

## SOCIEDADE DE RISCO E ESTADO DE DIREITO DIANTE DA HERMENÊUTICA DO DIREITO PENAL – RESOLUÇÃO DE CASOS DIFÍCEIS NA BUSCA DE RESPOSTAS CORRETAS, FRENTE A UM MODELO DE SEGURANÇA CIDADÃ VOLTADO PARA O DIREITO PENAL DO INIMIGO

*Fernando Antonio da Silva Alves<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Alarma Social Face à Globalização e Definição de Sociedade de Risco – o Advento do Modelo de Segurança Cidadã. 3. A Concepção Kantiana de Direito e a Definição de Inimigo. 4. Entre Kant e Weber – como as Expectativas de Comportamento Implicam numa Definição de Inimigo. 5. Habermas e a Formação de uma Soberania Edificadora de uma Ordem Positiva de Caráter Punitivo. 6. Princípio Moral e Princípio da Democracia: de como o Positivismo Regula o Âmbito Da Imputabilidade. 7. A Discricionariedade Mediante o Paradigma Liberal-Individualista do Positivismo-Repercussões para um Direito Penal do Inimigo. 8. O Dilema da Aplicação de Respostas Corretas em Matéria de Direito Penal quanto a Imputação do Inimigo-Dworkin e a Superação do Procedimentalismo ao Apontar para uma Política Criminal Principiológica. 9. Conclusão. 10. Referências.

### RESUMO

Este artigo procura estabelecer as linhas gerais de um direito penal erigido numa sociedade de risco, baseado na herança positivista, traduzido num modelo de segurança que diferencia indivíduos de cidadãos, na qualificação de inimigos, importando num prejuízo à afirmação dos direitos fundamentais, nos termos de uma

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela Unisinos/RS. Mestre em Ciência Política pela PUC/SP. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. (proffernando71@uol.com.br)

Constituição dirigente. Os princípios constitucionais na resolução dos chamados “casos difíceis”, podem funcionar como antídoto às influências totalitárias, contribuindo para a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Sociedade de Risco. Direito Penal do Inimigo. Princípios Constitucionais.

### **ABSTRACT**

This article tries establishing the general lines about a criminal law founded in a risk society, based in the positivism heritage, translated by a security model that make difference among individual and citizen, qualifying enemies, being prejudicial to fundamental rights, in a dirigent constitutional terms. The Constitutional principles, resolving that ones called hard cases, can work as a antidote against totalitarist influences, contributing to a permanent Democratic Estate of Law.

### **KEY-WORDS**

Risk Society. Enemies Criminal Law. Constitutional Principles.

## **1 INTRODUÇÃO**

Pode-se dizer que o marco da pós-modernidade na entrada do século XXI tenha sido a queda das torres gêmeas no atentado terrorista ao World Trade Center em Nova York, no ano de 2001. O terrorismo passou a desenhar um novo âmbito de estratégias em matéria penal, muitas vezes em prejuízo de direitos tidos como universais e consagrados em tratados internacionais. As condições de aprisionamento e julgamento por tribunais militares norte-americanos de suspeitos de participação em atos terroristas, em campos de confinamento nas bases de Abu-Graib no Iraque

ou em Guantânamo, em Cuba, são exemplos cabais do tratamento penal dado aos acusados de crimes dessa natureza.

A alegação de supremacia dos interesses da soberania firmada constitucionalmente, como pretexto para o exercício de um direito de defesa voltado a estratégias militares e utilização de aparato bélico para a repressão de condutas tidas como socialmente reprováveis, acaba por fundar uma nova economia punitiva de exclusão de uns em proveito de outros. Desaparece a figura tradicional do delinqüente para o surgimento do inimigo, àquele a quem se deve liquidar ou fazer desaparecer do convívio social.

Interessa saber neste escrito que processos levaram a moderna sociedade atual a estabelecer um novo estatuto punitivo, tomando por base à criminalização de condutas com um novo status do delinqüente. Especialmente em termos de ordem jurídica, o estudo será voltado para a discussão sobre o paradigma liberal-individualista herdado do positivismo jurídico, como elemento justificador de um ativismo judicial voltado para essa forma de criminalização, na busca de soluções a supostos casos difíceis, ao arrepio de princípios constitucionais sustentadores do Estado Democrático de Direito, tais como o princípio da dignidade humana, o da presunção da inocência ou o devido processo legal.

Por fim, será por meios desses mesmos princípios que, seguindo a teoria de Dworkin, poderão ser avistadas soluções alternativas ao emprego desse modelo de criminalização baseado num suposto direito penal do cidadão ou num superestimado modelo de segurança cidadã; pois, ao se apontar as falhas desse sistema punitivo, será possível indicar um caminho legal menos prejudicial à manutenção dos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente assegurados, tendo sempre em vista à defesa veemente dos direitos humanos e das teorias da justiça.

## 2 ALARMA SOCIAL FACE À GLOBALIZAÇÃO E DEFINIÇÃO DE SOCIEDADE DE RISCO – O ADVENTO DO MODELO DE SEGURANÇA CIDADÃ

Para Ana Cepeda, com a globalização predominou a ideologia de mercado e do liberalismo, reduzindo o processo de mundialização vivido nas últimas décadas a uma dimensão meramente econômica<sup>2</sup>. Junto à universalização das tecnologias, com

---

<sup>2</sup> CEPEDA, Ana Isabel Peres. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007, p.29-30.

a globalização da economia e da informação associam-se os riscos derivados da abolição de barreiras nacionais, e das incertezas relativas à economia globalizada, tais como: riscos de degradação ambiental, novas pandemias, crise do mercado de trabalho pela adoção de novas tecnologias substituindo o homem pela máquina, novos abismos sociais entre os que acumulam capital e os excluídos socialmente, como também novas formas de criminalidade organizada.

O debate sobre um direito penal edificado numa sociedade de risco formada com a globalização pode ser dividido, segundo Ripollés, em três grandes blocos: a) uma reflexão sobre a generalização de novos riscos na sociedade moderna derivados do emprego de novas tecnologias (chamados de riscos artificiais); b) dificuldade de responsabilização pelos riscos a pessoas individuais ou coletivas devido à falta de controle sobre os riscos, não ficando claro quem está a produzir o risco; c) um generalizado sentimento de insegurança coletiva frente aos riscos, mediante a cobertura midiática dos sucessos ou perigos do avanço científico ou tecnológico<sup>3</sup>. Para o penalista espanhol, o Estado vale-se de diversos mecanismos para controlar os riscos e amenizar os temores da coletividade, valendo-se, entre outros, da política criminal.

O crime é, portanto, visto na sociedade moderna, como um dos maiores riscos de desagregação social que deve ser combatido. Para isso, intensificam-se pela mídia os medos e o despertar de um alarma social pela suposta evolução da escalada do crime. A globalização como foi dito, com seus processos de expansão e ruptura de barreiras, acaba por moldar não apenas organizações transnacionais da economia, como também organismos transnacionais do crime, tais como: as redes internacionais de narcotraficantes, o tráfico de armas ou a lavagem de dinheiro. Aliado a isso as células terroristas, que se multiplicam principalmente na Europa, na Ásia e na África, sobretudo com o recrudescimento do fundamentalismo islâmico e pela intensidade dos conflitos de palestinos com Israel, associado com o tráfico de armas, contribuem para um sentimento global de profunda insegurança. Na América Latina, grupos como as FARC na Colômbia ou bandos de criminosos organizados em favelas do Rio de Janeiro, no Brasil, como o Comando Vermelho ou o PCC na capital paulista, inundam diariamente as telas da televisão e da mídia impressa com suas ações criminosas e sangrentos conflitos com a polícia, aterrorizando o cidadão médio com uma sensação de constante perigo, como a mercê de uma sociedade de lobos de volta ao estado de natureza, onde prevalecem os reclames de ordem e paz social.

---

<sup>3</sup> RIPOLLÉS, José Luiz Diez. *La política criminal em la encrucijada*. Buenos Aires: Estúdios y debates em Derecho Penal/Euros Editores S.R.L., 2007, p.132-133.

O direito se redefine, e nesse amplo aspecto de redefinição ante suposto anseio social por ordem, surge sua faceta mais dinâmica e repressora, enxertada em normas penais. O direito penal, anteriormente visto como *ultima ratio*, passa a ser a *prima ratio* da política estatal, num populismo punitivo de que, por meio de instrumentos repressivos e pela neutralização do outro será obtida a tão sonhada epifania de paz social. Volta-se à definição do pacto social, como meio de assegurar uma sobrevida à sociedade.

Para Roxin, cabe a distinção entre risco permitido e risco não permitido para o despertar da intervenção normativa de natureza penal<sup>4</sup>. Ora, numa sociedade de risco é natural que as expectativas de comportamento delineadas pelo direito contenham riscos que indiquem a aplicação de normas de caráter penal ou não. Essa será uma das grandes dificuldades quanto ao emprego de estatutos repressivos, e margem para a associação de uma política criminal moderna com a definição dos chamados “inimigos”. Numa sociedade pós-11 de setembro, sob a égide dos “Patriot Acts”, a tendência a apresentar riscos não permitidos pode se apresentar no simples fato de alguém ser definido por lei como destinatário da norma incriminadora, por se encontrar em uma dada posição definida pela norma como suspeita, como, por exemplo, no fato de um indivíduo pertencer a uma etnia ou grupo religioso suspeito e se encontrar em locais sujeitos à fiscalização, tal como no caso dos muçulmanos estrangeiros ao aterrissar em solo norte-americano nos aeroportos, sujeitos às medidas proibitivas de natureza penal, passando por uma identificação criminal, busca de antecedentes, proibição de entrada no país, e até mesmo sujeito à prisão caso sua documentação não esteja em ordem ou ausente.

Risco e imputação objetiva caminham, portanto, juntos, sobretudo dentro do paradigma formalista do positivismo jurídico, que dá margem à discricionariedade e decisionismos. O exemplo do risco não permitido quanto à fiscalização de imigrantes é lapidar. Para Roxin, se a teoria da imputação objetiva decorre do princípio da proteção de bens jurídicos contra ataques humanos proibindo a criação de riscos não permitidos, resta saber que riscos são esses. Numa escalada de insegurança refinada por uma cultura da incerteza e do medo, pilares da edificação de um modelo de estado punitivo, a permissão ou não do risco passa pela definição de que direito está se referindo o sistema punitivo, e se esse direito está vinculado ao reconhecimento da liberdade enquanto bem jurídico tutelável por esse direito. É na criação do pacto social na gênese do Estado moderno que será desenvolvido o direito moderno, e

---

<sup>4</sup> ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.40.

nascerá a contribuição positivista, assim como o universo dos riscos não permitidos será delineado, a partir das condutas daqueles que se portam conforme ou contrariamente a esse pacto.

Segundo Ripollés, diante do alarma dessa sociedade de risco ante a um sentimento de insegurança coletiva, surge um modelo de sistema penal que se propõe a solucionar esse imediatismo de um estado de emergência penal, diante de um suposto avanço descontrolado dos riscos, mediante um modelo de segurança cidadã. Esse modelo, diferentemente do modelo tradicional ressocializador ou do modelo garantista de sistema penal, apresenta-se como alternativa à crise contemporânea dos modelos de intervenção penal mediante a escalada da violência, tendo como principais características motivadoras: a prevalência de um forte sentimento de insegurança coletiva; uma substancialidade dos interesses das vítimas em detrimento do interesse coletivo; uma revalorização do componente aflitivo da pena; um recrudescimento da pena de prisão; uma ausência de receio ante o poder sancionador estatal no sentido de promover a idéia de renúncia das cautelas existentes contra os abusos do poder estatal diante de direitos individuais em prol da persecução do delito; uma implicação da sociedade na luta contra a delinqüência não na perspectiva de inclusão social, mas, ao contrário, na direção de apontar para uma exclusão social pela via da estigmatização como atitude ante a delinqüência<sup>5</sup>. Tal modelo de intervenção penal acaba por comprometer a manutenção de direitos fundamentais, atingindo diretamente o regime de liberdades, atentando para princípios contidos em normas fundamentais de respeito ao direito individual. Desta forma, as garantias processuais de um devido processo legal, a presunção da inocência ou mesmo a dignidade da pessoa humana, são frontalmente atingidos por um modelo que privilegia a supressão das liberdades, em prol de um suposto ideal de segurança necessário, e só obtido mediante um “aperto de cintos”, um “corte na própria carne”, onde os mais atingidos são inicialmente aqueles alijados do tecido social, como elementos marginais e periféricos à celebração do pacto social, que acabam, em tempos globalizados, a integrar outras redes que não as licitamente estabelecidas de organização social, seja em movimentos questionadores da ordem como o MST (Movimento dos Sem-Terra) ou nas zonas urbanas entre os trabalhadores sem-teto, seja no crime organizado sob a forma do narcotráfico ou milícias nas favelas cariocas, assim como nas gangues juvenis da periferia das grandes cidades e nos movimentos de afirmação social e étnica como o hip-hop.

---

<sup>5</sup> RIPOLLÉS, op. cit, p.73-91.

Esse modelo de segurança cidadã privilegia não mais a provocação do dano, a prática efetiva da ofensa a bens jurídicos ou a aplicação imediata da norma punitiva como uma reação a sua violação, mas sim tão e simplesmente a punição da conduta mediante a emergência de um perigo, produzido pelos inimigos do tecido social. A criação de inimigos dentro dos esquemas dos tipos penais passa então a fazer sentido, no momento na dimensão de uma sociedade de risco donde o sentimento de insegurança coletiva vai ao encontro de propostas populistas de resolução de conflitos baseados na intensificação das práticas punitivas, em prol de um restabelecimento da segurança, a custo do sacrifício de liberdades e da redução do espaço de proteção de direitos fundamentais. Assim, esse novo modelo de sistema penal promove uma expansão dos conteúdos de direito penal a áreas outrora fora do espaço de criminalizações previstos para a delinquência clássica. A defesa ideológica desse modelo leva ao surgimento de decisionismos, onde, em função do caráter supostamente aberto de tipos penais o legislador deixa margem a solipsismos, fazendo com que os julgadores se vejam diante de situações onde a noção de perigo, associada aos sentimentos de insegurança coletiva, prepondera acerca da real estimativa dos danos, possivelmente causados por uma dada conduta numa situação fática, com violação ou não de bens jurídicos tutelados por normas penais. A ausência de respostas corretas diante da incerta definição de quem sejam os inimigos acaba por comprometer a estabilidade das decisões judiciais, deixando mesmo toda uma gama de cidadãos a mercê de interpretações, que carentes de racionalidade quanto a uma real aplicação do direito, acabam por resultar em sensíveis prejuízos para o princípio da justiça ou da adequação dos julgados aos fins almejados pelo sistema jurídico nos termos de uma razão prática, orientadora de sentidos.

É necessário, entretanto, definir na gênese do Estado moderno, a partir da definição contratualista de ruptura do estado de natureza e formação do Estado de Direito, que aspectos podem ser encontrados no debate sobre a racionalidade da teoria do direito, à luz da hermenêutica jurídica, que poderão, num primeiro momento, contemplar as raízes de um movimento de criminalização e intensificação punitiva de condutas sob a égide de um novo modelo de intervenção penal classificador de inimigos, desprovidos do status civilizatório de cidadãos, onde, na esteira de práticas solipsistas e diante de decisionismos típicos de um ativismo judicial, possa se abrir um terreno fértil para a proliferação de políticas policiais, em detrimento da afirmação de direitos fundamentais. É necessário sublinhar o quanto à hermenêutica jurídica poderá produzir antecipações de sentido que possam contribuir para melhor conhecer a realidade da tradição das práticas do direito, mediante o compromisso de uma jurisdição constitucional, interessada na superação

do olhar positivista, típico de posturas liberal-individualistas de um excludente modo de produção capitalista; bem como questionando o paradigma representacional do procedimentalismo, ao postergar a influência predominante dos princípios inseridos na tradição constitucional, consagrada pela comunidade jurídica, dentro da história institucional do direito e do surgimento das normas jurídicas.

### 3 A CONCEPÇÃO KANTIANA DE DIREITO E A DEFINIÇÃO DE INIMIGO

Para Kant, o direito implica no reconhecimento normativo de liberdades subjetivas iguais, dotadas de uma permissão para a coerção, no sentido de assegurar essa liberdade. Os homens, portanto, sairiam do estado de natureza edificando uma ordem jurídica assentada numa sociedade que, ao mesmo tempo, que reconhece a liberdade dos indivíduos dentro dessa sociedade, implica também em limitações a essa liberdade, mediante a aplicação de normas que, inclusive, puniriam aqueles que a violassem<sup>6</sup>.

A definição dos alijados do sistema social encontrará, portanto, no contratualismo seu principal referencial normativo. Para Kant, o direito está assentado no reconhecimento normativo da liberdade que retira o homem do estado de natureza, no momento em que essa liberdade institucionaliza-se na forma de direito subjetivo. Esse direito subjetivo, ainda nascido durante o estado de natureza, somente configuraria uma legítima liberdade individual contemplada pelo direito quando fosse protegida pela garantia negativa de não se proibir violações a essa liberdade. Ora, a proibição da violação da liberdade de um implica racionalmente numa sociedade no reconhecimento recíproco de liberdades em que um somente pode tolerar restrições a sua liberdade naquilo que atinge o outro, e vice-versa. Dessa forma, nesse regime de liberdades que fundam direitos subjetivos concede-se também a cada um o direito de usar a força para obrigar o outro a respeitar tais liberdades, assegurando, inclusive, a punição quando estas forem feridas ou o direito que as contempla violado.

Assim como Hobbes, Rousseau e Fichte, Kant considera como saída possível para as dificuldades de integração entre os homens, a extirpação do seio social ou a custódia em segurança daqueles que se recusam a conviver

---

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Coimbra, Atlântida, 1960, p.62-64.

harmoniosamente num estado comunitário de convivência juridicamente reconhecida, distinta do estado de natureza. Na utilização do modelo contratual, toda pessoa está autorizada a obrigar a outra a conviver nos moldes de uma constituição cidadã, pois no pacto os homens estariam ligados por um princípio de moralidade universal derivado da racionalidade das relações humanas, ao sair do estado de natureza. Seria, portanto, pelo trajeto apontado pela razão prática, nos moldes contratualistas, que se chegaria a uma sociedade de condutas justas, tidas conforme o pacto social, ou contrárias a esse pacto, e, conseqüentemente, dignas de punição.

É nesse contexto kantiano que Jakobs irá estabelecer sua definição do inimigo, como o delinqüente não integrado no cálculo de interesses do pacto social. É o indivíduo que permanece de fora da constituição cidadã, estando sujeito à coação estatal pelo fato de não ter se subordinado ao pacto e atentar contra ele. O inimigo considerado em seu aspecto coletivo encontra-se integrado dentro dos segmentos ou classes tidos como perigosos, e para esses, o que interessa no imperativo da norma penal não é o dano que vieram a praticar, mas sim o perigo que apresentam no futuro. Salienta Jakobs:

*“O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos”<sup>7</sup>.*

Assim, o inimigo foge do pacto não coincidindo sua conduta com as expectativas de comportamento firmadas pela vontade geral. Desta forma, assemelha-se a filosofia kantiana com a sociologia weberiana ao se analisar os instrumentos de poder coercitivo exercidos pelo direito enquanto mecanismo de regulação de condutas em sociedade.

#### **4 ENTRE KANT E WEBER – COMO AS EXPECTATIVAS DE COMPORTAMENTO IMPLICAM NUMA DEFINIÇÃO DE INIMIGO**

Se Kant trabalha a perspectiva de que todo comportamento contrário à afirmação de uma comunidade de reconhecimento normativo das liberdades, autoriza o uso da coação para os rebeldes à constituição cidadã, para Habermas, ao

---

<sup>7</sup> JAKOBS, Ghunter. *Direito Penal do Inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.30.

analisar a função social integradora do direito, Weber sistematizará um direito resultante de ordens sociais que tornam reais expectativas normativas de comportamento<sup>8</sup>. O pressuposto dessas ordens sociais é a vontade individual de seus destinatários, que se deixam obrigar voluntariamente. Isto ocorre para Weber, somente se essas ordens sociais forem legítimas. A legitimidade de uma ordem não é suficientemente assegurada pelo consentimento motivado pela adesão a valores ditados pelo costume, mas sim pela convenção ou pelo direito. Por convenção, entendem-se como ordens válidas socialmente, pela existência de uma garantia externa baseada numa geral e perceptível desaprovação social de um comportamento tido como desviante. Já o direito torna uma ordem legítima, quando um comportamento adequa-se a norma pela garantia de seu cumprimento baseada na ameaça de sanções externas ao autor da violação, pelo desvio da conduta socialmente prescrita em um instrumento legal.

Para Weber, portanto, a legitimidade do direito reduz-se à legalidade, visto que a sociologia weberiana vê o poder normativo como forma de dominação<sup>9</sup>. Esta, diferentemente da pura e simples força para assegurar a sujeição daqueles a que se destina, consegue num ambiente de expectativas normativas de comportamento, a adesão de seus destinatários, por motivos fundados no costume, na tradição, na afeição de um súdito pelo carisma de seu líder, ou pelo cálculo racional de vantagens e contemplação de interesses, ao se ater a uma dominação fundada na lei (esta última constituída como modelo típico das modernas sociedades ocidentais).

Com o positivismo jurídico, o direito se torna autônomo em relação a um amplo sistema de expectativas de comportamento, passando a autoridade a se despersonalizar. Não se fala mais em autoridade tradicional do soberano, mas sim em autoridade do legislador e do juiz firmadas em lei. A lei torna-se principal fonte formal do direito, donde se manifesta o poder na dominação legítima do Estado, resultante da obtenção do contrato social. O princípio da soberania surge, nesse momento, durante o Estado liberal, como baluarte condensador da legitimidade do poder estatal e a constituição, em seu sentido formal, torna-se para o legislador tão somente o ápice de uma organização institucional do sistema de leis (juridicidade constitucional fraca), pois a ênfase que é dada é maior à leis que definem o leque de condutas proibidas e permitidas, do que propriamente aos princípios de direito que

<sup>8</sup> HABERMAS, 2003, HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, volume 1, 2.o.Ed. 2003, p.94-97.

<sup>9</sup> CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade*. Campinas: Millenium Editora, 2007, p. 121-125.

constituem o Estado e que regulam sua conduta e a de seu povo entre direitos e deveres fundamentais.

A soberania do Estado consagrada no texto constitucional abarca no ideário positivista um modelo segregador de condutas entre cidadãos e inimigos, desde que se adote um paradigma liberal-individualista. Desta forma, o conceito de proibido passará pela filtragem individualista de condutas que afetem às garantias liberais ou negativas constitucionalmente previstas, tais como a liberdade e a propriedade. São proibidas condutas que atentem contra um modelo de integração social baseado nas trocas e na organização da economia através do mercado. O inimigo é aquele que não se amolda ao ditame constitucional do Estado liberal, seja pelo caminho do crime, na forma da delinqüência tradicional materializada numa ilegalidade quanto aos bens (tal com o furto, o roubo ou o dano), como pela trajetória da subversão, criminalizando-se movimentos questionadores da ordem econômico-social, e, conseqüentemente, de uma ordem jurídica mantenedora do paradigma liberal, tais quais grupos como os Sem-Terra.

Habermas também adotará uma distinção entre aqueles que podem ser considerados cidadãos de um Estado, ou seja, adeptos de um código jurídico repousado na cidadania e na legalidade, valendo-se da teoria do discurso, para interpretar os direitos fundamentais e justificar a existência de uma legitimidade do direito derivada da legalidade, quando afirma:

*“O estabelecimento de um código jurídico exige, por isso, direitos que regulam a participação numa determinada associação de parceiros jurídicos e, deste modo, permite a distinção entre membros e não-membros, cidadãos e estranhos”<sup>10</sup>.*

Ocorre que para esse filósofo alemão, ao substituir a razão prática kantiana pelo princípio do discurso como sujeito da relação jurídica entre a ordem normativa e aquele que a cumpre, haveria de existir, necessariamente, um pressuposto de igualdade no reconhecimento das liberdades que culmina em direitos subjetivos. Isso significa dizer que o princípio do discurso prevê implicitamente um direito de participação reconhecido entre os atores do discurso na afirmação de direitos, em que aquele membro de uma sociedade, visto como cidadão que discorda ou se recusa a se submeter a determinado código jurídico, teria o direito de renunciar à posição de membro e sair dessa sociedade (direito de emigração). O problema a se destacar na

---

<sup>10</sup> HABERMAS, op.cit, p.161.

perspectiva habermasiana é de como funcionariam os expedientes punitivos de uma normatização legal-estatal, supostamente dotada de legitimidade graças à participação popular pelo discurso, quando aqueles que se encontram nesse meio social na qualidade de descumpridores do pacto, sequer obtiveram ainda o status de cidadão, como é o caso da categoria social de excluídos, tão presentes em países de modernidade tardia como os da América Latina ou nas grandes levas de imigrantes ilegais mexicanos nos Estados Unidos, e africanos ou de origem árabe no continente europeu.

Dentro do espectro da legalidade, na consolidação do ideal positivista de mundo de condutas tidas como corretas e àquelas tidas como proibidas, a definição do proibido passará por um imperativo de soberania, assentada numa expectativa normativa de auto-realização ética da coletividade. Habermas ao se propor a reconstruir o sistema de direitos avalia uma possível tensão entre soberania e direitos humanos, ao avaliar as três dimensões do mundo da vida: a conduta pessoal, a tradição cultural e o direito<sup>11</sup>. Nesse sentido, segundo a tradição republicana norte-americana, direitos humanos e soberania seriam vistos como elementos concorrentes e não como complementares. Como isso se daria?

Ora, é notório que a nação norte-americana é um dos berços do modelo liberal-individualista do capitalismo modernizado, e lá a soberania é erigida em torno de princípios garantidores da supremacia das liberdades individuais e dos direitos subjetivos na previsão kantiana de igualdade de liberdades. Porém, os direitos subjetivos que galgariam na esfera punitiva a seara de um direito penal cidadão, somente assim seriam reconhecidos enquanto imanentes a uma concepção de liberdade onde os bens jurídicos teriam direta relação com a acumulação de capital e a produção de riquezas, e os destinatários do direito positivo encontrar-se-iam numa condição de indivíduos aptos, frente aos imperativos econômicos do mercado e aos interesses da livre iniciativa, aos comandos legais, supostamente dotados de legitimidade, pois estes estariam revestidos da autoridade do legislador, empossado face ao princípio democrático. No âmbito do reconhecimento de direitos daqueles que sequer adaptaram-se aos mecanismos de produção e galvanização de papéis sociais na sociedade de mercado, mantém-se a tensão entre soberania e direitos humanos, resultando num movimento de criminalização que acaba por impor todo um caráter punitivo a uma ordem jurídico-legal supostamente dotada de legitimidade, pela ação racional de uma prática comunicativa vivenciada pelos destinatários dessa ordem.

---

<sup>11</sup> Ibid, p.130-133.

## 5 HABERMAS E A FORMAÇÃO DE UMA SOBERANIA EDIFICADORA DE UMA ORDEM POSITIVA DE CARÁTER PUNITIVO

Jurgen Habermas posiciona-se de forma crítica à razão prática ao propor sua substituição pela razão comunicativa, ao conferir a legitimidade dos ordenamentos jurídicos. Para ele, a tensão entre as pretensões de faticidade quanto à vida social e as pretensões de validade das regras de direito encontra sua maior demonstração na erosão do paradigma positivista herdado a partir de Savigny, e fundado na clássica divisão entre direitos subjetivos e objetivos.

Habermas crê, portanto, na teoria do discurso como meio de superação da dificuldade histórica do direito em superar o confronto entre a autonomia individual-privado, de caráter particular, e a autonomia público-coletiva, de caráter político.

Para Habermas, a conduta individual da pessoa natural é orientada por um imperativo moral de auto-realização, de busca da liberdade (consagrada pela concepção kantiana de direito subjetivo), pela idéia de multiplicação das opções de vida. Já a eticidade coletiva orienta-se pela visão de uma comunidade ordenada com base na convivência solidária e não-alienada quanto ao reconhecimento do outro, seduzida por um modelo de sociedade justa, repousada em princípios de justiça exortados por Rawls. As instituições derivadas dessa sociedade deveriam regular as expectativas de comportamento e mediar os conflitos no interior dela a fim de garantir os interesses de todos os seus atores. Habermas diferencia, portanto, um momento moral-cognitivo, defensor da supremacia dos direitos humanos, de natureza individual e um outro momento ético-voluntário, apologista da soberania, de natureza coletivista.

Rousseau entendia que por estabelecer uma igualdade de direitos entre cidadãos, em que todos se comprometeriam entre si em iguais condições, o pacto social se converteria em atos de soberania (atos da vontade geral) que obrigariam igualmente todos os cidadãos<sup>12</sup>. Ora, nesse sentido, todo ato de vontade individual somente será tido como legítimo pelo pacto se for feito em conformidade à vontade geral, ou seja, de acordo com a legislação soberana, expressão da auto-realização ética da comunidade. Vê-se que nesse contexto Rousseau vislumbra uma sociedade formada autenticamente por cidadãos e não por indivíduos, entendido aí o cidadão como aquele estritamente vinculado aos ditames da vontade geral e participante do pacto.

---

<sup>12</sup> Rousseau, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/Editora UNB, 2003, p. 140.

Habermas manifesta, portanto, sua crítica a Rousseau, pois, ao dizer que este exagerou ao enfatizar a auto-realização ética da coletividade, exprimida na figura do cidadão, no lugar de indivíduo, ele não conseguiu obter respostas quanto à mediação sem repressão entre a vontade comum, consagrada pelo direito, e a vontade individual, manifestada no arbítrio de sujeitos singulares<sup>13</sup>. A autonomia privada, ficaria, então, tolhida e à mercê dos ditames coletivos, mediante a aplicação de regras de direito, pois, segundo ele:

*“Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de um povo ou de uma nação, então a autonomia política deve ser entendida como realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade concreta; e a autonomia privada só é protegida contra o poder subjugador da autonomia política através da forma não-discriminadora de leis gerais”<sup>14</sup>.*

A soberania, como ideário da coletividade organizada mediante a emergência do Estado de Direito, firmado inicialmente sob os auspícios do paradigma liberal, conferiria legitimidade a uma ordem jurídico-estatal recém formada, cujos representantes, oriundos do *pactum societatis*, caberiam a tarefa delegada pelo povo soberano de estabelecer a auto-realização da autonomia coletiva, regulando condutas, definindo os destinatários de normas e coibindo ações fundadas na vontade privada que contrariasse o interesse público firmado no pacto, realizador da ética coletiva.

## 6 PRINCÍPIO MORAL E PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA: DE COMO O POSITIVISMO REGULA O ÂMBITO DA IMPUTABILIDADE

Para Habermas, a moral autônoma da autonomia individual e o direito positivo mantém uma relação de complementação<sup>15</sup>. Habermas diverge das concepções contratualistas de considerar como única justificção para as normas jurídicas o entendimento de que elas seriam fruto de um contrato entre os contendores, ou do interesse dos afetados. Divergindo de Weber, Habermas alude

<sup>13</sup> Idem, op. cit., p.137.

<sup>14</sup> Ibid, p.138.

<sup>15</sup> Ibid, p.141.

que não é apenas através do consenso para reconhecimento das liberdades entre os interesses particulares que se erigem as normas de direito, mas da possibilidade de se encontrar um princípio que permita, na multiciência de consensos, encontrar aquele verdadeiramente racional<sup>16</sup>. Este seria encontrado através do discurso. O agir comunicativo propiciaria a adesão dos participantes, mediante amplo debate em busca de um consenso, na formação de discursos de legitimação da norma jurídica, enfim, consolidada nas mãos do legislador.

Na busca de uma moral racional, resta estabelecer a diferença entre o princípio moral e o princípio democrático. Enquanto um é regido por imperativos de uma consciência universalizante, dentro dos parâmetros de auto-realização pessoal, o princípio republicano apenas se atém à institucionalização do consenso, a partir de um auto-entendimento coletivo consciente, obtido mediante a obtenção não apenas de argumentos morais, mas também de argumentos pragmáticos e ético-políticos, típicos daqueles desenvolvidos em um espaço público garantidor de um ambiente democrático, onde age o discurso.

Nas sociedades complexas o direito passa por um distanciamento dos questionamentos morais para questionamentos ético-políticos. O princípio da democracia para Habermas, não estaria no mesmo nível que o princípio moral, porque este último estaria vinculado a uma questão moral de ver a condição humana como referência para um conjunto de decisões que resultariam num sistema de direito em prol do interesse de todos, enquanto que o princípio da democracia estaria associado a um procedimento de normatização do discurso, que institucionalizaria um sistema jurídico dotado de legitimidade no momento em que organizaria o espaço democrático de comunicação. Nesse sentido, no positivismo estatal, uma vez obtida uma ordem jurídica supostamente adquirida por procedimentos democráticos (pela via eleitoral, por exemplo), o conjunto normativo daí resultante seria provido de legitimidade.

Ficaria justificada assim, pelo princípio democrático, deslocado do princípio moral, a adoção de soluções mais severas aos autores de delinquências, no cálculo das imputabilidades, no momento em que uma sociedade alarmada renuncia as suas liberdades em prol de uma ordem jurídica repressiva, porém mantenedora da harmonia social, último interesse dos interessados a participar do jogo democrático. O que interessa para a auto-realização ético-política da autonomia coletiva não é mais imperativos morais que regulariam a relação entre comunicantes que se

---

<sup>16</sup> CADEMARTORI, Sérgio, op.cit., p.157.

conhecem entre si, como no ambiente moral das relações intersubjetivas, mas sim de acordo com regramentos, segundo Habermas, ditados pelo discurso, pelo agir orientado pela regulação da comunicação num ambiente democrático, onde interesses de cunho pragmático e político solapariam interesses meramente morais na formação de normas jurídicas.

Porém, tal argumento torna-se perigoso, uma vez que nem sempre as decisões democráticas correspondem às decisões constitucionais. Cademartori ao citar MacCormick alerta que representantes eleitos democraticamente e pela via constitucional podem ultrapassar os limites dessa representação democrática, atuando ou legislando fora dos limites constitucionais, alegando o democrático apoio popular. Ora, iniciativas inconstitucionais como legislar sobre a pena de morte, a redução da maioria penal, a prisão perpétua ou legitimar o extermínio de criminosos pela polícia através da implementação por lei de uma gratificação por bravura para policiais em caso de conflitos com marginais (chamada jocosamente no Rio de Janeiro de “gratificação faroeste”), apenas transforma uma regra democrática em simples regra da maioria, francamente inconstitucional por violar princípios básicos como a defesa da vida e a dignidade da pessoa humana. O princípio democrático não pode esbarrar no princípio constitucional, sob pena de desmantelamento do Estado de Direito, pois nem sempre a vontade da maioria é vontade constitucional.

Daí repousa na constituição, e não apenas na vontade consentida entre iguais o autêntico pacto social. Nesse sentido, pertinentes são as críticas a Habermas feitas por Lenio Streck quanto às deficiências da teoria do direito habermasiana, aplicada a países de modernidade tardia como o Brasil<sup>17</sup>. Um dos problemas do procedimentalismo habermasiano é a substituição de uma razão prática por uma razão comunicativa na interpretação das normas jurídicas. Como dizer que o papel do legislador é resultante de uma opção democrática dos atores do discurso por meio de um agir comunicativo, e daí a legitimidade conferida às normas provenientes, em última instância, de um espaço público democrático, se os componentes desse espaço não possuem as tão aludidas condições, aludidas por Habermas, de igualdade de participação na formação do discurso? Será que não está se dando uma perigosa margem de discricionariedade ao legislador e ao julgador quanto aos aspectos punitivos da norma, segundo aquela perigosa regra da maioria identificada por McCormick?

---

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e consenso-constituição, hermenêutica e teorias discursivas/da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.123-127.

Álvaro de Souza Cruz, ao defender o pensamento habermasiano alega que o paradigma da linguagem em Habermas forma uma consciência hermenêutica fundada numa crítica à postura filosófica de mera contemplação ante os esquemas de dominação observados na evolução da humanidade, a partir do seu cotidiano. Ao defender uma filosofia pró-ativa através do discurso, Habermas vislumbra que umas das condições de possibilidade da linguagem e sua necessária conexão com o trabalho e o interesse emancipatórios<sup>18</sup>. O discurso só seria discurso efetivamente democrático se fosse discurso livre, emancipado de mecanismos de dominação. Porém, volta-se novamente à crítica a tal pensamento, visto que num primeiro momento, as ponderações habermasianas quanto à construção do discurso, talvez fossem mais apropriadas a países desenvolvidos, como os do continente europeu, onde a tomada de decisões e a formação do espaço público já se encontravam bastante consolidados. De qualquer forma, a construção democrática do espaço comunicativo a partir do discurso não estaria livre das amarras da positivação.

Um dos problemas do positivismo é justamente cristalizar o princípio moral universal da razão prática kantiana numa norma legislada provida do poder soberano, conforme a concepção contratualista de sociedade pensada por Rousseau. A via procedimental como meio de emprego da teoria do discurso ao direito, como quer Habermas, como meio de dar sentido e conferir legitimidade às normas esbarra com a realidade de exclusão dos atores sociais a quem se destina um pretensão agir comunicativo, colocados apenas na condição de indivíduos pelo fato de existirem e não poderem ser ignorados em função disso, mas que não exercem, efetivamente, o status de cidadão. Em tempos de sociedade globalizada, apesar da distribuição da informação, constata-se que na lógica excludente do mercado, muitos ainda não foram convocados ao pacto ou sequer tomaram conhecimento dele.

Navarro identifica as tendências do positivismo jurídico, ao estudar a teoria de Hart e a separação que este faz entre lei e moral<sup>19</sup>. Nesse panorama, o critério de validade das normas jurídicas está assentado em sua legalidade e dedução, ou seja, normas válidas são aquelas promulgadas por uma autoridade competente e que são dedutivamente, derivadas de um sistema composto por outras normas igualmente válidas. Ora, um dos vícios do positivismo é que essas normas tidas como derivadas do sistema jurídico, tais como as leis ordinárias, por vezes não correspondem aos

<sup>18</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.72.

<sup>19</sup> NAVARRO, Pablo. *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*. Doxa. Madri: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n.o.24, 2001 p.141.

princípios constitucionais que dão sentido a todo o ordenamento. Se a legislação para o positivismo jurídico é necessária para a existência do próprio sistema, também não é errôneo dizer que essa legislação pode se revestir de flagrante inconstitucionalidade, quando não se ativer aos ditames de defesa e proteção dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. É o que ocorre, por exemplo, na promulgação de uma legislação punitiva, embalada por uma política criminal francamente repressiva.

## **7 A DISCRICIONARIEDADE MEDIANTE O PARADIGMA LIBERAL-INDIVIDUALISTA DO POSITIVISMO-REPERCUSSÕES PARA UM DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Jakobs aponta que o Direito Penal tende a se polarizar em duas tendências no âmbito da regulamentação de condutas: por um Direito Penal do Cidadão, onde se espera uma exteriorização de conduta que se adeque à expectativa normativa da sociedade, e um Direito Penal do inimigo, ao qual o indivíduo é despidido da qualidade de cidadão face seu rompimento do pacto social, e é combatido previamente antes mesmo do cometimento da conduta, da realização do agir, face sua suposta periculosidade<sup>20</sup>.

Levando em conta a formação do Estado liberal-capitalista, as expectativas normativas se voltam para aqueles comportamentos condizentes com o modelo social voltado para a produção, à acumulação privada de riquezas e a divisão do trabalho de acordo com os parâmetros econômicos de organização do capital e desenvolvimento do mercado. As aflições ao sistema de direitos e ao regime de liberdades erigidas com esse modo de produção tendem a ser reguladas pela coação penal num movimento de criminalização de condutas que leve em conta a distinção entre cidadão e inimigo.

Ripollés assevera que, não obstante o advento do Estado de Direito Constitucional, como alternativa à crise da lei e do modelo liberal de ordem jurídica, a atual sociedade de risco ansiosa por prevenir perigos acaba por se voltar ao velho paradigma positivista, no momento em que se apresenta uma legislação imprecisa, emergencial, nos termos de um intervencionismo estatal ávido por soluções a um suposto sentimento de insegurança coletiva, permitindo a discricionariedade

---

<sup>20</sup> JAKOBS, op.cit., p.37.

administrativa e o protagonismo judicial<sup>21</sup>. É o Judiciário quem dá a última palavra acerca das conseqüências dos riscos em uma sociedade, apesar de não saber necessariamente aonde vão dar esses riscos. Assim, segundo o jurista espanhol, a legislação atual perde por sua falta de racionalidade, enquanto que no âmbito das decisões, as questões penais associadas ao risco e ao sentimento de insegurança coletiva acabam por se perder no casuísmo judicial.

Um princípio moral erigido nos termos de um individualismo, tende a suscitar no legislador e no julgador (mesmo que legitimados pelo princípio democrático) a prática da penalização de condutas simplesmente por não gostar delas, como ocorre no caso do homossexualismo, a exemplo de Roxin, que elencou esses comportamentos sexuais como objeto de punição, em tempos pretéritos no Direito Penal alemão. Isso ocorre, pois, devido à discricionariedade resultante do paradigma individual-formalista herdeiro do positivismo jurídico, o que se acaba por afetar é o conteúdo de legitimidade das decisões jurídicas em matéria penal: seja por confundir legitimidade com legalidade; seja por atribuir ao julgador uma possibilidade de formação de um juízo de aplicação da norma penal, fundado tão somente em seu arbítrio, do que propriamente concebido através de uma pré-compreensão da jurisdição de situações fáticas, mediante a observância de princípios de direito. A discricionariedade facultada pelo legislador nos moldes do positivismo jurídico, em permitir um âmbito de decisão onde somente o julgador pretensamente terá a última palavra, materializa-se, por exemplo, no emprego de definições imprecisas de tipos penais abertos, exemplares desse paradigma normativo, como as expressões “clamor público” ou “periculosidade”, carregadas de solipsismo e pobres de racionalidade. Enfim, nesses casos, no final das contas, competirá ao próprio julgador definir para si próprio o que significam essas expressões na hora de aplicar as normas e decidir supostamente controvertidas questões penais.

É dessa forma que acaba por se erigir um modelo de segurança cidadã, retratado por Ripollés, onde, diante das incertezas da pós-modernidade pela crise dos paradigmas societários dominantes, e face ao alarmismo social típico da cultura de risco, acentua-se o fosso que separa um modelo penal ressocializador de matiz iluminista, mas pautado nos lineamentos traçados por um Estado liberal de Direito, de um modelo penal garantista, que se apresentou como proposta de ser uma síntese dialética das conquistas obtidas em termo de garantias negativas, como a proteção

---

<sup>21</sup> RIPOLLÉS, *Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*. Doxa. Madri: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, p.486.

das liberdades individuais do liberalismo, aliadas aos ganhos de um *Welfare State*, pautado nas garantias positivas de prestações sociais do Estado em melhorar o bem estar daqueles considerados cidadãos, mediante os parâmetros de uma justiça retributiva<sup>22</sup>.

## 8 O DILEMA DA APLICAÇÃO DE RESPOSTAS CORRETAS EM MATÉRIA DE DIREITO PENAL QUANTO A IMPUTAÇÃO DO INIMIGO-DWORKIN E A SUPERAÇÃO DO PROCEDIMENTALISMO AO APONTAR PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL PRINCIPIOLÓGICA

Em primeiro lugar, para Dworkin não existem casos difíceis em um direito visto como integridade<sup>23</sup>. Nessa concepção, compete ao julgador examinar quais regras, princípios e antecedentes relevantes existem no mundo jurídico para apreciar um caso. Não há margem de discricionariedade que permita ao julgador apreciar o caso de maneira solipsista, como que tirando decisões de sua própria cabeça. A criminalização do outro e a fixação de categorias separadas entre cidadãos e inimigos, como mercedores ou não da acolhida ressocializadora da norma penal, permite distinguir decisões sobre casos semelhantes que operam pelo caminho da afirmação de um direito penal do cidadão, onde as penas e medidas de segurança são vistas mais como uma forma de reprimenda, de caráter sócio-educativo, como as penas restritivas de direito, enquanto que soluções judiciais mais severas, implicando no puro e simples confinamento e na supressão de direitos individuais como a progressão de regime prisional, revelam a adoção de uma penalização do inimigo, na flagrante violação de princípios constitucionais.

Ora, frente a um movimento de criminalização, com o emprego da coação para condutas tidas como perigosas e não como efetivamente danosas, a dificuldade do caso desaparece ao se vislumbrar a presença dos princípios constitucionais. Os chamados *hard cases*, onde a aplicação do direito penal do inimigo é presente, podem vir a ocorrer em casos previsíveis como a definição, por exemplo, de crime organizado, a aplicação ou não de mecanismos processuais de caráter punitivo como a prisão temporária e a interceptação telefônica, ou a implantação na execução penal do regime disciplinar diferenciado (RDD).

<sup>22</sup> CADEMARTORI, op cit., p. 211.

<sup>23</sup> Ibid, p.81.

A linha tênue que separa uma intervenção penal nos moldes de um Estado Democrático de Direito sem resvalar em simplório garantismo e a emergência de modelos penais tão somente repressivos e nocivos a direitos fundamentais é um dos dilemas do direito penal em tempos de modernidade tardia. O procedimentalismo parece não dar respostas a essas inquietações, no momento em que o espaço público aberto a um agir comunicativo encontra-se contaminado por um sentimento de medo e insegurança que compromete a participação de supostos participantes habilitados à formação de um discurso emancipador na fundamentação do direito, como quer Habermas. Talvez o recurso a uma teoria constitucional como meio de reconstrução racional do direito pelo julgador seja uma alternativa válida para o emprego de normas penais como instrumento de proteção de bens jurídicos e não como uma *ratio legis* destinada tão somente à exclusão punitiva de classes tidas como perigosas.

Dworkin propõe uma superação dos argumentos positivistas na teoria do direito ao defender a existência de decisões corretas em matéria jurídica, cujo conteúdo esteja legitimado não apenas formalmente por procedimentos previstos em regras revestidas de autoridade, mas sim à luz de princípios jurídicos<sup>24</sup>. Sua concepção da ordem jurídica enquanto integridade prevê uma relação no universo normativo entre regras e princípios.

Antes de se tratar dessa distinção, urge apontar a distinção que Dworkin estabelece entre argumentos políticos e argumentos de princípio, que serão extremamente úteis na resolução de casos que envolvam a aplicação da norma penal como meio de proteção de bens jurídicos. Quando determinadas decisões, levadas por um movimento crescente de penalização, frente aos objetivos políticos de um modelo de segurança cidadã, promovem a restrição de liberdades, trata-se aqui, aparentemente, da subjugação do direito à liberdade como direito abstrato a um direito concreto de proteção da comunidade mediante a busca da meta de segurança coletiva. Ora, se argumentos de política sobrepujarem argumentos de princípio na forma de se legitimar como válidas as normas dos tribunais militares que chancelam as prisões de suspeitos de terrorismo em prisões como Abu-Graib no Iraque ou na base militar norte-americana de Guantánamo, em Cuba, estar-se-á diante de uma verdadeira armadilha solipsista de permitir ao julgador, tão somente em prol de sua responsabilidade política, ater-se tão somente às metas perseguidas por uma coletividade assombrada por um sentimento manifesto e generalizado de medo e insegurança, na prática de seus julgados. Que discursos de fundamentação prévia

---

<sup>24</sup> HABERMAS, Jurgen, op.cit., p.252.

embutidas numa legislação repressiva estariam legitimados por um agir comunicativo, segundo Habermas, se for entendido que o parlamento norte-americano, representando os interesses da coletividade constituída num espaço público de condições ideais de comunicação, conforme o princípio democrático estaria habilitado a confirmar a legalidade de tais prisões?

Se por pensada a política criminal nos termos elaborados por Dworkin, e dentro da concepção de bens jurídicos de Roxin, deve-se levar em conta que para a superação dos decisionismos e afirmação de um comportamento constitucional diante das imprecisões e violações de direitos fundamentais de um modelo penal de segurança cidadã, deve o julgador partir do pressuposto hermenêutico que o histórico institucional do direito é apreendido por uma pré-compreensão do fenômeno jurídico, situada em nível de princípios e de argumentos de política necessariamente subordinados a esses princípios. Se os princípios servem como fundamento para a proteção de bens jurídicos, e estes são vistos como o conteúdo de normas de direitos fundamentais que asseguram liberdades e prestações sociais do Estado, tais liberdades não podem ser violadas pela suposição solipsista levantada por argumentos de política, de uma suposta renúncia de direitos em prol de um objetivo político de preservação da ordem e promessa de maior segurança mediante o expediente de instrumentos repressivos. Em nenhuma nação do mundo comprovou-se que o prejuízo de direitos fundamentais foi justificado para a preservação de uma sociedade supostamente mais segura. Ao contrário, a violação de princípios constitucionais e os atentados aos direitos fundamentais serviram muito mais como um fator de instabilidade, aumentando o fosso que separa a validade das expectativas de comportamento normativamente fixadas com a legitimidade das decisões em matéria jurídica. A formação de um Estado policial munido de políticas normativas punitivas como *prima ratio* para as debilidades do sistema não se coaduna com a afirmação de um Estado Democrático de Direito, facilmente pensado nos termos de uma racional teoria constitucional sobre o ordenamento jurídico. Há de se perguntar se o juiz Hércules criado por Dworkin não se difundiria em demais Hércules encontrados na comunidade jurídica, dispostos a se contrapor aos abusos do positivismo, mediante uma superação hermenêutica e substancialista das teses formalistas e procedimentalistas sobre o ser-no-mundo do direito, enquanto fenômeno que se desvela no texto, que diz algo ao intérprete ao invés do leitor dizer algo sobre o texto, num novo olhar sobre a relação entre texto e norma. A postura desses novos intérpretes se volta para um novo paradigma, proporcionado pelo constitucionalismo, de se compreender o sistema jurídico como um ordenamento necessariamente constitucionalizado, onde a Constituição invade todas as dimensões

dos fenômenos jurídicos no interior do sistema, seja através da legislação, por sua presença na doutrina ou por seus reflexos nas decisões judiciais, assim como nas esferas específicas de todas as relações sociais<sup>25</sup>.

## 9 CONCLUSÃO

Ao se pensar nos termos de uma Constituição dirigente e compromissária, não há de se fazer distinção entre regras e princípios no momento de aplicação das normas jurídicas. Tal postura hermenêutica serve para evitar os abusos da cisão positivista entre fatos e normas ou entre intérprete e texto. Nesse sentido a realidade das regras penais não pode ser vista distante dos princípios relativos à proteção de bens jurídicos aos quais as regras estão relacionadas. A descoberta do princípio que institucionalizou a regra serve para compreender como as superficialidades de regras legitimadoras de práticas punitivas no âmbito de um direito penal do inimigo não prosperam diante da confirmação de validade de estatutos normativos que encerram princípios constitucionais, na qualidade de normas de direitos fundamentais, que impedem violações desses direitos.

Resta para uma teoria principiológica do direito penal, na cruzada anti-decisionista a coibir os abusos do Direito Penal do Inimigo, a utilização de um processo hermenêutico de desvelamento de princípios nas regras jurídicas mediante a pré-compreensão. Portanto, ao serem lidas regras, devem ser lidos os princípios, voltando-se para a concepção de Dworkin de ver o direito como integridade, concebida no interior de uma comunidade de princípios.

O emprego da jurisdição constitucional serve, portanto, ao contrário do que pensam os defensores das teses procedimentalistas, numa usurpação do direito dos participantes na comunidade política na formação de discursos de fundamentação sobre as normas jurídicas. Ao contrário, a intervenção da decisão judicial como freio constitucional aos abusos do modelo penalista, servem para preservar a integridade de um regime de direitos que não pode ser afligido por expedientes políticos de uma suposta política criminal redentora dos perigos de condutas criminalmente apreciadas, como ameaças ao convívio social mediante a proliferação de sentimentos de insegurança coletiva frente aos múltiplos riscos desenvolvidos na sociedade moderna.

---

<sup>25</sup> STRECK, Lenio. *Uma visão hermenêutica do papel da Constituição nos países periféricos*. Política criminal, estado e democracia. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 131.

## 10 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Campinas: Millenium Editora, 2007.

CEPEDA, Ana Isabel Perez. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral-justificação e aplicação**. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia – entre faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, volume 1, 2.o.Ed. 2003.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Coimbra, Atlântida, 1960.

NAVARRO, Pablo E. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. **Doxa**. Madri: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n.o.24, 2001, p. 133 a 163. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/index.htm>.

RIPOLLÉS, José Diez. **La política criminal em la encrucijada**. Buenos Aires: Estúdios y debates em Derecho Penal/Euros Editores S.R.L. 2007.

\_\_\_\_\_. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. **Doxa**. Madri: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n.o. 24, 2001, p.485 a 523.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Sobre o contrato social**. Tradução Sérgio Bath. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/Editora UNB, 2003.

RODRIGUEZ, César. **La decisión judicial-el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Uma visão hermenêutica do papel da constituição em países periféricos. In: CALLEGARI, André Luiz (org.). **Política criminal, estado e democracia-homenagem aos 40 anos do curso de direito e os 10 anos do curso de pós-graduação em direito da Unisinos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso-constituição, hermenêutica e teorias discursivas/da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.