

DIREITOS HUMANOS, ESTADO DE EXCEÇÃO E DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA – CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFICÁCIA DO DIREITO PENAL NA MODERNIDADE.

Antonio André David Medeiros

Promotor de Justiça

Pós-graduado em Direito Penal pela Universidad de Salamanca – ES

Pesquisador visitante junto à Università degli Studi di Firenze - IT

Mestre e Doutorando em Direito Penal – PUC/SP

RESUMO. O direito penal vinha evoluindo de forma a atender as expectativas sociais com a defesa dos direitos fundamentais, em especial, os direitos humanos individuais. Com a modernidade pós-capitalista, que se caracteriza pela sociedade de risco, tornou-se cada vez mais difícil exercer o controle social somente focado nos direitos humanos individuais, gerando um conflito com a eficiência esperada. O estado de direito implantado somado a democracia constitucional trouxe uma crise ao direito penal que passou a pautar-se por situações de emergência, em que os direitos humanos individuais passaram a ser diminuídos em prol de direitos humanos coletivos, tornando o estado mais liberal em interventor mais forte no tecido social através da criminalização. As constituições preveem os casos de mitigação dos direitos humanos fundamentais em determinadas condições, que é o chamado estado de exceção constitucional, todavia parece que mesmo sem tais condições o direito penal acaba tomado de uma imediatidade que se sobressai às condições constitucionais tornando perenes os combates prementes impulsionados pela resposta social de eficácia pela imposição de penas. O texto busca mostrar tais situações apontando direções e consequências para fomentar a discussão sobre o tema.

Palavras-Chave: Direito humanos, direito penal, estado de emergência constitucional, eficácia do direito penal, direito penal de emergência.

ABSTRACT. Criminal law had been evolving to meet social expectations to the defense of fundamental rights, especially individual human rights. With the post-capitalist modernity, which is characterized by the risk society, has become increasingly difficult to exercise social control only focused on individual human rights, creating a conflict with the expected efficiency. The rule of law implemented, in addition to constitutional democracy, brought a crisis to criminal law that became guided by emergencies in which individual human rights becomes diminished in favor of collective human rights, turning the most liberal state into a stronger comptroller in the social fabric through criminalization. The constitutions foresee the cases mitigation of fundamental human rights under certain conditions, which is called the state of constitutional exception, however it seems that, even without such conditions, criminal law ends up taken by an immediacy that stands out from the constitutional conditions, making pressing fights perennial, driven by the social response effectiveness for the imposition of penalties. The text seeks to show such situations pointing out directions and consequences to encourage the discussion on the topic.

<http://revistasapereade.org/ano-4-volume-8-mar%C3%A7o-2016.aspx>

D.O.I: 10.20523/sapereade-ano4-vol-8-pg-70-94

Keywords: Human rights, criminal law, constitutional state of emergency, criminal law efficiency, emergency criminal law.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Estado liberal de direito e estado de direito. 3 – Estado de segurança. 4 – Eficiência do direito penal – emergência ou crise de eficácia? 5 – Direitos humanos versus direito penal de emergência. 6 – Considerações gerais sobre a emergência e o direito penal. 7– Estados de exceção constitucional – as hipóteses de emergência constitucionais e fundamentação da emergência 8 – Conclusões.

1– Introdução.

A mudança social ocorrida na humanidade foi profunda, com isso os instrumentos de organização social se adaptaram de forma rápida para as extensas mudanças vividas em todo o mundo que se iniciaram com a revolução industrial e estão ocorrendo pela globalização e pela sociedade de informação.

A sociedade passou a ser mais dinâmica, em que tudo acontece de forma acelerada e as informações fluem de forma rápida, com isso gerando mudanças igualmente rápidas, nesse contexto o direito penal como instrumento de controle e formatação social, e sendo algo conservador por excelência pelo próprio princípio da anterioridade penal, se viu em uma situação de crise, a sociedade, que passou a ser medida em riscos e seus incrementos, não mais se deixa controlar pelo instrumento social que é o direito penal.

Tal qual um médico que aumenta a dose quando um medicamento não mais faz efeito sobre a doença, o direito penal vem em busca de uma eficiência apresentando uma expansão, cada vez maior, com uma sensação de cada vez menos agir no controle da doença/crime.

A sociedade assim passa a legitimar cada vez mais o uso do remédio/instrumento que é o direito penal, para combater a doença/crime, sem muitas vezes se atentar para os efeitos colaterais que ocorrem pelo uso descontrolado do instrumento de controle social, que como os remédios antigos, terá que evoluir para uma nova geração ou ser substituído.

Como alerta Dirceu de Mello sobre a questão da violência, estamos em situação de desesperadora emergência que necessitam de providências que não são tomadas, engessado o Estado por codificações ultrapassadas.¹ O que se vê, por outro lado, são leis esparsas e feitas no afogadilho.

Partindo da alegoria da doença temos de fato situações que demonstram bem a ocorrência de tal movimento do direito, seja no Brasil, seja no exterior.

No Brasil temos casos como o da lei de crimes de informática que foi publicada às pressas para atender um clamor social ou político sem um estudo de efetividade, trabalhando o simbolismo penal².

Em junho de 2013 chega ao conhecimento de todos, por um funcionário do governo americano que denunciou aos jornais The Guardian e Washington Post, que o Governo dos Estados Unidos monitora desde o ano de 2007 todos os registros de internautas americanos e estrangeiros das empresas Microsoft, Yahoo, Google, Facebook, Twitter, PalTalk, AOL, Skype, YouTube e Apple³, colocando em cheque a privacidade de milhões de usuários destas empresas no mundo todo, inclusive no Brasil, tudo baseado no chamado ato patriótico aprovado depois dos ataques de 11 de setembro e renovado em 2006 e 2011. Confrontado com a questão, o presidente americano afirmou que vivemos uma “nova guerra” e disse uma frase que simboliza bem o discurso de emergência⁴: “Você não pode ter 100% de segurança e ter também 100% de privacidade e 0% de inconveniência. Nós temos que fazer algumas escolhas como uma sociedade”.

¹ MELLO, Dirceu de. *Violência no mundo de hoje*. In: Jorge Miranda; Marco Antonio Marques Da Silva. (org.). *Tratado Luso-Brasileiro Da Dignidade Humana*. 2ªed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, p. 881-884.

² A lei 12.373, de 30 de novembro de 2012, trata da tipificação criminal de delitos de informática foi publicada as pressas e com muitos pontos passíveis de críticas após um caso de vazamento de fotos íntimas de uma atriz brasileira.

³ O ex-funcionário da CIA Edward Snowden denunciou em junho de 2013 que o governo americano coletava dados de milhões de usuários na internet através de grandes empresas violando a privacidade sob o argumento de proteção e segurança pública. Fontes: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2013/06/governo-americano-grampeou-milhoes-de-telefones-e-internet.html>>.

Acesso em 10.01.2016 e <<http://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/escandalo-de-invasao-de-privacidade-coloca-governo-dos-eua-sob-pressao,2358198de4e1f310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Acesso em 10.01.2016.

⁴ <<http://oglobo.globo.com/mundo/obama-ninguem-esta-escutando-as-suas-conversas-telefonicas-8617403>>. Acesso em 10.01.2016.

Nesse contexto, o direito penal vive em todos os países uma crise de legitimidade e veremos que surgiu uma forte reação social à perda da eficácia do direito penal, com a criação de uma emergência contínua, diferente daquela prevista nas constituições dos países democráticos, que são o estado de defesa e estado de sítio.

Os direitos humanos individuais se veem em uma encruzilhada de se manter de forma individual e se firmar de forma coletiva sem diminuir as conquistas puramente individuais de um direito penal que luta para permanecer dentro de uma normalidade e fora de uma situação de crise e de emergência.

Para entender isso devemos verificar a trajetória do direito penal e seus desafios para entender o fenômeno inegável de uma situação de emergência contínua que se encontra parte significativa do direito penal ao tentar combater o terrorismo, o tráfico de pessoas e drogas e a criminalidade organizada e globalizada.

2 – Estado liberal de direito e estado de direito.

As principais mudanças do direito penal, sem dúvidas iniciadas por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, com a humanização do direito penal, pelas ideias colocadas no seu pequeno grande livro *Dos delitos e das penas*, indicou o norte que seria seguido pelo direito penal nos séculos posteriores, passando a prisão como pena e deixando de se utilizar do corpo como meio de expiação⁵.

Tal caminho indicou uma política criminal voltada para a garantia dos direitos humanos, e no direito criminal sofreu forte influência da revolução francesa, que no pensamento liberal-burguês dos séculos XVII e XVIII, e “assume-se particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.”⁶. Isso tem

⁵ Veja que as legislações antigas como as ordenações previam penas de morte, sevícias e banimento, sendo a prisão mera aguardo da sentença que trazia penas corporais.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 260.

o ápice na Declaração Universal dos direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) e Declaração dos Direitos de Virgínia (EUA, 1776)⁷.

Tais mudanças juntamente com mudanças estruturais do Estado como a divisão dos poderes e o advento das constituições tornou o Direito Penal fortemente vinculado às ideias liberais que vinculavam o Estado à lei, vigorando o princípio da legalidade que foi o berço do Estado de Direito.

O Estado de direito surge com as garantias e direitos fundamentais e traz um liberalismo para o direito penal, que passou a limitar a atuação do Estado, em especial no tocante aos direitos fundamentais individuais.

Bem colocado por Dimitri Dimoulou sobre os direitos humanos, para se falar neles temos que ter três elementos: “1) Estado; 2) noção de indivíduo; e 3) a consagração escrita”⁸. Vemos que o direito penal impulsionou-se por um caminho de criação das constituições, que surgiu do combate ao arbítrio e voltou-se para um viés democrático, que buscava proteger a individualidade e não intervir nos indivíduos, tendo o direito penal, a partir de então como *ultima ratio*.

3 – Estado de segurança.

A visão de um Estado Democrático de Direito em que o direito penal garante as relações sociais, agindo como instrumento de controle social, possuindo alguma eficácia e adaptando-se aos desafios a ele apresentados foi ficando para trás.

A complexidade social apresentada ao direito penal, com a revolução industrial e entrada na era das informações e rápida transformação, trouxe consigo o elemento imprevisibilidade das lesões aos bens juridicamente protegidos, resultando em uma grande deficiência do estado em atender, pelo direito penal, a demanda cada vez maior de segurança.

⁷ Anteriormente pode-se citar como importante diploma legal a *Magna Charta libertatum*, de 15 de junho de 1215.

⁸ *Dogmática dos Direitos Fundamentais. Conceitos Básicos*, in: Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, ano 5, nº 2 (2001), p. 11.

Jésus-Maria Silva Sanchez⁹ lembra que a revolução nas comunicações gerou uma avalanche de informações, e tal fato faz com que delitos cheguem facilmente e reiteradas vezes ao cidadão que fica alarmado com os acontecimentos, aumentando a demanda por segurança.

Com a passagem do *ius puniendi* exclusivamente para o Estado, ele passa a ser cobrado para uma atuação cada vez mais rigorosa para garantir não somente os direitos fundamentais individuais, mas também os coletivos, entrando em uma “crise de legalidade e legitimidade”, voltando um estado que busca diminuir os riscos e logo trabalha com o conceito outrora abandonado de periculosidade.

A exploração da violência passa a legitimar um Estado que busca pela força física conter a criminalidade, o que pode culminar com a banalização da força e ferir os direitos individuais.

O estado moderno passa para uma situação de emergência que se torna autoritária e acaba se contrapondo aos direitos humanos, não se podendo esquecer que os direitos humanos têm a garantia de segurança dos cidadãos, de todos e não somente do indivíduo, como um dos direitos humanos coletivos. Assim temos a situação de garantir a segurança passada ao monopólio do estado, que por sua ineficiência transforma-se em algo que acaba por destruir aquilo que procura proteger.

Sergio Mocca¹⁰ afirma que as “práticas e legislações autoritárias tiveram sucesso graças a um clima de emergência que permitiu uma renovada exaltação do cárcere”. Isso transparece nas políticas de segurança pública.

Isso se traduz em um enrijecimento do direito penal¹¹ que traz uma legitimação ao abandono descontrolado da política de segurança pública garantidora

⁹ *A Expansão do Direito Penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002 (Série as ciências criminais no século 21, v. 11), p 33-34.

¹⁰ p. 261. *Emergência e defesa dos direitos humanos*. In Doutrinas essenciais de direito penal, v.1, São Paulo: RT: 2011

¹¹ HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, jan-mar de 1994, Ed. RT, p. 55-69.

da liberdade, pois ante a “necessidade de agir”, deve-se dar a autoridade todos os instrumentos necessários que descambam para um arbítrio indesejado do direito podendo resultar, como vimos na introdução deste trabalho, numa intromissão nas esferas privadas e pessoais de forma exagerada e atingindo pessoas inocentes, pela antecipação da atuação do direito penal, que deve garantir não somente a punição posterior, mas também a diminuição dos acontecimentos criminosos, logo a diminuição do risco e a segurança plena, ou ao menos a sensação dessa segurança.

4 – Eficiência do direito penal – emergência ou crise de eficácia?

Um aspecto interessante que por vezes parece ser ignorado pelos estudiosos do direito é a necessidade de eficiência¹² do direito penal na sociedade, visto que se adotar uma linha puramente abolicionista, sob qualquer de seus aspectos¹³, não demonstra qual a solução para os quais este ramo surgiu, assim com um direito puramente emergencial.

Na verdade, um direito penal simbólico pode ser eficaz sem ser funcional em curto prazo, porém depende de questões alheias, e em longo prazo será mais custoso socialmente quando transparecer a ineficácia, gerando reações violentas e leis mais duras.

A lógica que se coloca como pano de fundo do direito penal de emergência é iniciado de um pressuposto, qual seja, que a presunção de inocência tem como oposto um princípio de veracidade no procedimento. A preocupação não é nova e se formou com a administração da justiça frente à atenuação dos meios de coação

¹² Sobre o tema da eficiência e direito penal consulte SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *Eficiência e Direito Penal*. trad. Maurício Antonio Lopes Ribeiro, São Paulo: Manole, 2004 – (Estudos de Direito Penal; v. 11).

¹³ Eduardo Demétrio Crespo comenta sobre o que se pretende abolir, dividindo em abolicionismo em sentido restrito o que pretende restringir um elemento concreto do sistema penal (no Brasil poderíamos afirmar como exemplo a corrente que pretende abolir os crimes hediondos) e em sentido amplo no qual o sistema penal é um problema em si mesmo e deve ser substituído (*in Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”*. Trad. Érika Mendes de Carvalho *In Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, ano 1, jul-dez de 2004, Ed. RT, p. 14-15).

processual contraposta a ampliação do afetado no processo penal, ou seja, para o autor de uma ação delitiva em crime organizado, para se estabilizar o Direito, o Estado deve usar armas eficientes¹⁴.

O direito penal de emergência busca criar uma legitimidade pelo medo do risco que se traduz em diminuição das garantias pela troca de uma diminuição do risco, que muitas vezes não é verdadeiro e sim baseado na mera sensação de eficiência do direito penal, como já mencionamos.

A visão eficientista do direito penal pela visão do direito penal de emergência aponta para uma mudança do paradigma da prevenção como paradigma dominante¹⁵, isto porque a lesão ao bem jurídico não seria permitida e a esfera de proteção dos bens jurídicos (numa visão Luhminiana) é majorada e, por outro lado diminuída a esfera de proteção das liberdades, reduzindo-se o direito constitucional.

Isto vem acompanhado de um discurso de dominação da impunidade, retornando-se a filosofias penalistas antigas onde o infrator é somente um violador de normas e ignora a visão moderna que aponta a criminalidade como partícipe do contrato social, onde a sociedade tem influência e cria até mesmo criminosos, como entendem correntes da criminologia moderna.

5 – Direitos humanos *versus* direito penal de emergência.

O direito moderno apesar da tendência liberal mostrou-se ineficiente para a nova criminalidade, todavia a prevenção de novos crimes e sua punição sempre mostrou um quê de conflito com os conceitos modernos de direitos humanos e principalmente dignidade da pessoa humana, levando vários penalistas a buscarem alternativas para a pena de prisão, o que ainda não se obteve sucesso. Nesta

¹⁴ Guillermo Portilla. Contreras aponta que tal linha de raciocínio foi elaborada pelo discípulo de Günther Jakobs H.H. Lesch baseando-se na teoria de C.F STUCKENBERG, que faz uma análise crítica do princípio da presunção de inocência como direito subjetivo. (*in Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo*, in Revista Jueces para la democracia, nº 49, 2004, pags. 43-50).

¹⁵ in APONTE, Alejandro. *¿Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal Del Ciudadano?*. Bogotá: Editorial Themis, 2005, p. 13.

esteira e ineficiência do direito penal e em suas tentativas mais liberalizantes surge o endurecimento e a busca da eficiência e dos fins do direito penal.

Wolfgang Naucke¹⁶, já no ano de 1.979, relatava o “assombro” dos estudantes de direito ao confrontarem os textos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, com a imposição de penas. Mostrando a aparente dicotomia que se criou com a necessidade do “direito penal de prevenção e os direitos básicos das pessoas humanas”.¹⁷ Surge a crítica não somente relativamente à pena imposta, mas também sobre quais as prescrições penais a serem adotadas.

Interessante a afirmação colocada por Wolfgang Naucke¹⁸, que os direitos fundamentais da pessoa ou direito do cidadão não fundamentam um direito penal, mas possibilitam unicamente a formulação de cláusulas e obrigações do direito penal de prevenção de repensar sobre a defesa ou a resignação de certos pontos. Na verdade o que se questiona é a utilização do ser humano para os fins do direito penal, afirmando-se isto face à prevenção geral¹⁹, onde a pessoa é punida como exemplo, ou seja, utilizada pelo direito penal para seus fins, o que feriria os direitos humanos.

O Direito Penal de emergência tem um matiz que entraria em conflito com a Constituição Federal, bem colocado por Gustavo Octaviano Diniz Junqueira teorias como a presente tem efeito imediato na pena, pois o direito penal e “*o sistema jurídico nunca é neutro, mas sempre valorativo, e como tais valores têm total eficácia ordenadora, não é possível aplicar a norma que destoe das referências máximas constitucionais (fonte de tais valores)...*”²⁰, a adoção retalhos na fundamentação cria uma gigantesca tensão no direito penal, impedindo uma visão sistemática, em que o

¹⁶ *Prevención General y Derechos Fundamentales de la Persona. In Principales Problemas de La Prevención General*, NAUKE-HASSEMER-LÜDERSSEN, trad. Gustavo Eduardo Aboso, Tea Löw, Buenos Aires: B & F, 2004 (Colección: Maestros del Derecho Penal, n.º 14). p. 15-44.

¹⁷ *Idem*, p. 19.

¹⁸ *Idem*, p. 22.

¹⁹ Pela teoria relativa da pena a prevenção seria geral e especial: a prevenção geral seria uma das finalidades da pena onde “la pena se dirige a los miembros de una colectividad para que en el futuro, ante la amenaza de la pena, se abstengan de delinquir”, enquanto a prevenção especial “pretende evitar que aquél que ha delinquido vuelva a hacer-lo. En consecuencia, frente a la prevención general que pretende incidir sobre la comunidad en su conjunto, la prevención especial busca hacerlo sobre aquél que ha cometido un hecho delictivo.” (*in* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio et al, Curso de Derecho Penal – Parte General. Barcelona: Ediciones Exéeriencia, 2004. p. 27-28)

²⁰ *Finalidades da Pena*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 23.

direito penal, especialmente no Brasil, onde as leis ora se voltam para o expansionismo, que traz um caos e um direito penal simbólico, ora um abolicionismo, em que sem o direito penal não existe como limitar o arbítrio, pois uma visão garantista permite uma maior segurança.

Talvez seja necessário relembrar as ideias de Hannah Arendt²¹, onde afirma que os direitos humanos não são um dado e sim um construído e esta invenção humana está sempre se reconstruindo. Pelo fato de ser um construído e estar se reconstruindo, o direito penal de emergência agirá sem dúvida como um destruidor, pois, trata-se de uma mudança de visão no direito penal que se não aplicada de forma indireta sem dúvidas fará ressurgir os direitos humanos de forma diversa, buscando a clara efetividade de que se mostra carente e é sem dúvida o desafio para os estudiosos do tema.

Quando Eugênio Raul Zaffaroni²² explana sobre a evolução do poder punitivo, afirma que existe uma contradição básica resultante de um choque cultural consistente de uma incompatibilidade de fundo entre a concepção antropológica que fundamenta os direitos humanos e a inevitável idéia de vingança dependente da noção de tempo linear e própria de uma forma medieval de conhecimento inquisitório que legitima o uso da violência do poder (saber).

Para Winfried Hassemer²³ um direito penal que se busca eficiente pode impedir a atuação de meios mais práticos de contenção do problema, pois o direito penal é subsidiário, servindo o direito penal somente para algumas poucas situações problemáticas. Assevera que existe um custo caro para o direito penal forte, com o ataque político de princípios, como a dignidade da pessoa humana, em tempo de “necessidade” tornando-o vulnerável politicamente sempre, pois se colocaria sobre tais princípios a condicionante da “grave ameaça” e da “necessidade”. Assim, o direito penal tornaria os direitos (humanos) disponíveis segundo o caso, e com isso

²¹ *Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, 5ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

²² Ob. cit, p. 42.

²³ *in Crítica al derecho penal de hoy*. trad. Patricia S. Ziffer. 1ªed, 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p. 65-66.

poderia se afastadas da moral e em longo prazo sua convicção perante a população, com efeito inverso.

Interessante que alguns pactos preveem hipóteses de política de segurança, todavia com pisos mínimos e cláusulas pétreas, o que acaba abandonado ao se adotar uma situação constante de emergência. São exemplos das convenções o art. 2 da Convenção contra Tortura²⁴, o art. 4º da Convenção dos Pactos Cívicos e Políticos²⁵, Convenção Americana de Direitos Humanos, parágrafo 2 do artigo 27²⁶, que traça de forma clara qual o núcleo inderrogável e que as garantias são intocadas.

O tema dos estados de emergência vem sendo objeto de decisões na esfera dos direitos humanos um grande exemplo de tal afirmação é o parecer consultivo emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde foi questionada a suspensão dos *habeas corpus* nos estados de emergência, e o parecer foi no sentido de ser direito inderrogável não podendo ser suspenso tal direito mesmo em casos de crise²⁷.

²⁴ “Art. 2º. – 1. Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificção para tortura.”- grifo nosso – (fonte: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Flávia Piovesan. 7ª. Ed. São Paulo; Saraiva, 2006.)

²⁵ “Art. 4º. – 1. quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.” (fonte: *idem*.)

²⁶ Art. 27 – suspensão de Garantias

1 - Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2 - Adisposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito de reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18(direito do nome), 19 (direitos da criança), 20(direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para proteção de tais direitos.”grifo nosso (fonte: *idem*)

²⁷ Na opinião Consultiva n.º 9/87; 6 de outubro de 1987, a Corte Interamericana decidiu : “ LA CORTE ES DE OPINIÓN, por unanimidad 1. Que deben considerarse como garantías judiciales

6 – Considerações gerais sobre a emergência e o direito penal.

Interessante é que ao colocarmos tais conceitos em discussão, a sociedade acaba por se posicionar na teoria, majoritariamente de forma radical e polarizada, talvez seja esse o motivo de sua movimentada discussão.

Primeiramente, colocada de modo crítico ao direito penal, logo surge com embasamento mais consistente. E, como bem coloca Luís Greco²⁸, ninguém quer ser vítima do crime e existe um crescente medo da criminalidade²⁹, pois a população se vê como vítima em potencial e não como autor de eventuais delitos, assim automaticamente visualiza-se como vítima³⁰.

Nos EUA³¹, em alguns estados vigora a legislação “three strikes”, onde na terceira vez poderia receber prisão perpétua ou até mesmo pena de morte, quando em outros países sequer seria preso³².

indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención. por unanimidad:2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el Derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos por unanimidad: 3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención. Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el día 6 de octubre de 1987.”

²⁸ *Sobre o chamado direito penal do inimigo. In Revista Brasileira de Ciência Criminais*, n.º 56, set-out/2005, São Paulo: RT, 2005, p.104.

²⁹ Sobre a criminalidade e o medo social interessantes considerações são feitas por Leonardo Sica ao trazer o medo no contexto histórico da criminalidade e como foi usado pela igreja e os governantes até a visão atual que confunde os limites colocados com a repressão reduzindo a pena a mera vingança e afastando um componente educativo. *In Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002, p. 78-82

³⁰ No Brasil existe um fato que aponta bem tal assertiva é o filme “Tropa de Elite”, onde mostra uma visão do policial no combate ao tráfico nas favelas cariocas e que foi recebido no seu conteúdo em geral com entusiasmo pela população carente de segurança, que passa a admitir um estado de guerra onde determinadas condutas passam a ser aceitáveis (o filme foi baseado no livro *Elite da Tropa* de Luiz Eduardo de Oliveira, publicado pela Editora Objetiva).

³¹ Uma decisão aprovada pelo secretário da Defesa, Donald Rumsfeld, com o objetivo de extrair dos prisioneiros mais informações sobre a Al-Qaeda e a resistência no Iraque, permitiu a tortura. E o Departamento de Justiça, em agosto de 2002, admitiu em memorando à Casa Branca que torturar terroristas da Al-Qaeda, no exterior, “pode ser justificado”; que as leis internacionais contra tortura “podem ser inconstitucionais se aplicadas a interrogatórios” na guerra contra o terrorismo; e que a necessidade de autodefesa “podia prover justificativa que eliminaria qualquer responsabilidade

Manoel Cancio Meliá³³ coloca como primeiro impedimento o fato de ser politicamente incorreto, ou em outras palavras inconstitucional, como veremos mais adiante, a Constituição Brasileira determina expressamente as causas de restrição.

A expansão do direito penal na sociedade atual e suas formas é bem analisada por Jesús-Maria Silva Sanchez³⁴ concluindo pela necessidade de “*diversos sistemas jurídicos de imputação do fato ao sujeito, assim como a das garantias gerais de cada sistema, têm uma clara dependência das suas conseqüências jurídicas, sua configuração e teleologia.*”³⁵, defendendo a existência de vários sistemas jurídicos onde as garantias variam em razão de conseqüências diversas.

Cunhou o direito em duas velocidades, onde a primeira velocidade seria o direito que aplica sanções de prisão e se mantém todas as garantias político-criminais clássicas e regras de imputação e os princípios processuais, e um de segunda velocidade, onde não haveria pena de prisão, e somente penas de privação de direitos e pecuniárias, onde haveria uma flexibilização das garantias.

Porém trouxe um direito penal do inimigo que para o mencionado autor seria um de terceira velocidade onde as penas são graves e com regras de imputação menos restritas, e, admitindo-o fala que somente deveria ser mínimo e emergencial, e vê que os Estados acabam por adotá-lo de forma muito mais ampla³⁶, seria o direito penal de emergência aplicado de forma contínua sob a denominação de direito penal do inimigo.

criminosa. E o advogado John Yoo, então assessor da Secretaria de Justiça, enviara um memorando pró-tortura ao conselheiro jurídico da Casa Branca (e posterior Secretário de Justiça), Alberto Gonzales, especificando as intensidades de dor que cada prensa nos prisioneiros deveria ter. Duas semanas depois, despachou outro, oferecendo suporte legal a qualquer ato que o presidente Bush desejasse cometer, sem consultar o Congresso, inclusive operações militares no exterior e mesmo ações genocidas. Descobriu-se que, já em janeiro de 2002, Yoo dedicava-se a desqualificar as Convenções de Genebra como superadas e danosas à segurança dos EUA, demonstrando que tal direito poderia tornar-se um retrocesso até mesmo para antes da 2ª Guerra Mundial.

³² Cf. relata Manoel Cancio Meliá. (*in Direito Penal do Inimigo...*, p. 63)

³³ *in Direito Penal do Inimigo...*, p. 73.

³⁴ *A Expansão do Direito Penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002 (Série as ciências criminais no século 21, v. 11).

³⁵ *Idem*, p. 137.

³⁶ *A Expansão...*, p. 148-151.

O problema que transparece no caso é que se adotando uma política puramente de segurança se abandona uma política criminal³⁷, que é mais eficiente em longo prazo. Entendemos que isso seria um erro acabando por naufragar com tais teorias pela ausência de planejamento de uma pacificação social e integração das forças sociais que atuam no meio social.

7 – Estados de Exceção Constitucional – a hipóteses de emergência constitucionais e fundamentação da emergência.

Quase todas as constituições modernas, inclusive a brasileira trazem em seu bojo hipóteses de combate a crises institucionais, onde trata de uma anormalidade quando alguns dos direitos fundamentais estão simplesmente suspensos ou mitigados. Luis Jimenez de Asúa³⁸, afirma que isso ocorre desde a famosa Declaração Francesa de 1789.

A situação de restrição dos direitos fundamentais é denominada de sistema constitucional das crises e está previsto na Constituição Brasileira sob duas formas: estado de sítio (art. 136) e estado de emergência (arts. 137-139).

Quando adotamos uma situação de crise eterna, temos uma emergência constante que, todavia parece querer, a par de não estar previsto na Constituição em uma terceira categoria. Importante, porém, é separar a visão que *prima facie* poderia surgir, os Estados de exceção somente podem ser instaurados em uma situação de crise que ameace gravemente as instituições democráticas, ou seja, necessita de um suporte fático concreto, particular, prevendo formas de fiscalização pelo legislativo e judiciário, e mais, é norteados pela necessidade e temporariedade³⁹.

De outro lado, de forma diferenciada, o direito penal de emergência visa que uma situação de crise perene, porém assim como os estados previstos

³⁷ HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, jan-mar de 1994, Ed. RT, p. 56.

³⁸ Tratado de Derecho Penal, tomo II – Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires: Ed. Losada, 1950, p. 1122.

³⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª. Ed., São Paulo: Malheiros: 2005, p. 762.

constitucionalmente restringe e suprime direitos para instalar de forma permanente algo que a constituição somente prevê como temporário, sob o argumento de manutenção do sistema vigente e em busca dos seus objetivos (principalmente da segurança), logo, sob o mesmo argumento mascarado de segurança pública.

Com isso mitiga-se o controle rígido que tais estados impõem, permeando pontualmente de normas algo que deveria ser tratado como um todo. Nesse ponto concordamos com Günther Jakobs quanto à necessidade de identificação de normas que de alguma forma adotem restrições de direitos e garantias em nome de um combate à criminalidade moderna e imponham um tratamento diferente aos autores de delitos especialmente graves.

O estado de emergência que se eterniza é diverso do “estado de emergência” que é previsto nas legislações – *Ausnahmezustand*, ou *Notstand* (estado de necessidade) da Alemanha, decretos de urgência e estado de sítio da Itália ou França ou mesmo os *martial law* ou *emergency powers* dos anglo-saxônicos.

O problema de tais fundamentações remete para um aparente retrocesso no arbítrio do Estado, pois se torna detentor de limites elásticos do controle social, determinando limites coletivos que atingiriam, reduzindo ou eliminando o interesse individual inviolável, consubstanciado nos direitos humanos, em prol de um “interesse maior”, na sociedade.

A expansão dos direitos humanos sem se cogitar nos conflitos existentes dos indivíduos e na realidade empírica, talvez seja um aspecto de corrosão não enfrentada, pois mesmo não se adotando um cotejamento puramente sistêmico, não se pode negá-lo. Para Jesús-Maria Silva Sánchez⁴⁰ os direitos fundamentais aparecem como limite intransponível das considerações de eficiência.

Sobre o tema da eficiência do Estado ante a criminalidade organizada Winfried Hassemer⁴¹ aponta como falha não a introdução de elementos necessários

⁴⁰ *Eficiência...*, p.65.

⁴¹ *Crítica al derecho penal de hoy*. trad. Patricia S. Ziffer. 1ªed, 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p. 73-75.

para o combate, como a infiltração de agentes, e sim sua discussão como exigência de um direito penal conforme o Estado de Direito, senão como exigência de um direito penal eficiente e suficientemente preparado do ponto de vista criminalístico em contradição com os princípios que foram transmitidos desde um direito penal conforme o Estado de Direito⁴².

Concluindo ao final que somente um direito processual e penal conforme o Estado de Direito resultam eficientes em longo prazo: minimizam as conseqüências negativas e fomentam as boas conseqüências.

O que não se poderia fazer seria suprimir os direitos individuais sobre tal argumento, pois existe um núcleo mínimo⁴³ e invulnerável dos Direitos Humanos que não se pode restringir. A saída está em criar mecanismos que impeçam a instrumentalização das garantias processuais como o intuito de obstaculizar a Justiça⁴⁴. Na verdade o Estado não pode ficar inerte com a criminalidade, pois é seu dever garantir a segurança de todos, inclusive como reflexo da dignidade humana, o que permite no fim a autodeterminação.

Na verdade não se pode negar num simples repúdio a teoria, que os direitos humanos não podem ser comprimidos, o que não se pode, todavia, é o seu afastamento. A vida em sociedade seria impossível, pois parece óbvio que os direitos humanos das várias pessoas se contrapõem em determinados casos.

O que se necessita é a adoção de critérios certos e que garantam os direitos fundamentais nos seus limites básicos permitindo a atuação dos Estados com os instrumentos a ele inerentes⁴⁵.

⁴² Interessante colocação é feita por Winfried Hassemer ao afirmar que pressionada pela ameaça de violência e delito a sociedade é obrigada a abandonar o direito penal entendido como proteção à liberdade, nos dizeres consagrados de Franz von Litz, "Carta Magna do delinqüente", e sim necessita face à luta contra a violência de um Direito Penal como uma "Carta magna do Cidadão" idem, p. 52.

⁴³ José Joaquim Gomes Canotilho defende a existência de um núcleo duro de regras e princípios que teriam uma limitação material até mesmo a uma revisão constitucional (*in Estudos Sobre os Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 135-144).

⁴⁴ *Processo penal do inimigo*. p. 250.

⁴⁵ A problemática da restrição dos direitos e garantias é colocada por José Joaquim Gomes Canotilho, dividindo a possibilidade de restrição de tais direitos em três casos: "(1) restrições constitucional directa ou imediatas = restrições directamente estabelecidos pelas próprias normas constitucionais",

Fauzi Hassan Choukr⁴⁶ afirma ser falsa tal contraposição, afirmando, com base em Bernd Schünemann, que o sistema funcionalista é baseado numa fachada argumentações circulares e não numa abordagem construtiva. Com isso, os defensores dos direitos humanos são levados à condição de construtores de um sistema fraco, e, por outro lado, os defensores da visão de segurança são taxados como legitimantes do autoritarismo estatal em detrimento do indivíduo.

Na sua visão os dois lados têm que ser encarados como complementares⁴⁷, pois nas afirmações Winfried Hassemer⁴⁸ tais formalidades são na verdade formas protetoras, afirmando que o processo penal não pode ser visto somente como forma de esclarecimento e persecução penal, mas também como uma demonstração da cultura jurídica. Somente como uma superioridade moral frente ao controle social se valendo dos princípios e limites, que se forem firmes pode manter a confiança e o respeito da população.

Existem várias tentativas de se solucionar o problema (simbolismo, abolicionismo, garantismo, funcionalismo, etc.), porém tudo isso parte de premissas erradas, pois os interesses envolvidos não são somente aqueles naturais, onde facilmente se visualizava e criava um nexos.

A criação de um “direito penal de perigo” ou “de emergência” seria a evolução natural da dogmática penal atual que ainda não soube sublimar a visão de um direito penal de interesses individuais, talvez com soluções de novos sistemas como o

como nos caso do Estado de sítio e principalmente no Estado de Defesa, “(2) restrições estabelecidas por lei, mediante autorização expressa da constituição (reserva da lei restritiva);”, como no caso dos §§ 1º e 2º do artigo 9º da Constituição Federal, no tocante ao direito à greve, e por fim, “(3) limites imanentes ou implícitos(=limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos)”, onde reconhecendo ser muito problemático o seu reconhecimento, a admissibilidade é justificada no contexto sistemático, em nome da salvaguarda de outros direitos e bens (*in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1141-1149), e é justamente aí que o Direito penal do inimigo tenta se infiltrar, buscando um conflito entre o direito à segurança e o direito individual.

⁴⁶ *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 10-12

⁴⁷ Em linha semelhante: MASSON, Cleber Rogério, *O Direito Penal do Inimigo...*, p. 138-141, onde critica a dicotomia entre direito penal “mínimo” e “máximo”, o que se podem colocar como vertentes do direito penal do inimigo e contraponto com a seguridade pública e direitos individuais no processo penal do inimigo.

⁴⁸ *Crítica al derecho penal de hoy*. trad. Patricia S. Ziffer. 1ªed, 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p.82-83.

direito de intervenção de Winfried Hassemer, que busquem solucionar a crise apresentada.

Passaremos agora uma perfunctória análise de alguns reflexos que já habitam o direito penal, com intuito apenas de trazê-los à tona, visto que o presente não busca uma visão micro destes efeitos e sim uma visão macro em todo direito penal.

Como o Estado já não possui instrumentos eficazes se passa a uma inversão da visão garantista, onde o Estado passa a ser visto como a parte hipossuficiente no combate a criminalidade, como isso talvez uma das visões mais radicais fosse a implementação de uma inversão do ônus da prova no processo penal, o que já se verifica no caso de lavagem de dinheiro, onde a devolução dos bens direitos ou valores apreendidos somente se faz com a comprovação da licitude da origem⁴⁹.

Relativamente a prisão, delimitando-se como a restrição da liberdade dos indivíduos, inicialmente não era vista como uma pena, vez as penas eram corporais, principalmente através da pena de morte. Essa visão se alterou com a mudança no direito penal, em especial com a saída da chamada fase primitiva do direito cujo marco se situa em Beccaria⁵⁰, com a mudança dessa visão a detenção antes da pena passou a se tornar uma verdadeira antecipação da pena antes do trânsito em julgado, surgindo inclusive o fenômeno da detração penal.

O ressurgimento na fase mais moderna da prisão como regra talvez tenha surgido com a *Loi du 22 prairial*, onde na França Revolucionária (1793), antecipada pela *Loi des suspects*, que permitia prender qualquer suspeito de conspirar contra o Estado, e com o ápice no início da segunda guerra, cujo término acabou por destruir qualquer forma de prisão temporária, que passou a ser vista como um autoritarismo

⁴⁹ Art.4º.

...

§2º. – O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados quando comprovada a licitude de sua origem.” (Lei n.º 9.613 de 3.3.98)

⁵⁰ Cesare Bonesana, chamado de Marquês de Beccaria, lançou em 1764 o chamado pequeno grande livro – “Dos Delitos e das Penas”, defendeu o fim das penas corporais e a inutilidade da pena de morte, defendendo que a pena de morte por seu caráter fugaz e afirmando que a certeza da pena é mais eficaz que penas cruéis sem aplicação.

estatal que devia ser contido. Todavia a evolução de tal pensamento esbarrou em acontecimentos históricos (11 de setembro), que aliado a uma mudança nas formas de crime, trouxe novamente a idéia da prisão preventiva com instrumento legítimo e não somente um mal necessário.

8 – Conclusão.

A nova sociedade pós-capitalista vem transformando o Direito Penal, tomando o rumo de um reingresso de um direito de exceção e um caráter político predominante no Direito, como apregoava Carl Schmitt, militarizando o direito penal, e implantando uma “cruzada” contra o mal no estado natural (risco), para um estado de constante beligerância, como assevera Guillermo Portilho Contreras⁵¹, afirmando ainda que a guerra antes utilizada para conflitos externos, para solução interna, onde a legislação de exceção transmuta o excepcional em normal e a “Seguridad del Estado” em “Seguridad de los ciudadanos”⁵².

Elegendo-se os algozes e criadores de risco (que podem ser até mesmo imigrantes, como vem ocorrendo nos EUA e em algumas partes da Europa como na Espanha), fragmentando-se o Direito Penal. Porém o desafio que se mostra é não tornar o combate ao terror em meio de terror ao usar-se instrumentos de terror.

O medo⁵³ que se criou na modernidade com os meios de comunicação globalizados, a interação entre os povos nunca vista antes e principalmente pelas conseqüências da nova criminalidade⁵⁴, em especial o terrorismo, que causa vítimas sem distinção, verteu o direito penal para olhar para o futuro e não para o passado.

⁵¹ *Globalizacion del antiterrorismo. El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza. in Revista Viento sur: Por una izquierda alternativa*, n.º 83, 2005, p. 31.

⁵² *Idem*, p.33.

⁵³ Para Eugênio Raul Zaffaroni o medo e sua manipulação sempre estiveram na origem do poder punitivo do Estado (*in ob. cit.*, p. 33).

⁵⁴ Jesús-Maria Silva Sanchez coloca, em resumo, como fatores para o Expansionismo do Direito Penal: Os novos interesses (como a proteção das instituições de crédito), aparecimento de novos riscos (resultante dos progressos técnico-científicos), institucionalização da insegurança (onde na sociedade de risco os efeitos e os atingidos são incertos), sensação social de insegurança (a sensação subjetiva dos riscos torna-se maior que os riscos efetivos face o sensacionalismo e focalização na mídia), configuração de uma sociedade de sujeitos passivos (onde todos se tornam vítimas (passivos) dos efeitos do desenvolvimento), identificação da maioria como vítima do delito, descrédito de outras instâncias (como por exemplo, o a ética e o direito administrativo) e gestores “atípicos” da moral (associações, ONG’s, etc), fim dos limites esquerda-direita (repressor-liberal) e por fim o gerencialismo (onde o direito penal se resolveria de forma negociada por árbitros).

Assim, não basta a punição de atos já realizados, pois a sociedade contemporânea não aceita o resultado de tais condutas e a punição posterior nunca alcança a pacificação social desejada, dessarte passa-se a punir atos futuros e preparatórios, impedindo, diante disto, o resultado inaceitável⁵⁵.

Ainda o medo resultaria da violência onipresente, em especial a percepção social da violência nunca foi tão grande como nos dias atuais, conforme preleciona Winfried Hassemer⁵⁶, não se necessitando mais ser vítima dela para verificar sua existência, resultando em diversas conseqüências, tornando-se atualmente a violência, o risco e a ameaça fenômenos centrais da percepção social, resultando em uma política criminal restauradora, e alimentando a crescente indústria de segurança⁵⁷.

O interessante é que se lermos a Constituição Federal se vê que este entendimento, de um direito mais duro para garantia do Estado é expressamente previsto na Constituição Brasileira (e de muitos outros países), nos art. 136 a art. 141, que tratam do Estado de Defesa e Estado de Sítio. Porém, em tais casos, o que ocorre é uma situação temporária e fiscalizada pelo Congresso Nacional, que traria legitimidade para supressão ou compressão de alguns dos direitos fundamentais em prol da manutenção do sistema (Estado).

Pergunta-se: Será que o Estado frustrou de forma tão contundente em seus mecanismos de controle que se coloca numa posição de eterna emergência que traria um direito penal novo?

⁵⁵ Winfried Hassemer afirma que não basta reprimir a violência é necessário levar em consideração suas relações complexas de surgimento e seus mutantes efeitos, partindo de uma visão de que a sociedade tem colaboração com a criação do criminoso. (ob. cit. p. 65)

⁵⁶ *Critica al derecho penal de hoy*. trad. Patricia S. Ziffer. 1ªed, 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p. 49-66.

⁵⁷ O número de agentes de segurança privada supera o de policiais civis e militares no Brasil. Segundo o sociólogo André Zanetic, autor de tese de mestrado na USP, o grande salto no número dessas empresas ocorreu nas décadas de 1980 e 1990. De acordo com dados da Polícia Federal de 2004, o número de agentes da segurança privada é de 1,148 milhão, "mas deve chegar a 2 milhões se forem contados os trabalhadores sem registro legal, embora não existam dados sobre isso", ressalta. (in *A questão da segurança privada : estudo do marco regulatório dos serviços particulares de segurança*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2005, 111 f.)

O abolicionismo em sentido amplo⁵⁸ mostra-se ineficiente e fomenta tal tipo de teoria, resultando na polarização já mencionada no artigo, hoje parece que os abolicionistas carentes de soluções concretas abrigaram-se no garantismo, tentando manter a idéia inicial criando terreno fértil para teorias como o direito penal de emergência. Esperamos que o futuro de direito penal possa novamente encontrar seu rumo, permitindo que as conquistas árduas não se percam, por falta de controle social, pois a sociedade sobrevive sempre, e suas conquistas não podem ser ignoradas.

O combate ao terror é algo que nos torna irracionais, tomados pelo medo, e buscando combater o terror podemos criar instrumentos de terror, o que se juntaria aos nossos temores.

Assim cotejando as legislações de emergência com os princípios do Estado de Direito, poderemos achar uma solução correta para os novos desafios da sociedade, sem fugir do ideal democrático e de dignidade humana, inerente a qualquer ser humano, talvez trilhando um caminho mais árduo, porém eficiente em longo prazo, sem seduzir-se por uma solução simbólica e perigosa.

A filosofia do direito penal de emergência se baseia numa filosofia de Guerra. A cerca de 500 aC Sun Tzu escreveu o clássico “A Arte da Guerra”, atual até hoje, e nele lembra que *“não existe um caso em que um país tenha sido beneficiado por uma guerra prolongada”*⁵⁹, e é isso o que a emergência no direito penal propõe, uma guerra eternizada, *“na guerra prepare-se para paz, e na paz prepare-se para a guerra”*. O Direito Penal de emergência fica em uma paz que se torna uma guerra perpétua e não a paz perpétua pretendida por Immanuel Kant, jamais se preparando para uma paz, e seguir visualizando sua possibilidade.

O Direito Penal mesmo que de forma árdua evoluirá e buscará seus objetivos. A vertente da emergência nada mais parece que a busca de um equilíbrio a uma legislação que se torna simbólica e ineficaz, porém os extremos são perigosos. O fim

⁵⁸ Vide nota 13.

⁵⁹ TZU, Sun. *A Arte da Guerra*. Trad. Chris Tunwell. São Paulo: Universo dos Livros, 2006, p. 32

do Direito Penal é a pacificação social o que somente se completa com o respeito a todos e por todos, esse é o verdadeiro desafio do criminalista.

Bibliografia

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal, tomo II – Filosofia y Ley Penal*. Buenos Aires: Ed. Losada, 1950.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

APONTE, Alejandro. *¿Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal Del Ciudadano?*. Bogotá: Editorial Themis, 2005.

_____. *Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal Del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 51, nov-dez de 2004, p. 9-43.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, 5ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al, *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.

___ e SANZ MULAS, Nieves. *Derecho penal e la democracia vs seguridad pública*. Granada: Comares, 2005.

BUSATO, Paulo César. *Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo*. In *Revista de Estudos Criminais*, PUC-RS, ano 4, n.º 14, 2004, p. 137-145.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Estudos Sobre os Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CHIAVARIO, Mario. *Direitos Humanos, Processo Penal e Criminalidade Organizada*. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, jan-março de 1994, p. 26-36.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”*. Trad. Érika Mendes de Carvalho In *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, ano 1, jul-dez de 2004, Ed. RT, p. 9-37.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus Inimigos..* Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Dogmática dos direitos fundamentais. conceitos básicos*, in: *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, ano 5, nº 2 (2001)

GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRACIA MARTÍN, Luís. *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valência: Tirant lo Blanch, 2005.

GRECO, Alexandra Orcesi Pedro. *Direito Penal do Inimigo e Criminalidade Econômica*. In FARIA COSTA et al (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.715-746.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. In *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, n.º 56, set-out/2005, São Paulo: RT, 2005, p.80-112.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. trad. Patrícia S. Ziffer. 1ªed, 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

_____. *Segurança Pública no Estado de Direito*. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, jan-mar de 1994, Ed. RT, p. 55-69.

HOBBS, Thomas, *Leviatã*. trad. Rosina D'Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. São Paulo: Ícone, 2000.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência Penal do Direito*. Trad. Maurício Antonio Lopes Ribeiro. Barueri-SP : Manole, 2003 (Estudos de Direito Penal, v.1)

_____. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madri: Citivas – Thomson, 2004.

_____. *O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?*. in CALLEGARI, André Luís [et al.], *Direito Penal e Funcionalismo*. coord. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli; trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli, Lúcia Kalil. Porto Alegre: A livraria do Advogado Ed., 2005, p. 31-51.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manoel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Org e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri, SP: Manole, 2004.

KANT, Immanuel...[et al.]; *A Paz perpétua: um projeto para hoje*. J. Guinsburg. (org). – São Paulo: Perspectiva, 2004 (Elos; 55 / dirigida por J. Guinsburg).

KIRCHMANN, Júlio German Von. *El carácter A-Científico de la Llamada Ciencia del Derecho*. In SAVIGNY, KIRCHMANN, ZILTELMANN, KANTOROWICZ. *La ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, p.251-286.

LISZT, von Franz. *La idea del fin en el Derecho Penal*. Granada: Comares, 1995.

MACEDO JR, Ronaldo Porto, *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal do inimigo*. In Revista Brasileira de Ciência Criminais, n.º 59, mar-abril /2006, São Paulo: RT, 2005, p. 223-259.

MASSON, Cleber Rogério, *O Direito Penal do Inimigo*, in. SILVA, Marco Antônio Marques (org.), *Processo Penal e Garantias Constitucionais*, São Paulo: Quatier Latin, 2006, p. 113-127.

MELLO, Dirceu de. *Violência no mundo de hoje*. In: Jorge Miranda; Marco Antonio Marques Da Silva. (org.). *Tratado Luso-Brasileiro Da Dignidade Humana*. 2ªed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, p. 881-884.

MOCCA, Sérgio. *Emergência e defesa dos direito humanos*. In Doutrinas essenciais de direito penal, v.1, São Paulo: RT: 2011.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o 'direito penal inimigo'*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUCSP, 2006, 314 f.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*. In Revista Penal, n.º 16, jul, 2005, Ed. La Ley, p. 123-137.

_____. *As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: Da "tolerância zero" ao "direito penal do inimigo"*. In revista Eletrônica de Ciências Jurídicas n.º2, artigo 2.1. [.http://www.pgj.ma.gov.br//ampem/ampem1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br//ampem/ampem1.asp). Acesso em 30 de agosto de 2006.

_____. *Direito penal e controle social*. trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NAUKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSSEN, Klaus. *Principales Problemas de La Prevención General*, trad. Gustavo Eduardo Aboso, Tea Löw, Buenos Aires: B & F, 2004. (Colección: Maestros del Derecho Penal, n.º 14).

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo*, in Revista Jueces para la democracia, nº 49, 2004, pags. 43-50.

_____. *Globalización del antiterrorismo. El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza*. in Revista Viento sur: Por una izquierda alternativa, n.º 83, 2005, p. 31-44.

PRITTWITZ, Cornélius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. . In Revista Brasileira de Ciência Criminais, n.º 47, mar-abril /2004, São Paulo: RT, 2004, p. 31-45 .

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social in Os grandes filósofos do direito*. Clarence Morris(org.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 210-234.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* Curso de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2012.

SICA, LEONARDO. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e Direito Penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes Barueri, SP: Manole, 2004. (Estudos de Direito Penal, v. 11)

_____. *Expansão do Direito Penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002 (Série as ciências criminais no século 21, v. 11).

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª. Ed., São Paulo: Malheiros: 2005.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual – Interesses Difusos*. São Paulo: RT, 2003. (Ciência do Direito Penal Contemporâneo, v.3).

SUTHERLAND, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Madri: La Piqueta, 1999.

TZU, Sun. *A Arte da Guerra*. Trad. Chris Tunwell. São Paulo: Universo dos Livros, 2006.

ZANETIC, André. *A questão da segurança privada : estudo do marco regulatório dos serviços particulares de segurança*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2005, 111 f.