvestimento.

Atente-se para o que registra o autor Jesus- Maria no sentido de que “*no risco permitido se trata de um conflito de liberdades e não da mera proteção de uma liberdade*”. Manifesta, contudo, o entendimento de “*que nem a análise do custo-benefício nem a perspectiva histórica fundamentam convincentemente a instituição*”, porquanto a própria liberdade de ação traduz um perigo abstrato em si mesma, sendo fonte de riscos.

Como é sabido, o conceito de risco permitido expressa uma ponderação dos custos e benefícios da realização de uma determinada conduta.⁹³ Mas também é evidente que tal cálculo depende de uma valoração prévia, na que necessariamente se haverá de incluir como premissa maior a autocompreensão da sociedade e a ordem relativa de valores (ou preferências) na qual aquele se plasme.⁹⁴ Na mudança significativa da autocompreensão social produzida nas últimas décadas se encontra, pois, a base também da modificação do produto do referido cálculo. Assim, a

⁹² JOÃO PAULO II, **ENCÍCLICA *Fides et Ratio***, 1998, Capítulo IV, n. marg.47. *Apud* SANCHES, Jesus-Maria Silva, ob. cit. P. 41.

⁹³ CASTAÑÓN, Paredes - **El riesgo permitido em derecho penal**, Madrid, 1995, p. 483 e ss. *apud* SANCHES, Jesus-Maria Silva, ob. cit. p. 55

⁹⁴ JAKOBS, Gunther - **La imputación objetiva em derecho penal** (trad. Cancio Meliá), Madrid, 1996, p. 119-120. *apud* SANCHES, Jesus-Maria Silva, ob. cit. p. 55.

diminuição dos níveis de risco permitido é produto direto da sobrevaloração essencial da segurança – ou liberdade de não padecer – diante da liberdade (de ação).⁹⁵ Ou, sem outro sentido, da concepção de muitas liberdades como “liberdades perigosas” (*riskante Freilheiten*). Tal predomínio é característica de uma sociedade de sujeitos pacientes mais que agentes.⁹⁶

Dessa forma, nos vemos, pois, diante de um modelo de sociedade orientado a uma *restrição progressiva das esferas de atuação arriscada*.⁹⁷ Em outras palavras, como se indicava *supra*, um modelo social em que, na ponderação prévia ao estabelecimento da fronteira entre risco permitido e risco desaprovado, a liberdade de ação cede claramente ante a liberdade de não padecer. Seguramente, não são em absoluto alheios a essa circunstância os modernos progressos da jurisprudência (e, eventualmente, da doutrina) tendentes a uma concepção bastante ampliadora da figura da “ingerência”, como fundamento da imputação de responsabilidade a título de comissão por omissão.

Feitas essas considerações o jurista espanhol traça o panorama que em sua visão predomina contemporaneamente, qual seja o da repulsa a alguns dos elementos característicos do Direito Penal clássico a começar por valores fundamentais como verdade e justiça e seu tratamento no âmbito dos procedimentos formais. Esses valores comumente são vistos com entraves, empecilhos a uma gestão eficiente do Direito Penal sobretudo naquilo que concerne a questões de segurança.

Diante do modelo de justiça penal clássico surgem, assim, modelos de *justiça negociada*, nos quais a verdade e a justiça ocupam quando muito, um segundo plano. A penetração da idéia de justiça negociada é muito profunda e tem manifestações muito diversas, nem sempre coincidindo seus partidários. Assim, compreende desde os pactos de imunidade das promotorias com certos imputados (por exemplo, os “arrepentidos”), até as diversas formas de mediação, passando pelas já generalizadas “conformidades” entre as partes. O Direito Penal aparece sim, sobretudo, como mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão alguma com valores.⁹⁸

Nesse ponto cabe uma reflexão quanto à tendência que se verifica no sistema de justiça de se ter uma justiça penal pactuada, de caráter privado para cada caso, em razão do cenário em que cada vez mais os juízes penais contratam com infratores/colaboradores ou “arrepentidos” (título atinente a todo aquele que promove colaboração com a Justiça), a

⁹⁵ LUBBE, Eraubtes Risiko W. **Zur Legitimationsstruktur eines Zurechnungsausschlussgrundes**, Lundersen (Hrsg), Aufgeklärte Kriminalpolitik, I, p. 373 e SS, 381.

⁹⁶ GUNTHER, **La situación insostenible**, Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt, p. 503, *apud* SANCHES, Jesus-Maria Silva, ob. cit. p. 56, nota 61.

⁹⁷ SWAANINGEM. Van, - **Critical criminology. Visions from Europe**, London 1997, p. 174, *apud* SANCHES, Jesus-Maria Silva, ob. cit. p. 56, nota 62.

⁹⁸ SANCHES, Jesus-Maria Silva, *op. cit.* p. 90/91

celebração de pactos de imunidade com o Ministério Público com o fito de obter isenção ou redução de pena.

Ao que parece, com o advento das Leis que consagraram a colaboração⁹⁹ do infrator penal, se está caminhando a passos largos em direção a uma justiça penal negociada e casuística no que tange à pessoa do colaborador, ao mesmo passo em que privada/contratual quanto à possibilidade de pactuação da pena ou da redução ou mesmo da isenção para a infração cometida. A pena deixa de ser impositivamente determinada e imposta pelo *Codex*, para ser objeto de negócio jurídico entre as partes (Estado e infrator). “Justiça à vontade do freguês”.

2.2- A NOVA JUSTIÇA INTERNACIONAL PÓS 11 DE SETEMBRO. O TERRORISMO E O NARCOTRÁFICO TRANSNACIONAIS. OS ACORDOS INTERNACIONAIS. “SOFT LAW E HARD LAW”.

Dentro do temário que ora se enfrenta, não se poderia deixar de lado a abordagem de como a comunidade internacional, sobretudo a ocidental, vem reagindo quanto a esse panorama contemporâneo que muito afeta o Direito Penal clássico na busca de soluções aos novos riscos e ameaças que a atualidade impõe. Nessa seara, a partir da análise de alguns dos conceitos extraídos da obra do Doutor André Ventura, dúvidas não remanescem quanto ao fato de que o direito internacional assumiu notável destaque a partir dos atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América, quer como salvaguarda de excessos, quer como um forte elemento de consenso na luta contra o fundamentalismo e o extremismo, notadamente o Islâmico. Após esse evento, o sistema normativo internacional aflorou como um quadro de atuação a ser salvaguardado como parte essencial à vitória da democracia em face das ditaduras.

Voltando um pouco no tempo, vemos o Direito Internacional do pós-guerra (Segunda Guerra Mundial) procurando essencialmente preencher vazios éticos e lacunas existentes no cenário jurídico das ordens constitucionais que permitiram o franco desenvolvimento dos partidos totalitários, os quais acabaram por dar origem à eclosão do próprio conflito armado.

A coerção e a punibilidade como elementos de formação da juridicidade do Direito Internacional mostram-se assentes dentro de uma lógica cujo substrato não se constituiu

⁹⁹ Leis: 9.080 de 19.07.1995; 9.613 de 03.03.1998; 9.807 e 13.07.1999.

apenas dos princípios constitucionais e normas legais fundamentais (princípios: da igualdade; da não discriminação; da proporcionalidade; da razoabilidade etc.), mas que também admitiu os movimentos de força que são próprios à natureza das relações internacionais.

Dentro desse espectro histórico o costume passou a desempenhar papel de destaque no âmbito da juridicidade do direito internacional, fazendo com que o direito consuetudinário assumisse um relevo jurídico-dogmático sendo, inclusive, expressamente consagrado entre as fontes de direito internacional. (art. 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça das Nações Unidas).

Adota-se neste particular uma lógica distinta, pois enquanto prevalecem no direito interno princípios consagrados pelas sociedades como a igualdade e a legalidade no escopo do cumprimento da vontade geral expressa através do estatuto legal, no campo internacional o direito fundamentou-se, em parte, no domínio das relações internacionais onde se destacam as práticas institucionais e as condutas políticas reiteradas de costume internacional, critérios significativamente diferenciados do direito interno.

Por conseguinte, na medida em que o direito interno tem sua vocação direcionada para aplicação dentro das fronteiras do Estado, assumindo assim uma função conformadora quanto aos princípios da igualdade e do respeito à lei e à Constituição, de outro turno, o direito internacional destina sua eficácia e aplicação na relação entre Estados soberanos que se assentam não apenas em regras normativas, mas sobretudo em práticas consuetudinárias constantes e contextualizadas.

Verifica-se nessa ótica que os próprios fundamentos dogmáticos do direito interno e do direito internacional são diferenciados. Enquanto o direito interno pretende garantir o império da lei, o monopólio estatal da força e o tratamento igualitário entre os cidadãos, o escopo de atuação do direito internacional destina-se a instituir e orientar elementos de coordenação e harmonização dos conflitos entre Estados ou entre Estados e pessoas, grupos e ou comunidades em circunstância em que usos, costumes e práticas reiteradas adquirem com frequência importância muito maior do que a própria lei escrita.

Anota-se algumas exceções a esta regra porquanto há um conjunto de Estados que não reconhecem à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e assim a ela não se submetem. São eles nomeadamente, China, Israel, Estados Unidos da América, Rússia que saiu em 2016, que por se constituírem como um conjunto de Estados cujo papel na ordem internacional os torna

passíveis envolvimento em conflitos de natureza armada de âmbito mundial isso lhes poderia ocasionar a prática de condutas tipificadas como crimes internacionais.

Nesse processo de internacionalização do direito penal e de persecução ao financiamento do terrorismo, segundo observa Vinicius de Melo Lima,¹⁰⁰ *“dentre as tendências do Direito Penal moderno, destaca-se a crise do princípio da territorialidade, com a crescente adoção do princípio da justiça universal na solução das controvérsias em âmbito internacional. Consoante o princípio da universalidade, as leis penais devem ser aplicadas a todos os homens, independentemente do lugar em que estejam. Constitui um princípio característico da cooperação penal internacional, permitindo a repressão, por todos os Estados, dos ilícitos penais objetos de tratados e de convenções internacionais”*.

O autor ao comentar as tendências do Direito Penal moderno, destaca a crise do princípio da territorialidade, com a crescente adoção do princípio da justiça universal na solução das controvérsias em âmbito internacional, fazendo a distinção de três espécies de delitos que dizem respeito ao fenômeno atual de internacionalização do Direito penal, sendo eles segundo sua visão, os seguintes:

- a) delitos de gênese interna e objeto internacional – configuram os crimes tipificados em regras jurídicas criminais que, embora subsumidos ao ordenamento jurídico nacional, aludem a bens jurídicos de cunho internacional;
- b) delitos convencionais de aplicação interna – são aqueles comportamentos proibidos situados em Convenções internacionais que remetem para regras de Direito Interno dos Estados as sanções penais;
- c) delitos do Direito Internacional Penal – tal espécie corresponde aos delitos cuja vontade dos Estados é irrelevante para a respectiva definição ou punição.

Nesse quadro as duas primeiras espécies se configuram segundo o modo de incriminação (Direito Penal Internacional), enquanto o último tipo é caracterizado pela natureza dos bens violados que transcende o sistema interno, sendo irrelevante a aceitação pelos Estados dos seus elementos constitutivos na medida em que sua caracterização provém do Direito Internacional Penal.

Outro tema de importância no panorama mundial diz respeito à responsabilidade penal internacional do indivíduo. Nesse campo consagrou-se como bens jurídicos sujeitos à tutela da ordem internacional os Estados e sua própria existência, a preservação de certos grupos

¹⁰⁰ www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401214594.pdf

humanos e da paz internacional, como institutos fundamentais. Mas também se apresentam como suscetíveis de tutela da ordem internacional os bens jurídicos individuais tais como a vida humana, a saúde individual, a liberdade, entre outros, sempre que a ofensa ocorrer de forma sistemática pelo próprio poder político ou quando não se pode obter proteção da própria ordem estatal a que pertencem tais bens jurídicos individuais, sem os quais nenhum sistema social é passível de existência.

A evolução ocorrida na matéria em estudo, com o advento da figura do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, acarretou significativas mutações no plano ético-social, com a ressonância penal de condutas que atentam contra bens jurídicos essenciais à sociedade. Com efeito, o critério da gravidade e as implicações para a comunidade internacional em seu conjunto marcam a natureza dos comportamentos que geram a responsabilidade internacional do indivíduo.¹⁰¹

Pertinente nesse campo a análise produzida por Richard Vogler¹⁰² quanto à constatação de que um sistema de justiça é sempre dependente de modelo ou modelos que numa determinada época histórica prevalecem ou se apresentam como dominantes.

Segundo esse autor, coexistem três principais linhas metodológicas que moldam o sistema de justiça que são: 1) o modelo inquisitorial; 2) o modelo acusatório/adversarial e 3) o modelo que se utiliza das tradições de justiça popular também denominado “*Mediated Popular Justice*”. Em seu entendimento estas três linhas metodológicas interferem simultaneamente no sistema de justiça e, dependendo do domínio ou da prevalência de cada uma, assim se caracterizará o sistema de justiça.

Da elaboração de André Ventura sobre Richard Vogler, extrai-se a seguinte:

Quando se refere ao sistema inquisitorial ou acusatório, ou ainda às tradições de justiça popular, VOGLER tem em mente não apenas as regras fundamentais de procedimento que caracterizam cada um destes sistemas, mas também os seus objectivos que, como se sabe, apresentam diferenças consideráveis. Desde logo ao nível da verdade que se procura obter: enquanto o sistema inquisitorial busca a todo custo uma verdade material, pura e uma reconstrução real dos factos- independentemente dos custos ou dos meios para a alcançar – o sistema acusatório empenha-se em alcançar uma verdade sobretudo processual, consciente dos limites e da natureza do sistema de justiça.¹⁰³

¹⁰¹ LIROLA DELGADO, Isabel; MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. **La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad**. Barcelona: Ariel, 2001. p. 12-13.

¹⁰² VOGLER, Richard, **A World View of Criminal Justice**, Aldershot: Ashgate, 2005

¹⁰³ VENTURA, André, **A Nova Justiça Internacional**, Chiado Editora, Lisboa, 2015, p. 51.

Vale também o oportuno registro feito por André Ventura de que *“todas medidas legislativas anti-terrorismo adoptadas pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido após 11 de Setembro, como o Patriotic (USA) e o Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (UK), foram aprovados e publicados sem o tempo necessário de reflexão parlamentar ou qualquer discussão pública prévia”*.¹⁰⁴

Voltando os olhos para a prática de ilícitos penais no âmbito da comunidade globalizada, o mencionado autor nos informa ainda:

(...) que o tipo e as características da criminalidade dominante sofreram importantes alterações nas duas últimas décadas, fruto de novas condições geopolíticas, sociológicas e acima de tudo tecnológicas. Hoje, as grandes redes de criminalidade organizada movem-se no panorama internacional com a mesma facilidade com que, outrora, se moviam no panorama interno. Para esse fenômeno contribuiu certamente a formação de grandes blocos regionais e continentais sem fronteiras ou controles aduaneiros, mas também a disponibilidade e sofisticação de meios tecnológicos inexistentes há vinte anos atrás.¹⁰⁵

Essa mobilidade do crime organizado obriga a que o sistema de justiça não seja uma realidade abstrata e imobilizada como antes, quando apenas recebia as múltiplas influências e dinâmicas exteriores sendo imanente a todo e qualquer sistema de justiça a prevenção e a punição do crime, como proteção da coletividade.

A aplicação de um Direito Penal expansivo em decorrência dessa nova conformação de condutas criminais que, sobretudo na Europa, dada a integração dos Estados membros da comunidade, facilita a que um crime seja praticado num país e logo a seguir os agentes já tenham cruzado várias fronteiras, acarreta de pronto três consequências: 1) o privilégio do ágil e imediato combate aos delitos; 2) a eliminação de graus de imputação penal com a mitigação dos conceitos jurídicos clássicos de tentativa e de autoria, e 3) a exasperação das penas aplicáveis aos ilícitos.

Nesse cenário de reação da comunidade internacional aos graves delitos transnacionais da atualidade (terrorismo, narcotráfico, contrabando de armamento pesado, tráfico de seres humanos, tráfico de órgãos etc), algumas iniciativas têm sido desenvolvidas de forma bilateral e/ou multilateralmente por Estados Soberanos, mediante a celebração de tratados e acordos internacionais.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 61.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 43.

Os mecanismos de cooperação internacional, tratados e acordos, embora consistindo naquilo que a doutrina passou a classificar como “Soft Law”, ou seja, um conjunto de normas sem eficácia coercitiva porém de adoção aconselhável aos Estados signatários do instrumento, tem sido ferramenta muito eficiente no escopo de equalizar e padronizar condutas de repressão aos crimes transnacionais. A ausência de coerção para os signatários é relativa porquanto na medida em que essas regras são em boa parte emanadas do interesse das maiores potências, é certo que o não cumprimento pode implicar em sanções e retaliações na relação multilateral.

“Soft Law” consiste na designação adotada no âmbito do Direito Internacional Público, para, independentemente de maiores formalismos, indicar qualquer texto ou regra internacional de índole não cogente e não vinculativa, desprovida de caráter jurídico em relação aos signatários, mas detentoras de compromisso formal extralegal entre os celebrantes. São, assim, regras e enunciados de natureza facultativa dotadas de linguagem vaga, com caráter genérico ou que exprimem tão somente o princípio lógico que encerram. Podem se traduzir na expressão “QUASE DIREITO”, cujo valor normativo é limitado e não juridicamente obrigatório, que embora traduza um compromisso desprovido de coerção, dever ser respeitado pelos partícipes de sua lavratura. Assim falando, a “Soft Law” não gera propriamente obrigações vinculativas no campo do direito positivo.

A Soft Law não é considerada norma jurídica por ser desprovida de coercibilidade, assumindo um caráter menos imperativo que a hard law, por não ser uma norma jurídica ou mesmo por não criar obrigações em determinadas situações como bem explicita Rafael Ferreira.¹⁰⁶

Valadão¹⁰⁷ afirma que o soft law não precisa ser uma norma emanada de uma entidade internacional na esfera de organização multilateral. Pode emanar também, de uma organização regulatória e mesmo que seu texto seja na maioria das vezes parecido com o de um tratado, não deve-se confundir com aquele uma vez que são institutos de diferente natureza jurídica, nada impedindo que a soft law venha a se tornar um tratado, desde que tenha como objetivo determinar costumes a serem seguidos pelas Nações. Contudo, é desprovida de obrigatoriedade ou penalidade para o seu não cumprimento.

¹⁰⁶ FERREIRA, Rafael Freire. Reflexões sobre o instituto da prova, in **Novas dimensões do Direito: uma perspectiva Soft Law**. 1ª Edição. Lisboa: Editora Chiado, 2016.

¹⁰⁷ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Soft Law: um aspecto (quase) inovador do direito internacional contemporâneo. Prática jurídica**, São Paulo, Ano V, n. 49, 2006.

Portanto, no campo de atuação do Direito Internacional Público, “Soft Law” designa os textos ou dispositivos internacionais sob diversas denominações, que são desprovidos de caráter jurídico impositivo com relação aos signatários. São assim, regras ou recomendações facultativas e portanto distintas daquelas que compõem o *jus cogens*, sendo também conhecidas pelas expressões *droit doux* (direito flexível) ou “Soft Norms”. Pode-se dizer que sua utilização se pauta e se caracteriza pela não cogência e pela flexibilidade de aplicação no contexto em que utilizada, sem eficácia vinculativa.

Resumindo, são regras programáticas não juridicamente obrigatórias, dotadas de linguagem aberta e vaga, que não criam obrigações nem deveres no campo do direito positivo, mas apresentam um sistema de princípios lógicos e morais não vinculativos. Todavia, na medida em que as regras caracterizadas como “Soft Law” são introduzidas no direito interno de um Estado signatário, via processo legislativo, ela se torna uma “Hard Law” constituindo norma legal cogente e impositiva, dotada de eficácia geral ou “*erga omnes*”.

Em oposição à “Soft Law” temos a “Hard Law” informada e caracterizada pelo *jus cogens*, composta de um conjunto de normas impositivas geralmente hierarquizadas e sistematizadas, de aplicação e cumprimento geral e coercitivo. São obrigatórias tanto a particulares como ao poder público e seu conteúdo vem a constituir o arcabouço do Direito Positivo vigente nos estados ou sociedades.

Dentro da esfera de atuação da “Hard Law” as normas são imperativas e vinculativas e seu conteúdo impositivo e obrigatório, com pouca margem à interpretação, negociação e repactuação de cláusulas, além de desprezar as especificidades (ONE SIZE FITS ALL)¹⁰⁸, sendo consideradas como normas que tem como objetivo a regulamentação com foco em princípios vinculativos que privilegiem a segurança jurídica.

A Hard law, diferentemente da Soft Law possui força vinculativa onde o surgimento de sanções se dá em face daqueles que não respeitarem o disposto em seu texto. Segue abaixo o conceito de *hard law* segundo o autor brasileiro Anderson Menezes Maia.¹⁰⁹

A hard law é um termo que contempla o direito rígido “duro”, dentro do qual se reputam inseridas sanções contra as infringências perpetradas, e possuem força vinculativa. São normas oriundas das fontes clássicas do Direito

¹⁰⁸ NEVES, Miguel Santos Neves. **Problemas Cerne de Direito**, conceito emitido no dia 21/07/2016, em sala de aula do Mestrado em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.

¹⁰⁹ MAIA, Anderson Menezes. **A Soft Law e as normas internacionais de proteção ao meio ambiente, in Novas dimensões do Direito: uma perspectiva Soft Law**. 1ª Edição. Lisboa: Editora Chiado, 2016. P. 31.

Internacional e os princípios gerais do direito. Entre elas, encontramos as Convenções Internacionais, os princípios gerais do direito, as decisões judiciais e as doutrinas, os atos unilaterais e as decisões normativas das Organizações Internacionais.

No campo da Soft Law vai nos interessar especialmente tanto o documento lavrado pelo GAFI – FATF¹¹⁰ que contém 40 (quarenta) recomendações, das quais 09 (nove) são direcionadas expressamente ao terrorismo como também a Resolução nº 1.373 do Conselho de Segurança da ONU no sentido de que todos os Estados dentre outras obrigações devem estar vinculados ao dever de prevenir e suprimir o financiamento de atos terroristas.

As quarenta recomendações de Soft Law desenvolvidas pelo mencionado organismo internacional GAFI ou FATF somados a outras regras de “Soft Law”, a exemplo da Resolução 1.373 de 28 de setembro de 2001 do Conselho de Segurança da ONU, influenciaram significativamente o Brasil quanto a edição da Lei nº 13.260 de 16 de março de 2016, consistente no diploma legal antiterrorismo do Brasil¹¹¹ (“Hard Law”). Essa legislação foi fruto de intensas cobranças internacionais das potências desenvolvidas, sobretudo dos EUA, além de outras organizações observadoras internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

Portanto, a Lei Antiterrorismo Brasileira foi positivada em estreita relação às recomendações do mencionado organismo internacional GAFI/FATF, já existentes desde o ano de 1990 e originariamente utilizadas no plano internacional de modo não cogente, nem vinculativo, inicialmente para combater o tráfico de drogas. Essa estratégia desenvolveu-se através de ações que visavam o estrangulamento financeiro da atividade de tráfico internacional de entorpecentes e no Estado Brasileiro veio dar resposta ao terrorismo, através de sua identificação, conceituação, criminalização e medidas de combate e enfrentamento.

O conjunto de Recomendações do GAFI ou FATF das quais se destacam algumas a seguir, foram estabelecidas a fim de uniformizar o entendimento dos países na criminalização do financiamento do terrorismo com base na “Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo”, e criminalizar não apenas o financiamento de atos terroristas, mas também o financiamento de organizações terroristas e terroristas individuais, mesmo na ausência de relação com qualquer ato ou atos terroristas específicos. Os países devem garantir que tais crimes sejam considerados crimes antecedentes da lavagem de dinheiro.

¹¹⁰ Grupo de Ação Financeiro contra a Lavagem de Dinheiro - Financial Action Task Force

¹¹¹ Lei Federal nº 13.260 de 16 de março de 2016.

RECOMENDAÇÃO 1. Avaliação de riscos e aplicação de uma abordagem baseada no risco

Os países devem identificar, avaliar e compreender os riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo para o país, e tomar medidas, inclusive designando uma autoridade ou mecanismo para coordenar as ações de avaliação de riscos, e aplicar recursos com o objetivo de garantir que os riscos sejam efetivamente mitigados... Essa abordagem deve ser um fator essencial para a alocação eficiente de recursos por todo o regime antilavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo (ALD/CFT) e para a implementação das medidas baseadas em risco em todas as Recomendações do GAFI... Os países deveriam exigir que as instituições financeiras e atividades e profissões não financeiras designadas (APNFDs) identifiquem, avaliem e adotem medidas efetivas para mitigar seus riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

RECOMENDAÇÃO 2. Cooperação e Coordenação Nacional

Os países deveriam ter políticas ALD/CFT informadas pelos riscos identificados, que devem ser regularmente revisadas, e deveriam designar uma autoridade ou possuir um mecanismo de coordenação ou outro mecanismo que seja responsável por tais políticas. Os países deveriam assegurar de que os formuladores de políticas, a unidade de inteligência financeira (UIF), as autoridades de aplicação da lei, supervisoras e outras autoridades competentes relevantes, nos níveis operacional e de formulação de políticas, possuam mecanismos efetivos que permitam a cooperação e, quando apropriado, a coordenação doméstica a respeito do desenvolvimento e implementação de políticas e atividades de combate à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa.

RECOMENDAÇÃO 4. Confisco e medidas cautelares

Os países deveriam adotar medidas semelhantes àquelas estabelecidas na Convenção de Viena, na Convenção de Palermo e na Convenção para Supressão do Financiamento do Terrorismo, inclusive medidas legislativas, para permitir que suas autoridades competentes possam congelar ou apreender e confiscar, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa-fé: (a) bens lavados, (b) produtos ou instrumentos usados ou com a intenção de que fossem usados em crimes de lavagem de dinheiro ou crimes antecedentes, (c) bens que sejam produtos, ou que tenham sido usados, ou com a intenção de que fossem usados ou alocados para uso no financiamento do terrorismo, de atos ou de organizações terroristas, ou (d) bens de valor equivalente.

RECOMENDAÇÃO 5. Crime de financiamento do terrorismo

Os países deveriam criminalizar o financiamento do terrorismo com base na Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, e criminalizar não apenas o financiamento de atos terroristas, mas também o financiamento de organizações terroristas e terroristas individuais, mesmo na ausência de relação com um ato ou atos terroristas específicos. Os países deveriam garantir que tais crimes sejam considerados crimes antecedentes da lavagem de dinheiro.

RECOMENDAÇÃO 6. Sanções financeiras específicas relacionadas ao terrorismo e seu financiamento*

Os países deveriam adotar regimes de sanções financeiras específicas para cumprir as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas relativas à prevenção e à supressão do terrorismo e seu financiamento. As Resoluções exigem que os países congelem sem demora os fundos ou outros ativos, e garantam que não sejam disponibilizados fundos ou outros ativos, direta ou indiretamente, para ou em benefício de qualquer pessoa ou entidade que seja (i) designada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, ou sob sua autoridade, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, inclusive de acordo com a Resolução 1267 (1999) e suas sucessoras, ou (ii) designadas por um país nos termos da Resolução 1373 (2001).

RECOMENDAÇÃO 8. Organizações sem fins lucrativos

Os países deveriam verificar a adequação de leis e regulamentos relativos a entidades que possam ser usadas indevidamente para o financiamento do terrorismo. As organizações sem fins lucrativos são particularmente vulneráveis, e os países deveriam garantir que não sejam usadas indevidamente: (a) por organizações terroristas que se passem por entidades legítimas; (b) para explorar entidades legítimas como canais para o financiamento do terrorismo, inclusive para fins de escapar de medidas de congelamento de ativos; e (c) para ocultar ou camuflar o desvio clandestino de recursos destinados a fins legítimos para organizações terroristas.

RECOMENDAÇÃO 36. Instrumentos internacionais

Os países deveriam adotar medidas imediatas para serem signatários e implementarem completamente a Convenção de Viena (1988), a Convenção de Palermo (2000), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), e a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999). Onde for aplicável, os países também serão incentivados a ratificarem e implementarem outras convenções internacionais importantes, como a Convenção do Conselho da Europa sobre o Crime Cibernético (2001), a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (2002) e a Convenção do Conselho da Europa sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco de Produtos de Crimes e sobre o Financiamento do Terrorismo (2005).

RECOMENDAÇÃO 38. Assistência jurídica mútua: congelamento e confisco

Os países deveriam assegurar que possuem a autoridade para adotar ações rápidas em resposta a pedidos de outros países para identificar, bloquear, apreender e confiscar bens lavados; produtos da lavagem de dinheiro, dos crimes antecedentes e do financiamento do terrorismo, instrumentos utilizados ou pretendidos de serem utilizados no cometimento desses crimes; ou bens de valor correspondente.

RECOMENDAÇÃO 39 Extradução

Os países deveriam atender de maneira construtiva e efetiva a pedidos de extradição relacionados a lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo sem atrasos indevidos. Os países deveriam também adotar todas as medidas possíveis para garantir que não sejam refúgios para pessoas acusadas de

financiamento do terrorismo, de atos terroristas ou organizações terroristas. Em particular, os países:
(a) deveriam garantir que lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo sejam crimes sujeitos à extradição;

Essas recomendações do GAFI – FATF consistentes em Soft Law geraram, em razão da lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, um instrumento legal de criação e edição como “Hard Law” na ordem penal brasileira em face do terrorismo. Seu surgimento foi uma imposição para ou contrapartida pelo fato do Brasil ter sido escolhido para sediar os Jogos Olímpicos de 2016, devido ao recrudescimento de atos terroristas em grandes centros urbanos desenvolvidos e a ameaça latente ínsita a esse megaevento de magnitude internacional.

CAPÍTULO 3 - A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE UM NOVO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL NO BRASIL.

Conforme anteriormente analisado, o Brasil como sociedade de risco constituiu-se em solo fértil para a proliferação de crimes de graves proporções: crimes financeiros, econômicos, de abuso de poder econômico, crimes contra a ordem tributária e fraudes fiscais bilionárias. Na realidade histórica do país esses ilícitos sempre foram invariável e majoritariamente praticados pelo poderio econômico/empresarial em conluio com agentes governamentais, parlamentares, agentes políticos e outros integrantes ou representantes dos poderes do Estado.

Os ilícitos contra a ordem econômica, financeira e tributária são no senso comum crimes usualmente praticados pelos agentes privados integrantes de corporações ricas e poderosas, ou agentes que detém algum acesso a informações e procedimentos de magnitude no âmbito estatal e que se encontram a meio caminho dos poderosos (políticos e empresários). A partir daí forma-se um consórcio delituoso entre esses personagens e banda podre do poder oficial, normalmente lapidada por partidos políticos que estejam no domínio e comando do Estado.

No Brasil esse foi e continua sendo o contexto de grave criminalidade a requerer resposta adequada e enérgica do sistema de justiça penal. Note-se que caso do Brasil esse cenário de risco que já se evidenciava concretamente, agigantou-se durante a última década e meia em que o país se viu capturado por um governo corrupto de feição socialista e simpática ao viés comunista. Governo leniente na cegueira que envergava em manifesto favoritismo ao crime e ao criminoso, em detrimento da sociedade e da cidadania.

O saldo funesto desse cenário de corrupção e de desgoverno que ceifou o Brasil nessas últimas quase duas décadas, foi contabilizado no final do ano de 2018 quando a estatística da violência apontou para o número estratosférico de 62 mil mortes, saldo superior ao de algumas guerras.

Com a derrubada parcial pelas instituições democráticas (Polícia Federal, Ministério Público, Poder Judiciário e sociedade cidadã) de parcela considerável desses grupos criminosos (empresários corruptos e agentes políticos criminosos), o fétido odor da corrupção exalou para todo lado, deixando a nu, boa parte das autoridades públicas envolvidas, que comissiva ou omissivamente participaram desse imenso teatro de operações criminosas.

Uma Presidente da República caiu via “*impeachment*” e outro Presidente da República tornou-se presidiário, condenado por crime de corrupção. Enquanto isso um terceiro Presidente da República deste período, recentemente após desembarcar do poder, está sendo processado criminalmente pelo Ministério Público Federal. Aliás, cabe informar que o Presidente Luís Inácio Lula da Silva foi condenado pela segunda vez em novo crime de corrupção. Além deles, vários ministros, parlamentares, dirigentes de empresas públicas e empresários foram processados e presos.

De qualquer forma entende-se que a punição foi assaz branda a ponto de não inibir e nem tampouco punir os ilícitos cometidos, uma vez que a maioria dos apenados já se encontra ou em liberdade ou usufruindo da progressão para o regime penal aberto ou prisão domiciliar, e considerando que o valor de alcance da corrupção foi estimado pelas fontes oficiais em cerca de 70 BILHÕES de dólares e que os mecanismos para sua recuperação emperram, fica claro que no Brasil “O CRIME COMPENSA”.

Vale lembrar ainda que quando as “fontes oficiais” estimam um valor desse porte a experiência comum demonstra que os valores reais são bem maiores e que os efeitos criminais dessas condutas são extremamente perversos com a sociedade mais pobre que perde saúde, alimentação, emprego, transporte, segurança, moradia etc. Mais do que tudo perde esperança!

É indiscutível que a gravidade superlativamente maior desses delitos orquestrados pela corrupção se deve na verdade ao fato de eles atingem imensa parte da população e que por ser pobre não dispõe de alternativas de sobrevivência que não sejam aquelas que advém dos programas e serviços públicos, os quais deixam de lhes ser prestados, porquanto a verba e recursos financeiros a eles inerentes é desviada pela corrupção em meio à associação diferencial público/privada.

Contudo, além da questão dos crimes praticados pela aliança da corrupção política com as grandes corporações, vale prosseguir a investigação no campo da criminalidade ostensivamente armada com material bélico de guerra e que traz uma letalidade brutal somente comparada a países efetivamente em guerra. Esse panorama nos leva a analisar o Brasil submetido a uma modalidade de terrorismo qual seja o terrorismo social, promovido pelas organizações criminosas paramilitares.

3.1 - OS GRUPOS DE ALTA PERICULOSIDADE CRIMINAL ORGANIZADA. O SURGIMENTO DE UMA LEI ANTITERRORISMO. RECRUDESCIMENTO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.

Identifica-se no contexto criminal brasileiro atual três ordens infracionais de superlativa envergadura, que, em nossa opinião, constituem os segmentos mais graves de transgressão penal existentes no país, carecedores de firme enfrentamento pelo governo e pela sociedade. São grupos criminosos organizados com características próprias de conduta e de interação entre seus partícipes. Ousamos nos referir a esses organismos como sendo os três principais **Grupos de Alta Periculosidade do Crime Organizado**, o que fornece até uma sigla “GAPCO”.

Atuando na primeira ordem desses grandes segmentos infracionais encontramos o grupo de delinquentes que se dedica a praticar os crimes de lesa pátria, via corrupção institucionalizada, cujos delitos são praticados em concurso de associação diferencial entre agentes públicos e privados, na sua maioria políticos, autoridades públicas, empresários dentre outros partícipes da livre iniciativa.

Os integrantes dos grupos envolvidos nessa ordem de crimes normalmente detêm nível de educação e de informação elevado e raramente se utilizam de violência explícita em suas condutas ilícitas. São organizados e politicamente articulados a ponto de elegerem os candidatos que sejam associados aos seus interesses espúrios. Contudo, praticam os crimes avassaladoramente mais danosos e nocivos ao país, nação e sociedade, porquanto destroem boa parte dos bens e recursos públicos e do tecido social e assistencial do Estado, em todos os segmentos de suporte da sociedade mais pobre e mais necessitada. Esses criminosos matam os pobres de doença, miséria, fome, desabrigo, desamparo e pela violência que desse cenário nasce.

No segundo grupo de alta periculosidade criminal organizada, estão os integrantes das facções e quadrilhas do narcotráfico transnacional que praticam crimes ultraviolentos, valendo-se de armamento e de táticas de guerra e promovendo terror social. Essas organizações que atuam nesse meio delituoso de fato atentam violentamente contra a ordem constituída e dessa forma tipificam conduta enquadrável na legislação antiterror brasileira.

O terceiro grande grupo corresponde às organizações criminosas que se constituíram no hiato criado pela ausência de atuação do Estado, como consequência da prevaricação de

seus agentes políticos envolvidos nos desvios referidos no primeiro grupo. Assim, nesse cenário de ausência e descaso do Estado, grupos paramilitares compostos em sua maioria por policiais e ex-policiais civis e militares, bombeiros militares, soldados, suboficiais e oficiais jubilados ou da reserva das Forças Armadas, constituíram verdadeiros exércitos de milícias, inicialmente sob a bandeira de combater o tráfico de drogas e proteger determinadas comunidades onde viviam. Daí, para passarem a promover o controle e dominação dessas comunidades e de outras, impondo a seus integrantes, invariavelmente cidadãos pobres e desassistidos o pagamento de pedágios e taxas ilegais também pelo poder e força das armas e o medo da violência, foi somente um passo!

Considerando que no contexto da criminalidade os vasos são sempre comunicantes, tanto os narcotraficantes como os milicianos, a exemplo daquilo que já ocorria no primeiro grupo, investiram muitos recursos para elegerem representantes nos Parlamentos locais. Esse movimento foi detectado pela sociedade, que nestas eleições, viu-se estarecida e amedrontada com a ameaça crescente da infiltração de narcotraficantes e milicianos na política oficial, o que certamente ocorreu em diversos cantões do país. Essa terrível constatação passou a ser divulgada seguidamente pela mídia e pelos maiores jornais do país.

112

Nessa notícia em comento, o Jornal O Globo traz ainda em destaque em sua página 3, com o título “INFILTRAÇÃO PERIGOSA - O crime nas urnas” a seguinte matéria que merece transcrição:

TSE pede à Abin e à PF investigação sobre interferência de tráfico e milícia na política. O risco de o crime organizado ampliar sua infiltração na política levou o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a acionar os órgãos de investigação e inteligência do governo federal para coibir a iniciativa dos criminosos. A preocupação é com as eleições em todo o país, mas no primeiro semestre a Justiça Eleitoral encaminhou para a Agência Brasileira de Inteligência (Abin) e para a Polícia Federal um relatório com base na disputa de 2016 no Rio em que aponta a influência de facções criminosas e milícias em 19 zonas

¹¹² O GLOBO – matéria de capa de 8 de outubro de 2017 – Título - TSE alerta para infiltração do crime organizado na política. Relatório afirma que quadrilhas agiram em 19 zonas eleitorais do estado. Ações são investigadas também em São Paulo, Amazonas e Maranhão; presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes, diz temer que facções financiem candidaturas e ampliem atuação. O Tribunal Superior Eleitoral acionou a Agência Brasileira de Inteligência (Abin) e a Polícia Federal para que investiguem a influência de facções criminosas e milícias no processo eleitoral, revela Jeferson Ribeiro. No Estado do Rio de Janeiro, a ação do crime organizado foi identificada em 19 zonas eleitorais de sete cidades, que abrangem 9% do eleitorado fluminense, em 2016. Criminosos tentam influir em resultados também em outros estados, e o relatório do TSE cita São Paulo, Amazonas e Maranhão. O presidente do tribunal, ministro Gilmar Mendes, avalia que o fundo eleitoral, criado pela reforma política recém-aprovada no Congresso, é insuficiente para financiar as eleições, o que poderá abrir brecha para um “laranja” nas campanhas. Para Gilmar Mendes, o domínio de territórios por facções, como ocorre no Rio, não permite campanhas e votos livres.- Fonte - Jornal O GLOBO – matéria de capa de 8 de outubro de 2017.

eleitorais de sete cidades, incluindo a capital. O crime, porém, já esticou seus tentáculos em outros estados como São Paulo, Amazonas e Maranhão.

O relatório do TSE, ao qual O GLOBO teve acesso com exclusividade, lista todos os candidatos eleitos nessas áreas e tem por base, principalmente, as zonas eleitorais onde a realização das eleições só ocorre mediante reforço de policiamento e regiões que historicamente registram conflitos entre criminosos e forças de segurança. Essas áreas envolvem o voto de 9% do eleitorado fluminense, aproximadamente 1,1 milhão de pessoas.

MILÍCIA ASSOCIADA AO TRÁFICO

Os maiores riscos de influência do crime organizado nas eleições, segundo o relatório, estão em 11 zonas eleitorais da capital, uma em Duque de Caxias, duas em Resende e Itatiaia, uma em São Gonçalo, uma em São João de Meriti e três em Niterói.

O Rio é o exemplo mais grave da preocupação do TSE também pelo histórico. Em 2008, uma CPI da Assembléia Legislativa (Alerj) revelou atuação das milícias e como seus integrantes foram eleitos com ajuda dos criminosos. A investigação parlamentar levou à perda de mandatos e prisão do ex-deputado estadual Natalino Guimarães e seus sobrinhos e ex-vereadores Jerônimo Guimarães Filho, o Jerominho, e Carminha Jerominho. Eles foram acusados pela CPI de integrarem o grupo que ficou conhecido como Liga da Justiça, grupo de milícias da Zona Oeste da cidade.

No ano passado, em mais uma demonstração da influência do crime na política fluminense, a Delegacia de Homicídios da Baixada Fluminense, abriu investigação sobre 13 mortes que teriam motivação política. Os assassinatos ocorreram em Seropédica, Duque de Caxias, Magé, Paracambi, Queimados, Nova Iguaçu, Nilópolis, Japeri e São João de Meriti. As investigações correm em sigilo, mas no caso de ao menos duas vítimas os homicídios comprovadamente tinham a ver com a disputa eleitoral.

A promotora de justiça Simone Sibílio, que tem vasta experiência em investigações do crime organizado, alerta para a união entre milicianos e traficantes e lembra que o crime tem necessidade de cooptar o poder público para ampliar seus lucros: - **“O que a gente observa no Rio hoje é que as organizações criminosas do tipo milícia, que eram arqui-inimigas do tráfico de drogas, coexistem pacificamente”**.¹¹³

Considerando que nesse tipo de ambiente o perigo do terror social e da prática terrorista acaba por lhe ser inerente, tais circunstâncias trouxeram alerta à comunidade internacional quanto a realidade da violência no Brasil, pelo nível calamitoso do estado de guerra aqui instalado. Veja-se as notícias veiculadas pelos meios de comunicação:

A cada hora, sete pessoas são mortas no Brasil¹¹⁴

Avanço de facções do Sudeste em estados de Norte e Nordeste apontado como principal razão para crescimento da violência; em um ano, assassinatos contabilizados como feminicídio cresceram 22%

São Paulo / Pelo segundo ano seguido o número de homicídios cresceu no Brasil, ultrapassando a taxa de 30 mortes violentas para cada 100 mil

¹¹³ Jornal O Globo – matéria publicada em sua página 3 no dia 08 de outubro de 2017.

¹¹⁴ Jornal O Globo - matéria publicada em sua página 8 no dia 10.08.2018.

habitantes, enquanto a média mundial é de 7,5. Em 2017, o país registrou 63.880 assassinatos – é como se, a cada hora, sete pessoas fossem mortas de forma intencional no país, uma média de mais de um crime a cada dez minutos.

Na explicação dos pesquisadores do Anuário editado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), cuja 12ª edição foi divulgada ontem, a expansão da guerra entre organizações criminosas do Rio e de São Paulo em busca de mercado e território nos estados das regiões Norte e do Nordeste é a principal causa do crescimento dos assassinatos no país.

O aumento da violência contra a mulher – o crime de feminicídio subiu 21,9% - e a notificação das mortes em ações policiais, em que o Rio de Janeiro lidera a lista, são outros resultados do estudo.

Os dez estados que tiveram no ano passado a maior taxa de homicídios são dessas duas regiões. O 11º é o Rio de Janeiro, onde foram mortos 40 pessoas de cada grupo de 100 mil, aumentando de 7,2% em relação ao ano anterior.

A proximidade com países produtores de droga ajuda explicar o aumento das mortes em estados do Norte e do Nordeste. Ceará e Acre tiveram os maiores crescimentos.

- “Precisamos combater o crime organizado com toda energia e garantir a punição dos responsáveis, modernizar o sistema prisional, priorizando que a violência seja o grau máximo a ser punido – afirma Renato Sérgio de Lima, diretor Presidente do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. – O Brasil lida com receitas da primeira metade do século passado em segurança. A legislação que regula as polícias é, em sua maioria, anterior à Constituição de 1988. O inquérito que faz com que as polícias civis e militares atuem e registrem um fato criminoso é de 1871, do Império. O que os próximos governos vão dizer sobre isso?” Além do excesso de crimes, o relatório também mostra a dificuldade para resolver os assassinatos: apenas 8% dos homicídios no país são resolvidos.

O tráfico de drogas para suas atividades utiliza-se de armamento pesado de guerra em solo urbano e comunitário e dentro dos perímetros das cidades. Fuzis de grosso calibre, metralhadoras pesadas, armas automáticas, granadas, bombas, enfim, armamentos de alto poder de destruição são ostentados e manejados o tempo todo perante os olhares aturdidos e apavorados dos cidadãos em contraste com os olhares cegos e omissos, ou mesmo coniventes dos dirigentes políticos. Do mesmo modo se comportam os grupos paramilitares que promovem a dominação de comunidades urbanas menores, explorando seus habitantes por meio também do terror social.

Infenso à lei e à ordem legitimamente constituída, esse poder criminal reveste-se de características próprias de contra-sociedade ou contra-estado, tornando-se um ente de poder paralelo, repita-se, amparado na força de seu poderio bélico/armamentista que subsiste absolutamente fora das regras legais de consenso geral e do primado do direito proclamado em nosso país e eleito para sua vida coletiva.

Suas táticas assim como seu armamento e operações, são tipicamente de guerra. Sua conduta criminal organizada e hierarquizada, nos moldes de verdadeiras milícias paramilitares do crime consagram a prática daquilo que alguns estudiosos entenderam como “TERRORISMO SOCIAL”, distinto daquele terror que advém do fanatismo religioso, sectarista ou ideológico, mas que também se vale dos mesmos meios e métodos de terror belicista para conseguir seus objetivos criminosos. Nesse contexto, aterroriza, domina e escraviza sociedades, comunidades e famílias de pacatos e honestos cidadãos trabalhadores que não contam com o Estado, ausente em sua missão de protegê-los.

Abre-se um parêntese para lembrar que, hodiernamente, as funções do sistema penal vem mostrando tendências bem diferentes daquelas que prevaleceram no século antecedente, pois a Justiça Penal se vê enredada no paradoxo de manter como seu objetivo a ressocialização do agente e a reconstrução do tecido social, em contraposição à crescente demanda por proteção da sociedade.

A pena que inicialmente partiu da idéia de vingança (*vindicatio*) inicialmente privada e depois pública, e que evoluiu durante o século XX para ter por escopo a inibição da prática do crime aliada à ressocialização do delinquente, se viu frustrada nesse desiderato, pois verificou-se da experiência prática que os níveis de recuperação são muito baixos em que os criminosos saem do sistema penitenciário com mais instrumentos para delinquir.

Entrementes, na experiência brasileira constata-se a absoluta impossibilidade de recuperação ou ressocialização de determinadas classes ou níveis de criminosos, porquanto tal decantada recuperação somente será possível àqueles que não perderam suas identidades como seres humanos.

Dentro desse panorama, pensamos ser primordial que se defina o conceito de ser humano, para que em decorrência se possa também definir a política adequada aos tão propalados direitos humanos. Na visão de alguns o ser humano não se define tão somente por integrar a espécie principal presente no reino animal e ser um bípede que se locomove de coluna vertebral ereta.

Tampouco o seria pela mera razão de ser dotado de inteligência e de capacidade de comunicação e interação com seus semelhantes e nem mesmo por apresentar o maior grau de complexidade na escala evolutiva no reino da natureza a que pertence. Para alguns além de todas essas características, o ser humano seria aquele dotado de alma humana em que

bondade, clemência, compaixão e generosidade são características inerentes e essenciais à essa condição *sine qua non* de ser humano.

Daí porque aqueles, cujos aparelhos fisiológicos são idênticos ao do homem e muito embora dotados de corpos humanos não são habitados por alma humana, e, ao revés, portam essência anímica de índole predadora além da natureza de animais ferozes, não vivendo em família e sim em bandos tal qual matilhas lideradas pela besta mais sanguinária e violenta, sem qualquer resquício mínimo de compaixão humana, lamentavelmente estes entes não podem ser classificados como seres humanos.

Ao ensejo do tema ora tratado, trazemos à reflexão, um texto do Dr. Marcelo Caixeta¹¹⁵ psiquiatra forense com longa experiência junto ao sistema presidiário brasileiro e que nos traz uma importante visão sobre a população carcerária, por oportunidade das chacinas e assassinatos coletivos que detentos prisionais de distintas facções criminosas cometeram no Brasil no quadrante final do ano de 2016. Aliás, são inimigos dos humanos!

GRANDE PARTE DOS PRESIDÁRIOS ENVOLVIDOS NAS CHACINAS GOSTAM DE MATAR, MORRER, BRIGAR. Quem não aprendeu trabalhar não tem solução. UMA ANÁLISE PSIQUIÁTRICA-FORENSE.

Vou aqui repassar minha experiência de 35 anos em unidades psiquiátricas-forenses hospitalares.

Minha tese é de que, para deter as rebeliões/chacinas nos presídios, de nada adiantará “políticas de direitos humanos”, “recursos e mais recursos”, “comissões”, ou seja, o “blábláblá” de sempre... Atualmente dirijo uma unidade hospitalar psiquiátrica-forense destas, voltada para adolescentes. Tenho especialização em psiquiatria criminal (forense) e em psiquiatria do adolescente, pela Universidade de Paris

Existe uma ciência chamada “etologia” que estuda o comportamento e desenvolvimento comportamental animal. Faz parte da biologia. A biologia mostra que, se você tampar os olhos de um gatinho, logo depois que ele nasce, por um pequeno período de tempo, depois, mesmo se você destampar os olhos dele, ele não vai voltar a enxergar, as células do cérebro dele responsáveis pela visão já “morreram”, não se desenvolvem mais. São os chamados “developmental tender points”, ou “pontos sensíveis do desenvolvimento”. Uma vez ultrapassados, não há mais volta...

Na psicologia infantil-juvenil há a mesma coisa: se você não aplicar a disciplina amorosa e o senso de responsabilidade/dever/trabalho, numa determinada fase, depois não se conserta mais. Isso está acontecendo com a juventude de hoje: não recebem disciplina, ocupação, responsabilidade, dever, na época certa. Não aprendem a trabalhar. Depois só irão “curtir os prazeres da vida”, não terão aprendido o “prazer do trabalho”. Irão

¹¹⁵ Dr. Marcelo Caixeta [psychological.medicine1@gmail .com] é médico, especializado em Psiquiatria Forense (Assoc. Bras. Psiq) e em Psiquiatria do Adolescente (Univ. Paris XI). Artigos as terças, sextas, domingos, em “impresso.dm.com.br” (Diário da Manhã – Goiânia)."

transformar-se em animais, viver para o prazer das drogas, comida, sexo, o prazer da agressividade, lutas, guerras, etc. Isto é um problema da sociedade ocidental atual, que vive de “passar a mão na cabeça” da molecada, “a psicóloga disse que não pode bater”. Criança precisa, sim, ser contrariada, se necessário, precisa, sim, levar palmada. Não pode se julgar a dona do mundo, melhor do que todos, dona do próprio nariz, a “rainha do pedaço”, o “reizinho que tem de ser satisfeito em tudo”. O amor disciplinado tem de contrariar, tem de castrar. Na época certa tem de dar a tarefa, a responsabilidade, o estudo, o trabalho. Isso, na família de antigamente, ficava muito a cargo do pai. Mas a “função paterna”, hoje em dia, foi destruída, foi anulada. Colocaram a “psicologia”, os “direitos humanos”, os “meus direitos”, o prazer, as “garantias do Governo”, no seu lugar...

Resultado: depois que a pessoa não aprendeu a trabalhar, “babau”... Não aprende mais; vai querer curtir a vida com outras coisas, que não o prazer da realização, do trabalho, da “coisa-bem-feita”. Vai ter prazer só nas coisas “biológicas”, inclusive na luta.

Esse povo das gangues intra-penitenciária tem “prazer em brigar”, tem “prazer em matar”, e isso nossa “sociedade da psicologia”, dos “direitos humanos”, não quer aceitar. Eles estão superfelizes, estão se esbaldando, de tanto guerrear, matar, trucidar, esquartejar. É o prazer deles. Um prazer tanto maior porque turbinado, além dos fatores psicossociais acima, pela lesão cerebral produzida pelas drogas e pelas disfunções cerebrais produzidas pelas genéticas das quais muitos são portadores: hiperatividade, transtorno bipolar, distúrbio de personalidade psicopática, alterações cerebralesionais do comportamento (“impulsividade/agressividade orgânica”), etc. Então, com doença, com droga, com toda uma deformação social, psicológica, familiar, são praticamente incuráveis.

Se há incurabilidade, têm, sim, de ficarem fechados, pois a sociedade precisa de paz para viver e trabalhar. Mas, mais uma vez, as políticas governamentais vão é na contramão disso tudo: “vamos soltar eles, gente”, “50% está preso injustamente”, “são criminosos de crimes pequenos”, etc. Olhem, vou dizer para vocês, após 35 anos lidando com esta população, nunca eu vi um “preso injustamente”, nunca vi um “anjinho na cadeia”. Pelo contrário, quando são presos é porque já é tarde demais, já cometeram crimes demais...

Se nossa população carcerária cresce não é por causa de “falta de direitos humanos”, pelo contrário. Ela cresce porque o Brasil é o país mais permissivo, mais frouxo, do mundo, mais libertino do mundo, mais “pode-fazer-o-que-quiser” do mundo, mais sem regras e sem obediência do mundo. É claro que vai ter muito crime mesmo, muito homicídio, muita prisão ... Aqui pode tudo, esse povo faz de tudo, e quando é preso aí vem reclamar da “falta de liberdade”.

Solução para esse povo? É reclusão mesmo, senão a sociedade não tem paz, como agora não vem tendo... É claro, que, ao meu ver, não é apenas “recluir por recluir”. No meu entender, prisões deveriam ser hospitais psiquiátricos, com tratamento, ocupação, psicoterapia, medicação que se fizer necessária. Avaliações periódicas para ver se há melhora. Se não há melhora, que continuem presos. Antes eles do que nós.

Do texto acima extrai-se que a ausência de educação séria e compromissada com a formação de cidadãos de bem, além do excesso do “politicamente correto”, nocivas situações produzidas pelo aparelhamento do Estado brasileiro a partir de seguidas lideranças políticas de viés socialista em somatório danoso, acarretaram a geração de uma sociedade de risco em

nossa pátria, que adiante potencializou esse indigesto fenômeno da criminalidade brutal e impiedosa, insuscetível de ser recuperada.

Parece então que não se erra ao afirmar que o Brasil se encontra submetido ao jugo do crime organizado paramilitar armado com pesados artefatos de guerra, sofrendo do fenômeno do terror social, e assim não há como se visualizar o país, pelo menos em seu estágio atual, fora dessa pletora de realidades indesejáveis de uma sociedade de risco como herança de um passado recente.

Nada obstante, a dialética do Direito nunca se dá num processo estático e sim progressivo e evolutivo sobretudo quanto à sua missão de controle dos níveis e aspectos da criminalidade. Nessa ordem de idéias, o momento político que se inaugurou a partir da posse do novo governo de orientação de centro/direita, conduzido pelo atual Presidente Jair Bolsonaro e por vários cidadãos brasileiros com superior formação civil e militar já vem produzindo efeitos. Esse novo cenário já está a implementar novas iniciativas no campo do sistema de justiça penal, para alívio da sofrida população brasileira.

A realidade enfrentada pelo Brasil nesses tempos atuais porta a convicção quanto a ser da mais absoluta pertinência o implemento de um novo sistema de Direito penal como resposta ao conturbado contexto enfrentado, mediante amplo debate nos segmentos e instituições da sociedade, pois verifica-se que todo esse panorama está em claro confronto com o princípio da *ultima ratio* ou da intervenção mínima onde a tutela penal promovida pelo Estado somente se legitimaria caso insuficientes os demais meios de controle social ou mesmo aqueles promovidos pelos diversos outros ramos do direito.

Mesmo nessa conjuntura acima exposta, o Brasil ainda demorou cerca de 15 (quinze) anos para implementar em seu ordenamento uma legislação de prevenção e repressão ao terrorismo, isso porque nesse interregno o País foi governado por pessoas que haviam sido no passado, revolucionários de orientação esquerdista que pretendiam implantar o comunismo e que em vários episódios protagonizaram ações terroristas.

Verifica-se que esse atraso corresponde exatamente ao período em que o país foi governado pelos Presidentes já citados e seus correligionários de esquerda, que se alçaram ao poder através do Partido dos Trabalhadores e também pelo apoio recebido de outros partidos de viés comunista e antidemocrata, os quais tiveram alguns de seus integrantes estigmatizados pela pecha de terroristas, havendo sido reprimidos pelo governo militar que presidiu o Brasil a partir de 1964.

Isso de certa forma explica a resistência por tanto tempo à edição de uma lei antiterrorista no ordenamento brasileiro, resistência somente vencida pela pressão internacional incessante que se deu sobre o governo do Brasil, quando o país foi escolhido para ser a sede das “Olimpíadas” do ano de 2016, o que também fazia parte da estratégia de corrupção do governo e empresariado corrupto, que pretendiam a perpetuação no poder e no “sangramento” da nação brasileira e sediar as Olimpíadas permitiu uma sequência arquibilionária de ganhos ilícitos para as hostes da corrupção incrustada no País.

Mas o fato que importa é que essa legislação, mesmo tardiamente, atribuiu aparelhamento legal ao estado brasileiro para enfrentamento do terrorismo social com atuação dentro dos limites territoriais da nação. Na verdade, esse cenário já havia se implantado no país, através da ação do tráfico e das milícias que coagindo autoridades e semeando o medo na população das grandes cidades como dos campos e no setor agrário, tentam também influir na política elegendo seus próprios representantes.

Identifica-se também que muitos dos atos praticados por essa vertente do crime organizado podem ser conceituados como atos terroristas com a finalidade de obter mudanças políticas através da adoção de táticas de organizações criminosas paramilitares por meio de atentados violentos, promovendo ilegais ocupações agrárias, destruindo agroindústrias mediante explosões e investidas contra o policiamento, as unidades de segurança, delegacias e viaturas policiais.

Em nossa singela opinião o porte ostensivo e uso de armamento de guerra por esses grupos deve caracterizar ato terrorista nas penas dessa lei especial, que, de outro turno em nosso entender, carece ainda de ser substancialmente endurecida.

Nesse diapasão, o que se espera após o advento de uma novel legislação mais severa e da evolução concreta em sua aplicação efetiva no ordenamento pátrio, é que essa feição do terror perpetrada por grupos criminosos organizados que vem sendo camuflada como criminalidade comum ou como ação reivindicatória de pretensos direitos sociais, o que é uma deplorável falsidade, possa vir a ser enquadrada em seus mandamentos mais severos, porquanto a proteção da sociedade é impositiva e imperante e enquanto não implementada a esse nível, continuarão a tombar os homens de bem no seio da sociedade inocente.

Assim, nada obstante o atraso temporal no que concerne às cobranças que a comunidade internacional já vinha fazendo ao Brasil, a proximidade dos “Jogos Olímpicos” que seriam sediados no Brasil e os interesses espúrios e corruptos da associação diferencial entre governo e empresariado apaniguado que visavam os ganhos ilícitos que seriam gerados,

como foram, pelas enormes obras que o evento requisitou, fizeram com que prevalecessem as recomendações internacionais e com elas interagiram no panorama legislativo brasileiro, ajudando a criar o ambiente favorável para que se positivasse a Hard Law constituída pela Lei 13.260 de 2016.¹¹⁶

Repita-se, para tanto contribuíram o interesse do governo do Brasil em sediar as Olimpíadas como também a pressão e cobrança dos EUA, de países europeus e dos organismos internacionais, tais como o Conselho de Segurança da ONU de implementar os conceitos da Resolução nº 1.373 no sentido de que *todos os Estados, dentre outras obrigações que enuncia a que devem estar vinculados, tem o dever de prevenir e suprimir o financiamento de atos terroristas.*

Havia um certo consenso à época, no sentido de existir um constrangimento diplomático no campo internacional para o Brasil caso não acolhesse as pressões internacionais, “o que nos faria entrar numa espécie de lista negra” integrada por um grupo de países com deficiências nesta área, atraindo uma atenção negativa dos sistemas financeiros internacionais que passariam a ser mais exigentes e menos flexíveis com as transações financeiras do Brasil. Isso certamente significaria custos e limitações maiores e mais rígidos acarretando prejuízo financeiro.

Essa pressão foi suficiente para a aprovação da norma legal, o que se fortaleceu pela circunstância de que a Constituição Brasileira de 1988 já trazia em seu bojo regras programáticas, a exemplo de seu artigo 4º, inciso VIII, onde o terrorismo é repudiado, como também em seu artigo 5º cujo *caput* respeita aos direitos e garantias fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A essas regras somou-se a conjugação dos incisos XLIII e XLIV definindo como inafiançáveis, hediondos e insuscetíveis de graça ou anistia, determinados crimes dentre eles o terrorismo. Contudo, decerto havia um hiato na legislação infraconstitucional no tocante à sua regulamentação que impunha ser preenchido.

Por conseguinte a referida lei teve por propósito regulamentar o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal¹¹⁷, valendo também uma referência ao inciso XLIV ¹¹⁸do

¹¹⁶ Lei 13.260 de 16 de março de 2016: Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.

¹¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 5º - Inc. XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem.

mesmo dispositivo que de certo modo lhe é complementar.

Nada obstante as ressalvas que fizemos, foi assim atendido de certa forma e dentro do possível, esse comando de criminalização expresso na Carta Magna. A *latere* disso, tal diploma visou aplacar anseios e receios de organismos internacionais preocupados com a realização das Olimpíadas sediadas no Brasil.

Contudo, existem aspectos que já merecem alguma reflexão, pois tem vindo algumas reações da comunidade jurídica no sentido de acoimar dita legislação como norma penal em branco, o que além de representar perigo de retrocesso aos direitos e garantias individuais, traria a aplicação em solo brasileiro do Direito Penal do Inimigo dentro da teoria desenvolvida por Gunther Jakobs, mitigando o garantismo clássico do indivíduo conquistado arduamente através da evolução do direito penal.

Dentro do cenário internacional pós 11 de setembro de 2001 disseminou-se entre as nações mais desenvolvidas uma ótica maior de proteção às suas sociedades e esse cenário de fundo, aliado a pressões de diversas ordens, a final, acabou por influir na criação de uma legislação brasileira antiterrorista, mesmo que postergada por mais de 15 (quinze) anos. Sua utilidade, contudo, já foi posta em prática quando da tentativa de ação terrorista nos Jogos Olímpicos sediados pelo Brasil, sufocada a tempo pelos órgãos de segurança respaldados pela novel legislação, numa clara conduta oficial pautada no Direito Penal Expansivo antes não previsto em nosso ordenamento.

Como não poderia deixar de ser, a tradição positivista que vige no Brasil como em Portugal trouxe uma larga controvérsia acerca da conveniência e oportunidade de uma lei antiterror no Brasil. Assim, o conteúdo punitivo deste novo diploma legal, para alguns, gerou perplexidade por mitigar princípios e garantias fundamentais através da utilização de modelos importados do Direito Penal do Inimigo e do Direito Penal Expansivo que, segundo esses opositores da recente legislação, portariam incompatibilidade constitucional com o sistema consagrado em nosso ordenamento.

Defendem que a própria redação do artigo 2º da lei¹¹⁹ onde tipificado o crime de terrorismo traz definição muito vaga e, portanto, induz à discricionariedade tendo por elemento subjetivo o dolo específico numa imprecisa noção de que a conduta criminalizada

¹¹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 5º - Inc. XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

¹¹⁹ Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

se tipificaria quando presente a finalidade de provocar terror social, sem que se tenha a clara noção daquilo em que consiste, afinal, esse terror social, cujo, poderia estar parametrado no receio ou medo extremo de um perigo à sociedade, sem haver, todavia, a precisa definição de que tipo de perigo ou dos traços marcantes da conduta ilícita.

Sustentam ainda que o legislador se utilizou de inúmeros termos e expressões com conteúdo semântico extremamente vago e impreciso na construção do tipo penal do terrorismo. Em virtude disso o mencionado dispositivo viola os nossos princípios constitucionais-penais da legalidade e da taxatividade dos tipos penais, pois com a redação estabelecida na lei torna-se inviável a plena compreensão e alcance da norma incriminadora.

Segundo os ferrenhos opositores dessa lei, o seu artigo 5º se resumiria a um delírio punitivo do legislador¹²⁰ consistente na criminalização dos atos preparatórios do terrorismo, inadmissível em um contexto de sistema de legalidade estrita e somente aplicável em cenário de Direito Penal Expansivo ou de Direito penal do Inimigo. Além disso, sua acolhida no ordenamento brasileiro violaria as garantias judiciais do Pacto de San Jose da Costa Rica.¹²¹

Temos então que em meio ao cenário conturbado de caos político do Brasil da última década foi sancionada, em 16 março de 2016 a Lei nº. 13.260 (Lei Antiterrorismo), na antevéspera dos Jogos Olímpicos, circunstância que estabeleceu o seu nível de importância e urgência quanto a positivação no ordenamento, defendendo alguns doutrinadores que, suas regras não sofreram o necessário grau de debate que se impunha, quer pela sociedade, quer pelo parlamento, sendo aprovada com incongruências e imperfeições.

Além disso, proclamam que esse diploma incorreria na falta de clareza quanto a definição do bem jurídico tutelado, desrespeitando sobremaneira a teoria constitucional desse delito, buscando simplesmente criar um injusto penal de perigo abstrato e mesmo sem

¹²⁰ Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

¹²¹ Artigo 8º - Garantias judiciais. Pacto San Jose da Costa Rica. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

entrar no mérito da possibilidade de se punir ou não atos preparatórios, o mencionado dispositivo vulneraria os princípios constitucionais da legalidade e da taxatividade (tipificação estrita), além de desatender ao princípio da proporcionalidade dadas as penas exacerbadas que prescreve, sendo por conseguinte claramente incompatível com o nosso sistema constitucional-penal e com as garantias asseguradas pelos tratados de direitos humanos.

Para eles, consiste em tamanho absurdo punitivo, o modo como o legislador importou instrumentos jurídicos do Direito Penal do Inimigo sem realizar qualquer filtro constitucional, e nem ao menos verificar a sua adequação e necessidade à realidade pátria, razão pela qual deveria ser combatida pela via da inconstitucionalidade, mesmo porque tal diploma legal autoriza o Juiz, de ofício, a decretar medidas assecuratórias de prevenção a crime que nem sequer tenha sido efetivamente iniciado, mediante a criminalização dos atos preparatórios.

Cerca de 80 (oitenta) entidades, assinaram um manifesto condenando a proposta dessa nova legislação, entre elas UNE, MST, a ONG Conectas e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, argumentando que "combater o terrorismo propriamente dito não seria uma necessidade brasileira. Depredação, homicídio, uso de explosivos, etc., já são crimes no Brasil. A criação de uma figura específica atenderia, sim, a pressões externas, sobretudo dos Estados Unidos e de outros países da OCDE, que têm em consideração realidade muito diferente da nossa, sem qualquer histórico de episódios que se assemelhem ao terrorismo". O manifesto destaca ainda que a lei brasileira sobre organizações criminosas já prevê a criminalização de organizações terroristas internacionais.

Nesse mesmo sentido, a ONU também se manifestou contrária aos termos da lei antiterrorismo aprovada, inobstante seu Conselho de Segurança ter pressionado o Brasil para instituir um diploma antiterror.

Segue a matéria publicada pelo Organismo das Nações Unidas:

A ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS) criticou nesta sexta-feira (26/02/2016) a aprovação da Lei Antiterrorismo do Congresso brasileiro.¹²²

Em nota o Escritório para a América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos afirmou que o projeto inclui

¹²²<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1743863-onu-critica-aprovacao-do-projeto-da-lei-antiterrorismo-pelo-congresso.shtml>

definições “demasiado vagas e imprecisas, o que não é compatível com a perspectiva das normas internacionais de direitos humanos”.

“Essas ambiguidades podem dar lugar a uma margem muito grande de discricionariedade na hora de aplicar a lei, o que pode causar arbitrariedades e um mau uso das figuras penais que ela contempla.”

O projeto foi aprovado na quarta (24) após um apelo do Planalto e em meio a ameaças de organismos internacionais de aplicar sanções ao país por conta da proximidade da Olimpíada no Rio de Janeiro.

Segundo essa corrente, a Lei Antiterrorismo se mostra extremamente punitiva, e, portanto, inadequada à realidade brasileira, importando conceitos e instrumentos do Direito Penal do Inimigo, sem aplicar quaisquer filtros constitucionais, podendo gerar um grande risco de ter sua finalidade desviada para combater pretensos inimigos internos, em nome da proteção e do bem-estar da sociedade dado o conturbado e frágil cenário político-social que o Brasil arrosta.

Nada obstante, de outro turno, também vozes não menos qualificadas com as quais fazemos coro, se elevaram em favor da lei entendendo que o bem jurídico maior é a sociedade que deve ser protegida como uma ordem maior coletiva, cuja harmonia e proteção como um todo prevalecem sobre o individual.

Assim, a proteção dos direitos e garantias do indivíduo se torna de menor importância nesse confronto entre valores jurídicos individuais e os coletivos da sociedade. Ocorre, portanto, a mitigação do garantismo individual na questão da Lei Antiterror brasileira, pois cabe ao Estado o dever de proteger e tutelar os bens jurídicos mais importantes, dentre eles a própria sociedade, cuja segurança e estabilidade prevalece sobre a preservação da liberdade individual de alguns que a ela não se integram harmonicamente.

Essa corrente apontou ainda que no texto da “Hard Law” positivada deveria sido dado tratamento claro ao terror social, opinião da qual somos partidários por ser nossa convicção que o tráfico transnacional de drogas e as milícias ao se armarem com artefatos de guerra efetivamente utilizados diuturnamente em solo urbano, praticam condutas de guerra ou guerrilha, no mínimo de terrorismo armado contra a sociedade e os crimes que daí advém podem ser equiparados a crimes de guerra.

Assim, a resposta da sociedade, feitos os necessários implementos legais, poderá ainda vir num próximo momento consubstanciada em regras de aprimoramento da novel legislação expandindo seus tipos clara e pragmaticamente para essa espécie de conduta de terrorismo social.

Entre os defensores do diploma antiterror e os especialistas em crime organizado transnacional, a convicção é de que consiste em uma necessidade real criar leis mais duras para punir atos terroristas, e evitar que o país se torne mais vulnerável.

Qualquer ato que provoque terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoas ou o patrimônio público ou privado, não só por motivações de xenofobia, discriminação ou qualquer tipo de preconceito religioso/sectário ou de pessoas, mas que se valha de táticas de guerra para dominação de comunidades, tráfico de entorpecentes, pessoas ou órgãos humanos, merece ser enquadrado como crime de terrorismo com penas severas que atualmente variam de 12 a 30 anos de prisão, penas a nosso ver ainda acanhadas e que só se prestam se o agente por elas condenado se submeter ao cumprimento integral, sem as regalias que vicejam em nosso sistema, as quais desnaturam e desqualificam a *persecutio criminis*, a condenação penal e a prestação jurisdicional.

Existe uma ressalva legal que, no entanto, entendemos correta, no sentido de que a lei antiterrorismo “*não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades*”.¹²³

O certo é que a preocupação dos organismos internacionais quanto a possíveis ataques terroristas na Olimpíada do Rio de Janeiro veio a consistir num dos motores de propulsão da aprovação dessa nova legislação em caráter de urgência.

No entanto, a própria BBC Brasil apurou que uma das principais motivações para proposta de lei foi a pressão do járeferido organismo internacional do qual o Brasil é membro, o GAFI (sigla em francês para Grupo de Ação Financeira), cuja implementação das suas recomendações no Brasil fica a cargo do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão submetido ao Ministério da Fazenda. Soube-se que a pressão foi no sentido de que o não cumprimento das diretrizes do GAFI poderia levar à inclusão do Brasil em uma espécie de lista negra que indicaria "alto risco" nas transações financeiras do país. De acordo com reportagem do jornal *Valor Econômico* de março deste ano foi confirmado pelo presidente do COAF, que havia sim o risco do Brasil entrar em tal lista.

¹²³ Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 - "Lei antiterrorismo"

De toda sorte, o que realmente importa é que foi vitoriosa a corrente que identificou a necessidade real do Brasil a ter em seu arcabouço jurídico a tipificação por lei do crime de terrorismo, pois em se tratando de uma ameaça concreta presente em boa parte dos países, sem uma legislação adequada o seu combate, o Brasil serviria de plataforma vulnerável para exportação de atividades ilícitas, pois é inegável que as organizações criminosas que realizam tráfico de armas e drogas, com forte presença na América do Sul e que atuam impunemente no Brasil, frequentemente estão conectadas a grupos terroristas.

3.2 - O PARADOXO BRASILEIRO DE JUSTIÇA. ADOÇÃO DE UM SISTEMA RÍGIDO DE PUNIÇÃO PARA CRIMES GRAVÍSSIMOS E DE UM SISTEMA DE TUTELA MÍNIMA PARA DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.

A resposta da sociedade brasileira a esse cenário de terrorismo social tende a vir da aplicação prática de uma simbiose entre conceitos e princípios do Direito Penal do Inimigo e do Direito Penal Expansivo, onde os tipos seriam expandidos a todos os integrantes da quadrilha. Assim, sempre que houvesse uma ação criminosa do bando e daí decorressem vítimas, mesmo que a partir de conduta exclusiva de um membro da organização, todos os integrantes da quadrilha, inclusive e sobretudo o chefe do bando, estivessem ou não presentes na ação delitiva responderiam pela mesma conduta e se submeteriam às mesmas penas sem que se houvesse de perquirir, por exemplo, quem teria sido o autor da conduta ou do disparo da arma de fogo ou de que arma teria sido disparado o projétil.

Nesse figurino o tipo se expandiria a todos os integrantes do grupo armado pela “*affectio delictis*” ou pela comunhão de interesses na prática daquelas espécies de ilícitos criminais de grave potencial ofensivo para a sociedade, cometidos dentro de um sistema ordenado e hierarquizado com as características de organização criminosa. Afinal estão todos armados e equipados, obedecendo ao mesmo comando e unidos pela vontade intersubjetiva de praticar delitos.

Essa mesma ótica se aplicaria de modo severamente mais agravado, quando a vítima fosse policial ou agente ou autoridade pública a serviço da segurança da sociedade, o que acarretaria a maximização das penas.

Remetemo-nos novamente ao escólio do Professor André Ventura quando afirma com total precisão que:

O tipo penal deve ser analisado como uma cláusula fechada para garantir a proibição do arbítrio, mas aberta às ferramentas próprias da interpretação penal. Neste sentido, também a tipicidade deverá ser revista à luz dos novos padrões conceptuais do direito penal da sociedade do risco: não poderemos ver a tipicidade como um conjunto absolutamente petrificado de descrições normativas, mas como um conjunto de cláusulas rigorosas, claras e determináveis cujo limite de extensão – conforme veremos adiante – é o próprio domínio da interpretação.

Consoante analisado, o panorama da criminalidade organizada no Brasil está distribuído naqueles três grandes grupos já referidos, quais sejam: 1) os crimes de corrupção praticados por organizações diferenciadas nascidas no conluio de agentes públicos e políticos e corporações privadas, de onde derivam os dois outros a seguir, quais sejam; 2) o tráfico transnacional de drogas paramilitarmente armado; 3) as milícias promovendo o domínio, exploração e escravização das comunidades e bolsões de miséria. Essas características do panorama criminal fazem com que o sistema de justiça brasileiro careça de uma firme revisão que viabilize a adoção de mecanismos de tutela penal mais rígidos e adequados a essa aguda realidade.

Contudo, existe uma contrapartida nessa revisão de sistema de justiça. Um campo que necessita urgentemente de tratamento diferenciado e requeira ênfase na aplicação do Direito Penal mínimo. Trata-se daquele campo do sistema de justiça referente aos delitos de menor potencial ofensivo e que vêm levando ao cárcere numerosos infratores que poderiam se submeter a outra espécie de tutela penal com penas de efeito mais pedagógico e inibitório da prática delituosa, além de imposição de multas, interdições e a reparação do ilícito cometido, trabalhos comunitários etc, não necessariamente implicando na reclusão e encarceramento que somente ocorreriam nas hipóteses de reincidência.

Essa iniciativa não representa qualquer prejuízo para a sociedade, pois lhe confere uma larga vantagem, porquanto auxilia num outro grave problema da atualidade brasileira qual seja o da superlotação dos presídios, abarrotados por delinquentes de infrações de menor gravidade cometidas sem uso de arma ou emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

As mencionadas infrações de menor potencial ofensivo correspondem ao que o Direito penal anterior considerava como contravenções penais reguladas então pelo Decreto-Lei nº 3.688 de 1941 e que agora consistem nos crimes cuja pena privativa de liberdade não exceda a 2 (dois) anos de reclusão com jurisdição de competência dos Juizados Especiais Criminais. Nessas hipóteses descabe a prisão em flagrante como nos casos de lesões corporais levíssimas, ameaça, crimes contra a honra isoladamente considerados (calúnia, difamação e injúria), crimes de dano, de falso testemunho, desobediência, desacato, constrangimento ilegal, exercício arbitrário das próprias razões, perturbação do sossego alheio, jogos de azar (jogo do bicho). Merecem também novo tratamento os crimes levíssimos contra o patrimônio do tipo furto insignificante, crimes de bagatela, contra a inviolabilidade de correspondência, crime contra o sentimento religioso e respeito aos mortos, alguns tipos leves de crimes contra os costumes e contra a família (adultério por exemplo).

Impõe-se também que a utilização de substância entorpecente, desde que não em concurso com crime mais grave, seja, se não descriminalizada ao menos inserida no rol de ilícitos que não acarretam penas privativas de liberdade, pois não se justifica num sistema prisional tão desumano como o nosso, se levar a prisão quem quer que seja apenas por haver usado entorpecente. De qualquer forma, a vedação à aplicação da pena de prisão não deve jamais significar a não aplicação das penas alternativas devidamente previstas em lei, em caso de haver transgressão comprovada. Seriam as penas de multa, de trabalho voluntário, de prestação de serviços comunitários, do dever periódico de apresentação à autoridade pública para avaliação, de interdição temporal de direitos, de reparação do dano causado, do recolhimento à residência em horário noturno etc.

O Brasil de hoje, enfrenta um cenário sócio/político de corrosão de tecidos, com seríssimos problemas de falência econômica do Estado e de ausência estatal no enfrentamento das grandes questões nacionais de proporções épicas no que tange à corrupção generalizada e institucionalizada e a criminalidade violenta.

Esse referencial indesejado de caos pela ausência e inação do Estado favorece à instalação do terrorismo social hoje praticado diuturnamente pelo crime organizado, quer oriundo do tráfico de entorpecentes, quer das milícias que se fazem substituir ao Estado em determinadas comunidades.

Falando especificamente nas milícias, seus exércitos em partes substanciais são constituídos por jubilados das forças armadas e das forças de segurança, fortemente treinados e armados, que inicialmente se apresentam às comunidades carentes onde se instalam como alternativa ao vácuo estatal na proteção contra o tráfico de drogas e a criminalidade em geral. Prometem lei e ordem onde o Estado não chega, mas o resultado final de sua atuação é a submissão da comunidade aos seus desmandos e tirania, financiados pela cobrança de taxas de serviços que passam a explorar ilegalmente, tais como acesso à internet, fornecimento de água, de gás, de transportes dentre outras modalidades e venda ou aluguel de imóveis ilegalmente por elas construídos. Não raro, passam eles a ser os traficantes.

Naquilo que tange ao tráfico de drogas e entorpecentes, no exemplo concreto do Brasil, nota-se que se instalou no país uma modalidade de terrorismo não religioso nem sectário, porém social, praticado por essa ordem de criminalidade organizada. A realidade indisfarçável é a de um estado de guerra e terror declarado unilateralmente pelo tráfico e pelas milícias e ignorado solenemente pelas autoridades. Nele, o crime organizado utiliza de

armamento de guerra em suas atividades em solo urbano e comunitário e dentro dos perímetros das cidades.

O armamento composto por fuzis de grosso calibre, metralhadoras pesadas, armas automáticas, granadas, bombas e outros equipamentos de alto poder de destruição, é ostentado e manejado o tempo todo por essas duas espécies de organizações, perante os olhares aturcidos e apavorados dos cidadãos, contrastando com os olhares cegos e omissos dos dirigentes políticos do Estado.

A taxa de letalidade no Brasil, já ultrapassou 62.000 (sessenta e duas mil) pessoas ao ano, somente no ano passado. Um resultado superior a muitas guerras decorrente dos confrontos travados pelo tráfico e pelas milícias. Só no Rio de Janeiro ainda no ano de 2017 foram mortos mais de uma centena de policiais em confrontos com o tráfico¹²⁴.

Na hipótese concreta de que tratamos concernentemente à associação diferencial para prática de crimes que se organizou entre empresários e políticos no Brasil, a aplicação do sistema punitivo projetado pelo Direito Penal Expansivo seria de toda conveniência e oportunidade, quer para preservar a nação brasileira de ser vítima da perenidade no cometimento de novos crimes pelos mesmos de sempre. Considerando esses crimes de densa magnitude e de brutal poder ofensivo contra a sociedade, quando a conduta e o dolo fossem comuns a um grupo de agentes ou mesmo a toda organização, dever-se-ia expandir de modo homogêneo o tipo e as penas, tanto a esse grupo de agentes como à organização criminosa como um todo.

Importante registrar que o novo governo brasileiro sensível a todo esse sortilégio de malfeitorias institucionalizadas ao longo de mais de uma década e meia de triste lembrança, cumprindo promessa de campanha, já deu o ar de sua graça dizendo ao que veio e encaminhou, através do Ministro Sergio Moro, projeto de lei com duras medidas contra o crime organizado.¹²⁵

Resta agora aguardar somente que o Congresso Nacional a quem cabe votar as leis, não esteja dominado pelo corporativismo corrupto ou pelas associações diferenciais e faça prevalecer o clamor da sociedade patriótica que elegeu esse novo governo.

Entre as principais medidas estabelecidas pelo novo governo e previstas na lei anti crime organizado, elencam-se as seguintes:

¹²⁴ A Revista Veja nº 2.486 publicou reportagem, acompanhando as ocorrências policiais num fim de semana recente (das 20 horas de uma sexta-feira às 20 horas do domingo) ocorreu uma morte violenta a cada duas horas.

¹²⁵ Jornal O GLOBO, Terça-feira 5.2.2019 p. 4. “Pautas do ministro endurecem combate ao crime e à corrupção”.

Prisão após condenação em segunda instância - O Supremo Tribunal Federal (STF) autoriza hoje a execução da pena após condenação em segunda instância, mas não há lei que explicita isso. O tema divide o tribunal que, por placar apertado, vem mantendo a mesma orientação desde 2016. O projeto de Moro, se aprovado, deixa claro que esta será regra e que apenas excepcionalmente, a prisão não será efetuada após o julgamento em segunda instância. Defensores da execução da pena após o trânsito em julgado, ou seja, quando não são mais possíveis recursos judiciais, veem a medida como uma antecipação da pena.

Tribunal do Juri - Permite o cumprimento de pena após condenação pelo tribunal do júri, que julga crimes contra a vida, sem necessidade de esperar análise em segunda instância. Há precedentes no STF autorizando isso. O presidente da Corte, Dias Toffoli, também já se manifestou publicamente a favor dessa medida.

Excludente de ilicitude - O projeto não elimina a possibilidade de punição a um policial, a chamada exclusão de ilicitude, conforme defende o presidente Jair Bolsonaro durante a campanha eleitoral. Mas permite que o juiz reduza a pena até a metade ou deixe de aplicá-la se o excesso decorrer de “escusável medo, surpresa ou violenta emoção”. Civis também podem ser beneficiados pela medida e ter penas reduzidas ou extintas nesses casos.

Plea bargain - É um modelo de justiça criminal comum nos Estados Unidos com possibilidade de acordo entre ministério Público e acusado, em que estes se declaram culpados e conseguem benefícios sem a necessidade de julgamento. As penas poderão ser reduzidas até a metade e aplicadas de imediato. Mas criminalistas, juízes e estudiosos ouvidos pelo GLOBO alertam que, com receio de penas altas, inocentes podem ser compelidos a assumir delitos que não cometeram.

Corrupção - Condenados por corrupção passiva, corrupção ativa e peculato devem cumprir a pena inicialmente no regime fechado. Medidas de combate à corrupção já enfrentaram resistência no Congresso no passado, mas Moro acredita que o momento é outro, mais favorável à aprovação.

Caixa dois - Tipifica crime de caixa dois, com pena de até oito anos de cadeia. Um ponto que poderia provocar polêmica foi descartado. Moro explicou que o caixa dois cometido antes da aprovação do projeto continuará sendo punido pela norma antiga, que tem punição mais branda. O endurecimento da pena só valerá para delitos ocorridos depois.

Crimes com arma de fogo e explosivos - Aumenta pela metade a pena em alguns crimes ligados ao porte e posse de arma de fogo. Roubos cometidos com arma de fogo ou explosivos terão início de cumprimento da pena em regime fechado. É um contraponto à flexibilização da posse de armamentos autorizada em decreto pelo presidente Jair Bolsonaro.

Crimes hediondos - Dificulta a progressão de regime para condenados em crimes hediondos e proíbe que eles tenham direito às saídas temporárias enquanto estão no regime fechado. Na campanha, Bolsonaro criticou os chamados “saidões” e as regras de progressão de pena.

Presídios federais - A comunicação com visitantes deve ocorrer apenas por meio virtual ou pelo parlatório, comum a parede de vidro os separando. O projeto também deixa claro que o tempo de permanência nos presídios federais poderá ser prorrogado repetidas vezes, não havendo na prática um limite de tempo. Permite ainda que os estados possam construir prisões de segurança máxima com as mesmas regras previstas nos presídios federais. As restrições a visitas íntimas e a longa duração do tempo em que presos ficam no sistema federal sem voltar a seus estados já levaram advogados a acionar a Justiça, mas no geral, eles não têm obtido êxito.

Organizações criminosas e milícias - O projeto redefine o conceito de organização criminosa, incluindo o nome de algumas facções, como PCC e o Comando Vermelho, além de milícias e “outras associações”. Antecipando-se a críticas que pode receber por incluir nominalmente alguns grupos, e não simplesmente descrever a prática criminosa, Moro disse que a lei é feita procurando feitos práticos, e não para agradar a professores de processo penal. Segundo Moro, esses grupos hoje já podem ser enquadrados como organizações criminosas, mas o projeto deixa isso mais claro.

Banco de DNA - Condenados por crimes dolosos (com intenção de cometer delito) terão seu DNA recolhido no momento de ingresso no sistema penitenciário. Há questionamentos contra à medida porque violaria direitos dos presos, como a não produção de provas contra si mesmo. Moro argumenta que a coleta se assemelha a uma operação de busca e apreensão e destaca que o material é recolhido com um cotonete passado na boca, sem violação à saúde ou integridade física.

Videoconferências - O texto amplia as possibilidades de uso de videoconferência em audiências envolvendo detentos. A idéia é agilizar processos e desafogar os governos que não têm estrutura para fazer escoltas. Há quem entenda que a ampliação desse tipo de medida em detrimento das audiências presenciais afronta o direito à ampla defesa.

Apreensão de bens - Juízes poderão autorizar que agentes de segurança usem bens apreendidos em investigações criminais. Hoje policiais já costumam usar sobretudo carros apreendidos em casos relacionados ao tráfico de drogas. Mas sem previsão legal explícita, essa prática tem provocado controvérsia. Em alguns casos, até resultam em processo por desvio de conduta.

Multas - Estabelece que o condenado deve pagar a multa imposta no prazo de 10 dias após o início da execução definitiva ou provisória da pena. Hoje a lei fala em pagamento da multa apenas após o processo transitar em julgado. A controvérsia é semelhante à da prisão após a condenação em segunda instância. Também é comum que, nos processos criminais, muitos presos não paguem suas multas.

Confisco de bens - Condenados a mais de seis anos de prisão poderão ter bens confiscados de acordo com a diferença entre aquilo que possuem e a quantia compatível com seus rendimentos lícitos.

Conforme se pode verificar em uma análise superficial das medidas que o projeto apresentado pretende transformar em lei, propostas importantes estão sendo encaminhadas e que vão desde a penalização concreta do “caixa dois”, passando por um esclarecimento no conceito das organizações criminosas e milícias imprimindo agravamento, sob a ótica penal, de suas condutas, dificultando a progressão de regime para determinados crimes, a exemplo dos hediondos e dando tratamento legal adequado à prisão após condenação em segunda instância.

Verifica-se, pois, que sensível ao apelo da população majoritária manifestado pela voz das urnas, o novo governo começa de fato a implementar as mudanças tão requisitadas por muito tempo, pondo cobro às práticas nefastas e criminosas, que, ao longo de no mínimo 16 anos, trouxeram ao Brasil, o estigma de sociedade de risco!

Porém as iniciativas de revisão do sistema penal não se esgotam apenas nessa moldura mais punitiva. Diante do cenário acima descrito impende que se examine com bons olhos o conceito da intervenção mínima penal como mote de adoção efetiva e de implantação concreta no sistema de justiça brasileiro, para crimes de menor potencial ofensivo e sem grave ameaça ou emprego de arma de fogo e, sobretudo, de violência contra a pessoa. Essa iniciativa pode contribuir positivamente para a redução do problema da hiperpopulação carcerária.

Todavia, no conceito dos crimes de menor potencial ofensivo sem grave ameaça ou emprego de arma de fogo e sem violência contra a pessoa, não se computa nem se pode jamais incluir o universo dos crimes praticados pelo grupo de alta periculosidade criminal que se dedica à corrupção, crime silencioso e camuflado sem emprego de arma de fogo, mas que, como já bastante bem ressaltado é o crime mais covarde e que produz as mais graves seqüelas e numerosos danos superlativos para a sociedade!

A propósito do Direito Penal Mínimo cabe destaque, por muito pertinente, a lição de Rogério Greco, referenciada por Rodrigo Murad do Prado:

De acordo com o princípio da intervenção mínima, coração do direito penal mínimo, a sua primeira missão é a de orientar o legislador quando da criação ou revogação dos tipos penais. Todo raciocínio correspondente ao princípio da intervenção mínima, girará em torno da proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, bem como da natureza subsidiária do Direito Penal. O primeiro passo para a criação do tipo penal incriminador, é, efetivamente a valorização do bem. Se for concebido como bem de relevo, passar-se-á ao segundo raciocínio, ainda no mesmo princípio, vale dizer o da subsidiariedade. Embora importante o bem, se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito a sua proteção, não haverá necessidade da intervenção drástica do Direito Penal. Sua importância deverá também ser aferida para fins de revogação dos tipos. Se um bem que era importante no passado, mas atualmente, já não goza desse prestígio, não poderá mais merecer a tutela do Direito Penal, servindo o princípio da intervenção mínima de fundamento para a sua revogação.¹²⁶

O princípio da adequação social servirá de orientação ao legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos. Condutas que, no passado, eram consideradas socialmente inadequadas, se hoje já forem aceitas pela sociedade, deverá o legislador afastar a criminalização, tal como se exige atualmente, como a prática do jogo do bicho, conduta perfeitamente assimilada pela sociedade, que inclusive, pratica jogos semelhantes, e que não mereceram a repressão oficial do estado¹²⁷.

Segundo Rodrigo Murad do Prado, “o conceito de tipicidade material exige que o comportamento delitivo tenha algo mais do que a mera subsunção típica. A tipicidade não decorre da mera verificação de que a conduta é aquela prevista no tipo penal. É preciso observar se o comportamento violou ou pôs em perigo o bem jurídico que legitima a norma de proteção, do contrário não haverá materialidade capaz de atrair a atenção do direito penal”¹²⁸

¹²⁶ GRECO, Rogério. **Direito penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do Direito Penal**. Impetus. 2005.p.30 e 31. *Apud* PRADO, Rogério Murad do. **Fundamentos do Direito Penal Mínimo**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 3^a ed. 2018.

¹²⁷ *Idem*, p. 32.

¹²⁸ *Idem*, p.59.

Há também que se regular no bojo de um sistema de tutela mínima os crimes que se enquadrem no conceito de insignificância ou bagatela, cuja melhor hermenêutica se extrai do voto abaixo proferido pela Ministra Carmen Lucia no STF.

(...) O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e deve se submeter ao direito penal. (STF, HC 102.088/RS, 1ª. Turma, Rel.Min. Cármen Lúcia, DJe de 21/05/2010.)

CONCLUSÃO.

Tendo em vista os aspectos observados, somos levados a entender que o conceito de sociedade de Risco segundo a teoria fundada no pensamento de Beck refere às sociedades que estão submersas em características de vulnerabilidade vítimas do baixo desenvolvimento, da fraca institucionalização, de incipientes índices de cultura e educação onde os níveis de modernização e tecnologia são simplórios por não terem conseguido acompanhar os ajustamentos durante o período industrial da modernidade reflexiva. Nesse contexto mantiveram a idéia de autoconfrontação das bases da modernização de forma autônoma, indesejada e despercebida, ensejando riscos e ameaças aptos a questionar e destruir as bases da sociedade industrial.

Sua presença no panorama mundial acarreta dentre outros problemas o da destruição do meio ambiente como índice revelador da crise institucional e de incertezas que assola a sociedade pós-industrial, distinguindo os riscos que podem ser controlados daqueles que escaparam ou neutralizaram os mecanismos de controle da sociedade industrial.

A sociedade de risco se caracteriza por perigos fabricados pelo homem como os riscos de crise ecológica, crise financeira global e de ameaça terrorista, não se deixando limitar espacial, temporal ou socialmente, sobrepujando as fronteiras nacionais e configurando-se como riscos globais o que afeta democraticamente a todos, mesmo que de forma desigual, perpassando as diferenças de classes sociais.

Também a questão ambiental consiste em incoercível problema inerente, uma vez que atrelado a produção de novas tecnologias de tal forma que deve-se entender que as transformações derivadas do desenvolvimento industrial ocasionam crise ecológica local e global, tal o impacto ambiental e a gama de efeitos negativos ocasionados pela agenda industrial.

Beck, enfatizando o seu caráter negativo afirma que o risco deve ser definido como o efeito não intencional do progresso ou como catástrofe antecipada, sendo que apenas alguns países apresentam condições para que os riscos sejam “involuntariamente desmascarados” ou melhor controlados, o que somente acontece por meio de uma democracia parlamentar firme e da relativa independência da mídia, paralelamente à produção de riquezas avançadas.

Quanto à produção de riquezas há que se asseverar que estas devem ser bens visíveis e tangíveis mesmo quando sob sua forma abstrata. As destruições ecológicas e os efeitos do crescimento industrial dependem do julgamento de especialistas, de conhecimentos metódicos, de procedimentos de cálculo, de regras de responsabilidade e de reconhecimento científico e jurídico.

Ainda de acordo com Ulrich Beck essa transformação de ameaças civilizacionais à natureza em ameaças sociais, econômicas e políticas sistêmicas, é o que representa o real desafio do presente e do futuro e o que justificaria conviver com o conceito de sociedade de risco.

Os riscos como expressão de um fenômeno social estruturante têm suas causas e origens em decisões e comportamentos humanos no âmbito industrial, tecnológico e econômico de pessoas ou organizações, cujas consequências secundárias constituem efeitos indesejados não previstos e não suscetíveis de previsão. Enfim, não perseguidos intencionalmente.

Fez-se necessário primeiramente entender a extensão da teoria da sociedade de risco e seus fundamentos principais para se chegar à compreensão dos riscos de grandes proporções e que decorrem das mais variadas ineficiências, sejam de ordem técnica, gerencial, ou ainda da falta de informação necessária pelo homem médio.

No Mundo a sociedade de risco ficou evidenciada a partir da ocorrência de várias situações de terrorismo que colocaram em pauta a segurança nacional, assim como incidentes naturais que decorreram da imprevisibilidade humana quanto aos danos que ocasionaram inúmeras mortes.

O terrorismo enquanto fenômeno sócio-político internacional assumiu evidência planetária somente após o trágico dia 11 de setembro de 2001, quando a comunidade jurídica mundial veio a prestar firme atenção ao fenômeno. Essa percepção da gravidade de seu crescimento pode ser detectada pela consequência da adoção de medidas de persecução penal e policial que passaram a ser instituídas desde então, como também pela introdução de leis mais rígidas visando a proteção da sociedade mesmo que detrimosas a direitos e garantias individuais arduamente conquistados.

Aqueles atentados que geraram tanta monta de destruição, de violência e de dor inimagináveis, por tão ousados e odiosos aos olhos da comunidade internacional dos países mais desenvolvidos, ao trazerem inicialmente um sentimento de impotência decorrente da

impossibilidade de serem previstos e da impossibilidade ou dificuldade de defesa contra esse tipo de ataque, mesmo em se tratando das maiores potências do mundo, fez gerar nada obstante os mais sofisticados e evoluídos instrumentos de segurança e vigilância em mote de enérgica reação da comunidade penal, afinal consubstanciada no recrudescimento da punição e da coerção mesmo que preventiva e antecipatória.

Assim, o pós 11 de setembro de 2001 ao constituir um marco de insegurança, paralelamente fundou uma nova política de segurança antiterror e um novo direito penal se concretou na maioria dos países democráticos após o advento odioso desses atentados.

No Brasil o terrorismo social gerador de alto índice da criminalidade humana põe em questionamento a soberania nacional, por enquadrar o Estado no conceito de sociedade de risco que enfrenta a ocorrência diuturna de crimes de grandes proporções. Por conta disso o Direito penal precisa mudar o seu foco que antes era no cidadão e na proteção individual, dirigindo-o para a proteção da sociedade. Há que mesclar o Direito penal clássico com o Direito penal expansivo e do inimigo. Contudo, para que isso ocorra de forma eficiente, faz-se necessário o uso de *hard law* para que aquelas normas de *soft law* oriundas de tratados e convenções e sem caráter vinculativo tenham validade em nosso território pátrio e coíbam tantos crimes graves e nessa toada consigamos reduzir os danos dos riscos sociais.

Todo esse cenário suscita a grande controvérsia que se reserva ao Direito Penal atual no mundo e em especial no Brasil, com vistas ao futuro. O embate entre o direito de todos que é o direito da sociedade e o direito do indivíduo e das garantias individuais. Esse embate, no Brasil ainda está nos seus prolegômenos.

A realidade indisfarçável é a de um estado de guerra e terror unilateral e somente declarado por um dos lados, o do crime. Declarado pelo tráfico e pelas milícias e ignorado solenemente pelas autoridades dos governos anteriores e subsequentes. Nesse estado de guerra, o crime organizado inimigo número um da sociedade, armado para guerra, cultua suas atividades de natureza terrorista em solo urbano e comunitário dentro dos perímetros urbanos das cidades e dos bairros das principais capitais.

A mortandade de pessoas vítimas da violência do crime organizado é estrondosa e alarmante, somente comparável a países em real estado de beligerância. Esse cenário se implantou no País, em meio ao vácuo e falência de um governo de esquerda corrupto e permissivo, propício à criação de um ambiente favorável à ação do tráfico e das milícias que logo passaram a coagir autoridades e semear o medo generalizado e o terror na população.

Isso se deu nas grandes cidades, nos campos, no setor agrário e de produção e pesquisa agroindustrial e chegou ao cúmulo de se organizar a ponto de empreender claras tentativas de influir na política, mediante a apresentação de candidatos próprios como seus representantes nas eleições gerais.

Identificou-se também em vários desses atos do crime organizado um cunho claramente terrorista, na finalidade de servir a políticas inconfessáveis de interesse do governo anterior, promovendo ilegais ocupações agrárias e a destruição de bens privados valiosos pertencentes à agroindústria e pesquisa agropecuária. Tudo isso se deu mediante a adoção de táticas de organização criminosa, por meio de invasões, atentados, explosões, incêndios criminosos e investidas armadas contra civis e também contra a polícia e unidades de segurança.

O porte ilegal ostensivo e o uso efetivo de armamento de guerra nas ações criminosas empreendidas por determinados grupos organizados exclusivamente para o crime, impõe que se aplique a legislação antiterrorista enquadrando seus agentes nas penas dessa lei especial. Basta o agravamento das penas e supressão de progressões de regime e benefícios aos condenados nesse contexto, pois a norma já existe.

Para que haja a redução desses crimes oriundos do terrorismo social faz-se necessário um sistema legal mais robusto e duro quanto aos crimes graves aqui referidos. Leis de caráter vinculativo (*hard Law*) com a sua concreta aplicação no ordenamento pátrio como resposta efetiva contra os grandes grupos criminosos organizados, sejam aqueles incrustados na corrupção estatal, sejam aqueles que detém primado no terror social ou na exploração de comunidades. No mais, a proteção da sociedade é impositiva e enquanto não implementada vigorosamente, continuarão a serem gerados riscos e danos incalculáveis.

A missão suprema é se harmonizar um sistema penal que, para uma gama elevada de delitos de menor potencial ofensivo suas sanções não ultrapassem o *status* de interdições, multas, imposição de deveres comunitários e assistenciais etc, com fundamento claro no Direito Penal Mínimo, enquanto de outro turno, para aqueles graves delitos focalizados nessa dissertação, se promova o agravamento do juízo de reprovação bem como o endurecimento das penas quando a hipótese for de crime de bando, de grupo ou de organização criminal e/ou associações diferenciais, hipótese em que a imputação seria extensível a todos os seus integrantes indistintamente.

É indubitável que partindo-se da premissa de aceitação do paradigma do risco como reorientação e remodelamento do Direito Penal no Brasil, a tutela dos crimes de perigo abstrato tende a se dinamizar e regras de maior gravidade no que tange à punição exemplar para os gravíssimos crimes que assolam a pátria brasileira devem ter lugar.

Naquilo que tange à aplicação de uma tutela penal em proteção da sociedade, por conseguinte mais firme e eficaz em face de condutas de risco, de terror social e associação diferencial criminosa, entendemos haver um campo fértil no Brasil para sua plena e imediata adoção mediante figurino de tutela expansiva, direcionado aos três grandes grupos de alta periculosidade criminal organizada que atuam nos ramos da corrupção (para a prática de crimes contra a ordem política, social, econômica e tributária); do tráfico armado transnacional de entorpecente e da dominação de comunidades pela milícia armada. No que tange às facções armadas que dominam o tráfico no Brasil a realidade é, inelutavelmente, de um estado de guerra e terror declarado unilateralmente pelo tráfico e ignorado solenemente pelas autoridades.

A utilidade de conceitos do Direito penal do Inimigo e de outras doutrinas mais rígidas mencionadas ao longo dessa dissertação se justifica dentro de um juízo de reprovação das graves condutas dos agentes imbricados nessa atividade criminal e merecem ser positivados pelo estado dentro de um regime de aplicação expansiva, pois é nossa convicção que, quando o chefe do tráfico ou da milícia arma seu bando com artefatos de guerra para utilização no solo urbano ou em meio à sociedade ou comunidade, estão todos inclusive ele, a praticar os mesmos crimes de terrorismo armado contra a sociedade e a ordem constituída e a resposta penal, portanto, deve ser uniforme a todos.

Dentro desse cenário de terrorismo social, quando qualquer dos integrantes do bando tipifica uma conduta criminal contra a sociedade ou qualquer de seus membros, representantes, autoridades ou agentes da lei, o tipo penal inerente ao ilícito praticado deve se expandir para ser imputado aos demais integrantes do grupo, incluindo, sobretudo, o chefe da facção ou do bando. Nessa hipótese, o Estado deixa de aferir níveis de participação de cada um no ilícito penal e todos devem responder pelo mesmo tipo independente de grau de participação no ato delituoso do(s) comparsa(s). A conduta se subsume em, sob uma chefia de um comando de certo modo hierarquizado, manter unido e organizado e prover de recursos necessários um grupo criminoso no propósito da prática do crime de tráfico de estupefacientes ou de dominação de comunidades e dotar esse grupo de armamento de guerra para garantir a consecução material desses propósitos ilícitos.

Na criminalidade moderna conforme o entendimento de Hassemer, não há mais vítimas individuais pois que as ameaças oriundas de riscos tecnológicos ultrapassam a ofensa a um bem individual e a vítimas definidas, havendo a transformação de um Direito penal voltado a proteção de bens jurídicos individuais para aquele de tutela jurídico penal de bens supraindividuais, imateriais e imprecisos, sendo necessárias normas mais rigorosas para a proteção da sociedade.

O movimento punitivista seria para Hassemer, uma resposta às exigências da sociedade. Isto é, um meio de combate eficaz à macrocriminalidade. Assim, a atuação do poder punitivo faz-se indispensável ressaltando que tal poder seria fundado em dois ideais penalizadores: justificação da sanção penal com escopo retribucionista e manutenção da pena com fulcro em uma finalidade prevencionista.

No Brasil da década de 1990 a partir sequestros de grandes empresários e do assassinato de uma atriz famosa, tais acontecimentos marcantes geraram movimentos de opinião pública influenciados pela mídia o que acarretou o surgimento de legislação assaz punitiva nada obstante necessária, a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) diploma legal aprovado no propósito de dar uma resposta à sociedade em face da criminalidade cruel.

Nesse panorama a pena passa a ser um castigo e tem função eminentemente de retribuição. Para alguns o aumento das penas de reclusão aplicadas aos crimes ditos hediondos mediante cumprimento em regime de excepcional severidade e em estabelecimentos penais de segurança máxima, consistiu em verdadeira vingança aos condenados.

Contudo, o que se vê verdadeiramente em nosso país é a leniência do sistema legal com o crime e com o criminoso, notadamente com o criminoso especial integrante de um daqueles três grupos de alta periculosidade criminal organizada que examinamos e que causam lesão superlativa à sociedade como um todo. Lesão essa muito mais grave e devastadora no que toca à população mais pobre, que adoecer, morre e vive escravizada na miséria por conta dos desvios e peculatos gigantescos. Nesse cenário impende dar destaque ao grupo de delinquentes que se dedica a praticar os crimes de lesa pátria via corrupção institucionalizada, cujos delitos são praticados em concurso de associação diferencial entre agentes públicos e privados, na esfera da gestão política do país.

Quanto aos dois outros grandes grupos de crime organizado, aquele que se dedica ao tráfico transnacional de entorpecente praticado por facções armadas com verdadeiros aparatos de guerra, e, aquele outro constituído pelas milícias paramilitares que promovem a dominação de comunidades, ambos sumamente repulsivos, nocivos e danosos à segurança pública, temos que as penas existentes por serem excessivamente brandas e contarem com os benefícios e progressões para regimes mais brandos, como mote de recuperação desse tipo de delinquência, resultam em puro fracasso e só os mantêm motivados ao crime.

O cenário é de “faz de conta”, pois conquanto em nosso ordenamento penal em geral, a correspondência entre as penas atribuídas aos crimes praticados possa até mesmo ser considerada proporcional e adequada à gravidade do delito, na prática essa lógica não se concretiza. O que se verifica é que no universo dos apenados ninguém cumpre a pena a que foi condenado. As infinitas possibilidades de progressão de regime, de livramento condicional, de redução do prazo de condenação por estudo e bom comportamento a *latere* das saídas facultadas em dias especiais, deveras se revelam antagônicas ao funcionamento de um verdadeiro sistema de justiça.

Reclama-se muito da hiperpopulação carcerária, mas o problema é que no Brasil nunca se teve uma política criminal penitenciária de verdade. A população criminal é grande porque o Brasil tem uma população grande. (230 milhões de habitantes!) E a imensa maioria dessa população encontra-se vivendo na pobreza quando não em extrema miséria, totalmente desassistida pelo Estado. E se temos uma população carcerária enorme, deveríamos ao menos ter um sistema de habitação carcerária do tamanho dessa população a fim de preservar a dignidade do detento.

Segundo Loic Wacquant, *a hiperinflação carcerária caracterizara-se por dois fatores concomitantes, a duração das penas e o grande número de condenados à reclusão*. Assim, a clientela prisional é sempre a mesma, composta pelos pobres de sempre e os excluídos da sociedade. Isso porque o Estado formalmente não colima suas atividades finalísticas de educação e progresso social, e, como decorrência de sua inoperância a maior parte dessa população acaba por ser hóspede do sistema prisional em situação de ignorância, miséria e escravidão.

Pior ainda é que com a prática da corrupção generalizada e institucionalizada, muitas das vezes os crimes que autoridades maiores do Estado praticam, a exemplo de desvios gigantescos de verbas, peculatos estratosféricos, fraudes e favorecimento pessoal e de

particulares, são imensuravelmente mais danosos aos indivíduos e à sociedade do que um simples e mísero furto.

Na prática consagrada pelo sistema de justiça do Brasil a autoridade corrupta cuja conduta perpetua a miséria, a ignorância, a doença, a fome, a escravidão e também a morte de muitos, acaba por ser apenas afastada de seu posto por um lapso temporal até o crime ser esquecido ou abafado por seus associados no ilícito. A seguir volta a poder assumir outra função onde repete as mesmas práticas. De outro turno, o “ladão de galinha” é preso e castigado com as penas do “inferno de Dante”. Nesse cenário surreal muitas ações extremamente danosas à coletividade deixam de ser punidas com o rigor necessário, enquanto outras de menor ou mesmo mínimo potencial ofensivo são apenas desproporcionalmente. ESTE É O PARADOXO BRASILEIRO!

De um lado a clientela rica e abastada de um sistema penal que em relação a ela é propositalmente falho e com diversos desvios e atalhos criados exatamente para beneficiar a essa clientela integrante do andar de cima da sociedade, normalmente composta por agentes políticos, autoridades e alto empresariado. Valem-se da onerosa porém eficiente expertise de advogados contratados “a peso de ouro” de inegável talento no manuseio de legislação leniente, de interpretações favoritistas, de prescrições que seriam desarrazoadas num sistema legal decente e de um número infindável de recursos aos tribunais superiores existentes no sistema de justiça. O resultado é a eternização ou mesmo volatilização de qualquer possibilidade de aplicação da pena mesmo quando haja condenação. Esta realidade consagra a impunidade, mantém os verdadeiros meliantes e vilões fora do cárcere e faz o crime compensar!

Do outro lado encontramos a verdadeira clientela dos porões do cárcere, composta pelos miseráveis e escravos do sistema, proveniente de todos os rincões mais pobres e atrasados do país. Clientela que não possui um ceitil para pagamento de advogados e que em virtude disso a ela é dispensada o rigor da lei penal em toda sua dimensão!

Não se faz aqui referência direta ao exército do tráfico e da milícia que dispõe advogados e de recursos semelhantes aos do andar de cima, e, em vista disso mantém uma circularidade no “entra e sai” do cárcere, também se beneficiando da fragilidade do sistema de justiça. A referência que se faz é quanto a população carcerária analfabeta e desvalida que não tendo como se defender, à exceção de alguns que conseguem ser representados pela respeitável Defensoria Pública, se vê indefesa no sistema de justiça, condenada a penas

desproporcionais e sem a mínima oportunidade de recurso sequer de duplo grau de jurisdição, o que se dirá de recursos aos tribunais Superiores.

Essa realidade torna um tanto frívola e especiosa a discussão de momento que se trava no Brasil sobre a constitucionalidade da prisão em segundo grau posto que tal tema somente interessa e o debate somente se restringe, àquela indigitada clientela criminal do andar de cima da sociedade brasileira. A clientela dos porões que não dispõe de dinheiro e nem tampouco de advogado, jamais terá qualquer benefício e não será de modo algum afetada pelo resultado desse debate e desse julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Ela continuará indefesa, vítima de prisões sem julgamento e de condenações sem recurso.

Aliás, vale repetir o que já foi afirmado antes quanto ao fato de que a legislação penal brasileira é leniente porquanto boa parte do Poder Legislativo que a cria é sua potencial clientela! Daí, por óbvio, a absoluta dificuldade no seio do Legislativo quanto a produzir legislação capaz de promover o próprio encarceramento! E mesmo quando por raridade há a condenação e o encarceramento de algum integrante dos altos poderes, a pena é cumprida por um breve tempo e com todos os benefícios possíveis. É POR ISSO QUE NO BRASIL O CRIME COMPENSA!

Esse é o paradoxo enfrentado pelo sistema de justiça do Brasil. Encontrar uma fórmula que de um lado combata o crime de corrupção, o crime organizado e o terrorismo social com verdadeira eficácia, enquanto de outro lado promova a adoção concreta de um sistema de Direito Penal mínimo para os delitos menores já mencionados. Entendemos que esse debate se apresenta conveniente e oportuno ao contexto atual da realidade brasileira no sentido da busca de um provável equilíbrio na balança da justiça.

REFERENCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ARTIGAS, Priscila Santos. **O acidente de Samarco e a Sociedade de Risco.** O Estado de São Paulo. Ed.12 de novembro de 2015.

BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas.** Tradução do italiano **Dei Delitti e Delle Pene**, José de Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.** Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.

_____. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **A política na sociedade de risco.** Disponível em: <
<https://www.passeidireto.com/arquivo/18900167/a-politica-na-sociedade-de-risco---ulrich-beck>

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal em La Sociedad Del Riesgo.** Madrid: Civitas, 2001.

CABRAL, Juliana. **Os Tipos de Perigo e a Pós-Modernidade.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo; Editora Saraiva, 4ª ed. 2005.

COSTA, José Martins Barra da. **O terrorismo e as FP 25 anos depois**. Lisboa: Colibri, 2004.

FERREIRA, Rafael Freire. Reflexões sobre o instituto da prova, in **Novas dimensões do Direito: uma perspectiva Soft Law**. 1ª Edição. Lisboa: Editora Chiado, 2016

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. “Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos”. In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, v. 2, n. 8, jul-set, 2003;

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho; prefácio de José Ignacio Lacasta-Zabalza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

GRECO, Luís. **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 49,2004.

GUATTRI, Félix. **As Três Ecologias**. São Paulo: Editora Papyrus, 2003.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/25965221/hammerschmidt---o-risco-na-sociedadecontemporanea-e-o-principio-da-precaucao-no>>

JAKOBS, Gunther - **Direito Penal do Inimigo** - Noções e Críticas, CALLEGARI, André Luis e GIACOMOLLI, Nereu José, Organização e Tradução, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2ª ed. 2007

_____ : - **Staatlich Strafe: Bedeutung und Zweck**. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2004, pp. 38ss.

_____ : - **Schuld und Prävention**. Tübingen: Mohr, 1976

_____ ; MELIÁ, Manuel **Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAIA, Anderson Menezes. **A Soft Law e as normas internacionais de proteção ao meio ambiente, in Novas dimensões do Direito: uma perspectiva Soft Law**. 1ª Edição. Lisboa: Editora Chiado, 2016

PRADO, Rodrigo Murad do. **Fundamentos do Direito Penal Mínimo**, Rio de Janeiro. Editora lumen Juris. 3. Ed.2018

PRITTWITZ, CORNEUUS, "**Derecho Penal del Inimigo: Análisis crítico o programa del derecho Penal?**", in La Política Criminal en Europa, (Dirigido por SANTIAGO MIR PUIG e MIRENTXU CORCOY BIDASOLO e coordenado por .VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN), Atelier Penal;

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva – **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades pós-industriais. 2.^a Edição Revista e Ampliada. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha e Revisão de Luiz Flavio Gomes e William Terra de Oliveira, São Paulo: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011.

SILVA, Angelo Roberto Ilha da, **Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, **Direito Penal Supra-Individual: Interesses Difusos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STELLA, Frederico. **Direito Penal e Sociedade do Risco**. Revista Síntese de Direito penal e Processual, v. 05, nº30, fev/mar, Porto Alegre: Síntese, 2005, p.43-63.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Soft Law: um aspecto (quase) inovador do direito internacional contemporâneo**. Prática jurídica, São Paulo, Ano V, n. 49, 2006.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Direito Penal do Inimigo. O Progresso ao Retrocesso**. 2^a ed. São Paulo. Almedina, 2016.

VENTURA, André . **A Nova Justiça Internacional**. 1.^a ed. Lisboa: Chiado Editora, 2015.

_____. **Lições de Direito Penal**, vol. I, 1^a Ed. Lisboa: Chiado Editora, 2013.

VOGLER, Richard, **A World View of Criminal Justice**, Aldershot: Ashgate, 2005

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010