



**FACULDADE DO ESTADO DO MARANHÃO – FACEM**  
**CURSO DE DIREITO**

**Igo Rafael de Sousa Santos**

**O ENFRAQUECIMENTO DO CONTRATO SOCIAL PELOS DIREITOS  
HUMANOS: Parâmetros com leis nacionais**

São Luís - MA

2017

**Igo Rafael de Sousa Santos**

**O ENFRAQUECIMENTO DO CONTRATO SOCIAL PELOS DIREITOS  
HUMANOS: Parâmetros com leis nacionais**

Monografia apresentada a Faculdade do Estado do Maranhão - FACEM, para obtenção da nota do Trabalho de conclusão do curso de direito.

Orientador: Luiz Felipe P. Heilmann

São Luís - MA

2017

Santos, Igo Rafael de Sousa

O enfraquecimento do contrato social pelos direitos humanos: parâmetros com leis nacionais. / Igo Rafael de Sousa Santos. – 2017.

42f.

Monografia (Graduação-Direito) – Faculdade do Estado do Maranhão - FACEM, São Luís, 2017.

Impresso por computador (fotocópia)

Orientação:

1. Direitos humanos. 2. Conflito. 3. Contrato social. I. Título.

CDU:343:342.7

**Igo Rafael de Sousa Santos**

**O ENFRAQUECIMENTO DO CONTRATO SOCIAL PELOS DIREITOS  
HUMANOS: Parâmetros com leis nacionais**

Monografia apresentada a Faculdade do Estado do Maranhão - FACEM, para obtenção da nota do Trabalho de conclusão do curso de direito.

Orientador: Luiz Felipe P. Heilmann

Aprovada em \_\_\_\_\_ / 2017.

Nota \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Luiz Felipe P. Heilmann

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

São Luís - MA

2017

A confecção desta monografia me subtraiu preciosos momentos com a minha família. Espero que o resultado me comprove que valeu a pena. Aproveito este espaço para, publicamente, pedir perdão pela minha inevitável ausência, e anunciar, mais uma vez, meu incondicional amor por vocês, meus queridos pais, Roseno Alves dos Santos e Jaíres de Sousa Santos.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, primeiramente, pois sem Ele jamais estaria aqui.

Ao meu pai, Roseno Alves dos santos, que jamais mediu esforços para que eu conseguisse finalizar esta parte da minha vida.

A minha querida mãe, Jaíres de Sousa Santos, que sempre está ao meu lado, dando-me força, a pessoa que é a base da minha formação.

Aos meus irmãos, Marcelo de Sousa Santos, Willian Leno de Sousa Santos e Paula Liliana de Sousa Santos, pelo apoio e ajuda que me deram.

A minha namorada, Rafaela Thamyres, por está comigo nesta fase tão importante da minha vida e por ter mostrado total compreensão nos principais momentos.

A minha cunhada, Marlana Portilho, pela ajuda na elaboração deste trabalho.

Aos meus irmãos do coração, Dionato Utta e John Herberth, que por sua lealdade e incentivo merecem um espaço aqui.

Aos meus grandes amigos de turma, Felipe Gomes, Paulo André e Raissa Dantas, a estes o agradecimento é diferenciado, pois foram substanciais durante minha vida acadêmica.

Aos funcionários da FACEM, não de forma individualizada, mas a cada um deles.

Ao coordenador do curso, Prof. Luís Felipe, por exercer com maestria sua função em nos transmitir as informações pertinentes.

## **RESUMO**

O combate à criminalidade, sobretudo a organizada e o terrorismo, é o maior desafio do mundo contemporâneo, principalmente devido à força e a forma de atuação dos Direitos Humanos, que não se restringem apenas a aplicação e execução da lei, mas também ao seu processo de formação, o que para a sociedade tem sido um obstáculo para a realização de justiça em certos casos. Pretende-se com este trabalho fazer uma análise crítica no que concerne à atuação dos Direitos Humanos sob a perspectiva do Contrato Social, em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, será feita uma abordagem inicial concisa a respeito de cada um desses institutos e posteriormente dos reflexos entre a repressão penal ao longo da história da civilização, os direitos humanos e o pacto social, até os dias atuais.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direitos Humanos, Conflito, Contrato Social.

## **ABSTRACT**

The fight against crime, especially organized crime and terrorism, is the greatest challenge in the contemporary world, mainly due to the strength and the way Human Rights work, which are not restricted to the application and enforcement of the law, but also to its process which has been an obstacle to the realization of justice in certain cases. This work intends to make a critical analysis regarding the performance of Human Rights under the perspective of the Social Contract in a Democratic State of Law. To do so, a concise initial approach will be made to each of these institutes and then to the reflections between criminal repression throughout the history of civilization, human rights and the social pact, to this day.

**KEYWORDS:** Human Rights, Conflict, Social Contract.

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. O CONTRATO SOCIAL.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Conceito.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 A lei de Talião e o Contrato Social .....</b>	<b>14</b>
<b>3. DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>17</b>
<b>3.1 Conceito.....</b>	<b>17</b>
<b>3.2 Origem .....</b>	<b>17</b>
<b>3.3 Evolução histórica dos direitos humanos como direitos fundamentais</b>	<b>18</b>
<b>3.3.1 A primeira geração de Direitos de Liberdade .....</b>	<b>18</b>
<b>3.3.2 A Segunda Geração de Direitos: Os direitos de Igualdade .....</b>	<b>20</b>
<b>3.3.3 A Terceira Geração de Direitos Humanos .....</b>	<b>21</b>
<b>3.4 Declaração Universal dos Direitos Humanos.....</b>	<b>23</b>
<b>4. DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>25</b>
<b>4.1 Direito penal do inimigo e os direitos humanos .....</b>	<b>26</b>
<b>4.2 Direito penal do inimigo e o contrato social.....</b>	<b>30</b>
<b>4.3 A negatividade do fenômeno excessivo dos direitos humanos sobre a vontade geral e a criação das leis .....</b>	<b>32</b>
<b>4.4 Possibilidade de rescisão do contrato social .....</b>	<b>36</b>
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>39</b>

## **REFERÊNCIAS**

## 1. INTRODUÇÃO

Os contratualistas, Thomas Hobbes, John Locke e Rousseau, defendiam a criação de um contrato social como forma de possibilitar, com a origem das desigualdades trazidas pela propriedade privada e pelo poder daqueles que a detinham, a criação de uma sociedade menos gananciosa e desvirtuada, na medida em que os se caminhassem do estado natural para o estado civil e usufruíssem de uma vivência comunitária, resultando, assim, na formação de um pacto para a proteção de todos em suas particularidades.

No “Contrato Social”, publicado originalmente em 1762, Rousseau, expõe de maneira direta e objetiva este pacto social, propondo uma alteração a partir da elevação crítica da discussão sobre a realidade social. Rousseau dizia que para encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum, a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça senão a si mesmo e permaneça tão livre como anteriormente só seria possível se por meio de uma solução de ordem prática e social, definida como contrato social.

Assim, com a ideia de proteção estabelecida por todos os membros de uma sociedade surge o contrato social, advindo da abdicação da liberdade plena de cada indivíduo e da fuga da incerteza do convívio com os inimigos. O homem então abriu mão do seu estado natural e caminhou para um estado cívico que o amparasse, sendo esta transição a ideia de que a origem do Estado está no contrato social, devendo o indivíduo depositar uma parcela de sua liberdade e autotutela neste ente soberano, para que o mesmo o represente diante da ameaça injusta de outro indivíduo, trazendo também a ideia de igualdade entre eles.

Contemporaneamente, os Direitos Humanos estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou, muito mais que isso, dispõe em sua essência que o bem-estar, a igualdade humana entre os indivíduos e todas as vantagens da sociedade devem ser igualmente repartidas entre todos os seus membros. Sem sombras de dúvidas, os Direitos Humanos foram e são fundamentais dentro de uma sociedade que se diz humanizada, no entanto, nota-se que no Brasil, com leis criadas seguindo a

delimitação e a força dos Direitos Humanos, a sociedade tem sentido a falta de amparo nas suas violações de direitos, amparo este que foi o motivo para a concretização do pacto social e que agora perde sua força.

Os Direitos Humanos, com o intuito de frear os abusos advindos do Estado, condiciona o abuso de um indivíduo contra toda a sociedade e até mesmo contra o próprio Estado soberano, responsável pela intervenção do estado natural do homem sobre o outro.

Somente boas leis podem impedir tais abusos. Contudo, no momento de legislar, o homem tem deixado de lado o cuidado de regular os negócios jurídicos mais importantes, na medida em que os Direitos Humanos tem causado uma impressão negativa e tende a enfraquecer a proteção trazida pelo contrato social, o que tem ocasionado uma grande taxa de linchamentos nas ultimas décadas (Martins, 2015; Barroso), uma vez que o objetivo de conter o abuso do Estado soberano, criado pela parcela de liberdade de cada um, é agora um dos principais fenômenos que traz de volta antigos males à sociedade.

Analisemos a história ou observemos os dias atuais, veremos que as leis, que deveriam ser compromissos feitos livremente entre homens livres, não são, pelo menos na maioria das vezes, nada mais do que um instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha tomado o devido cuidado ao dirigir todas as ações da sociedade com este único fim, qual seja, todo o bem-estar possível para a maioria.

Por fim, é importante ressaltar que o presente trabalho será realizado tendo por base a criminalidade organizada, o terrorismo, os delitos sexuais, os crimes econômicos e outras infrações penais, que, por causarem grande repugnância e real abalo na sociedade, serão o objeto de estudo perante a égide dos direitos humanos e as consequências no contrato social, eliminando assim, qualquer ligação com o jargão de que “bandido bom é bandido morto” sobre fatos criminosos de pequenos reflexos.

## 2. O CONTRATO SOCIAL

### 2.1 Conceito

Para encontrarmos o conceito do contrato social, devemos buscar fundamentos nas maiores teorias sobre o tema, assim, os três teóricos que iremos abordar são os chamados “contratualistas”, isto é, acreditavam que se os indivíduos vivessem em seu estado de natureza haveria uma sociedade sem poder e sem organização. Para isso não ocorrer era necessário estabelecer um “contrato” entre os seres humanos em que são estabelecidas regras para o convívio social.

O pioneiro a criar uma teoria de acordo com esses princípios foi Thomas Hobbes. A chave para entender o pensamento de Hobbes está na teoria do “estado de natureza” que os seres humanos viveriam em estado eterno de guerra de todos contra todos. Por conta disso, que Hobbes acreditava que o “homem é lobo do homem”. (HOBBES, Leviatã, publicado originalmente em 1651) Para esse estado de guerra eterna acabar era necessário, através de um contrato, os habitantes elegerem um soberano que deteria poderes supremos e inquestionáveis e Ele não possui nenhuma outra obrigação a não ser impedir o estado de guerra de todos contra todos.

O governante precisa se basear no medo que é o princípio de governabilidade. Hobbes também não diz que a propriedade privada é um direito natural por isso, é considerado um autor maldito.

Já Locke, contesta as ideias de Hobbes e faz apologia a Revolução de 1688, usa como principal base de sua teoria o estado de natureza “todos nascem iguais, diante da natureza”. (LOCKE, 2002, p. 48) Entretanto existe um estado de licença, que é regido por uma lei natural que obriga cada um a cumprir seu papel na sociedade. As leis e os acordos devem ser feitos sem o uso da força, ao contrário do estado de guerra de Hobbes, que é um estado de ódio e de destruição. Essa é diferença mais marcante entre os dois. O poder é limitado por leis e pelo consentimento dos homens. Poder legislativo (Parlamentarismo).

Rousseau acredita na vontade geral, o direito natural do homem é a liberdade, acredita em uma democracia, onde a vontade geral deve ser colocada em prática:

Encontrar uma forma de associação que defende e proteja de toda a força comum à pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social. (ROUSSEAU, 2015, p. 15)

Ao contrário de Hobbes, que vê como necessário a presença de um tirano para organizar a sociedade. Para ele o homem nasce bom, mas a desigualdade e a escravidão, gerada pela sociedade o tira do estado de natureza e o coloca no estado de guerra. Qualquer tipo de escravidão é uma injustiça, ao contrário de Locke, que defendia a escravidão de inimigos.

Assim, com a ideia de proteção estabelecida por todos os membros de uma sociedade surge o contrato social, advindo da abdicação da liberdade plena de cada indivíduo e da fuga da incerteza do convívio com os inimigos. O homem então abriu mão do seu estado natural e caminhou para um estado cívico que o amparasse, sendo esta transição a ideia de que a origem do Estado está no contrato social, devendo o indivíduo depositar uma parcela de sua liberdade e autotutela neste ente soberano, para que o mesmo o represente diante da ameaça injusta de outro indivíduo, trazendo também a ideia de igualdade entre eles.

O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para que não haja engano em suas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, limitada pelas forças do indivíduo, da liberdade civil que é limitada pela liberdade geral, e a posse, que não é senão o efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode ser baseada num título positivo. (ROUSSEAU, 2015, p. 19)

É a partir deste diagnóstico que Rousseau procura estabelecer os novos fundamentos sobre os quais precisa se instituir a verdadeira sociedade política, que deve nascer como a negação das desigualdades, responsável pelos problemas da vida social, e ser construída sobre os princípios da Igualdade e da Liberdade.

Para tanto, propõe o estabelecimento de um novo “Contrato Social”, que represente uma forma de associação para defender e proteger a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto

antes. Para Rousseau, esse é o problema fundamental “cuja solução o contrato social oferece”. (ROUSSEAU, 2015, p. 38).

O Pacto Social proposto por Rousseau supõe a união entre iguais e não resulta da submissão. Cada um renuncia a seus próprios interesses em favor da coletividade. O poder assim constituído é um poder soberano, expressão da vontade geral e do interesse comum que une e dá existência a uma comunidade política.

Esta vontade do coletivo é fixada através de leis fundamentais que o povo, enquanto corpo soberano institui. Portanto, o poder resultante do Contrato Social é um poder absoluto porque não é subordinado a nenhum outro; é um poder inalienável porque a soberania é o exercício da vontade geral e a vontade não se transfere; é um poder indivisível porque, enquanto representante de um corpo social, só pode agir como ato deste corpo no seu conjunto. Desde o momento em que essa multidão se encontra assim reunida em um corpo, não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, nem, ainda menos, ofender o corpo sem que os membros se ressentam.

## **2.2 A lei de Talião e o Contrato Social**

Na era das tribos e gens, bárbaras ou germânicas, dos primitivos homens das cavernas, a lei era do mais forte, não havia a justiça, era a lei da sobrevivência. Com o surgimento da escrita aparece a primeira lei conhecida “O Código de Hamurabi”, um conjunto de leis criadas na Mesopotâmia, por volta do século XVIII a.C, pelo rei Hamurabi da primeira dinastia babilônica, o código era baseado na lei de talião, “olho por olho, dente por dente”

Já o direito romano foi a base para o direito canônico, onde foram criados os Tribunais da Inquisição a fim de garantir a supremacia e o poder da Igreja Romana, que teve papel fundamental – indiscutível – para o desenvolvimento do processo judicial, da jurisdição e do direito em geral. Nos dias atuais a população vem reutilizando alternativas da Lei de Talião quando o Estado falha no seu dever de propiciar a segurança.

São cotidianas, quase diárias, as notícias dos telejornais de todo o país que noticiam uma avalanche de crimes, que fazem as vítimas e/ou parentes, desesperadamente suplicarem: “eu quero justiça”! A dor é ainda maior, porque no

momento mesmo da súplica, eles tem a triste certeza de que não será atendida, esta triste certeza leva a sociedade vítima a se tornar autora de atrocidades quando com as próprias mãos busca pela justiça, passando de vítimas a autores de fatos inexplicáveis em uma sociedade civilizada.

Se a célebre Lei de Talião nos aparece atualmente como uma fórmula cruel e bárbara, que descreve melhor a vingança do que a necessidade de se punir com justiça, é preciso, no entanto, que atentemos ao fato de que esta máxima é também baseada numa relação de equilíbrio entre o crime e a punição. É necessário o cidadão, vítima, de seu modo cobrar “daquele” que o Estado não cobrou? Qual a exata medida entre a negação e o restabelecimento da justiça? Não seria uma igualdade específica e/ou uma igualdade de valor entre o cidadão e o autor?

Dos questionamentos acima exposto surgem vários prejuízos sociais, além do dano econômico, resultam em consequências de ordem imaterial, dor, revolta e desesperança em um Estado Social aceitável, a insegurança acarreta o medo e, com ele, a descrença nas instituições. Diante disto a população busca alternativas na falha do Estado no seu dever de dar segurança, sentem falta de respostas imediatas. Quando um cidadão é assaltado em um ponto de ônibus, não busca mais fazer um boletim de ocorrência porque não acredita que o crime será investigado, acha que vai ser mal atendido e perder tempo.

Nosso país enfrenta grave crise, cuja origem está na falta de educação e de valores éticos. Para o Ministro Marco Aurélio a sociedade “fazer justiça com as próprias mãos inviabiliza a vida em sociedade e transforma-nos todos em reféns uns dos outros”. (AURÉLIO, 2014)

No século XVI, o filósofo inglês Thomas Hobbes, em seu livro Leviatã, pontuou que o estado natural do homem é a guerra, em virtude de desejarem as mesmas coisas, só podendo se adquirir a paz, mediante um Contrato Social, onde renunciariam suas liberdades ao Estado, passando a ser este o responsável pela aplicação da justiça. Como o Estado tem fracassado na sua missão, o estado natural do homem ressurge e o que se vê é uma violência espalhada por toda a sociedade. O descrédito com o “Sistema” no Brasil, Justiça e Segurança Pública, trás como consequência o aumento no número dos justiceiros. Pois se o Estado não me

oferece justiça a farei com as próprias mãos, é o que toma assento no inconsciente coletivo das pessoas vitimadas pela violência generalizada.

Nota-se que no Brasil, com leis criadas seguindo a delimitação e a força de modo exagerado dos Direitos Humanos, a sociedade tem sentido a falta de amparo nas suas violações de direitos, amparo este que foi o motivo para a concretização do pacto social e que agora perde sua força, abrindo espaço para a antiga lei de Talião.

De acordo com TYLER, os sentimentos das pessoas sobre justiça constituem uma base importante para suas reações, uma vez que seus pensamentos e comportamentos são afetados pelos julgamentos que fazem sobre a justiça/injustiça. Ampliando um pouco mais as considerações desses autores, acredita-se que o Sentimento de Injustiça pode afetar a forma como os indivíduos constroem as concepções acerca dos Direitos Humanos.

### **3. DIREITOS HUMANOS**

#### **3.1 Conceito**

Os direitos humanos consistem em direitos naturais garantidos a todo e qualquer indivíduo, e que devem ser universais, isto é, se estender a pessoas de todos os povos e nações, independentemente de sua classe social, etnia, gênero, nacionalidade ou posicionamento político.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), os direitos humanos são garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana. São exemplos de direitos humanos o direito à vida, direito à integridade física, direito à dignidade, entre outros.

Quando os direitos humanos são firmados em determinado ordenamento jurídico, como nas Constituições, eles passam a ser chamados de direitos fundamentais.

#### **3.2 Origem**

Os direitos humanos são garantias históricas, que mudam através do tempo, adaptando-se às necessidades específicas de cada momento. Por isso, ainda que a forma com que atualmente conhecemos os direitos humanos tenha surgido com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, antes disso, princípios de garantia de proteção aos direitos básicos do indivíduo já apareciam em algumas situações ao longo da história.

A primeira forma de declaração dos direitos humanos na história é atribuída ao Cilindro de Ciro, uma peça de argila contendo os princípios de Ciro, rei da antiga Pérsia que ao conquistar a cidade da Babilônia, em 539 a.C. libertou todos os escravos da cidade, declarou que as pessoas poderiam escolher a sua própria religião e estabeleceu a igualdade racial.

A ideia de direitos humanos espalhou-se rapidamente para outros lugares. Com o tempo, surgiram outros importantes documentos de afirmação dos direitos individuais, como a Petição de Direito, um documento elaborado pelo Parlamento Inglês em 1628 e posteriormente enviado a Carlos I como uma

declaração de liberdades civis. A Petição baseou-se em cartas e estatutos anteriores e tinha como principal objetivo limitar decisões do monarca sem autorização do Parlamento.

Já em 1776, foi deflagrado o processo de independência dos Estados Unidos, contexto em que foi publicada uma declaração que acentuava os direitos individuais (direito à vida, à liberdade e à busca pela felicidade) e o direito de revolução. Essas ideias não só foram amplamente apoiadas pelos cidadãos estadunidenses, como influenciaram outros fenômenos similares no mundo, em particular a Revolução Francesa, em 1789.

Os marcantes acontecimentos da Revolução Francesa resultaram na elaboração de um histórico documento chamado Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nele, foi garantido, sobretudo que todos os cidadãos franceses deveriam ter direito à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. Esses documentos são considerados importantes precursores escritos para muitos dos documentos de direitos humanos atuais, entre eles a Declaração Universal de 1948.

### **3.3 Evolução histórica dos direitos humanos como direitos fundamentais**

#### **3.3.1 A primeira geração de Direitos de Liberdade**

Com exceção do aporte islâmico, não se verifica nenhuma mudança importante nas condições sócio históricas da Europa até o início da Idade Média. Nesse cenário se dará o fenômeno das grandes declarações de direitos e sua incorporação na ordem jurídica. Até a Declaração de Virgínia pode ser incluída nesse contexto, pois daí extrai sua inspiração.

Essas grandes declarações foram precedidas de um prolongado processo de tomada de consciência que acompanhou as mudanças históricas que transformaram, paulatinamente, a Europa, desde os séc. XII e XIII. Na medida em que a rígida sociedade europeia cedia espaço a uma classe social incipiente, a burguesia foi adquirindo noção dos direitos que necessitava, tanto para desenvolver suas empresas, como para expressar suas ideias e participar do poder. A férrea autoridade dos nobres e monarcas é posta em questão: se exige uma nova

sociedade que admita a prática de ideias concebida por uma classe social emergente à luz das mudanças socioeconômicas que se estavam produzindo.

Os renascentistas italianos se valeram da tradição grega para situar outra vez do homem como medida de todas as coisas. O Islamismo expressará, mais tarde, em teoria, o que os revolucionários do fim do século XVIII conquistarão na prática. Os ilustrados explicitam o conceito de Direitos Humanos, e colocam a ideia de dignidade humana no centro de uma eclosão de ideias impulsionadas pela fé na razão, uma força tão infalível como a força da gravidade.

Oposto frontalmente com o conceito de monarquia, de direito divino, os ilustrados retomam Locke e explicam a passagem de “um estado natural” para uma sociedade política baseada na delegação e divisão de poderes. (LOCKE, 2002, p. 48)

Um século depois da Habeas Corpus Act, de 1679, e da Declaração de Direitos, de 1689, resultado da Revolução Gloriosa, da Inglaterra, as grandes declarações de Virgínia (1779) e a francesa (1789) se convertem em nova arrancada para esta grande etapa de evolução histórica dos Direitos Humanos: Os Direitos Civis e os Direitos Políticos são incorporados à ordem jurídica.

Eliminam-se privilégios de sangue, consagrando-se a igualdade de todos os homens perante a lei e os direitos naturais e imprescritíveis do homem são proclamados: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão; se garante a liberdade de pensamento e opinião, se estabelece a divisão de poderes, impõe-se garantias perante os que aplicam as leis. A liberdade não tem outros limites a não ser o que é permitido pela lei.

Conferem-se aos homens a faculdade de exercer, por si e pelos seus representantes, a capacidade de representação política. O poder político tem a função de controle, e se abstém de intervir salvo quando as leis são transgredidas.

A burguesia, como classe social dominante, consagrhou assim a nova ordem e seu pensamento, resultado de circunstâncias históricas concretas, transcendeu os limites sócio históricos originais. O conceito atual de Estado de Direito se sustenta nos princípios e garantias que emergiram dos processos revolucionários norte-americanos e franceses.

Sem dúvida, enquanto conquista derivada das aspirações de uma classe social determinada, os Direitos Civis e Políticos são uma etapa fundamental na evolução conceitual dos Direitos Humanos, mas não à última. Na medida em que a sociedade se transforma, produz-se também uma nova definição de aspirações, um novo estado de consciência que leva a novas exigências a fim de fazer as necessidades básicas do homem. Os Direitos Humanos são um fato dinâmico, e a Segunda geração de Direitos é uma boa prova disso.

### **3.3.2 A Segunda Geração de Direitos: Os direitos de Igualdade**

As condições históricas que promoveram uma nova etapa no estado de consciência sobre as necessidades básicas do homem foram dadas pela Revolução Industrial. As transformações sociais e econômicas que provocou tiveram seu efeito mais dramático na conformação de uma classe social de operários assalariados, submetida a desumanas condições de exploração.

A nova ordem, imposta pela burguesia, enfrenta, então, a crítica dos pensadores socialistas, que reclamam uma radical transformação das condições materiais de existência do proletariado.

As condições de vida das massas sociais agrupadas em torno dos centros mineiros e fabris inspira uma ordem de coisas que garantisse condições de vida dignas. Mas essa dignidade não era o que outorgava o Estado liberal ao cidadão: isto se refere especificamente à procura de melhores condições de vida, de trabalho de bem estar social.

Esta Segunda geração de direitos, econômicos, sociais e culturais, é reclamada desde as reuniões da Internacional Socialista e os congressos sindicais que se dão durante o século XIX. As primeiras incorporações desses direitos à ordem jurídica de um Estado correspondem ao século XX: são incluídos na Constituição Mexicana, de 1917; na Russa, de 1918 e na da República de Weimar, de 1919. No Uruguai, são incorporados na Constituição de 1934.

Os direitos dessa Segunda geração estão contidos no “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, firmado pela ONU em 1966.

O direito de trabalhar, à remuneração que assegure condições de existência digna, a sindicalizar-se, ao descanso, à segurança social encabeçaram os artigos do Pacto. Recomenda-se a proteção e assistência à família, à mãe, às crianças, assim como se reconhece os direitos à saúde e à educação. Para o exercício deste último direito, reconhece-se a necessidade de que o ensino primário seja gratuito, e o ensino médio “generalizado e acessível a todos”, além de outras recomendações sobre o ensino superior e a educação fundamental para os que não possuem o ensino primário. A eles se agregam ainda outros direitos culturais.

Em outro artigo se reconhece “o direito fundamental da pessoa estar protegida contra a fome” e, talvez nenhum como este, nos ponha à frente da realidade de um grande mundo que gasta em armamentos, cada 15 dias, o que se necessita para alimentar e prover de água, saúde e habitação, a cada pessoa do planeta, onde 1 (um) bilhão de pessoas sofrem de fome crônica.

Este contraste entre o que se proclama e o que é realidade originou, nestes últimos decênios de nosso século, uma nova etapa no conceito de Direitos Humanos, denunciando a dicotomia que divide o mundo entre países ricos e países pobres.

### **3.3.3 A Terceira Geração de Direitos Humanos:**

Em 1945, passado o horror da 2º Guerra Mundial, 51 países assinam a Carta Fundadora das Nações Unidas, em que se proclama “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana”. Nos fins do ano de 1948, em Paris, as Nações Unidas proclamam a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O Brasil se entre os 48 países que subscreveram a Declaração, refletindo as profundas divergências que dividiam, agora, os que pouco tempo antes eram aliados.

Assim, as duas primeiras gerações de Direitos Humanos recebem um reconhecimento oficial por parte dos países signatários da Declaração. Por uma série de pactos procuram incorporar às suas normas jurídicas, os direitos proclamados na Declaração de 1948.

Através de trabalhosa elaboração de textos, em 1966 se aprova dois pactos: o de Direitos Civis e Políticos, e o de Direitos Econômicos, Sociais e

Culturais. Apesar de que, até 1980, somente 65 países haviam ratificado os Pactos (64 o primeiro e 65 o segundo), se deu um enorme passo adiante. A divisão em dois pactos traduz bem as profundas divergências quanto à filosofia que sustenta as posições dos dois blocos nos quais o mundo se polarizou depois da guerra.

Sem dúvida, essa divisão não pode ser aceita, porquanto os Direitos Humanos constituem um todo indivisível, assim como o homem, e contradiz o que é sustentado pelas próprias Nações Unidas no Documento A/2929, cap. II, de 1º de julho de 1955:

Todos os direitos devem ser desenvolvidos e protegidos. Na ausência de direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos correm o perigo de serem puramente nominais; na ausência dos direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais não poderiam ser garantidos por muito tempo. (Documento A/2929, 1955, cap. II)

A única diferença aceitável não está na hierarquia de ambas as gerações de direitos, senão em seu caráter, pois, como se assinalou, os direitos civis e políticos são garantias do indivíduo “frente” ao Estado, o qual assume o papel de protetor e mantenedor da vigência desses direitos; por outro lado, os direitos sociais, econômicos e culturais, exigem do Estado uma intervenção, uma política concreta para dispor de meios que tornem efetivos esses direitos.

A breve história dos povos que conquistaram sua independência foi suficiente para demonstrar que a autodeterminação era em grande parte, fictícia. Viu-se que quando as nações carecem dos meios para satisfazer as necessidades mínimas de seu povo, as declarações de Direitos Humanos perdem sentido.

Ao direito de livre determinação se opõe a crescente desigualdade nos acordos de intercâmbio, sempre desfavorável para os países produtores de matérias primas. Este predomínio econômico, iniciado na etapa colonial, é seguido pelo domínio dos meios de comunicação e de informação.

A negação do direito dos povos só se pode explicar a partir da ótica das nações que detêm o poder econômico e político internacional. O mundo atual se caracteriza pela estreita-relação entre as nações. Sob a ameaça de destruição nuclear e ante a prodigalidade da corrida armamentista e ante a elevada dívida externa dos países do Terceiro Mundo, se eleva a voz dos povos reclamando uma

nova ordem internacional. E este é um feito tão expressivo de um salto até à esperança de um mundo mais justo e solidário, como foram os ideais dos ilustrados ou como o foi o clamor dos que proclamaram a igualdade social.

### **3.4 Declaração Universal dos Direitos Humanos**

A criação desse documento foi uma resposta às crueldades realizadas durante a Segunda Guerra Mundial. Milhares de pessoas inocentes morreram. Na assinatura da DUDH, diversos países se comprometeram a realizar um esforço para eliminar todas as formas que desrespeitam esses direitos.

O princípio básico da Declaração está escrito logo no início: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Baseada neste princípio, o documento proíbe a escravidão, a tortura e todas as formas de discriminação e violência.

Desde sua adoção até hoje, a DUDH foi traduzida em mais de 360 idiomas – o documento mais traduzido do mundo – e inspirou as constituições de muitos países. A DUDH, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Uma série de tratados internacionais de direitos humanos e outros instrumentos adotados desde 1945 expandiram o corpo do direito internacional dos direitos humanos. Eles incluem a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), entre outras.

Foi diante do cenário de enorme destruição e das memórias recentes das atrocidades da Segunda Guerra Mundial que o documento que estabelece os fundamentos dos direitos humanos universais foi criado.

O longo período de guerra generalizada instituiu a insegurança e banalizou a morte, o sofrimento e a vida diante das mais de 50 milhões de vidas tomadas entre batalhas e bombardeios às cidades. A guerra tomou uma nova direção, e o campo de batalha estava em todo lugar. A残酷 testemunhada nesse período serviu para sensibilizar as nações diante do sofrimento humano. A criação da Organização das Nações Unidas teve o propósito de evitar que as atrocidades testemunhadas durante a guerra jamais voltassem a ocorrer.

Um comitê formado por oito países foi instituído em 1947 com o objetivo de discutir um esboço inicial do documento. O comitê era presidido por Eleanor Roosevelt – viúva do ex-presidente Franklin D. Roosevelt e grande defensora dos direitos humanos – e tinha participação do francês René Cassin, que foi responsável pelo primeiro rascunho da declaração, John Peters Humphrey, principal responsável pela redação do documento, e outras autoridades de diversos países.

O primeiro rascunho da Declaração dos Direitos Humanos foi apresentado em 1948 e redigido com o esforço de mais de 50 países. Após dois anos, o documento final foi terminado e entregue à comunidade internacional.

Hoje a declaração dos direitos humanos é sem dúvida um dos documentos mais importantes que possuímos. No entanto, surgem discussões acerca da legitimidade de organizações que defendem e monitoram o cumprimento dessas leis fundamentais que estão em voga em nossa sociedade e de como esses direitos estão sendo protegidos. Quais seriam os efeitos em nosso cotidiano se deixássemos de contar com os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e qual o resultado do excesso da proteção de tais direitos?

#### 4. DIREITO PENAL DO INIMIGO

A conjectura do Direito Penal do Inimigo estabelece como inimigo do Estado, o sujeito que, por seu comportamento ser tão lesivo a sociedade, assume uma posição distinta da ocupada pelo indivíduo no ordenamento jurídico, na repressão pela transgressão da norma.

E quem são os inimigos do Estado? Pois bem, resumidamente, os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais, que, por causarem grande repugnância para sociedade, lesando bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal de forma extremamente grave, devem ser considerados perigosos.

O inimigo é aquele que “se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel a norma” (GOMES, 2010, p.22). Esse indivíduo, por não apresentar segurança cognitiva suficiente de comportamento social dentro da normalidade, tem sua concepção de pessoa afastada, assim, o Estado não deve tratá-lo como pessoa (cidadão), já que de forma contrária, vulneraria o direito à segurança dos demais.

Sobre a definição do Inimigo na teoria do DPI, Sánchez disserta que:

O Inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente mediante sua vinculação a uma organização abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. (SÁNCHEZ, 2002, p. 149)

O inimigo não é sujeito de direitos, é objeto de coação. Precisa ser punido para não provocar danos futuros, ou seja, o direito penal do inimigo visa a condutas futuras. Deve-se buscar a eliminação do perigo. A punibilidade avança para a incriminação dos atos preparatórios. É punido, desse modo, pela sua periculosidade, não pela culpabilidade.

O DPI é constituído por três pilares: I) antecipação da punição do inimigo; II) desproporcionalidade das penas e supressão ou relativização de direitos e garantias fundamentais; III) criação de leis severas para o inimigo.

O conceito de Direito Penal do Inimigo só pode ser considerado como instrumento para mostrar o não Direito Penal que está presente na legislação positiva. Ele é um direito de exceção, ou melhor, são pessoas cujo modo de pensar ou proceder não é comum. É um direito de necessidade do Estado de Direito. Só é possível decidi-lo como Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito; em um Estado de não-Direito, ele não organiza uma unicidade por ver inimigos em toda parte.

Um claro exemplo dessa doutrina no Brasil é a Lei nº 10.792, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2003, alterou a Lei de Execuções Penais brasileiras (Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984) e introduziu o chamado Regime Disciplinar Diferenciado. Essa lei produziu uma grande reação doutrinária contrária em razão das importantes violações a garantias fundamentais, em especial à humanidade da execução de pena e o princípio de igualdade, deve-se punir quem cometeu o ato criminoso não pelo fato praticado, regra do ordenamento jurídico brasileiro, mas pela periculosidade do autor como característica notável do Direito Penal do Inimigo.

O artigo 52 da Lei de Execuções Penais, depois das mudanças, fixa o isolamento do apenado que faz o delito doloso ou falta grave, por até 360 dias, como capacidade de se repetir com um prazo igual a um sexto do prazo estabelecido inicialmente. Além disso, determinam-se restrições quanto à capacidade de receber visitas.

Todo indivíduo, sem qualquer tipo de distinção, possui todas as garantias e todos os direitos que lhes são conferidos pelo Estado Democrático de Direito, dentre eles, um principal: a dignidade da pessoa humana. Sem a liberdade não há igualdade, e por sua vez, não existirá efetiva liberdade. Os direitos humanos garantem a total liberdade, igualdade e dignidade.

#### **4.1 Direito penal do inimigo e os direitos humanos**

Na obra *Direito e Liberdade: Contrapontos entre Poder, Não Poder e Dever de autoria de Eduardo Bittar* menciona que a lei é o parâmetro da conduta do cidadão e que “A limitação da liberdade pode ser condicionada por ela”. (BITTAR, 2000)

Estabelece o art.5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988:

“art.5°(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

“Em outras palavras, tão somente a lei poderá obrigar a execução de um dever, ou impedir a execução de um determinado ato. Os limites da liberdade do ser humano são necessários, pois ele é capaz de praticar de ato mais sublime ao mais bestial. A grande contribuição trazida pelo conceito de Estado de Direito é que essas limitações só poderão ser realizadas pela lei. Assim o ser humano não está sujeito ao poder desmesurado de outro ser”. (BITTAR, 2000)

Sendo contrário aos Direitos Humanos, visto que para eles é garantida a completa liberdade, igualdade e dignidade do indivíduo, já para o Direito Penal do Inimigo há uma limitação da liberdade, como menciona Eduardo Bittar, acrescenta ainda que esses limites da liberdade são essenciais, pois este tipo de indivíduo é capaz de praticar ato mais sublime ao mais bestial, prevendo isso que o Direito Penal do Inimigo altera lei para poder punir quem cometer o ato criminoso não pelo fato praticado, regra do ordenamento jurídico brasileiro, mas pela periculosidade do autor sendo característica notável do Direito Penal do Inimigo, pois somente a lei poderá obrigar a execução de um dever ou impedir a execução de determinado ato como menciona Eduardo Bittar em Direito e Liberdade.

As pessoas e instituições precisam de uma base com cognição para prover determinações socialmente reais. Inventar um ordenamento ideal é uma coisa, mas estabelecer um ordenamento concreto, de forma que ele se preste a orientação do cotidiano, é algo bem diferente. Uma razão bem real é a explicação de a noite pessoas trancar as portas de suas casas.

Os direitos fundamentais são normas totalmente ligadas à dignidade humana, dando limite ao poder, é o que garante a Constituição. Existem valores importantes que ainda não estão positivados em na Carta Magna, mas esses são ligados também à dignidade humana e sua limitação de poder. Mas, nesse caso, os juristas não denominam esses valores de direitos fundamentais, mas a chamam de direitos do homem. Esses direitos do homem seriam valores ético-políticos que ainda não foram positivados. Eles existem em um estagio prepositivo.

Um conceito que se confunde geralmente com os direitos fundamentais é a ideia de direitos humanos, uma expressão que se utiliza para se referir aos valores

que se positivam na esfera do direito internacional. O doutrinador George Marmelstein distingue direitos humanos e direitos fundamentais:

Vale ressaltar que essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é plenamente compatível com o texto constitucional. Toda vez que a Constituição se refere ao âmbito internacional, ela fala em direitos ela fala em “direitos humanos”. E quando, ela tratou de direitos que ela própria reconhece, chamou de “direitos fundamentais”, tanto que o Título II da Constituição de 88 é intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. (MARMELSTEIN, 2009, p. 26)

A Constituição, em seu artigo 5º, garante que todos são iguais perante a lei, sem nenhuma distinção, garantindo aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

O autor Leo Van Holte, fala das características mais importantes dos direitos fundamentais, que diz respeito a sua relatividade e sua limitação. Nenhum direito fundamental pode ser usado com garantia da impunidade para a execução de atividades ilícitas, razão pela qual os direitos fundamentais não são tidos como absolutos ou ilimitados.

Os direitos humanos surgiram para se valerem contra o Estado. E o inimigo, em relação ao Direito Penal do Inimigo, é a pessoa que põe em risco a existência do Estado, por isso que é tratado de uma madeira diferenciada, causando uma quebra no artigo 5º da CF. Ele o pune pelo que ele é, levando em consideração o direito penal do autor, chocando com o direito penal de fato, que julga relevante a conduta, analisando o autor no momento do estudo da culpabilidade.

A definição do Direito Penal do Inimigo é incompleta. Ele só se ajusta, de uma maneira parcial com a realidade (a legislativa, política e a opinião publicada). Jakobs, o inventor dessa modalidade do Direito Penal, explica sobre esse conceito:

A essência deste conceito de Direito Penal do Inimigo está, então, em que este se constitui em uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigoso, que nada significam, já que de modo paralelo as medidas de segurança, supõe tão só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo. (JAKOBS, 2008, p 95)

A identificação de um infrator como um ser inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, é na verdade, uma identificação como uma fonte de perigo.

Jakobs distingue dois círculos de direitos que são aplicáveis em um só contexto jurídico. O primeiro sendo o Direito Penal do cidadão, estando restritos aos delitos do cotidiano e o segundo, o Direito Penal do Inimigo, aplicado aos casos que são inversos. Essa ideia se encontra numa concepção contratualista de Jean Jacques: “Rousseau acerca das organizações sócias, em que a vontade do Estado representa sempre uma vontade geral, que assegura as liberdades individuais” (JAKOBS, 2008, p 95).

Não existe um direito que justifique essa opressão de um povo com outro, a invasão do território de uma nação por outra, assim como não há direito que justifique a quebra dos princípios do devido processo legal e do respeito à dignidade da pessoa humana. Fora disso, não existem garantias, nem existe liberdade, não pode haver convivência segura entre os cidadãos.

O que se pode concluir, é que atualmente, só há Direito quando já se existe um Direito válido e legítimo, que seja democraticamente construído.

O Direito Penal do Inimigo não se encontra no nosso ordenamento jurídico brasileiro como deveria, mesmo por meio da Lei dos Crimes hediondos e o RDD, institutos mais rígidos em nossa legislação. Nosso sistema penal não ficou afastado da polêmica onda do DPI. Infelizmente, por não haver essa aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo no nosso ordenamento isso acaba por repercutir de maneira negativa para uma sociedade que convive com o inimigo.

A Teoria dos Direitos Humanos é totalmente incompatível com a Teoria do Direito Penal do Inimigo. A principal característica para essa afirmação é o fato de a Teoria do Direito Penal do Inimigo colocar duas categorias para o indivíduo: de um lado o cidadão e de outro o inimigo.

Sendo que, aos enquadrados como inimigos deve ser aplicável um direito prospectivo e não retrospectivo, na medida em que se pune o inimigo pelo o que ele poderá fazer, em razão do perigo que representa, sendo essa uma das vantagens da incompatibilidade entre as duas teorias, pois leva segurança a população, combatendo o perigo, detendo o inimigo antes que ele contamine o Direito Penal. O motivo dessa incompatibilidade entre essas duas teorias é esta diferenciação de um indivíduo com o outro.

#### 4.2 Direito penal do inimigo e o contrato social

A Teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs encontra fundamento filosófico em Rousseau, pois o inimigo ao infringir o Contrato Social, deixa de ser membro do Estado e acaba entrando em guerra com ele, devendo morrer como inimigo; em Fichte, de modo que, quem abandona o contrato do cidadão, perde todos os direitos concedidos por esse; em Hobbes, nos casos de alta traição contra o Estado, devendo o indivíduo não ser julgado com súdito, e sim, como inimigo; e em Kant, pois aquele que ameaça constantemente a sociedade e o Estado, que não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo.

Para Jakobs, no Direito Natural de argumentação contratual estrita, todo o delinquente acaba sendo um inimigo (Rousseau, Fichte), mas para manter um destinatário das expectativas, é preferível manter o status de cidadão para aqueles indivíduos que não se desviam de modo completo do ordenamento (Hobbes, Kant).

Para os contratualistas, o delito é entendido como uma infração ao Contrato Social, desse modo o criminoso já não tem o direito de usufruir desses benefícios, ou seja, deixa de participar de uma relação jurídica com os demais. Observa-se, porém que para Jakobs, a violação ao Contrato Social deverá ser contumaz, e não apenas isolada.

Na concepção de Rousseau, o malfeitor que ataca o Direito Social, deixa de ser membro integrante do Estado, entrando em guerra contra ele, devendo ser aplicado a seguinte resposta: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão.

Assevera Fichte que:

Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos. (JAKOBS, 2008, p. 25)

Apesar de Jakobs introduzir os pensamentos de Rousseau e Fichte, em sua teoria, não os aprova em sua totalidade, entendendo que a separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata.

Assim, preceitua Jakobs que:

Um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo o caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato. (JAKOBS, 2008, p. 26)

Nesse sentido, pode-se encontrar nos ensinamentos de Hobbes, a mesma ressalva, mantendo o delinquente, em um primeiro momento, a posição de cidadão o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seus status. Não se aplicando a premissa, em caso de crimes de alta traição (rebelião), pois: a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza. E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.

No modelo contratual Kantiano, que aplica a ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder estatal, toda pessoa tem legitimidade para obrigar os demais a entrar em uma constituição cidadã. A liberdade de agir deve se guiar e ser limitada pelas leis, nesse sentido:

[...] as leis descrevem relações de causa e efeito. Portanto os homens são livres quando causados a agir [...] Liberdade é ausência de determinações externas do comportamento [...] Se as ações são causadas, obedecem às leis. [...] A liberdade tem leis; e se essas leis não são externamente impostas, só podem ser auto impostas. (WEFFORT, 1991, p. 53 e 54)

Para Kant, quando os indivíduos se unem para legislar, os membros da sociedade civil serão denominados cidadãos.

Jakobs, fundamentando-se nos ensinamentos de Kant e Hobbes, reconhece a existência de um Direito Penal do Cidadão, contra a pessoa que não comete delitos de modo persistente, e outro para o inimigo, contra quem se desvia do modelo imposto no contrato da sociedade, perdendo assim seu status de pessoa. Conclui-se, portanto que “O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito Penal do Inimigo é Direito em outro sentido”. (AKOBS, 2001, p. 29)

Desse modo, Jakobs busca suporte filosófico nos contratualistas para edificar a sua teoria, sendo o inimigo aquele que infringi o Contrato Social, perdendo

seu status de pessoa e entrando em guerra contra o Estado. Na teoria do Direito Penal do Inimigo, o indivíduo que se afasta permanente da ordem jurídica sem oferecer a garantia que irá se conduzir novamente como pessoa, deverá ser tratado e punido como inimigo da sociedade, e não como cidadão. Logo, o inimigo deve morrer como tal (Rousseau); perder todos os seus direitos (Fichte) e ser castigado como inimigo do Estado (Hobbes e Kant).

#### **4.3 A negatividade do fenômeno excessivo dos direitos humanos sobre a vontade geral e a criação das leis**

A vontade mesmo que da maioria não tem valor algum para a lei se essa vontade não estiver fundada nos princípios de justiça. Independentemente do plano de vida que o indivíduo escolher, caso não seja compatível com a justiça a lei deverá obrigá-lo a mudar para manutenção da paz e justiça social.

David Hume leciona em seu livro *Ensaios Morais, Políticos e Literários*:

Se todos os homens tivessem um respeito inflexível pela justiça, que os levasse a se absterem completamente da propriedade alheia, eles teriam ficado para sempre num estado de liberdade absoluta, sem se sujeitar a qualquer magistrado ou instituição política. Mas, com razão, a natureza humana é considerada incapaz de atingir tal estado de perfeição. Mais; se eles fossem dotados de um entendimento tão perfeito que soubessem sempre quais são seus interesses, nunca seria proposta qualquer outra forma de governo que não se baseasse no consentimento e que não fosse plenamente votada por todos os membros da sociedade. Mas tal estado de perfeição também é totalmente inacessível à natureza humana. A razão, a história e a experiência demonstram que todas as sociedades políticas tiveram uma origem muito menos exata e regular. (HUME, 2004. p 672)

O homem nasce mau conforme teoria de Hobbes, e isso já é motivo suficiente para entendermos o porquê por vezes mesmo a vontade da maioria é injusta.

Hume demonstra que o povo não tem firmeza e vagueia em seus pensamentos e desejos e por tal motivo tendem a desrespeitar o próximo e os direitos do próximo. Sua má índole, sua ganância, seu desejo de acúmulo de bens e capital por vezes, senão em todas elas, os levam a cometerem injustiças sem fim para que o seu plano de vida seja alcançado e logre êxito.

A pressão popular deveria ser levada em conta para a criação de leis, como se tem feito em inúmeros casos. Realmente a nossa legislação não permite a

punição de fato anterior à criação da lei, entretanto nosso legislativo deveria filtrar com mais precisão o que chega até ele como clamor público, exatamente pelos fatos já expostos de que a vontade da maioria pode ser injusta, ou simplesmente ser uma vontade sem fundamento algum.

Nosso sistema jurídico está abarrotado de leis que não são cumpridas e a cada dia se criam mais e mais leis. O que vemos não são leis sendo criadas após reflexão e um tempo de estudo. Vemos leis criadas unicamente pela casuística, que atendem um problema momentâneo, e não regulando a essência dos fatos jurídicos a que estão destinadas. Por vezes as leis são criadas apenas para que o Estado se veja livre da pressão popular e não para se limitar verdadeiramente os planos de vida e tratar o problema a fundo. Vemos leis sendo criadas apenas como uma maquiagem do problema.

Todos os homens são sensíveis à necessidade da justiça para se manter a paz e a ordem; e todos os homens são sensíveis à necessidade de paz e de ordem para a manutenção da sociedade. Ainda assim, apesar dessa necessidade forte e evidente, tamanha é a fragilidade da perseverança em nossa natureza, que parece impossível manter os homens na trilha da justiça, de forma fiel e constante. Algumas circunstâncias extraordinárias podem ocorrer, nas quais um homem considere que seus interesses são mais favorecidos pela fraude ou pela pilhagem do que prejudicados pela ofensa feita à união social por uma injustiça que cometa. Mas, muito mais frequentemente, o homem é distraído do seus interesses principais, mais importantes porém mais remotos, pela sedução de tentações imediatas, ainda que, muitas vezes, totalmente insignificantes. Essa grande fraqueza é incurável na natureza humana. (HUME, 2004. p 135 e 136)

Como o homem foi aquele que instituiu o Soberano e é ele o legítimo para a criação das leis e para o governo do Estado, há de se convir com o autor que há no homem certa sensibilidade à justiça, tanto quanto uma sensibilidade à necessidade de paz e ordem para que se mantenha de pé toda a instituição soberana erguida sobre os pilares do contrato social, entretanto também temos que concordar com Hume no que diz respeito à facilidade que o homem tem de ser ludibriado por si mesmo diante de tentações imediatas, onde renunciamos toda uma vida por prazeres momentâneos e renunciamos nossos valores de justiça, paz, ordem e liberdade pelo status, poder e simples atos ou bens que sequer necessitamos.

O homem é deveras superficial e em sua superficialidade não sabe, por vezes, definir boas metas e cronogramas a serem seguidos para que se mantenha o

estado, e por esse motivo, entre outros, é que o homem influencia negativamente na criação das leis.

As leis não devem ser criadas para agradar o povo, mas sim para manter a ordem, entretanto há uma linha tênue entre isso e um estado déspota. O estado não pode criar leis que sejam injustas, pois ele mesmo está sob o manto da lei. As injustiças não devem ser observadas em comparação apenas com a simples vontade de cada um, ou até mesmo da maioria. A injustiça deve ser analisada conforme as teorias de Rawls, onde os sentimentos serão deixados de lado e será analisado o ato ou fato em si e se ele configura realmente uma injustiça.

A lei, como já dito são as diretrizes do Estado que definem metas e limites para os planos de vida do povo para que se mantenha um Estado justo e harmônico. Entretanto as leis também são parâmetros para o próprio Estado, traçando deveres e direitos para o Soberano conforme características do contrato social. Entretanto, por vezes o Estado não tem cumprido com as determinações que ele mesmo definiu em lei para que assim o fossem.

Nossa Constituição Federal traz em seu corpo uma infinidade de direitos e garantias ao povo, defesas contra o próprio Estado, entretanto vemos essa mesma infinidade de direitos sendo praticamente letra morta em nosso ordenamento, pois o Estado não tem se empenhado como deveria para cumpri-las.

Em uma cartilha disponibilizada pelo Conselho Estadual de Direitos Humanos do Mato Grosso há a seguinte redação definindo o que são os direitos humanos: Conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar a vida digna do ser humano. O rol de direitos humanos é vasto e abrange, entre outros, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à educação, à saúde, à moradia, entre outros. Tais direitos são universais (são de todos, não importando a nacionalidade, credo, etnia, opinião política etc), indivisíveis (não é possível proteger um direito e vulnerar outro) e interdependentes (os direitos se inter-relacionam).

Direitos humanos são todos aqueles que precisam ser reconhecidos pelo Estado, necessariamente, para que as pessoas vivam com dignidade. O ser humano tem direito à vida, à saúde, à liberdade, à igualdade, à privacidade, à educação, à

informação, à alimentação adequada. Esses direitos precisam ser respeitados e é imprescindível que a sociedade os reconheça por meio de seus representantes, que devem estabelecer políticas que os concretizem.

Com base nessa cartilha que visa a instrução dos cidadãos os direitos são interdependentes e se relacionam, o que indica que caso seja suprimido apenas um deles os outros serão prejudicados, quando houver um exagero que incline apenas para um dos lados.

Alguns fatos que geram comoção social ou algum problema de ordem nacional são grandes geradores de leis rasas. Tais fatos acontecem desde os primórdios, mas são ignorados até que uma celebridade seja vítima, como é o caso das leis nº 12.737/2012, que trata sobre delitos informáticos e foi apelidada de “Lei Carolina Dieckmann” por finalmente ter sido aprovada após vazamentos de fotos da atriz de mesmo nome em maio de 2012, e a lei nº 8.930/1994 que modificou a lei de crimes hediondos e foi apelidada de “Lei Daniella Perez”, que por coincidência foi aprovada justamente após a morte dessa atriz graças ao clamor público.

Nesses exemplos duas boas leis foram aprovadas, entretanto somente, e tão somente pela pressão popular. Os crimes de internet existem praticamente desde que foram criados os computadores, mas apenas em 2012 o corpo político se pronunciou quanto a eles.

Na luta pelo poder as mazelas da sociedade tem sido ignoradas até o ponto de serem insuportáveis ao povo e este em grande protesto ou pressão pública obriga o Estado a se pronunciar.

O Soberano não foi instituído para ser provocado pelo povo, ele foi criado com o intuito de proteger o povo e tem poder suficiente para agir sem provocação a fim de não permitir situações de perigo para o povo. Tem o dever de instituir leis e de coercitivamente fazer com que os infratores a obedeçam.

Agindo o governo de tal forma ele dá brechas para que o povo o desobedeça, criando suas próprias leis pela falta de posicionamento pelo Estado,

agindo por conta própria praticamente como na liberdade natural que outrora possuíam.

#### **4.4 Possibilidade de rescisão do contrato social**

Conforme dito, caso o estado não cumpra com seu dever de proteção do povo este por sua vez não lhe deve obediência, ou ao menos assim o deveria ser.

O povo criou o Estado, e as leis devem ser feitas pelo povo através de seus representantes com o objetivo de regular a sociedade e os proteger dos egoísmos de indivíduos que insistem em não se submeter ao soberano, e agredem a ordem pública.

Vemos nos dias de hoje um estado de desequilíbrio entre o povo e o soberano, onde o povo vive como tem vivido e o Estado por sua vez maquia suas ações com planos de ajuda ao povo carente.

Naturalmente, o fato de uma situação ser de desequilíbrio, ou mesmo que seja um equilíbrio estável, não implica que seja justa. Só significa que, dada a avaliação que cada qual faz de sua posição, os indivíduos agem com o intuito de preservá-la. É claro que mesmo um equilíbrio de ódio e hostilidade pode ser estável; cada qual pode achar que qualquer alteração viável será pior. O melhor que cada pessoa pode fazer por si mesma talvez seja uma condição de menos injustiça, e não de bem maior. A avaliação moral das situações de equilíbrio depende das circunstâncias de fundo que as caracterizam.

Partindo da desobediência civil, Rawls afirma:

Pode haver, de fato, diferenças consideráveis nas concepções de justiça dos cidadãos, contanto que essas concepções conduzam a juízos políticos semelhantes. E isso é possível, já que se pode inferir a mesma conclusão partindo-se de premissas diferentes. (...) Finalmente, porém, chega-se a um ponto em que o necessário acordo de julgamento se desfaz e a sociedade se divide em partes mais ou menos distintas que defendem opiniões diversas sobre questões políticas fundamentais. Nesse caso de consenso estritamente fracionado, não há mais base para a desobediência civil. Vamos supor, por exemplo, que aqueles que não apoiam a tolerância e que não tolerariam que outros tivessem poder, queiram protestar contra sua liberdade menor apelando ao senso de justiça da maioria, que defende o princípio da liberdade igual. Embora os que aceitam esse princípio devam, como já vimos, tolerar os intolerantes à medida que a segurança das instituições livres o permita, é provável que não gostem que os intolerantes,

caso trocassem de situação, instituam sua própria dominação. A maioria está fadada a achar que sua fidelidade à liberdade igual é explorada por outrem para fins injustos. (RAWLS, 2008, p.482)

Deste modo torna evidente que a premissa de acreditarem que a fidelidade à liberdade igual é explorada por outrem para fins injustos é totalmente aplicada ao povo brasileiro, que busca sempre o seu próprio bem desde a colonização.

Desta feita, como poderíamos então recorrer ao senso de justiça do povo, se o próprio senso de justiça pode estar tão contaminado com o excesso de proteção de direitos e com o desejo por poder por meio de leis fracas?

Partindo desse fato teremos que estudar meios alternativos para que o povo que se vê lesado e não pode recorrer ao restante da sociedade se veja protegido verdadeiramente pelo Estado que eles instituíram.

Rawls afirma que “empregar o aparato coercitivo do Estado para manter instituições manifestamente injustas é, em si, uma forma de força ilegítima à qual os homens têm de resistir no momento apropriado” e nenhum momento seria mais apropriado que o momento que nem mesmo recorrendo aos meios legalmente instituídos e quiçá até mesmos ao senso de justiça da maioria as injustiças continuarem a ser praticadas como hoje são. (RAWLS, 2008, p.485)

Assim, se a liberdade do indivíduo não pode ser civil ou penalmente protegida contra a ameaça proveniente do abuso no exercício da liberdade pelos outros, não teria muito sentido em falar do significado da liberdade para a vida social como um todo: prevaleceria a lei do mais forte. E, como consequência, os efeitos sociais benéficos dos direitos humanos seriam postos em discussão, pois até mesmo a realização das liberdades individuais resultaria seriamente ameaçada.

Quando o Estado introduz no ordenamento jurídico o princípio da inviolabilidade absoluta da vida humana, não se está aceitando um princípio confessional ou um critério estranho à ideia moderna de política. Esse princípio responde a um dos valores substanciais—a vida—e a um dos princípios fundamentais—o da igualdade — sobre os quais se baseia a cultura política contemporânea.

Do contrário, o Estado atuaria segundo o laicismo, essa versão deturpada de laicidade e que refuta a presença do religioso na vida social, não o acolhendo com a mesma naturalidade do elemento ideológico, cultural ou social.

## 5. CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, percebemos que os indivíduos que se encontram na posição de inimigos da sociedade, perdem sua natureza de pessoas, não se aplicando a eles as garantias inerentes aos sujeitos de direitos. Assim, há possibilidade de duas vertentes do Direito Penal, uma voltada para o cidadão, que por sua conduta não se afastar de modo definitivo da norma, acaba sendo punido como sujeito de direito, e outra voltada ao inimigo, a esse, nada é garantido.

Gunter Jakobs, idealizador da aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo, a edificou com base nas diversas correntes filosóficas do Contrato Social, de modo que buscou legitimar a exclusão da posição de pessoa daquele indivíduo, que quando rompe com o Contrato Social, ou seja, perderá seu caráter garantindo de cidadão quando deixar de obedecê-lo e que no momento em que é amparado por leis de normatividade dos direitos humanos acaba por fragilizar mais ainda o pacto social.

O contraponto à doutrina do Direito Penal do Inimigo está estabelecido pelos os teóricos da corrente do Direito Penal Garantista, criticando a proposta que o DPI faz em anular as pessoas como sujeitos de direitos, transformando-as em inimigos sem nenhum direito. Estabelecendo que apesar do indivíduo ter cometido um crime, jamais deve perder seu caráter de sujeito de direito, devendo ter as garantias inerentes a pessoa humana respeitada, sob pena de as ações do Estado assumirem natureza de atos criminosos, mas que para a sociedade ecoa como benefícios dados ao inimigo, o que acaba por refletir sobre a idéia do pacto social.

Com efeito, a flexibilização de um direito ou garantia individual, ainda que de um direito fundamental, não caracteriza necessariamente um retrocesso, deve-se analisar o contexto social em que se dá tal flexibilização. Conforme o já exposto, o direito evolui acompanhando a evolução da sociedade. Não foram poucas as vezes em que a humanidade experimentou momentos de instabilidade político-social, que geraram repercussões na forma de agir dos cidadãos. O direito penal, como ramo do direito que possui sanções mais drásticas a um indivíduo, tem atuação em última alternativa, quando outros ramos não são suficientes para dirimir os conflitos que se apresentam.

O sonho de uma sociedade justa, igualitária e com baixo grau de criminalidade sempre será buscado pela coletividade. Todavia, a realidade, principalmente a brasileira, mostra-se bem distante da sociedade que desejamos.

A nação brasileira tem vivenciado crescente aumento da criminalidade nas últimas décadas, que evolui a cada dia, desafiando os governantes e parlamentares. Aqueles em planos de segurança e combate efetivo, os últimos em elaborar tipos penais e ver o inimigo do estado como um indivíduo comum merecedor de todos os direitos. Medidas que nem sempre surtem o efeito esperado, continuando a sociedade amedrontada, fazendo de suas residências verdadeiros refúgios, cercados por grades e demais instrumentos de proteção contra a forte atuação criminosa.

Como se percebe, as organizações criminosas recusam qualquer submissão à ordem constitucional, reagindo com extrema violência às tentativas do Estado em combater o crime organizado. Segundo a tese de Jakobs, seria o caso de aplicação de um direito penal/processual penal específico para os integrantes de tais organizações, já que se tratam de indivíduos que não aceitam as regras legais impostas pelo Estado e impõem uma realidade diversa da legalmente constituída, além de atacarem a própria existência do Estado.

A sistemática jurídica pátria, que tem como lei maior a Constituição Federal, não permite a adoção de um direito penal/processual penal do inimigo, o que não significa, registre-se, a impossibilidade de medidas legislativas mais rígidas no combate ao crime organizado, ao terrorismo e aos tipos penais já citados, como já estão vindo sendo elaboradas, mas de maneira lenta, medidas como as que já foram analisadas, e entre outras, como por exemplo, as leis de 11.343/11 (lei de drogas), 7.960/89 (prisão temporária), 8.072/90 (crimes hediondos).

Por fim, não há momento mais apropriado para dizer que, felizes são as nações que não esperam as revoluções lentas e as vicissitudes incertas fazerem do excesso do mal uma orientação para o bem, mas que, mediante leis sábias apressam a passagem de um para o outro.

## REFERÊNCIAS

HOBBES, Thomas, **Leviatã**, publicado originalmente em 1651.

LOCKE, John, **Segundo tratado sobre o governo**, Martin Claret; Edição: 1<sup>a</sup>, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Do Contrato Social** – Edipro; Edição: 2<sup>a</sup>, 2015.

AURÉLIO, Marco, Justiça com as próprias mãos inviabiliza vida em sociedade, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-02/marco-aurelio-justica-proprias-maos-inviabiliza-vida-sociedade>.

LINS, Samuel, **Direitos humanos e sentimento de injustiça**, Disponível em: file:///F:/Monografia/Direitos%20humanos%20e%20sentimento%20de%20injusti%C3%A7a%20de%20adolescentes%20em%20conflito%20com%20a%20lei%20\_Samuel%20Lins%20-%20Academia.edu.html.

ONU, Organização das Nações Unidas, Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/IPAG1.htm>.

Nações Unidas, **Documento A/2929**, cap. II, de 1º de julho de 1955, Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920\\_iccpr/docs/A-2929.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/A-2929.pdf)>.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo**: (ou inimigos do direito penal).

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002.

JAKOBS, Gunther. Melia, Manuel Cancio, - **Direito Penal do Inimigo- Noções e Críticas**, Livraria do Advogado, 3<sup>a</sup> edição, 2008.

HOLTLE, Leo Van, **Direito Constitucional**, Editora Juspodvm, 6<sup>a</sup> edição, 2010.

MARMELTEIN, George; **Curso de Direitos Fundamentais**, Editora Atlas, 2<sup>a</sup> edição, 2009.

Revista Jurídica Consulex- **Regularização Fundiária**, P 201, 01.06.01, fas 345.

BITTAR, Eduardo, **Direito e Liberdade: Contrapontos entre Poder, Não Poder e Dever**, Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/52539674/RESUMO-DE-DIREITO-E-LIBERDADE>>.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal: o "direito penal do inimigo".**

WEFFORT, Francisco Correa (org). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1991.

AKOBS; MÉLIA. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**, 2001.

HUME, David. **Ensaios morais, políticos e literários**. Edição Brasileira. Rio de Janeiro: Liberty Found, 2004.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3<sup>a</sup> edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.